

MANTENER LA PRIVACIDAD Y GARANTIZAR EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA JUSTICIA: UNA VÍA POSIBLE

CARLOS G. GREGORIO*

1. Introducción

Hace dos siglos y medio, Carlos III -rey de España- fue requerido sobre los fundamentos de su decisión de expulsar a los jesuitas de sus vastos dominios; se le atribuye esta respuesta: “por las razones que guardo en mi Real pecho” (Ferrer del Río, 1866). Hoy en día esta respuesta es inimaginable en un gobernante. Los ciudadanos saben que tienen derecho a oír razones, conocer detalles y opinar ampliamente sobre los actos de gobierno y el uso del poder estatal. En los últimos 50 años este cambio se ha materializado con varias estrategias legales: el derecho de acceso a la información, la toma de decisiones en audiencia pública, la participación ciudadana en los actos de gobierno, la transparencia activa, entre otras. La información estatal, a la que gradualmente se ha ganado acceso, ha cambiado el clima de opacidad por el de apertura. Estas estrategias han florecido en las áreas estatales de administración pública. Sin embargo, en el ámbito judicial, el camino hacia una plena apertura presenta algunas complicaciones. Los argumentos esgrimidos suelen apelar a la importancia de preservar la independencia judicial o la separación de poderes. Pero, concretamente, ningún argumento es tan relevante y reiterado al limitar la apertura de la información judicial como la gran cantidad de datos personales, situaciones y conflictos íntimos y privados que son sometidos a decisión judicial, sumados a la diversidad de situaciones y multiplicidad de personas que intervienen en un proceso judicial. El juez ha sido concebido tradicionalmente como el director del proceso y su función indelegable es equilibrar los derechos de todos los participantes y, por ende, ordenar y regular el flujo de información.⁽¹⁾ No pasa desapercibido, entonces,

(*) Asesor del Programa Justicia Abierta.

(1) El proceso judicial debe ser visto como un flujo y acumulación de la información necesaria para definir posiciones, valorar hechos y fundamentar una decisión vinculada

que la mayor dificultad, la más reiterada, para la apertura judicial se manifieste en la protección de los datos personales. La metodología que se presentará en este documento es analizar cuidadosamente este predicamento en América Latina y en el mundo para comprender las dificultades de conciliar el poder ciudadano de controlar los actos de gobierno, con la exposición que supone la apertura judicial de datos íntimos, privados y sensibles de las personas.

2. La protección de datos personales

Las leyes de protección de la vida privada, desde sus inicios, buscan evitar que una persona o sus bienes puedan ser registrados sin una orden judicial. Incluso se crearon normas penales dirigidas a proteger la correspondencia. Esta legislación fue cristalizada en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Ese documento recoge expresiones muy claras para garantizar 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” (art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

Con la difusión del uso de tecnología en los servicios estatales y privados surgió la necesidad de mejorar la protección ya no solo de la vida privada, la imagen y la honra sino también de los “datos” mismos que, al ser motivo de tratamiento informático, podían perder el control de su titular.⁽²⁾

Al igual que las leyes similares en América Latina, la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales de la Argentina, de 2000, sigue el modelo europeo, que tiene las siguientes características: una única ley para todo tipo de datos,⁽³⁾ tanto del sector público como privado. Crea autoridades u órganos de control⁽⁴⁾ y se le prohíbe al gobierno y a los particulares procesar datos personales sin consentimiento previo del interesado. El titular siempre tiene derecho de acceso a sus datos: a rectificarlos, a cancelarlos y oponerse a su tratamiento; se limita a que los datos sean utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención. Los datos sensibles –por ejemplo, los de salud– reciben una protección especial,⁽⁵⁾ todo ello especialmente pensado para el contexto de los archivos informáticos.

a un conflicto o requerimiento. Cada persona que participa en el proceso debe aportar información personal, de su vida privada y que puede ponerla en riesgo si se hiciera pública.

(2) Este derecho ha sido llamado “autodeterminación informativa” porque se le brinda al titular la facultad de ejercer control sobre la información personal que le concierne.

(3) El modelo alternativo al europeo es el de los EEUU, donde existen leyes que protegen solo determinados tipos de datos (por ejemplo, Children’s Online Privacy Protection Act, Fair Credit Reporting Act, Video Privacy Protection Act).

(4) Los órganos de control deben ser independientes. En los EEUU no existe formalmente un órgano y el control es ejercido por los tribunales ordinarios.

(5) Los datos sensibles incluyen también aquellos que revelan el origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas e información referente a la vida sexual. La

Ahora bien, ningún derecho es absoluto y, muy frecuentemente, se plantean situaciones en las que el interés público justifica cierta disminución en la protección de los datos personales, la vida privada, la imagen y la honra. El ejemplo más claro es la condición de personaje público,⁽⁶⁾ pero también existen otras situaciones en las que al ponderar la protección de los datos personales con el derecho de acceso a la información de interés público, ceden los datos personales: estos casos se caracterizan por ser violaciones a los derechos humanos (CFed. Cas. Penal, Sala II, 2011), o cuando los datos personales resultan necesarios para realizar un exhaustivo control social sobre el modo en que deciden los funcionarios competentes (CSJN, 2014).

3. Las leyes de acceso a la información pública y la transparencia judicial

La primera opción para impulsar la apertura judicial que podríamos considerar es una legislación que garantice el derecho de acceso a la información pública de esa rama del Estado. Sin embargo, la experiencia muestra que no es tan sencillo: se han observado en el mundo varias corrientes y diferencias muy visibles en cuanto al acceso público a la información judicial.

La Freedom of Information Act (FOIA), ley federal de los EEUU, y otras leyes federales como las de Suiza, Canadá, Australia y Alemania han optado por excluir la información judicial de los alcances y procedimientos del acceso a la información pública. En otros países, las leyes optan por incluir solo al Poder Ejecutivo (por ejemplo, Chile, Holanda, Nueva Zelanda) o por sancionar una ley que en su título advierte que está limitada a la información administrativa del Estado (por ejemplo, Portugal, Italia, Bélgica, Francia).

Otro grupo de leyes solo incluyen de los poderes judiciales la información administrativa, pero excluyen la información jurisdiccional: este es el caso de España, Israel e Irlanda. Normalmente no queda claro qué es administrativo y qué jurisdiccional. Sin embargo, la Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno de España (art. 2º, inc. f) de la ley 19/2013, de 2013), afirma que se trata de información administrativa cuando está en relación con actividades sujetas al procedimiento administrativo.⁽⁷⁾

protección de los datos de salud es la que ha tenido una mayor evolución, ver por ejemplo la Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA) de los EEUU por su especificidad.

(6) Por motivos estrictamente ligados al tipo de actividad que han decidido desempeñar, las personas públicas deben resistir mayor nivel de injerencia en su intimidad que las personas privadas o particulares, ya que están sometidas a un escrutinio público intenso de sus actividades. Juan Antonio Xiol dice: "en España, tiene influencia la doctrina anglosajona, cuando se trata de persona con proyección pública, ya que la protección al honor disminuye, la protección a la intimidad se diluye y la protección a la imagen se excluye" (Tribunal Supremo de España, sentencia 1799/2011). La exposición de la vida privada de las figuras públicas no es ilimitada (TEDH, 2010, §§ 51, 52, 57).

(7) La información jurisdiccional –el expediente, las decisiones, documentos, videos de audiencias, etc.– es la que está repleta de datos personales y de aspectos de la vida

En todos estos casos, el acceso a la información jurisdiccional se rige por normas creadas por los poderes judiciales o por las normas procesales. En estos procedimientos suelen estar presentes algunas de estas características:

- 1) se hace una solicitud o se usa un formulario para describir los documentos solicitados;
- 2) se debe establecer un interés legítimo o un interés público, un beneficio justificable o una causa suficiente que se pondera con los intereses de otras personas y con otros intereses públicos que sean primordiales;
- 3) los documentos solicitados se pueden denegar por razones de intimidad, a menos que pueda hacerse una disociación o versión pública;
- 4) se puede aplicar una tasa por las fotocopias o por el procesamiento, la inspección visual suele ser sin cargo;
- 5) se puede pedir copia certificada o simple;
- 6) se pueden establecer condiciones y responsabilidades derivadas del uso; y
- 7) el plazo para responder puede ser “razonable” o discrecional.

Obviamente cualquiera de estos requisitos será visto como una barrera.

Otra variante existente hace a leyes específicas para el acceso a la información jurisdiccional, por ejemplo en Finlandia y los estados de Nueva Gales del Sur y Victoria en Australia. Estas leyes tienden a organizar y completar los códigos procesales para dar reglas claras sobre el acceso. Una característica común es darle al juez de la causa mucho poder para abrir o cerrar información según las características del caso.

La inclusión expresa del Poder Judicial como sujeto obligado en las leyes de acceso a la información aparece en México, en el año 2002. La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental (en adelante, LFTAIG), de 2002, establece el acceso a la información jurisdiccional (art. 3°, inc. xiv, c y e) y obliga a publicar todas las sentencias firmes⁽⁸⁾ (art. 8°), y expresa que los expedientes judiciales sean accesibles una vez fenecido el caso (art. 14, inc. iv).

Para medir mejor el impacto de esta ley es prudente apreciar que México venía de casi un siglo de hegemonía de un mismo partido en el gobierno que, en la mente de quienes propusieron esta legislación, es visto como vinculado al poder de la opacidad. Al mismo tiempo, las judicaturas en México –en especial las estatales– habían sido cuestionadas en su independencia y la LFTAIG vista como una herramienta para abatir la corrupción. Además –para generar más apertura– se estableció una asimetría en las apelaciones, ya que

privada de las partes, testigos, víctimas y otros actores en los procesos. La información administrativa contiene datos personales, pero estos son de jueces y funcionarios, que son considerados personajes públicos.

(8) En las modificaciones introducidas por la LGTAIP se modifica a las “sentencias que sean de interés público” (art. 73).

los sujetos obligados no podrán impugnar las resoluciones de acceso ante el Poder Judicial (art. 59). Así fue que esta ley –luego complementada por la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental (LGTAIG, 2015)– ha tenido un fuerte impacto internacional, fundamentalmente en América Latina. Se podría decir que incidió fuertemente en las leyes de India (2005), Brasil (2011), Colombia (2014), Argentina (2017) y en otros países de América Latina (El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua). Chile y Perú optaron por la tendencia predominante.

En Brasil y Colombia las leyes de acceso a la información implementaron la innovación mexicana con algunas variantes: se incluye el Poder Judicial como sujeto obligado, pero la normativa de ambos países regula parcialmente los aspectos procesales. Además, en ninguna de las dos se crea un órgano de control central para la revisión de las decisiones de acceso. Así, en Brasil, el Conselho Nacional da Justiça reglamentó, por resolución 215/2015, la ley de acceso para el ámbito de la justicia, con reglas mucho más acordes a las necesidades. En Colombia se reglamentó la ley solo para el ámbito del Poder Ejecutivo. En la sentencia C-274-13, de control previo de constitucionalidad del proyecto de ley, la Corte Constitucional de Colombia fue clara en que los procedimientos de acceso serán administrativos o judiciales, ya sean de información administrativa o judicial –en la práctica el acceso se rige por el Código General del Proceso–. En Argentina, El Salvador y la India las reacciones fueron similares, tanto en los poderes judiciales como en la opinión pública. En Argentina, la Corte Suprema de Justicia interpretó (acordada 42/2017) que “el régimen establecido en la ley 27.275 no será de aplicación” para la información jurisdiccional, a la que se accederá utilizando las normas procesales. En El Salvador, la Sala Constitucional hace en el auto 438-2011 y el auto 7-2006 una interpretación sistémica de la Ley de Acceso a la Información Pública (art. 110, inc. e y f, LAIP, 2011) y remite el acceso a los códigos procesales. En la India, la High Court of Delhi anula una decisión del Central Information Commission (CIC) y declara aplicables las normas procesales para la información jurisdiccional y las de la RTIA para la administrativa (High Court of Delhi, 2017).

4. Principio general de apertura

Cualquiera sea la forma de acceso, se requiere un criterio para decidir la apertura de la información jurisdiccional frente a los datos personales. Para las sentencias judiciales, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) afirma que:

... toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”. La situación ideal es que los juicios sean públicos. Podemos sintetizarlo en palabras de Juan Bautista Alberdi (Elementos del derecho público provincial, 1853), quien dijo “La publicidad es la garantía de las garantías”.

Para la información de interés público se menciona reiteradamente el “principio de máxima divulgación” (art. 1° de la ley 27.275, Argentina; art. 2° de la ley 1712, de 2014 (marzo 2006), Colombia; art. 3° de la ley 12.527, Brasil), que establece la presunción de que “toda información es accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones”, las cuales “deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público”, y “ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”.⁽⁹⁾

Dicho de otra forma, cuando se trata de información de “interés público” la “máxima divulgación” se logra llevando a otros derechos en tensión –incluidos los datos personales–, o a las restricciones legales, a su “mínima expresión”.

5. Datos abiertos

Las políticas de publicación proactiva de datos en formatos abiertos por parte de instituciones del Estado son, entonces, pertinentes dado el contexto de dificultad de acceso a la información jurisdiccional. Su uso tiene amplia difusión entre investigadores académicos, miembros de organizaciones civiles y periodistas de datos.

Consideremos, por ejemplo, los datos sobre delitos sexuales publicados en el sitio de datos abiertos de Colombia. No es exactamente información judicial pero muestra la potencialidad de disponer de información detallada sobre agresiones sexuales. Se trata de datos primarios (es decir, desagregado caso por caso, no datos estadísticos), donde prácticamente solo se han omitido los nombres de la víctima y del agresor. Los nombres no son un recurso necesario para conocer el estado de situación de los delitos sexuales, solo los resultados analíticos. Así, por ejemplo, podemos conocer el elevado número de adultos mayores agredidos sexualmente o la prevalencia rural o urbana, etc.

La disponibilidad de estos datos suple la necesidad de presentar solicitudes formales de acceso a la información pública. La pregunta es cómo definir estos contenidos a publicar. Considerando el ejemplo anterior y otros similares surgen criterios bastante claros:

- 1) generar “conjuntos de datos” que incluyan todas las variables estructuradas de las bases de datos de los sistemas de gestión judicial (entendiendo que se trata de información suficiente para la toma de decisiones) –dejando de lado los datos personales identificatorios–;⁽¹⁰⁾ y
- 2) garantizar la calidad de los datos primarios. Si el caso fuera analizar una tipología particular de interés ciudadano o corporativo (ya sea “homicidios”

(9) Extractos del caso “Claude Reyes y otros” (Corte IDH, 2006, párrs. 92, 89 y 91).

(10) La información estructurada debería dar suficiente información sobre las causas y sus movimientos, los campos textuales suelen ser nombres, domicilios y otros datos identificatorios. La calidad tanto de las fechas como de las categorías utilizadas es esencial, y debería enfatizarse para cubrir esta finalidad.

o “daños y perjuicios”) quizás sería necesario compartir o generar más información, o habilitar otras formas de acceso y colaboración.

La experiencia de la República Argentina en la publicación de datos abiertos de justicia se encuentra en una etapa avanzada de desarrollo. Desde 2016, el sitio datos.jus.gob.ar ha desplegado una notable cantidad de publicaciones. Por ejemplo, el acceso a los datos básicos de las personas jurídicas, solicitudes de autorización de portación de armas de fuego, *curriculum vitae* de magistrados para cubrir vacantes en el Poder Judicial y el Ministerio Público, listado de internos del Servicio Penitenciario Federal, entre otros. Todos estos conjuntos de datos exponen datos personales que, en alguna medida, se refieren a figuras públicas o cuya publicidad es el resultado de una ponderación del interés público. Las consecuencias de esta ponderación son muy fuertes pues los datos abiertos no están sujetos a ninguna restricción legal. Sin embargo, algunos países han rechazado la idea de exponer en internet los nombres de los delincuentes convictos pues sus constituciones prohíben las penas perpetuas,⁽¹¹⁾ en el entendido que la publicidad de la condena es parte de la pena.⁽¹²⁾

La política de publicar datos abiertos obliga a las instituciones a mejorar la calidad de sus datos, aprovecharlos en todas sus posibilidades y, obviamente, luego compartirlos para ser procesados con otras visiones y con la creatividad que surge de otros puntos de vista. Sin embargo, que los datos sean reutilizables sin restricciones (o reidentificables) genera temor y excesiva prudencia. El balance es que, en el mundo, los sitios etiquetados como “datos abiertos”, cuando se selecciona “justicia”, solo suelen encontrarse estadísticas, datos estructurales administrativos y prácticamente no se encuentran datos jurisdiccionales primarios.⁽¹³⁾ Así, por ejemplo, es muy difícil encontrar datos abiertos de los ministerios públicos.⁽¹⁴⁾

6. La protección de los datos personales en el ámbito judicial

Cada uno con su ritmo y estilo, los poderes judiciales en el mundo han entendido que debían imprimir transparencia y apertura a su gestión. Muy pocos han generado políticas globales, pero casi todos han generado soluciones.

(11) Por ejemplo, el art. 40 de la Constitución Política de Costa Rica: “Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas”.

(12) La CSJN, *in re* “Matías Kook Weskott” (2005) dice que “es indudable que la publicación íntegra de la sentencia podría resultar perjudicial para el peticionante, ello es producto de la propia conducta generadora del reproche penal”; o por ejemplo los arts. 56 al 58 del Código Penal de Nuevo León: “el juez podrá, a petición y a costa del ofendido, ordenar la publicación de la sentencia”.

(13) El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, en la acordada 34/2016, adelantó la publicación de sentencias en formato abierto, luego publicadas con sus datos referenciales.

(14) Ver los datos no abiertos en Brasil del Ministerio Público Federal y del Ministério Público do Rio de Janeiro, y los abiertos de Ministério Público de Rio Grande do Sul.

Algunas de estas soluciones son: la publicación en internet de las sentencias, el acceso electrónico a la información procesal (PACER), la ayuda sobre cómo acceder a la información jurisdiccional, la publicación de información administrativa y datos sobre los jueces, la creación de voceros y canales de televisión de los poderes judiciales,⁽¹⁵⁾ la publicación en vivo o diferido de audiencias (preferentemente de apelaciones), la publicación de estadísticas e indicadores y propiciar esquemas participativos como *amicus curiae* o justicia restaurativa.

Como se ha visto hasta aquí, la intimidad, la imagen, el honor, y en alguna medida los datos personales o los riesgos de discriminación, constituyen un predicamento para difundir ampliamente la información judicial. En las leyes están presentes otras restricciones para limitar la publicidad que podrían tener alguna prevalencia en la información judicial: como la independencia judicial, garantizar la eficacia del proceso o la seguridad personal de los jueces, pero estas reservas son solo por un brevísimo tiempo, mientras que las protecciones basadas en la vida privada tienden a ser indefinidas en el tiempo. Es cierto que también pueden existir procesos judiciales que comprometen la seguridad nacional o las relaciones internacionales, pero es claro que no por eso pueden ser secretos o reservados indefinidamente.

El punto de partida para la discusión sobre qué hacer con los datos personales incluidos en las sentencias y documentos judiciales (como el expediente) podría ser apreciar la tendencia internacional. Pese a que no existe una medición internacional actualizada acerca de cómo se difunde información judicial con datos personales, es apreciable que la gran mayoría de los poderes judiciales publica sus sentencias en internet con los textos íntegros originales, o sea incluyendo los datos personales de todos los actores. Con respecto al acceso a los expedientes judiciales (ciertamente con muchas más barreras físicas y formales) se facilita el acceso en internet con limitaciones según la materia: los casos de familia, niños, niñas y adolescentes; y penal de juvenil son en general restringidos.⁽¹⁶⁾ Estas son tendencias que tienen variaciones según el país y admiten situaciones particulares. Las nuevas posibilidades de consulta de procesos judiciales en internet han facilitado aún más el acceso, allí todo es visible excepto que exista una declaración formal de reserva por parte del juez de la causa.⁽¹⁷⁾

En este esquema, un grupo importante de países tienden a suprimir solo los datos personales vinculados a información sensible o cuando el interesado ha

(15) Ver <https://www.cij.gov.ar/cijtv>; <http://www.tvjustica.jus.br>; <http://www.poderjudicialtv.cl>

(16) Por ejemplo, cfr. arts. 236 y 321, incs. f y g) del Código Civil de la República Argentina.

(17) Ver por ejemplo, la sección 43 de la Model Policy for Access to Court Records de Canadá –“el conocimiento público de la existencia de una causa judicial es un requerimiento mínimo de apertura”– o el art. 9° de la resolución 215/2015 del Conselho Nacional da Justiça de Brasil.

solicitado la supresión (Ohm, 2015). Cuando existen leyes para la protección de víctimas y testigos, o portadores de VIH, se hace también esta supresión. En el caso de Argentina y Brasil, se restringen además las búsquedas en internet por el nombre de los trabajadores en causas laborales.⁽¹⁸⁾

Solo muy pocos países hacen una supresión de todos los datos personales en la totalidad de sentencias que publican. Es el caso del Centro de Documentación Judicial (Cendoj), en España (pero debe notarse que el Tribunal Constitucional español publica sus sentencias con todos los nombres), y el de México, donde se ha llegado a extremos de eliminar el nombre del fiscal o de los autores en las citas de doctrina (Soto Morales, 2017). En el otro polo se encuentra Brasil donde es raro encontrar una sentencia o un documento procesal que haya sido disociado de los datos personales, aun con datos sensibles; en Brasil los procesos son públicos, excepto los declarados en sigilo o secreto de justicia.⁽¹⁹⁾

Al publicar sentencias judiciales en formato no abierto (la práctica generalmente extendida) se asume que los nombres se publican para facilitar el cabal entendimiento de la sentencia y se obvia el consentimiento de las partes por publicarse en el ejercicio de una función pública (cfr. art. 5° de la ley 25.326). Esto debería comprenderse en el sentido de que estos datos personales no son reutilizables en otro contexto que no sea el de la difusión de la jurisprudencia (ver, por ejemplo, la nota legal del sitio de jurisprudencia de Nueva Zelanda).

Igual situación se presenta con la vista o entrega de un expediente, que puede llegar a tener múltiples piezas. Imaginar que es posible realizar la disociación de un voluminoso expediente en el que hay documentos como partidas de nacimiento, fotografías o informes médicos o psiquiátricos es ilusorio, no solo por los riesgos –qué pasa si inadvertidamente queda algún dato sensible o íntimo de una persona, quién es responsable– sino también por los costos y porque se demoraría la publicación.

Sin que la mayoría de los poderes judiciales lo haya declarado formalmente, la tendencia predominante es que las sentencias y los documentos asociados a los procesos son visibles completos en los sitios de internet con mínimas excepciones. Una explicación posible es que esto sea el resultado del principio de máxima publicidad que conlleva a una aplicación mínima de la protección de datos personales; mínimo que se sitúa entre la protección de datos sensibles o en la supresión de nombres con claro mandato de ley.

(18) Ver art. 3° de la ley 26.856 y resolución 121-2010 del Conselho Nacional da Justiça (art. 4°, § 1).

(19) Brasil está aún discutiendo su ley de protección de datos. Ver: Projeto de lei geral de proteção de dados pessoais é aprovado no Senado, *Senado Noticias*, 10/07/2018 (ver también Projeto de Lei da Câmara n.º 53, de 2018).

7. Reutilización y reidentificación

Recientemente, han aparecido algunas empresas que reutilizan información judicial. Algunos ejemplos de esto son: en Brasil, hay empresas que alertan a los abogados de la existencia de una notificación que se publica en el *Diário Judicial*;⁽²⁰⁾ en México, varias empresas descargan información procesal de los boletines judiciales o listas de acuerdos que publican los tribunales estatales y federales (una de estas empresas es el Buró de Investigaciones Legales: www.bil.com.mx, otra empresa similar es Buho Legal: www.buholegal.com).

La gran mayoría de los poderes judiciales es adversa a los reutilizadores, ello es evidente por la proliferación de captchas en todos los pasos de acceso a sentencias y consulta de información procesal, pues estos impiden la descarga masiva que necesitan los reutilizadores.

Por otra parte, en los últimos años varios investigadores (Sweeney, 1997; Narayanan & Shmatikov, 2008) han cuestionado la confiabilidad de las técnicas de disociación. El ejemplo más mencionado de intento de reidentificación de personas en bases de datos anonimizadas es el caso de Netflix,⁽²¹⁾ sin embargo en este caso los investigadores de la Universidad de Texas (Austin) solo logran identificar cinco usuarios de Netflix en una gigantesca base de datos. Otro ejemplo también relevante fue la reidentificación del nombre del gobernador de Massachusetts, EEUU, en una base de datos con historias clínicas anonimizadas basándose en la edad, sexo y código postal. El método utilizado por los investigadores fue cruzar la base de datos de historias clínicas con fuentes externas, en este caso el padrón de electores (Ohm, 2010). Luego de este caso, la confiabilidad en la efectividad de la anonimización para la publicación de las bases de datos que contienen datos personales es cuestionada.

8. La evolución del concepto de apertura judicial

Una de las respuestas dada por los poderes judiciales para mantener la apertura ha sido habilitar canales de acceso específicos para cada tipo de información judicial, habilitando criterios de búsqueda y contenidos de información con datos personales o sin ellos, según sea el balance de derechos. En algunos casos se procede por mandato de ley, como los deudores alimentarios morosos, por ejemplo en la provincia de Salta; o los registros de delincuentes

(20) El *Diário Judicial* fue creado por la ley 11.419 y es la única vía de notificación. Pero en Brasil la organización judicial hace que existan muchos tribunales y cada uno de ellos publica su propio diario judicial (por estado, por materia, etc.). También es común que los abogados litiguen en varios Estados al mismo tiempo, no siendo posible –materialmente– revisar todos los días todos los diarios judiciales. Para ello contratan alguna de las empresas que los descargan con robots y les alertan cuando sus casos son notificados.

(21) Netflix publicó en 2006 sus bases de datos –con los nombres de sus clientes anonimizados– en el contexto de un concurso para obtener ideas sobre cómo elegir sus películas; el caso llega a los tribunales –“Doe vs. Netflix”– porque en EEUU la privacidad de quien alquila videos está especialmente protegida por la Video Privacy Protection Act.

sexuales (que tienen distintos niveles de acceso según los países) en Argentina, implementados por la ley 26.879, y en la provincia de Mendoza por la ley 7222; creados en las provincias de Córdoba por la ley 9680, y en Neuquén por la ley 2520. En otros casos por política judicial, como los juicios universales, cuya forma de acceso varía según la provincia –ver, por ejemplo, con acceso público en línea en Mendoza y Río Negro–; restringido en provincia de Buenos Aires y diferido en Formosa. El acceso a las agendas de audiencias penales presenta también una tipicidad, son visibles solo en una ventana temporal desde la convocatoria hasta la celebración, y se publican los nombres de los imputados (ver acceso en línea en Mendoza y La Rioja; en Chubut con acceso a las ya realizadas y sin mención del imputado; en Perú con buscador por nombre, y en Costa Rica con los datos de los imputados de las audiencias ya realizadas). También existen sistemas para el seguimiento de las ejecuciones penales, con varias modalidades como en Mendoza en forma anonimizada, y en Paraíba, Brasil, con un buscador por nombres y acceso a una gran cantidad de datos, como el nombre de los padres, delitos imputados, nombre de las víctimas, régimen penal, entre otros. Las listas de acuerdos o de despacho son comunes en Argentina y México, ya sea con buscadores por nombre de las partes o anonimizadas, públicas, o para usuarios registrados, y en algunos casos incluyen el nombre de las víctimas (como las listas de acuerdos del Poder Judicial de Tabasco).

Tal diversidad surge según se interprete el principio de máxima divulgación, que obliga a generar modalidades específicas para cada tipo de información judicial, ya que en cada caso se hacen diferentes ponderaciones con la vida privada, datos personales, presunción de inocencia o derecho de defensa, que implican ya sea la disociación de los datos personales o su obligada exposición –a veces permanente, en otros casos temporal–.

Se pueden dar algunos ejemplos de iniciativas recientes que brindan acceso completo con alguna solución para los datos personales. Uno es el acceso a los padrones electorales; tanto en México como en Argentina se ha observado que los precedentes ya mencionados se aplican ahora con mucha cautela. Por ejemplo, la Cámara Nacional Electoral de Argentina respeta el acceso a los padrones electorales, pero entrega solo las variables y datos necesarios para la investigación declarada, además hace firmar el siguiente compromiso:

... conforme el requerimiento formulado por.....para ser utilizado como insumo para análisis estadísticos sobre...., se procede a hacer entrega al señor...., de un sobre cerrado y sellado conteniendo un disco compacto (DVD) con una copia digital de la base de electores activos del Registro Nacional de Electoral..... El requirente se compromete a adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, evitando su utilización y tratamiento no autorizado o para fines diversos que los que motivaron su solicitud, quedando prohibido conformar archivos, registros o bancos de datos *ad hoc*.

Algo inimaginable si se sigue la letra de las leyes de acceso a la información pública.

Otro ejemplo es el Convenio Interjurisdiccional de Datos Judiciales Abiertos –firmado en octubre de 2016 en Argentina–, en el que la primera tarea fue generar bases de datos primarios y producir indicadores estadísticos (tomando como punto de partida el National Judicial Data Grid de la India). En la etapa de diseño se analizó cuidadosamente la inclusión de información personal incompleta de los imputados (cuasi identificadores), porque facilitarían la vinculación de las investigaciones en el Ministerio Público con las causas penales; sin embargo, los poderes judiciales consideraron que los riesgos de reidentificación superaban cualquier ventaja posible.⁽²²⁾

Un tema central es que las leyes de acceso a la información o las políticas de publicidad activa no definen claramente qué puede hacerse con los datos personales cuando se publican: ¿son reutilizables como los datos abiertos?; ¿conservan su protección legal?; ¿mantienen su protección y existen normas penales para evitar su reutilización sin consentimiento? El hecho es que una vez que los datos han salido de las instituciones que los originaron ya no pueden ser protegidos de la misma manera. Estas indefiniciones han generado políticas diferenciales sobre qué normas se aplican luego de entregar o publicar información con datos personales.

9. Conclusiones

Ninguna modalidad o política por sí sola garantiza la apertura judicial: ni la transparencia activa, los datos accesibles en internet, ni los procedimientos de acceso a la información, el acceso a las bases de procesos electrónicos (incluyendo las listas de despacho, edictos, agendas de audiencias, notificaciones), los conjuntos de datos abiertos, el acceso a un expediente físico o la asistencia a una audiencia. Resulta claro que un mayor nivel de acceso, como aquel en el que la información personal está presente con todos los detalles, es fundamental en algunas investigaciones de interés público.⁽²³⁾

(22) En consecuencia la edad de los imputados mayores de 65 años se registró como 65+. Los datos primarios conformarían bases de datos completas de los procesos penales, y por tanto todos los riesgos de reidentificación debían ser evitados, y es sabido que los adultos mayores están más expuestos en este tipo de registros.

(23) Por ejemplo, un caso en el que se disputa la tenencia de un adolescente puede no ser de interés público, pero la generalidad de los casos de tenencia sí es de interés público en la medida que es revelador de la calidad de los procedimientos judiciales. Es de “interés público” saber si los jueces –en general– dan la tenencia de un niño al cónyuge o familiar correcto, o deciden una medida educativa, o un tratamiento a un adolescente infractor que más le garantiza tanto su derecho a la reinserción social como la seguridad pública. Además los poderes judiciales deben brindar a los jueces las herramientas necesarias –peritos especializados, asesores, Cámara Gesell, etc.–, capacitación y programas de ejecución basados en la comunidad; este contexto debe ser evaluado para garantizar su eficacia y su mejora permanente –esto es imposible sin investigación independiente–.

Por otra parte, la diversificación de las modalidades de acceso y formas de publicación de información judicial evidencian que no bastan reglas generales, sino que se requiere una política activa de apertura judicial que tenga presente a todo tipo de usuarios, ciudadanos, partes litigantes, abogados, investigadores académicos y de la sociedad civil, periodistas de datos y de investigación, y otros actores eventualmente interesados por la información judicial en razón de su actividad económica o social.

El sector privado también tiene una gran incidencia y las reglas para los negocios deberían ser claras. Por ello las empresas que comercializan perfiles personales son muy conscientes de que su negocio depende de que tengan bases de datos completas. Uno de los elementos reiterados en las modalidades de acceso y en la consulta en línea de datos judiciales es facilitar la búsqueda de un caso en particular y evitar la descarga de grandes partes de las bases de datos. De la misma forma, el acceso a los expedientes fuera de las formalidades de las leyes de acceso hace que la información deba solicitarse al juez de la causa y no al oficial de información del Poder Judicial. Esta modalidad evita la recolección de conjuntos relacionados de información judicial. Esto se suma a la proliferación de captchas y al diseño de los motores de búsqueda (que permiten solo cierto tipo de búsquedas). Cuando un abogado consulta una base de jurisprudencia, ya sea en un sitio judicial o con una editorial privada, accede en realidad a una mínima proporción del total de las decisiones.⁽²⁴⁾ La información judicial que se podría recolectar con estas modalidades produciría en realidad muchísimos falsos negativos, por eso tal como se publica la jurisprudencia (relevante) no es atractiva para la generación de perfiles personales.

El concepto de apertura es dinámico, participativo y es el resultado de un diálogo entre autoridades, técnicos y usuarios; incluye la aplicación ponderada de principios jurídicos que se traducen en “políticas” explícitas pero ajustables y modificables en función de nuevas situaciones y nuevas tecnologías.

Los procedimientos de disociación –único en el que confían las leyes de acceso para garantizar la protección de datos personales– deben evaluarse cuantificando los riesgos de reidentificación, que dependen mayormente de la circulación de otras bases de datos. Por ejemplo, en Argentina con varios sistemas de “DNI en línea” operando libremente,⁽²⁵⁾ los estándares de anonimización deben ser más altos.

Finalmente, la apertura judicial no es ajena a la protección de los datos personales porque se entiende que está orientada a que los ciudadanos entiendan y discutan cómo el Poder Judicial decide, pero claramente no está orientada a facilitar que se investigue la vida privada de las personas. A quienes acceden

(24) El porcentaje de casos que se seleccionan para su publicación es siempre un dato faltante porque la finalidad es publicar sentencias que sean un precedente relevante. Las posibilidades informáticas han suscitado la posibilidad de que cada vez más sentencias se publiquen en los sitios oficiales, pero se trata de dos cosas distintas.

(25) Por ejemplo, www.dateas.com o www.cuitonline.com

a la justicia no se les puede pedir, y menos condicionar, que hagan públicos sus conflictos, dificultades, vulnerabilidades, sus datos de salud, etc. como si fuera este un costo adicional para recibir una decisión judicial.

10. Bibliografía

- Alberdi, J. B.** (1853). *Elementos del derecho público provincial, para la República Argentina* (\$10, pág. 87). Valparaíso: Imprenta del Mercurio.
- Ferrer del Río, A.** (1856). *Historia del reinado de Carlos III en España* (Libro III, Capítulo III). Madrid: Madrid: Imprenta de los señores Matute y Compagni.
- Narayanan, A. & Shmatikov, Vitaly.** (2008). Robust De-anonymization of Large Sparse Datasets. *SP '08 Proceedings of the 2008 IEEE Symposium on Security and Privacy*, pp. 111-125. DOI: 10.1109/SP.2008.33
- Ohm, P.** (2010). Broken promises of privacy: responding to the surprising failure of anonymization. *UCLA Law Review*, 57, pp. 1701-1777.
- Ohm, P.** (2015). Sensitive Information. *S. Cal. L. Rev.*, 88, pp. 1125-1196.
- Soto Morales, C. A.** (2017). Transparencia y Protección de datos personales. En L. Gama y C. Soriano (Eds.) *Diálogos para la Justicia Abierta* (pp. 191-195). México: Tirant lo Blanch y Tribunal Electoral.
- Tobias, C. W.** (2002). Anastasoff, Unpublished Opinions, and Federal Appellate Justice. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 25, pp. 1171-1184.
- PriceWaterhouseCoopers (PwC).** (2009). Understanding the “Key Issues and Constraints” in implementing the RTI Act (Chapter 4). pp. 57-65.
- Sweeney, L.** (1997). Weaving Technology and Policy Together to Maintain Confidentiality. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 25, pp. 98-110.

11. Referencias normativas

Argentina

- Ley 27.275 (2017).
- Acordada 42/2017 CSJN.
- Convenio Interjurisdiccional de Datos Judiciales Abiertos (2016).
- Acordad 34/2016 TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Ley 26.879 (2013).
- Ley 26.856 (2013).
- Ley 25.326 (2000).
- Código Civil de la República Argentina.
- Ley 7222 (Mendoza, 2004).
- Ley 9680 (Córdoba. 2009).
- Ley 2520 (Neuquén, 2006).

Brasil

Lei 12.527 (2011).

Resolución 121/2010, Conselho Nacional da Justiça.

Resolución 215/2015, Conselho Nacional da Justiça.

Lei 11.419 (2006).

Canadá

Judicial Council, Model Policy for Access to Court Records (2005).

Colombia

Ley 1712 de 2014 (marzo 2006).

Costa Rica

Reglas de Heredia (2009).

EEUU

Freedom of Information Act, FOIA (1966).

Children's Online Privacy Protection Act (1998).

Fair Credit Reporting Act (1970).

Video Privacy Protection Act (1988).

España

Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno (2013).

México

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental, LFTAIG (2002) reemplazada por la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental, LGTAIG en 2015.

Código Penal de Nuevo León (1990).

Nueva Zelanda

A Guide for Media Reporting in the Family Court.

India

RTIA (2005).

12. Jurisprudencia

TEDH, *Aleksey Ovchinnikov c. Russia*, 2010.

Corte IDH, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, 19/09/2006.

Argentina

CFed. Cas. Penal, Sala II, “Noble Herrera, Marcela y otro s/recurso de casación”, 07/06/2011.

Cámara Nacional Electoral, “Sánchez Morteo, Susana T. -Coapoderada del Partido Nacionalista Constitucional Cap. Fed. s/queja”, 14/04/2005, Fallo: 3410/2005.

CSJN, “Kook Weskott, Matías s/ abuso deshonesto –causa N° 963–”, 28/07/2005.

CSJN, “CIPPEC c/EN - M° Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/amparo ley 16.986”, 26/03/2014.

Colombia

Corte Constitucional, Sentencia C-274/2013.

Costa Rica

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 3346/2009.

Tribunal Supremo de Elecciones, Sentencia 1959-E-2002, 28/10/2002.

EEUU

Doe vs. Netflix, United States District Court for the Northern District of California (2009).

España

Tribunal Supremo, Sentencia 1799/2011.

El Salvador

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Auto 438-2011, 22/01/2014.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Auto 7-2006, 20/08/2014.

India

High Court of Delhi, “Registrar, Supreme Court of India vs. R S Misra”, 21/11/2017.

México

Tribunal Electoral de la Federación, Tesis 5/2013, 10/04/2013.