

# TRANSPARENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN JUDICIAL\*

Carlos G. GREGORIO\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Información judicial*. III. *De la publicación selectiva a la publicación masiva*. IV. *Diseminación masiva de sentencias en América Latina y el Caribe*. V. *Lagunas axiológicas o desacuerdos valorativos*. VI. *Acceso a la información y libertad de expresión*. VII. *Limitaciones a la difusión electrónica de información*. VIII. *Búsqueda de un equilibrio entre derechos —crisis de las legislaturas—*. IX. *Conclusiones*.

## I. INTRODUCCIÓN

En la reciente carta de *Derechos de las Personas ante la Justicia en el Ámbito Iberoamericano* se afirma que la eficacia de la justicia esta vinculada a la accesibilidad, a la información y a la transparencia, y se declara que todas las personas tienen derecho a recibir información transparente sobre el estado, la actividad y los asuntos tramitados y pendientes de todos los órganos jurisdiccionales, si así lo solicitan.<sup>1</sup>

No existe duda que un sistema de administración de justicia transparente es esencial en un contexto democrático. Es claro que facilita el con-

\* Este documento reproduce resultados parciales de un proyecto de investigación financiado por el International Development Research Centre (IDRC), Ottawa, Canadá.

\*\* Instituto de Investigación para la Justicia, Buenos Aires, Argentina.

1 Esta carta fue aprobada durante la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, que se realizó en Cancún, México, del 27 al 29 de noviembre de 2002.

trol ciudadano, hace más predecibles las decisiones judiciales y funciona como un incentivo para la independencia judicial.

Reafirmando estos principios, el propósito de este trabajo es analizar las consecuencias prácticas de los primeros programas de transparencia judicial, y buscar soluciones normativas y tecnológicas para restablecer un equilibrio —presumiblemente roto— con otros derechos, como son el acceso a la justicia, la autodeterminación informativa y el derecho al honor y la intimidad.

## II. INFORMACIÓN JUDICIAL

La información judicial se registra en muchos documentos. En una clasificación somera podrían mencionarse tres tipos:

- a) El expediente: un registro formal de documentos que es la memoria procesal escrita y común para todos los actores en el proceso;
- b) La sentencia: que es la expresión escrita de la decisión a que arriban los jueces luego de la consideración de los hechos, la ley y su contexto. Su finalidad es documentar y publicitar una decisión y explicitar sus fundamentos;
- c) Los edictos: documentos que son colocados ostensiblemente en los estrados del juzgado o publicados en periódicos oficiales para conocimiento de las personas interesadas, que no están representadas y cuyos domicilios se desconocen.

Si bien estos documentos son consultados regularmente por el juez, las partes, los abogados, los empleados judiciales, etcétera están abiertos a otros destinatarios que pueden no estar precisamente identificados, se pretende con ellos que la información quede al alcance de todas las personas que puedan tener algún interés en el proceso. Existen otros tipos de documentos, como las notificaciones, órdenes, comunicados, exhortos, etcétera, que están dirigidos a una persona determinada (generalmente con un domicilio conocido).

Existen diferentes posiciones sobre la publicidad de la información judicial, muchas leyes latinoamericanas consideran al expediente un documento público, y por tanto accesible para cualquier persona, en cualquier momento para su inspección ocular (excepto aquellos que son

reservados siguiendo las reglas y procedimientos establecidos en las leyes).<sup>2</sup>

Prácticamente no existen dudas que las sentencias judiciales son públicas y accesibles. Naturalmente los edictos son no sólo accesibles, sino que se pretende darles la mayor publicidad posible para lograr su máxima difusión.

Esta graduación que va desde “accesible” hasta “publicitado” ha sido tradicionalmente la escala para interpretar cual es el carácter público de la información judicial.

### III. DE LA PUBLICACIÓN SELECTIVA A LA PUBLICACIÓN MASIVA

Antes de la explosión de *internet*, la publicación de decisiones judiciales en los países del sistema continental era selectiva. Al no ser los precedentes una fuente preeminente del derecho, en los países de la tradición continentales la publicación de sentencias judiciales fue limitada. Sin embargo, en América Latina existen publicaciones muy antiguas que se han mantenido hasta el presente.<sup>3</sup> El procedimiento para publicar las sentencias supone un proceso de selección basado en criterios editoriales y en algunos casos en las sugerencias formuladas por los mismos jueces, que considerando su decisión novedosa o relevante, sugieren su publicación y comentario a los editores comerciales.

Muchas de estas editoriales aún mantienen las mismas estrategias de selección, algunas han comenzado a cambiar la impresión en papel por la edición de discos compactos o la difusión en *internet*. Algunos nuevos editores han nacido utilizando las ventajas —y los bajos costos— de *internet*, pero mantienen también los mismos criterios selectivos.<sup>4</sup> Sólo en los casos decididos por los más altos tribunales de los

2 En México, la *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental* establece en su artículo 14: “También se considerará como información reservada:... IV. Los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio en tanto no hayan causado estado...”.

3 Actualmente en Argentina existen cuatro publicaciones regulares de jurisprudencia, que cubren todas las áreas del derecho: *Gaceta de Paz* (desde 1920), *Jurisprudencia Argentina* (desde 1916), *La Ley* y el *El Derecho*.

4 El Dial ([www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar)) en Argentina; MicroJuris ([www.microjuris.com](http://www.microjuris.com)) en Argentina, Chile, Venezuela y Puerto Rico; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (<http://info.juridicas.unam.mx>); InfoCompu ([www.infocompu.com](http://www.infocompu.com)) en República Dominicana; MasterLex ([www.masterlex.co.cr](http://www.masterlex.co.cr)) en Costa Rica; Jurídica Colombiana ([www.juridicacolombiana.com](http://www.juridicacolombiana.com)) en Colombia; Enciclopedia Jurídica ([www.ejuridica.com](http://www.ejuridica.com)) en Panamá; El Derecho Digital ([www.elderechodigital.com](http://www.elderechodigital.com)) en Uruguay. Además existen sitios que abarcan muchos países como [www.derecho.org](http://www.derecho.org) y [www.vlex.com](http://www.vlex.com).

países latinoamericanos se ha observado una tendencia a la publicación de la mayoría o totalidad de las decisiones.

En los países del *common law* existe cierta tendencia a publicar la mayor cantidad posible de decisiones judiciales, y aún las ediciones en papel intentan publicar la mayoría de las decisiones de las cortes de apelaciones.<sup>5</sup>

Uno de los primeros cambios significativos hacia la publicación masiva de decisiones judiciales en los países de tradición continental surgió del *Article 26* de la Ley Francesa del 5 de julio de 1985.<sup>6</sup> Esta norma, llamada *Ley Badinter*, fue una solución legislativa al problema del congestionamiento de los tribunales por un incremento sostenido de las demandas por daños y perjuicios causados en accidentes de circulación. La solución concebida en esta Ley consistió —junto con incentivos para la resolución extrajudicial— en la difusión de las decisiones judiciales utilizando variables cuantitativas y categorías cualitativas para describir los hechos en cada caso: estos datos se referían a la edad de la víctima, género, ingresos mensuales, profesión u ocupación, miembros de su familia, estado de salud antes del accidente, y naturalmente los daños indemnizados expresados detalladamente por sus cuantías. Siguiendo el mandado de la Ley, las cortes de apelaciones comenzaron a publicar periódicamente tablas en las que resumían las variables de cada caso. Estas tablas eran fundamentales para que las compañías

5 Tradicionalmente el valor como precedente de una decisión judicial dependía de su publicación. Con la generalización de las tecnologías de información hay cada vez más nuevos editores de jurisprudencia, tanto oficiales como privados. Esta nueva actitud ha puesto en discusión el valor jurisprudencial de las decisiones no publicadas en los reportes tradicionales. En *Anastasoff vs. United States*, 223 F 3d 898 (2000) la Corte de Apelaciones del Octavo Circuito de los Estados Unidos ha considerado inconstitucional su propia regla en la que no reconocía como precedentes las decisiones no publicadas. Esta decisión fue revisada (235 F 3d 1054, 8th. Cir. 2000), por el pleno de la corte, considerada abstracta y anulada, pero afirmando “The constitutionality of that portion of Rule 28A(i) which says that unpublished opinions have no precedential effect, remains an open question in this Circuit”. Véase Strongman, Jon A., “Unpublished Opinions, Precedent, and the Fifth Amendment: Why Denying Unpublished Opinions’ precedential value is unconstitutional”, 50 *University of Kansas Law Review*, 2001, pp. 195-223.

6 “Loi N° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l’amélioration de la situation des victimes d’accidents de la circulation et à l’accélération des procédures d’indemnisation”. Para la eficacia de la ley el punto más relevante es el *Article 17*. “*Si le juge qui fixe l’indemnité estime que l’offre proposée par l’assureur était manifestement insuffisante, il condamne d’office l’assureur à verser au fonds de garantie prévu par l’article L. 421-1 du code des assurances une somme au plus égale à 15 p. 100 de l’indemnité allouée, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime*”, que fue complementado con un criterio de publicación establecido en el *Article 26*. “*Sous le contrôle de l’autorité publique, une publication périodique rend compte des indemnités fixées par les jugements et les transactions*”.

de seguros pudieran hacer una propuesta razonable (artículo 17). El reclamante antes del juicio y en conocimiento de la propuesta de la compañía de seguros, tenía dos alternativas, rechazarla e ir a juicio o aceptarla. Si la propuesta era rechazada, el juez —durante el proceso— debe decidir si ésta fue razonable. Si el juez considera que la propuesta no fue razonable —y entonces entorpeció el proceso de negociación— puede condenar a la compañía de seguros con un 15% adicional de la indemnización decidida judicialmente, que se integra a un fondo de garantía. Este procedimiento hizo que la negociación fuera ventajosa para las partes, y naturalmente disminuyó el número de procesos. En gran parte el éxito de esta Ley se basó en la difusión de la información judicial.<sup>7</sup>

Un desarrollo similar tuvo lugar en Argentina desde 1988, en este caso al no partir de un texto legislativo consistió sólo en la sistematización y difusión de casos judiciales sobre daños y perjuicios decididos por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (justicia ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires).<sup>8</sup> Uno de los argumentos más significativos para desarrollar esta base de jurisprudencia fueron las críticas de los abogados y las compañías de seguros que señalaban la volatilidad que creaban decisiones judiciales dispares e impredecibles. En algunos casos en los que los hechos eran prácticamente similares, las indemnizaciones eran significativamente diferentes de un juez a otro, y aun entre casos decididos por un mismo juez. Esta situación se traducían en muchas consecuencias indeseables, además del desprestigio de la judicatura, las sospechas de corrupción, significaban una mayor litigiosidad —al ser prácticamente imposible la negociación—, un mayor número de apelaciones, y por tanto el consiguiente retraso judicial y congestión de los tribunales. Las grandes demoras —incluyendo la apelación y la ejecución de la sentencia— significaban daños adicionales para las víctimas pues generalmente no están en capacidad de pagar los tratamientos necesarios.<sup>9</sup> La existencia de diferentes e impredecibles criterios para el cálculo de las indemnizaciones no permitía detectar decisiones judiciales dependientes de las presiones de abogados o compañías de seguros, y además se traducían en una barrera para cual-

7 Tunc, André, "The 'Loi Badinter', ten years of experience", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1996, pp. 329-340.

8 El domicilio de la compañía de seguros puede determinar la jurisdicción en la que se tramita el juicio, por esta razón una parte significativa de casos de daños y perjuicios son atraídos a los tribunales de la ciudad de Buenos Aires.

9 Puede verse una solución muy peculiar a este problema en la Ley 18.490 de Chile. <http://www.corbat.cl/derechos/accidentado/ley/18490.html>.

quier intento de negociación extrajudicial. Adicionalmente los costos y gastos procesales se sumaban a un incremento en las primas de los seguros, pues las compañías tenían más costos financieros.

Para abordar esta situación —y ante la imposibilidad de lograr una reforma legislativa similar a la de Francia— se diseñó una estrategia que consistía en crear una base de jurisprudencia —que utiliza un conjunto de datos estructurados tomados de la prueba y de la decisión— y simultáneamente un proceso de diseminación de esta información. Antes de la generalización de *internet* entre los abogados, la posibilidad de realizar una búsqueda de información se limitaba a los despachos judiciales y a las oficinas de jurisprudencia de los tribunales que atendían consultas del público. Desde 1998 esta base de jurisprudencia fue accesible en *internet* en la dirección [www.iijusticia.edu.ar](http://www.iijusticia.edu.ar) y hoy contiene prácticamente todas las sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en casos de daños personales.<sup>10</sup>

Desde un principio se estimó que la sola transparencia de las decisiones judiciales produciría la autorregulación. Al existir reglas claras y accesibles al público los jueces comenzaron a tomar decisiones más cuidadosas, y las partes y las compañías de seguros comenzaron a tener criterios objetivos para llegar a un acuerdo extrajudicial.

#### IV. DISEMINACIÓN MASIVA DE SENTENCIAS EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Como se ha visto en el ejemplo señalado en el párrafo anterior, es muy complejo interpretar por qué creció tan rápidamente en los últimos años la difusión de sentencias en los sitios oficiales en *internet* de los poderes judiciales más aún porque ninguno de estos sitios ha definido claramente cual es la finalidad que los ha movido a estos cambios. Prácticamente la única aproximación publicada es la que surge de los “objetivos” definidos en la Recomendación núm. R(95)11 del Comité de Ministros de la Unión Europea:

- Facilitar el trabajo a las profesiones jurídicas proporcionándoles datos rápidamente, completos y actualizados;

<sup>10</sup> Los casos de daños y perjuicios son decididos por la Corte Suprema de Justicia sólo en situaciones determinadas (*viz.* Demandas contra el Estado, las provincias o diplomáticos).

- Informar a toda persona interesada en una cuestión de jurisprudencia;
- Hacer públicas más rápidamente las nuevas resoluciones, particularmente en las materias de derecho en evolución;
- Hacer público un número más grande de resoluciones que afecten tanto al aspecto normativo, como al factual (*quántum* de las indemnizaciones, de las pensiones de alimentos, de las penas, etcétera);
- Contribuir a la coherencia de la jurisprudencia (seguridad jurídica-*Rechtssicherheit*) pero sin introducir rigidez;
- Permitir al legislador hacer análisis de la aplicación de las leyes;
- Facilitar los estudios sobre la jurisprudencia.

Estos objetivos no parecen incluir la “transparencia”, ni tampoco parecen aplicarse a la información procesal.

Otros piensan que una explicación —bastante simple— del crecimiento de los sitios en *internet* es que los sistemas informáticos de apoyo a los jueces permitían disponer de un texto digitalizado de la sentencia, y que los costos de colocar ese texto en un servidor de *internet* son irrelevantes. También es posible que esta difusión pueda motivarse en incrementar la calidad de las sentencias, reducir los riesgos de corrupción y de dependencia judicial.

Si bien es cierto que los primeros desarrollos para difundir masivamente decisiones judiciales se motivaron en resolver problemas de congestión y retraso, es evidente que este nuevo impulso en la diseminación masiva de jurisprudencia en *internet* se relaciona con los programas de transparencia de sector justicia. Existen indicios en los sitios en *internet* de los sistemas judiciales de América Latina y el Caribe que permiten sostener esta afirmación.

- a) El sitio del Poder Judicial de Costa Rica incluye, por ejemplo, en forma explícita un enlace al “programa transparencia” que contiene: el presupuesto judicial, licitaciones y compras, las actas del Pleno de la Corte en las que se detallan las decisiones administrativas;
- b) Todos los sitios son de acceso público, sin necesidad de registro;
- c) Los sitios tienden a publicar las sentencias sin ningún procesamiento adicional (indexación, palabras claves, sumarios, etcétera);

- d) Las sentencias contienen los nombres de las partes, y los motores de búsqueda permiten búsquedas por nombre;
- e) El acceso es gratuito y abierto a todas las personas.

Consecuentemente, las características de los sitios de los poderes judiciales adoptaron dos formas de acceso a las sentencias, *viz*: listas y motores de búsqueda:<sup>11</sup>

- Belice, Jamaica, Trinidad y Tobago y la Eastern Caribbean Supreme Court tienden a utilizar listas;
- Argentina, Barbados, Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, y Venezuela, tienden a utilizar motores de búsqueda;<sup>12</sup>

Los sitios en *internet* de Chile, República Dominicana, Ecuador, Haití, Guatemala, y Uruguay no contienen decisiones judiciales.<sup>13</sup>

Donde este proceso ha tenido una generalización realmente significativa es en Brasil, donde los tribunales federales, constitucionales, estatales y laborales han desarrollado poderosos sitios en los últimos años. La gran mayoría de estos sitios tienen motores de búsqueda para recuperar jurisprudencia.

Pese a todo este crecimiento —en todos los sitios oficiales en *internet*— quedan pendientes algunas cuestiones:

- a) Una definición explícita de la finalidad con la que se difunden las sentencias y la información procesal;
- b) Una definición sobre el valor de los textos, si tienen valor referencial, documental, etcétera.<sup>14</sup>

11 Probablemente la elección depende de la cantidad de casos decididos. Los motores de búsqueda facilitan el objetivo de transparencia ya que permiten identificar sentencias en jurisdicciones grandes. Para ver una descripción de los sitios en *internet* véase: [www.ijjusticia.edu.ar/sitios.htm](http://www.ijjusticia.edu.ar/sitios.htm)

12 En Bolivia y Perú sólo los tribunales constitucionales tienen acceso a los textos íntegros de las sentencias. En El Salvador los nombres de niños y adolescentes son borrados. En México es posible acceder a las “tesis” que condensan las tendencias jurisprudenciales.

13 La Corte Suprema de la República Dominicana publica un disco compacto (CD) con una selección de sentencias de los más altos tribunales. Los poderes judiciales de Bahamas, Barbados, Cuba, Guyana, y Honduras, no tienen —a la fecha— sitios oficiales en *internet*. El sitio del Poder Judicial de Chile ha incorporado recientemente un grupo de sentencias correspondientes a un periodo determinado.

14 La información que se origina o procesa judicialmente puede tener diferente entidad y valor. Sin embargo la información que normalmente es incluida en los sistemas de



- c) Una declaración sobre si se están difundiendo todas las sentencias, una selección —y en este caso con qué criterios— y si se excluyen intencionalmente algunos casos —y con qué fundamento—;<sup>15</sup>
- d) Si se han resuelto adecuadamente los problemas vinculados con la intimidación y autodeterminación informativa de las personas involucradas: por ejemplo si se están suprimiendo nombres cuando así lo establece la legislación vigente, si se ha creado un mecanismo fácil para que quien se sienta vulnerado pueda solicitar la eliminación de sus datos personales; si se ha capacitado a los jueces para concentrarse en los fundamentos de las decisiones, y no en explayarse en detalles de la vida privada, generalmente innecesarios;
- e) Si esta forma de difundir las sentencias, favorece o no la regla del precedente jurisprudencial. ¿Es ahora más difícil, o no, encontrar precedentes pertinentes ante la saturación de las búsquedas?<sup>16</sup>

información podría clasificarse en los siguientes niveles: *estadístico*: la inclusión de la información sólo está justificada para la realización de estadísticas, investigación o monitoreo; por lo que el nombre de las partes no será necesario identificarlo (quizás con la excepción del Estado nacional o partes que mantienen múltiples casos). La consecuencia más importante es que la información que sólo se incluye a estos fines puede ampararse en el secreto estadístico; *referencial*: la información contenida en el sistema facilita el acceso o el proceso de identificación de documentos o personas necesarios para la gestión; *documental*: la información que tiene valor documental habilita para la toma racional de decisiones. Si las partes, por ejemplo, pueden informarse sobre una decisión del juez o una notificación por medio de una consulta al sistema de información, ese dato debe tener valor documental. En todos los datos clasificados como documentales debe garantizarse que la información no pueda ser modificada o, en su caso, deberá dejar rastros sobre el contenido anterior, quién los modificó y cuándo; *registral*: la característica más importante son sus efectos legales y su completitud; en un sistema registral la no existencia de información pertinente tiene valor documental. Los principios que rigen la registración y la actividad de los Registros son: *a)* rogación: el Registro no procede de oficio, sino a solicitud de parte interesada, por intervención de autoridad administrativa o mandato de la autoridad judicial; *b)* todo documento inscripto puede dar lugar a oponibilidad; *c)* existe presunción de veracidad de los asientos registrales; *d)* el Registro debe examinar y comprobar fehacientemente que los documentos que se pretenden inscribir reúnen los recaudos legales del caso. Según el tipo de información que se registre pueden existir otros principios: prioridad (es la aplicación del principio *prior in tempore potior in jure* en el ámbito registral); reserva (por ejemplo en el caso de los antecedentes penales); publicidad, etcétera.

15 Una buena práctica para resolver este problema puede verse en el sitio del Poder Judicial de Costa Rica ([www.poder-judicial.go.cr/scij/busqueda/jurisprudencia](http://www.poder-judicial.go.cr/scij/busqueda/jurisprudencia)) donde las sentencias están numeradas, y pueden recuperarse por el número de sentencia.

16 Una de las finalidades para difundir sentencias judiciales es la construcción del

## V. LAGUNAS AXIOLÓGICAS O DESACUERDOS VALORATIVOS

La Constitución de la República Federativa de Brasil establece:<sup>17</sup>

Art. 93.<sup>18</sup> Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:...

IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes...

Es probable que este principio constitucional sea el argumento que motivo la extraordinaria difusión en *internet* de información judicial. Para analizar este punto, es necesario conocer que valor tiene la palabra “público”. Como en muchos otros campos del derecho la irrupción de una nueva tecnología puede generar nuevos conflictos o lagunas normativas. El uso del término “laguna” no es aquí del todo arbitrario: se estima que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión *por no haberla previsto*, y que de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente. En vez de solucionar el caso en forma genérica, le hubiera dado una solución específica. Alchourrón y Bulygin

precedente jurisprudencial. Entonces la publicidad y difusión de los precedentes es el sustento del principio de igualdad ante la ley. Sin embargo la publicación masiva de decisiones judiciales inevitablemente incluye decisiones redundantes en términos de jurisprudencia. La existencia de redundancia, por su cantidad, significa que una búsqueda, en función de algún término jurídico, recuperara tantas sentencias que sería prácticamente imposible procesarlas durante una investigación jurisprudencial. Este concepto se ha denominado saturación y su efecto es la destrucción de un conjunto coherente de precedentes que permitan identificar la jurisprudencia relevante. Véase Brenner, Susan W., *Precedent Inflation*, Transaction Publishers, 1992.

17 También los siguientes artículos son pertinentes: *Artigo 5*. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:... XIV- é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; XXXIII- todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;... LXXII- conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando no se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

18 Alterado por las *Emendas Constitucionais* números 19/98 y 20/98.

han definido el concepto de laguna axiológica (diferenciándola de la laguna normativa, *i.e.* inexistencia de solución) cuando la solución existente se considera axiológicamente inadecuada porque no toma en cuenta alguna propiedad conceptuada relevante, es decir, porque el sistema no hace un distingo que debe hacerse.<sup>19</sup>

Es natural que los constituyentes no imaginaran la existencia de *internet*, y por tanto es evidente que es un caso de laguna axiológica (presencia de una solución insatisfactoria) y no de laguna normativa (ausencia de una solución). En otros campos del derecho se ha observado que la generalización de *internet* —o de otros avances tecnológicos— ha producido una “necesidad” de modificar el derecho, tomando en cuenta una circunstancia que no había sido tomada en cuenta por el legislador, por no existir en aquel momento.

Quizás, para resolver este desacuerdo, sea suficiente aclarar cuál es el sentido de la palabra “público” en el texto constitucional. Antes de *internet* era común interpretar que los expedientes judiciales fueran públicos, y significaba que cualquier persona podía solicitarlo en el juzgado, leerlo, y —salvo las limitaciones legales— darlo a publicidad. Cabe entonces toda una gama de sentidos para la palabra o el carácter “público”:

- a) Puesto a disposición del público; *i.e.* incluidos en el derecho de acceso a la información;
- b) Dar a publicidad; *i.e.* forzar el conocimiento por parte de la mayor cantidad de personas posibles o de determinadas personas.

Mientras que en el primer caso el concepto está vinculado con un derecho individual en el segundo suele estar relacionado con una obligación. En este contexto resulta razonable que los jueces den a publicidad los edictos, cuya finalidad es notificar o crear la presunción de notificación.

En el ínterin ha ocurrido un cambio de finalidad, mientras que en el pasado el término público —y su gama de interpretaciones— estaba ordenado a las necesidades y la lógica procesal, hoy el concepto de publicidad está ordenado —además— hacia el concepto de control ciudadano de la administración de justicia.<sup>20</sup>

19 Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, primavera de 1971. Un caso C es una *laguna axiológica* del sistema normativo *a* en relación a un universo de acciones, si C está solucionado por *a* y existe una propiedad *p* tal, que *p* debe ser relevante para C (de acuerdo con una determinada hipótesis de relevancia) y *p* es irrelevante para *a* en relación al universo de acciones.

20 Una sociedad democrática supone la evaluación ciudadana sobre su gobierno, y

Se enfoque como una laguna axiológica o como una cuestión semántica, es necesario redimensionar el carácter público de la información judicial frente a las nuevas tecnologías; las nuevas finalidades (una justicia más democrática); los riesgos y los conflictos de normas, y restaurar un equilibrio perdido.

Por estos argumentos, disponer de una definición clara de la finalidad de cada tipo de información judicial —para el tratamiento de los datos y en particular de los datos personales— parece ser un paso ineludible. Esta idea está claramente definida en la Directiva Europea 95/46/CE.<sup>21</sup>

#### Artículo 6o.

1. Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean: a) tratados de manera leal y lícita; b) *recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; no se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas;* c) adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente; d) exactos y, cuando sea necesario, actualizados; deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas; e) conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un periodo no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten posteriormente. Los Estados miembros establecerán las garantías apropiadas para los datos personales archivados por un periodo más largo del mencionado, con fines históricos, estadísticos o científicos.

2. Corresponderá a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1.

ésta, para ser efectiva, requiere que el ciudadano tenga los elementos para hacer de su juicio un asunto razonado e informado, y que esta opinión puede ser divulgada y contrastada con la de otros ciudadanos. También la Suprema Corte de Justicia de México ha expresado su opinión sobre lo que debe entenderse por derecho a la información, así como las acciones que el Poder Legislativo debe llevar a cabo con relación al mismo. La Corte señaló que la interpretación del constituyente permanente al incluir el derecho a la información como una garantía social correlativa a la libertad de expresión, implica que el Estado debe permitir el libre flujo de ideas políticas a través de los medios de comunicación (tomado del mensaje de la Comisión de Gobernación y Seguridad Pública, con motivo del Proyecto de Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental).

21 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (<http://europa.eu.int/spain/novedades/documentos/31995L46.htm>).

Para mostrar un ejemplo de la utilidad del “principio de finalidad” puede postularse que la difusión en *internet* de información procesal (estado de una causa o últimos movimientos) tendría por finalidad mantener informadas a las partes en conflicto, a sus abogados o a quienes tengan un interés legítimo en el proceso. Un tratamiento novedoso —quizás por el equilibrio que presupone— a este tipo de información ha sido dado, por ejemplo, en el sitio en *internet* del Poder Judicial de Nayarit (México). Mientras que los poderes judiciales de otros estados publican esta información —comúnmente denominada *Boletín Judicial*— en listas con el número de caso, los nombres de las partes, la naturaleza del conflicto y el último movimiento, el estado de Nayarit no incluye el nombre de las partes. Este procedimiento es *estrictamente ajustado* a la finalidad de la difusión de ese tipo de información, pues las partes, abogados o personas con interés en el proceso, disponen del número de caso. Además la información judicial así difundida es un ejemplo de información “incompleta” que tomada fuera de contexto (o sea desconociendo toda otra información acumulada el expediente de la causa, y especialmente cual será su solución definitiva) puede ser interpretada en forma equivocada si es vinculada con un dato personal.<sup>22</sup>

Otro ejemplo de acceso a información incompleta se ha suscitado en el caso *A. M. C. vs. Moore & Sthal, S. A.* (sentencia de la Sala Constitucional 7201-01) ya que el reclamante fue despedido de su empleo sobre la base de un supuesto procesamiento penal (información incompleta) luego el reclamante probó que él fue la víctima.<sup>23</sup>

22 En una tesis, la Suprema Corte de Justicia de México amplió el alcance del derecho a la información y estableció que éste exigía “que las autoridades se abstengan de dar a la comunidad información manipulada, incompleta o falsa, so pena de incurrir en una violación grave a las garantías individuales, en términos del artículo 97 constitucional”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. III, junio de 1996, p. 503.

23 En el caso concreto, observa la Sala que la información contenida en la página *www.datum.net* a nombre del amparado, en relación con la existencia de un proceso judicial por “asalto”. Los datos en cuestión pueden ser obtenidos de los libros de entradas de los despachos judiciales (o del Ministerio Público), además de que están referidos al número de cédula del amparado, y expresan que su posición en el proceso es la de ofendido, no la de imputado. Dichos datos, en todo caso, no han sido desvirtuados por el recurrente, quien tampoco prueba haber efectuado gestión alguna tendiente a su rectificación o eliminación de la base de datos. Como se trata de una compañía dedicada al almacenamiento y consulta de información sobre las personas, habiendo la Sala constatado que los datos de referencia son públicos, identificables por medio del número de cédula del recurrente y expresos en indicar su posición procesal, concluye la Sala que la empresa Aludel Limitada no ha lesionado en perjuicio del amparado, al menos en cuanto a los extremos que impugna, su derecho a la autodeterminación informativa. Se declara parcialmente con lugar, por cuanto el recurrente fue despedido porque la información su-

## VI. ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En una reciente Declaración de Principios la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, durante su 108o. periodo ordinario de sesiones, dijo:

Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaban difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

La libertad de expresión ha tenido en los últimos años un matiz diferente. Ello se debe a que los periodistas que han sido siempre usuarios de información judicial, y recientemente a la actitud que los periódicos han tenido con respecto a *internet*. La tendencia actual es que los periódicos coloquen diariamente las principales noticias en sus sitios en *internet*, y además faciliten el acceso a sus ediciones anteriores con un motor de búsqueda. Estos motores de búsqueda son capaces de buscar noticias en función de datos personales, por lo que una noticia que incluía nombres o números que identifican personas se torna ahora indefinidamente accesible.

Para analizar esta situación son relevantes algunas decisiones judiciales en los Estados Unidos que analizan la pérdida de los derechos de privacidad en particular de ciertas personas a las que se caracteriza como "figuras públicas". También los tribunales de California han sostenido que las figuras públicas retienen cierta "zona de privacidad".<sup>24</sup>

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado en dos precedentes el conflicto entre la libertad de prensa y los derechos de privacidad: *Cox Broadcasting Corp. vs. Cohn*,<sup>25</sup> y *Florida Star vs. B.J.F.*<sup>26</sup> En ambos casos la Corte sostiene que la Primera Enmienda no permite a

ministrada por la recurrida fue errónea (fuente: *Boletín*, núm. 100, Sala Constitucional, Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, junio de 2002). El texto completo de esta sentencia puede consultarse en [www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/scij](http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/scij).

<sup>24</sup> Véase *Diaz vs. Oakland Tribune, Inc.*, 188 Cal. Rptr. 762, 772-73 (Cal. Ct. App. 1983).

<sup>25</sup> 420 U.S. 469 (1975).

<sup>26</sup> 491 U.S. 524 (1989).

los estados hacer prevalecer la privacidad cuando la prensa publica información verdadera legítimamente obtenida de documentos públicos o procesos sobre asuntos de interés público. Cuando una figura pública reclama por los daños derivados de una invasión de privacidad, se ha sostenido que quien es famoso ha perdido alguna porción de su privacidad.<sup>27</sup>

Williams<sup>28</sup> sostiene que el *standard* de *newsworthiness* utilizado por los tribunales para evaluar las acciones de invasión en la privacidad no es suficientemente claro para que los editores estén en condiciones de prevenir reclamos y considera que debería analizarse: a) el valor social de los hechos publicados; b) en que medida el artículo incursiona ostensiblemente en asuntos privados; y c) el grado en el cual la persona involucrada ha accedido a una posición de notoriedad pública.

Estos conceptos permiten trazar dos categorías de personas públicas: a) las “personas voluntariamente públicas” que son aquellas que se han ubicado o expuesto ante la mirada del público por su actividad o asumiendo un *rôle* prominente en instituciones o actividades de interés para el público en general. Han sido consideradas personas públicas los actores,<sup>29</sup> atletas profesionales,<sup>30</sup> políticos,<sup>31</sup> músicos, intérpretes y animadores.<sup>32</sup> Se interpreta que el público posee un interés legítimo en obtener información sobre personas voluntariamente públicas, y esta información puede llegar a ser tan amplia que incluiría aspectos que para otras personas serían privados; b) en contraste las “personas involuntariamente públicas” son aquellas que no han buscado la atención del público, pero que han sido “noticia” como resultado de su participación o asociación con algún hecho notorio. Esta categoría incluye —por ejemplo— víctimas de delitos o accidentes, personas procesadas por delitos o personas que han realizado actos heroicos. Una persona puede tornarse involuntariamente pública —y por tanto perder parte de su privacidad— simplemente por el hecho de estar relacionada con una perso-

27 *Carlisle vs. Fawcett Publications, Inc.*, 20 Cal. Rptr. 405, 414 (Cal. Ct. App. 1962).

28 Williams, Gary, “On the QT and Very Hush Hush”: a Proposal to Extend California’s Constitutional Right to Privacy to Protect Public Figures from Publication of Confidential Personal Information, 19 *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, 1999, pp. 337-361.

29 *O’Hilderbrandt vs. Columbia Broad. Sys.*, 114 Cal. Rptr. 826, 830 (Cal. Ct. App. 1974).

30 *Cepeda vs. Cowles Magazines and Broad.*, 392 F.2d 417, 419 (9th. Cir. 1968).

31 *Miller vs. Bakersfield News-Bulletin*, 119 Cal. Rptr. 92, 94 (Cal. Ct. App. 1975); *Yorty vs. Chandler*, 91 Cal. Rptr. 709, 712 (Cal. Ct. App. 1970).

32 *Star Editorial vs. United States District Court*, 7 F.3d 856, 861 (9th. Cir. 1993); *Montandon vs. Triangle Publications*, 120 Cal. Rptr. 186, 191 (Cal. Ct. App. 1975).

na voluntariamente pública.<sup>33</sup> Un caso relevante en la definición de esta categoría es *Kapellas vs. Kofman*.<sup>34</sup> En este caso un periódico publicó un editorial criticando a Ines Kapellas una candidata a un cargo electivo, el artículo se refería a que su hijo había sido arrestado y que su hija fue encontrada varias veces vagando por las calles. La Corte Suprema de California sostuvo que los niños habían perdido su privacidad como resultado de la candidatura de su madre. También los tribunales han sostenido que quienes han perdido su privacidad nunca podrán recuperarla.<sup>35</sup>

Sin duda sería una tarea ardua establecer quiénes son personas públicas, y entre éstas quienes son voluntaria o involuntariamente públicas. Las legislaciones latinoamericanas parecen aplicar un criterio mucho más restrictivo con el concepto de personas involuntariamente públicas. También resulta muy restrictiva la enumeración en Trinidad y Tobago de “personas en la vida pública” de la *Integrity in Public Life Act* (2000) sección 2 y tabla final.

## VII. LIMITACIONES A LA DIFUSIÓN ELECTRÓNICA DE INFORMACIÓN

### 1. *Limitaciones en contenido*

En *R.M.F.G. c. D.A.*,<sup>36</sup> se dice que “El derecho al honor y a la libertad de expresión se encuentran en el mismo nivel de jerarquía, como derechos fundamentales” y en *H.V.P.*,<sup>37</sup> “Cuando se verifica una colisión de derechos” entre la libertad de expresión y de información y el derecho al honor y a la intimidad, debe estarse a una ponderación de intereses. “La injerencia en el honor ajeno encuentra su justificación en la causa del interés público...”<sup>38</sup>

33 Así fue definido en *Carlisle*, nota 28.

34 459 P.2d 912 (Cal. 1969).

35 En *Sidis vs. F-R Publishing Corp.*, 113 F.2d. 806 (2nd. Cir. 1940), el reclamante era un niño prodigio que ganó notoriedad al graduarse en la universidad a los 17 años. Veinte años más tarde una revista publicó un artículo contrastando sus logros con su vida actual. El tribunal sostuvo que el artículo no violó su privacidad porque él seguía siendo una figura pública.

36 Sentencia del 2 de marzo de 1993 del Tribunal de Apelaciones Penal de Uruguay, 107 *La Justicia Uruguaya*, núm. 12.338.

37 Sentencia del 13 de marzo de 1999 del Tribunal de Apelaciones Penal de Uruguay, 120 *La Justicia Uruguaya*, núm. 13.724.

38 Véase, también, *Movimiento al Socialismo M.A.S. vs. Gobernador del Estado Apure*, sentencia núm. 1155 del 18 de mayo de 1999 del Superior Tribunal de Justicia de Venezuela.



En *Office of the State Court Administrator vs. Background Information Services Inc.* la Suprema Corte de Colorado (Estados Unidos) ha sostenido también que existe un equilibrio muy frágil entre derechos, que requiere decisiones apropiadas y prudentes.<sup>39</sup>

Entonces mientras no exista un interés público, es posible pensar en limitaciones de acceso o limitaciones de difusión de la información.

Existen al respecto cuestiones claramente establecidas. La mayoría de los países latinoamericanos tienen normas que impiden la publicación de los nombres de niños y adolescentes en relación con hechos delictivos. Por ejemplo:

Colombia (Código del Menor): *Artículo 301*. En la transmisión o publicación de los hechos delictivos en los que aparezca involucrado un menor como autor, partícipe o testigo de los mismos, no se le podrá entrevistar, ni dar su nombre, ni divulgar datos que lo identifiquen o puedan conducir a su identificación.

Esta misma prohibición se aplica en los casos en que el menor es víctima de un delito, salvo cuando sea necesario para garantizar el derecho a establecer su identidad o la de su familia si ésta fuere desconocida. En cualquier otra circunstancia será necesaria la autorización de los padres o, en su defecto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Ecuador (Código de Menores): *Artículo 183*. Los funcionarios judiciales, administrativos y de policía no podrán proporcionar información a los medios de comunicación de los resultados de las diligencias que se realicen en un proceso en el cual este involucrado un menor. En caso de incumplimiento se impondrá una multa equivalente de hasta un salario mínimo vital del trabajador en general. En caso de reincidencia el Tribunal solicitará la destitución del funcionario responsable.

Sólo el Tribunal de Menores que conoce en el caso podrá, si lo considera conveniente, proporcionar información o copia del proceso a los organismos o instituciones que lo solicitaren con causa justa.

*Artículo 200*. Se prohíbe a los medios de comunicación social la publicación o difusión de noticias relacionadas con menores en las que se atente contra su honra, vida privada o familiar.

En la transmisión o publicación de los hechos delictivos en los que aparezca involucrado un menor, como autor, partícipe, testigo o víctima de los mismos, no se lo podrá entrevistar ni dar su nombre, ni divulgar datos que lo identifiquen o puedan conducir a su identificación.

39 "Access to court-maintained files involves a fragile balance between the interest of the public and the protection of individuals who are parties to the cases in court. Court cases can contain very private emotional, financial, and psychological documents, as well as identifying information such as drivers license numbers, social security numbers, and addresses of the many people who are party or witness to a criminal case. The court has concluded that the release of bulk data generated from computerized record systems is inappropriate at present...", 994 P. 2d 420, 432 (Colo. 1999).

República Dominicana (Código para la Protección de Niños Niñas y Adolescentes): *Artículo 347*. El funcionario o empleado que, sin la debida autorización, divulgue total o parcialmente por cualquier medio de comunicación, el nombre, hecho o documento relativo a un procedimiento, policial, administrativo o judicial que se encuentre en curso, y en el que se atribuya un acto infraccional a un o una menor, se le impondrá la multa de tres (3) a veinte (20) salarios. En caso de reincidencia se le aplicará el doble de la multa.

Párrafo I. Se aplicará la misma pena a quienes exhiban, en todo o en parte, fotografías, imágenes, nombres o datos que permitan la identificación directa o indirecta de niños, niñas o adolescentes a los que se atribuya la comisión de un acto infraccional, o a niños, niñas o adolescentes en situación de peligro, riesgo o en circunstancias especialmente difíciles.

Párrafo II. Cuando la infracción sea cometida a través de la prensa escrita, radial o televisiva, la autoridad judicial competente podrá determinar la suspensión de la impresión, de la programación y de la emisora por el término de dos (2) días, o detener la publicación de dos tiradas del periódico.

Brasil (Estatuto da Criança e do Adolescente): Capítulo II - Das Infrações Administrativas

*Artigo 247*. Divulgar, total o parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infraccional:

Pena - multa de três a vinte salários-de-referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

§1o. Incorre na mesma pena quem exhibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infraccional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente.

§2o. Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números.

En los Estados Unidos más de 30 estados permiten —según las circunstancias— la difusión pública de nombres y fotografías de infractores juveniles. Estas circunstancias son haber participado en delitos graves o violentos, o en forma repetida.<sup>40</sup> En los Estados Unidos en muchos estados es cada vez más tolerado el acceso a los registros juveniles sobre infracciones por parte de los medios y del público. La Corte Suprema ha afirmado el derecho de los tribunales a reservar los expedientes

<sup>40</sup> Cfr. Bureau of Justice Statistics, *Privacy and Juvenile Justice Records: a mid-decade status report*, 1997.

a la prensa y al público. Pero la Corte Suprema también ha dicho que no pueden evitar su publicación si los medios la han obtenido de otra forma.<sup>41</sup>

Si bien las limitaciones para la difusión de información sobre niños y adolescentes son las más generalizadas, también existen otras limitaciones legales, como por ejemplo la establecida por la Ley Argentina de Prevención y Lucha Contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (Sida),<sup>42</sup> que ha creado un sistema para la identificación de las personas portadoras de VIH, por la que obligatoriamente se debe eliminar el nombre, apellido y los números de documentos de identidad en todos los registros públicos y privados.<sup>43</sup>

Otras categorías de personas a incluir o excluir dentro de una protección especial serían: víctimas, testigos, abogados, peritos, personas con discapacidad y sus familias, sociedades de hecho o empresas cuyo nombre es un apellido,<sup>44</sup> personas muertas,<sup>45</sup> etcétera.

41 Oklahoma Publishing Co. vs. District Court, 430 US 308 (1977) y en Smith vs. Daily Mail Publishing Co., 443 US 97 (1979) donde se dice "First Amendment rights prevail over the State's interest in protecting juveniles".

42 Ley 23.798 de Prevención y Lucha Contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (Sida): Artículo 2o. Las disposiciones de la presente ley y de las normas complementarias que se establezcan, se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda: a) Afectar la dignidad de la persona; b) Producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación; c) Exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma restrictiva; d) Incurcionar en el ámbito de privacidad de cualquier habitante de la Nación Argentina; e) Individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada. Decreto 1.244/91 —reglamentario de la ley— establece: *Inciso a* Se utilizará, exclusivamente, un sistema que combine las iniciales del nombre y del apellido, día y año de nacimiento. Los días y meses de un sólo dígito serán antepuestos del número *ceros* (0).

43 Con base en esta Ley y con un criterio mucho más protector, las revistas de jurisprudencia de Argentina han reemplazado los nombres de las personas portadoras de VIH por las iniciales *N.N.* (siglas normalmente utilizadas para identificar una persona desconocida). Véase, por ejemplo, *N.N. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* ([http://www.iijusticia.edu.ar/cgi-bin/lesionescd.pl/Show?""id=5158](http://www.iijusticia.edu.ar/cgi-bin/lesionescd.pl/Show?)).

44 Casi toda la jurisprudencia coincide en afirmar que las personas morales no tienen ningún derecho de privacidad, quizás la única excepción serían las sociedades de hecho, véase en Trinidad y Tobago el caso *Collymore* y otro vs. Attorney General (12 WIR 5), y la decisión del *Privy Council* (15 WIR 229) en la que se afirma que un sindicato es una sociedad de hecho, y por tanto se puede decir que cada socio ha sido afectado.

45 Mientras que en la tradición iberoamericana se entiende que el derecho al honor y a la intimidad trasciende la muerte, la jurisprudencia norteamericana considera que en algunos casos éstos terminan con la muerte, véase: 62A *Am Jur* 2d *Privacy* §§21-25.

## 2. Limitaciones en el acceso

Si bien el acceso al expediente u otros documentos archivados en el juzgado sólo debería estar restringido cuando existe una decisión al respecto del juez —basada en disposiciones legales— no siempre el acceso es un sinónimo de “amplia difusión”.

Una reciente ley en Canadá (Provincia de Québec) ha regulado la utilización de motores de búsqueda en los sitios de *internet*. El artículo 24 de la ley relativa al marco jurídico de las tecnologías de la información del 21 de junio de 2001,<sup>46</sup> establece que los motores de búsqueda deben ajustarse a la “finalidad”:

24. La utilización de funciones de investigación extensiva en un documento tecnológico que contiene informaciones personales y que, por una finalidad particular, se rinde público, debe ser restringida a esta finalidad. La persona responsable del acceso a ese documento tiene que procurar que se dispongan los medios tecnológicos apropiados. Puede además, por deferencia a los criterios elaborados en virtud de la fracción 2 del artículo 69, fijar condiciones para la utilización de esas funciones de investigación.

Varios sitios en *internet* del *common law* adhieren al *Robot Exclusion Standard*,<sup>47</sup> que previene a los *spiders*, *crawlers*, y *robots* para que un documento no pueda ser indexado para las búsquedas.<sup>48</sup> Este procedimiento mantiene a las decisiones judiciales lejos de los buscadores convencionales (por ejemplo Yahoo, Altavista, Google). También es necesario que existan normas de seguridad para la información judicial y sanciones para quienes sustraigan y cedan a terceros datos de los centros de cómputos de los poderes judiciales.<sup>49</sup>

Además, no debe descartarse que una eventual pérdida de la intimidad —consecuencia de un acceso irrestricto o la “amplia difusión” de los hechos— es un costo adicional para quien demanda una solución judicial para un conflicto, en este sentido tornar datos personales accesibles —con la ayuda de motores de búsqueda— puede verse como una disminución en el acceso a la justicia.

46 <http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi/en/ligne/loi/texteloi.html>.

47 Kollar, Charles P. *et al.*, “Robot Exclusion Standard Revisited”, <http://www.kollar.com/robots.html>.

48 IJCan ([www.canlii.org](http://www.canlii.org)), AustLII ([www.austlii.edu.au](http://www.austlii.edu.au)), BaiLII ([www.bailii.org](http://www.bailii.org)), etcétera.

49 Véase sobre este punto la normativa española: Real Decreto, del 11 de junio de 1999, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal ([www.igsap.map.es/cia/dispo/rd994-99.htm](http://www.igsap.map.es/cia/dispo/rd994-99.htm)).

## VIII. BÚSQUEDA DE UN EQUILIBRIO ENTRE DERECHOS —CRISIS DE LAS LEGISLATURAS—

Encontrar un equilibrio entre los derechos en colisión —libertad de expresión, acceso a la información pública, acceso a la justicia, autodeterminación informativa, derecho al honor y a la intimidad— no es fácil, pero tampoco es imposible.

La primera impresión que suscita la búsqueda de este equilibrio es que difícilmente pueda ser alcanzado por una norma de carácter general dictada por una legislatura. Como otros conflictos generados por la irrupción de nuevas tecnologías, se crean sucesivamente situaciones inimaginables, surgen nuevos intereses colectivos, individuales y comerciales, y de ellos se deducen nuevos conflictos. También los reclamos ante la justicia son muy diversos. Este perfil es característico de situaciones que han sido difíciles de regular con normas de carácter general, que además puedan sostenerse en el tiempo sin ser reformadas ante cada nueva situación de conflicto.

La tendencia es lograr legislaciones que delimiten claramente los derechos pero que no pretendan resolver explícitamente todos los conflictos. Teniendo en cuenta estas limitaciones, algunas de estas legislaciones —como la ley francesa relativa a la informática, los archivos y las libertades— han creado comisiones para atender los casos particulares, y hacer recomendaciones.<sup>50</sup>

Un ejemplo de la actividad de esta comisión es la recomendación 01-057 del 29 de noviembre de 2001,<sup>51</sup> en la que estima conveniente que:

(1) los editores de bases de datos de decisiones judiciales, libremente accesibles en sitios de *internet*, se abstengan de hacer figurar los nombres y los domicilios de las partes y de los testigos.

(2) los editores de bases de datos de decisiones judiciales accesibles en *Internet*, mediando pago en concepto de abono, se abstengan de hacer figurar los domicilios de las partes y de los testigos.<sup>52</sup>

50 Loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Article 6. Une Commission nationale de l'informatique et des libertés est instituée. Elle est chargée de veiller au respect des dispositions de la présente loi, notamment en informant toutes les personnes concernées de leurs droits et obligations, en se concertant avec elles et en contrôlant les applications de l'informatique aux traitements des informations nominatives. La commission dispose à cet effet d'un pouvoir réglementaire, dans les cas prévus par la présente loi.

51 <http://www.cnil.fr/textes/recomand/d010571a.htm>.

52 Lesueur de Givry, Emmanuel, *La question de l'anonymisation des décisions de justice*, <http://www.courdecassation.fr/rapport/rapport00/etudes&doc/LESUEUR.htm>.

También en el Informe de la *National Task Force on Privacy, Technology and Criminal Justice Information* del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, la Recomendación núm. 1 propone la conformación de un cuerpo creado por ley para considerar y hacer recomendaciones políticas a las legislaturas federal y estatales, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial sobre como trabajar para lograr un balance entre la demanda creciente sobre todas las formas de información vinculada al sistema penal y los riesgos para la intimidad asociados a la recopilación y uso de tal información.<sup>53</sup>

Recientemente han surgido varias recomendaciones para abordar el tema de lograr un equilibrio. En algunos estados de los Estados Unidos existen *Guidelines* cuya estructura es analizar tipos de casos o tipos de personas para establecer categorías para acceso libre, limitaciones de acceso, o dar potestades a los jueces para restringir el acceso en determinados casos.<sup>54</sup>

Todos los pasos dados hasta ahora en la búsqueda de este equilibrio son aproximaciones, Beth Givens describe en sus recomendaciones la prudencia con que se debe avanzar: a) utilizar procesadores de texto con aplicaciones específicas para encriptar determinados datos personales; b) establecer reglas claras sobre que tipo de casos o información no puede colocarse en *internet*;<sup>55</sup> c) clarificar cuáles son los objetivos de la política pública tendiente a difundir información judicial; d) estable-

53 U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, 'Report of the National Task Force on Privacy, Technology, and Criminal Justice Information', <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/mtfptcj.pdf>, agosto de 2001, NCJ 187669, p. 71. *Recommendation 1* "The Task Force recommends that a body be statutorily created to consider and make policy recommendations to the Federal and State legislative, executive, and judicial branches of government as they work to balance the increasing demand for all forms of criminal justice information and the privacy risks associated with the collection and use of such information. The Task Force recommends that the body look at information and privacy issues arising from all types of criminal justice information, including criminal history record information, intelligence and investigative information, victim and witness information, indexes and flagging systems, wanted person information, and civil restraining orders" (The Task Force believes that the establishment of a body dedicated to the detailed examination of issues relating to the privacy, confidentiality, and security of criminal justice information is necessary to build upon the work of the Task Force and provide advice and guidance to local, State, and Federal agencies, courts, and policymakers on the many issues surrounding the collection, use, maintenance, and dissemination of criminal justice information).

54 *Guidelines on the Public's Right of Access to Judicial Proceedings and Records*, Supreme Judicial Court, Massachusetts, <http://www.state.ma.us/courts/courtsandjudges/courts/supremejudicialcourt/pubaccess1-2.html>, Report on Privacy and Public Access to Electronic Case Files, Judicial Conference Committee on Court Administration and Case Management, junio 26 de 2001, [www.uscourts.gov/Press/Releases/att81501.pdf](http://www.uscourts.gov/Press/Releases/att81501.pdf).

55 En California, el Judicial Council ha adoptado recientemente reglas (diciembre de

cer restricciones al acceso cuando se trata de información personal sensible;<sup>56</sup> e) decidir que casos serán anonimizados; f) completar las lagunas normativas en la legislación relacionada; g) promover una regulación —clara y dinámica— de las actividades comerciales que signifiquen acumular y vender información personal;<sup>57</sup> h) requerir mayor transparencia y responsabilidad a los investigadores y detectives privados, enseñando y practicando la tolerancia; y i) enfatizar que los tribunales y las agencias gubernamentales deben *ir despacio* en el proceso de colocar información en *internet*.<sup>58</sup>

Una de las tareas que es necesario realizar es —evadiendo viejos paradigmas— establecer si hay ahora diferencias, cuando antes no las había.<sup>59</sup>

## IX. CONCLUSIONES

En una sociedad democrática la administración de justicia no puede hacerse en la oscuridad, y las decisiones judiciales no pueden ser secretas. Fundamentalmente porque todos los ciudadanos tienen el derecho de controlar el ejercicio de los poderes públicos en el desempeño de sus funciones. Sin embargo, la transparencia debe dirigirse a la for-

2001) que establecen qué tipos de archivos pueden estar accesibles electrónicamente al público, y cuales no ([www.courtinfo.ca.gov/newsreleases/NR91-01.htm](http://www.courtinfo.ca.gov/newsreleases/NR91-01.htm)).

56 Solove, Daniel, *Access and Aggregation: Public Records, Privacy, and the Constitution*, 2001, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=283924](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=283924), en prensa en *Minnesota Law Review*, vol. 86, núm. 6, 2002.

57 El problema se extiende a centrales de riesgo crediticio, empresas de selección de personal, y agentes inmobiliarios. Se ha observado que algunos de ellos no sólo contienen información suministrada por sus clientes sino también otros tipos de datos no necesariamente obtenidos en forma lícita (antecedentes penales, juicios laborales, infracciones de tránsito, perfiles de compra, etcétera). Véase Villar, Rafael del *et al.*, *Regulación de protección de datos y de sociedades de información: una comparación de países seleccionados de América Latina, los Estados Unidos, Canadá*, 2001.

58 Givens, Beth, "Public Records on the Internet: The Privacy Dilemma presented at the Computers", *Freedom and Privacy 2002 Conference*, San Francisco, CA, 19 de abril de 2002.

59 En *Westbrook vs. Los Angeles County*, la Corte de Apelaciones de California dijo: "There is a qualitative difference between obtaining information from a specific docket or on a specified individual, and obtaining docket information on every person against whom criminal charges are pending in municipal court... The state constitutional right extends to protect defendants from unauthorized disclosure of criminal history records... While there is no question that court proceedings generally should not be conducted in secrecy, the public's right to information of record is not absolute. Where that right conflicts with the right of privacy, the justification supporting the requested disclosure must be balanced against the risk of harm posed by disclosure" (32 Cal. Rptr. 2d 382, 387. Ct. App. 1994).

ma en que se administra justicia, y no necesariamente a la divulgación de hechos o conflictos privados.

Los problemas actuales no surgen de dudas sobre estos principios, sino que son el resultado de nuevas categorías y nuevos conceptos irremediabilmente modificados por las nuevas tecnologías de información. Es necesario ahora adecuar definiciones, costumbres y actitudes, para lograr un nuevo equilibrio entre los derechos en conflicto.

En primer lugar parece ser crucial definir claramente la finalidad de la acumulación y diseminación electrónica de información judicial. Luego —y partiendo de cada finalidad— analizar cuál es el mejor equilibrio entre derechos, estableciendo criterios para determinar cual prevalece en cada caso. También es necesario aceptar que no habrá una solución definitiva y permanente, es necesario un sistema de vigilancia capaz de resolver los riesgos y conflictos que aún no se han producido. Finalmente es necesario alertar y capacitar a los jueces, para que redacten las sentencias en forma fundada, pero minimizando la invasión en la vida privada.

No debe olvidarse que las nuevas tecnologías de información se asemejan a la caja de Pandora, contribuyen al desarrollo humano creando avances y pueden producir problemas. En este caso también podrían jugar un papel relevante en su solución.