

## Definiciones y dilemas conceptuales en torno a la transparencia y la protección de datos personales en la procuración e impartición de justicia —el Teorema de Jefté

Carlos G. Gregorio

Versión revisada de la ponencia presentada durante el [5º Seminario Internacional “Transparencia y protección de datos en la procuración e impartición de justicia”](#), 20 de octubre de 2011. [Ver la versión en video en YouTube](#)

Es muy elocuente que en la presentación de esta mesa se haga alusión a los dilemas conceptuales entre la transparencia y la protección de datos; en efecto es fácil reconocer en el debate académico y en las políticas públicas la imagen de dos categorías irreconciliables que polarizan a la opinión pública.

Entonces, sería interesante pensar la transparencia y la protección de datos ya no solo como un dilema conceptual, sino también como un dilema jurídico. Es decir, encuadrar los problemas derivados de la toma de decisiones sobre la protección de datos en un análisis de lógica deóntica, en particular siguiendo los escritos de Georg Henrik Von Wright, quien es uno de los especialistas que más tratado este tema.<sup>1</sup> Von Wright dedica varios capítulos en una de sus obras a estudiar los dilemas o los predicamentos, que son las situaciones en un sistema normativo donde una situación resulta obligatoria y prohibida al mismo tiempo.

Cuando von Wright analiza los dilemas se apoya en una historia narrada en la Biblia sobre Jefté y sobre ella es que von Wright elabora el llamado el *Teorema de Jefté*.<sup>2</sup>

La historia en la Biblia narra como Jefté —un general del ejército de Israel— va a una batalla contra los amonitas y hace el siguiente juramento: *“Si me das la victoria, te sacrificaré el primer ser vivo que salga a mi encuentro, cuando regrese a mi casa victorioso”*.

Jefté derrota a los amonitas, gana la batalla, y cuando regresa a su casa en la ciudad de Mizpá *“su hija le salió al encuentro; tan contenta estaba de ver a su padre, que bailaba, acompañándose al son de una pandereta”*. Al verla Jefté rasgó su ropas y gritó *“¡Hija mía, me has destrozado! ¿Tenías que ser tú la causa de mi desgracia? Yo hice un juramento insensato y ahora no puedo retractarme”*. De ahí el dilema: si cumple el juramento, viola la ley.

Un “dilema” o “predicamento” se presenta cuando se debe tomar una decisión (vital), en la cual no hay ninguna salida permitida. Alguien está en un predicamento cuando su situación es tal que *“al hacer cualquier cosa, hace algo que debe omitir y al omitir cualquier cosa, deja de hacer algo que debe hacer”*.<sup>3</sup>

Un predicamento es un conflicto interno de obligaciones; en donde “conflicto” significa imposibilidad lógica de satisfacer todas las obligaciones en cuestión. La naturaleza de un predicamento está ilustrada por la historia de Jefté en el Libro de los Jueces.

---

<sup>1</sup> Georg Henrik von WRIGHT, Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción, Universidad Nacional Autónoma de México, 1976 (página 95)

<sup>2</sup> Libro de los Jueces, 11, 29.

<sup>3</sup> Von Wright, *op cit*.

Sobre la narración de Jefté, von Wright elabora un teorema muy interesante que dice que “una situación desde la cual no hay una salida permitida es una situación prohibida”.<sup>4</sup> Así, el predicamento aunque lógicamente posible, puede sólo surgir si ha habido una transgresión anterior, si se ha hecho algo deónticamente imposible. Es sólo como consecuencia de una caída que un hombre puede llegar a estar en un predicamento. El predicamento de Jefté se produjo por haber prometido al Señor un sacrificio de un cierto tipo, en ciertas condiciones. Esto no debió haberlo hecho. Su promesa estaba prohibida. Esta es la “moraleja” que la lógica (deóntica) nos permite sacar de la historia de Jefté.<sup>5</sup>

Es decir, que si aceptamos que estamos frente a un dilema entre la protección de datos y la transparencia quiere decir que hay algo que estaba prohibido que nos hemos saltado. Y en cierta medida esta presentación intentará —también analizando algunas historias recientes— buscar y encontrar ese evento, esa decisión que estaba prohibida y que no hemos descubierto aun que estaba prohibida.

Antes de emprender esa tarea debemos aceptar que hay muchos juristas que dicen que no existen los dilemas, es decir, que los dilemas se resuelven por la vía interpretativa, por la vía de balance de derechos, y eso es muy real, sobre todo cuando se toman decisiones judiciales. Pero cuando se toman decisiones administrativas que tienen generalidad (en particular las políticas públicas), los dilemas sí están presentes porque debemos tomar una decisión en un sentido o en otro. Este tipo de decisión del poder administrador difícilmente va a poder analizar caso por caso.

Para abonar el concepto de que sí existe un dilema, podemos enfocarnos en algunos eventos ocurridos en América Latina. Tenemos dos países con posiciones abismalmente opuestas con respecto a la publicidad de la información judicial: Uruguay, por ejemplo, es un país cuyo Poder Judicial no publica absolutamente ninguna sentencia en su sitio *web*, ni las de la Corte Suprema ni de los tribunales inferiores.

Si ustedes en Uruguay quieren obtener un texto de una sentencia tienen que suscribirse a un editor que las publica en la vía comercial.<sup>6</sup> El sitio de Uruguay no contiene un acceso público y gratuito a la jurisprudencia y es el único país en América Latina no facilita el acceso público a los textos íntegros de las sentencias.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> La fórmula “ $O(\sim t/p) \rightarrow O\sim p$ ” es como enuncia von Wright el TEOREMA DE JEFTÉ. Utiliza  $\sim t$  (donde  $t$  es una tautología) para representar una contradicción. La expresión “ $O(\sim t/p)$ ” puede leerse como “es obligatorio  $\sim t$  si ocurre el evento  $p$ ” y simboliza el predicamento. La conclusión del teorema es que —si ese es el caso— es “obligatorio  $\sim p$ ” que es equivalente a “prohibido  $p$ ”. Dice entonces que, dado que sea el caso que  $p$ , todos los estados de cosas (todos los mundos posibles) que pudieran resultar de la acción de una persona están prohibidos. Si  $p$  ha ocurrido, desde esa situación no hay ninguna “salida” permitida.

<sup>5</sup> Von Wright, *op cit.*

<sup>6</sup> Con la finalidad de regularizar los procedimientos necesarios para acceder a su Base de Jurisprudencia Nacional (BJN), la Suprema Corte de Justicia ha resuelto habilitar dos modelos de contrato que deberá suscribir cada interesado a efectos de convertirse en usuario del respectivo servicio. Estas modalidades son: a) Acceso en modalidad de texto libre, sin costo para el interesado; b) Acceso mediante herramienta de búsqueda, con costo que se fijará una vez recibida la solicitud y tramitada ante la Dirección General de los Servicios Administrativos La Suprema Corte de Justicia concede al Colegio de Abogados del Uruguay acceso electrónico a su Base de Datos, que contiene los textos completos de las sentencias dictadas por el órgano desde el año 1992, así como las de Tribunales de Apelaciones.

<sup>7</sup> Si existe una Base Nacional de Jurisprudencia pero su acceso es restringido. La Circular N° 13/2011 de la Corte Suprema establece “se deberá acceder al Portal Corporativo en Internet

En el otro extremo está Brasil donde se publican absolutamente todas las sentencias de todos los tribunales de todas las instancias, y todas ellas con motores de búsqueda que permiten utilizar diferentes criterios, ya sea por el nombre de las partes, sea por el nombre del abogado, sea por el número de identificación del abogado, o realizar una búsqueda libre en el texto de las sentencias.

Es decir que estamos frente a dos decisiones administrativas, hechas por los tribunales de Uruguay y de Brasil que son diametralmente opuestas y eso refleja, en definitiva, que en un caso se ha optado por la protección de datos, que esa es la justificación que da Uruguay para no publicar sus sentencias,<sup>8</sup> con la consiguiente limitación de la transparencia; y en el otro caso se ha optado por la transparencia y se han expuesto datos que, indudablemente, en Brasil están contenidos en las sentencias; basta realizar una búsqueda con HIV (AIDS en Brasil) y se van a recuperar cientos de sentencias donde se dice que determinadas personas son portadores del virus HIV. Es decir, el dilema existe.

Si el dilema existe algo estaba prohibido, eso diría von Wright, y entonces, la búsqueda sería para encontrar qué es lo que estaba prohibido. Para eso es necesario hacer un poco más de historia.

El primer caso judicial que se conoció en América Latina a raíz de este dilema, de este predicamento, fue un caso en Chile, donde una señora inocentemente pone su nombre en el buscador del sitio *web* del Poder Judicial y recupera inmediatamente un caso donde ella se había presentado para hacer la investigación de paternidad de su hija. El caso aparece con todos los detalles, como por ejemplo de que su hija es extramatrimonial o natural.

Ella presenta un recurso de protección ante la Cámara de Apelaciones de Santiago, y la Cámara de Apelaciones de Santiago le dice que no encuentra ninguna diferencia entre publicar en Internet la información o como se venía publicando en los libros que se ponían a disposición del público y de los abogados en los estrados de los tribunales.

La sentencia es una de las primeras en este tema, y es muy *naïve*. Inconforme con la respuesta esta señora presenta un recurso de apelación ante la Corte Suprema y en tres líneas se le rechaza la apelación.<sup>9</sup>

Otro caso también muy comentado en los ámbitos académicos es el de Costa Rica. El Poder Judicial de Costa Rica ha optado significativamente por la transparencia. Después de Brasil es quizás el que, probablemente, es el Poder Judicial más transparente en América Latina.

---

(<http://portal.poderjudicial.gub.uy>) para lo cual deberá utilizar un “usuario y clave” (*password*) para su acceso”

<sup>8</sup> Ver Acordada n° 7564 de 14 de Febrero de 2006 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay donde se establecen criterios rigurosos para la disociación de las sentencias.

<sup>9</sup> Ver *REMTE vs. Corporación Administrativa del Poder Judicial*, 3 de Julio de 2001, un caso judicial que tiene la peculiaridad de que el titular de la institución demandada —que coincide con el presidente de la Corte Suprema— es también uno de los juzgadores. Ver: Paula Jervis Ortiz, *Comentario jurisprudencial. Intimidación y tratamiento de datos personales en el portal del Poder Judicial*, *Revista Chilena de Derecho Informático*. N° 1, Año 2002

Si bien no están, por ejemplo, publicadas las sentencias de primera instancia y segunda instancia, si son fácilmente accesibles las publicaciones completas de las decisiones judiciales de la Corte Suprema, y además una notable transparencia administrativa. En Costa Rica se pueden encontrar en el sitio web de Poder Judicial todas las versiones taquigráficas de las sesiones del Pleno de la Corte decidiendo cuestiones administrativas, con todos los detalles. También es el país que tiene las publicaciones más completas y con más continuidad de sus estadísticas judiciales, un concepto de transparencia fundamental y no siempre valorado adecuadamente.

Pero un investigador debe llevar al extremo las aplicaciones puestas al servicio del acceso a la información, por eso al hacer búsquedas vinculadas a temas sensibles es como se puede valorar el dilema o el equilibrio de derechos. Una búsqueda en el sitio web por la palabra incesto, recupera sentencias en donde se revela la filiación incestuosa de un niño que nace en un hospital público, que incluye los datos personales que permitirían identificar a padres e hijos.<sup>10</sup> Es decir, obviamente el Poder Judicial de Costa Rica habría llegado a un predicamento, porque es claro que no se puede publicar información sobre una filiación incestuosa, porque los Derechos del Niño son claramente restrictivos, pero el Poder Judicial de Costa Rica publicaba esa sentencia con el argumento que no tienen una norma que los habilite a quitar nombres de las sentencias. Es decir que el Poder Judicial no puede actuar de oficio, y entonces sólo actúan a petición de parte.

Tanto es así, que es posible encontrar en la base de jurisprudencia sentencias en las que se demanda al Presidente de la Corte Suprema y al Director de Informática por la publicación de datos sensibles en el sitio web. En estos reclamos obviamente el Presidente se excusaba y el resto de los magistrados le condenaban al presidente a quitar la información y a resolver la situación por la vía de la protección de los datos.

Esta laguna normativa que señala el Poder Judicial de Costa Rica, tener una norma que le permita de oficio quitar la información sensible, sí existe en Brasil, es la Ley 11.111 del 5 de mayo de 2003, que habilita especialmente a los poderes judiciales a quitar información sensible cuando se publican las sentencias. Curiosamente en Brasil esta norma se a comenzado a aplicar muy tímidamente en algunos Estados y en algunos casos, fundamentalmente de niños y adolescentes.

El tercer caso en que me gustaría resaltar el predicamento para después ver si es posible deducir cuál es el hecho prohibido que está detrás de todo esto, es el del Tribunal Superior de Justicia de Tabasco. El Poder Judicial de Tabasco ha venido publicando durante los últimos casi 10 años en su Boletín Judicial (sección penal) el nombre de los ofendidos. Cualquier boletín judicial penal en México —excepto el de Nayarit— publica los nombres de los imputados y del delito por el que están bajo proceso.

Es decir, un boletín judicial penal permite crear listas de personas imputadas por determinados delitos, y esto obviamente compromete la presunción de inocencia. En términos de información el perjuicio es aun mas grave para los imputados ya que no se publica si fue absuelto o fue condenado. Tal publicación podría ser entendible —en un extremo de preferencia por la transparencia, solo si la conclusión del proceso penal se publica con igual nivel de difusión.

---

<sup>10</sup> Búsqueda realizada hace ya bastante tiempo, con posterioridad el Poder Judicial procedió a disociar las sentencias en las que niños o adolescentes aparecen vinculados a un proceso judicial.

Es decir, que la persona no solamente queda expuesta y vulnerada en su presunción de inocencia si no que —además— queda sin herramientas para demostrar si en ese proceso fue absuelto o sobreseído, por ejemplo.

Que Tabasco, a diferencia de las demás entidades federativas, publicara el nombre del imputado y el nombre del ofendido —incluso en el extremo de que, por ejemplo, si era un delito de violación de una persona menor de edad publicaba el nombre de la persona menor de edad y entre paréntesis la palabra “menor”— permite mostrar un nuevo predicamento ya que publicar el nombre de un menor, y además víctima, es contrario a la ley.

Sin embargo debe ser visto desde una perspectiva en que las decisiones no han sido tomadas en una forma tan clara. Tanto en Tabasco como en Nayarit, y en otros poderes judiciales las decisiones sobre cómo y qué disponibilizar en Internet ocurrieron en un momento muy particular en el que no se tenían políticas muy claras. Los sitios en Internet de los poderes judiciales fueron desarrollados por los equipos informáticos sin mucha participación —ni entendimiento—por parte de los jueces.

Costó años de discusión e intervenciones de la Comisión de Transparencia del Estado de Tabasco, para que finalmente, y hace no más de tres meses el Tribunal de Tabasco quitó de la publicación del boletín judicial el nombre de los ofendidos. ¿Por qué tanto tiempo? y ¿por qué no se optó por una solución como la que hace Nayarit? Nayarit pública en su boletín judicial el número de casos y cuál fue la actuación, cuál fue el acuerdo que se resolvió en ese día, pero no publica nunca los nombres. ¿Por qué en Nayarit se logra la misma finalidad (*i.e.* mantener a las partes informadas sobre el avance de sus procesos) sin que exista ningún tipo de crítica o cuestionamiento de los abogados? La pregunta clave es ¿por qué Tabasco llegó a la otra solución?

Una respuesta probable —y muy habitual en los procesos de informatización de los poderes judiciales— es que no están disponibles los programas fuentes de las aplicaciones web —o son inescrutables—, o que las empresas que los desarrollaron pretenden costos excesivos por la modificaciones.

La situación en Tabasco es peculiar, al leer Ley Orgánica del Poder Judicial, y la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando describe el boletín no dice que debe publicarse el nombre del ofendido. ¿Por qué se publicó entonces el nombre del ofendido? Bueno, un poco la conclusión es que los informáticos que desarrollaron la aplicación en internet se dijeron: “Tenemos el nombre del ofendido, ¿por qué no le vamos a publicar? Información es información y cuanta más información se publique mejor será la situación”.

Es decir, vayamos a analizar un poco más. Hay, al menos, cinco estados, que establecen en su Ley de Protección de Datos o su Ley de Acceso a la Información, que cada vez que se crea una base de datos se debe hacer una definición explícita de la finalidad con la que se crea esa base de datos. Es el caso de Colima en la primera Ley de Protección de Datos Personales en México; también está en las leyes de transparencia de Sinaloa, Michoacán y Guanajuato; es decir, es una norma además muy razonable. Sin embargo, no es fácil encontrar una definición de finalidad, de para qué se crea una base de datos en un órgano de impartición de justicia.

¿Por qué este vacío? Es muy probable que la explicación más plausible sea que existe una brecha generacional infranqueable. Es decir, cuando los informáticos, o un proyecto de reforma judicial desarrolla una aplicación por la cual se van a publicar datos, se va a crear un mecanismo de transparencia, los magistrados, que son juristas, quedan desbordados por esa diferencia generacional que todos nosotros sufrimos también por nuestra edad, obviamente los niños nativos digitales nos aventajan significativamente, y entonces aprueban o no aprueban, no definen finalidades y dejan que como la publicación, todo el proceso de transparencia camine por la mano de los informáticos, que sean ellos en definitiva los que deciden.

Los poderes judiciales vieron la necesidad de publicar información en Internet, porque deseaban dar una imagen de transparencia, entonces los equipos informáticos idearon que se podía publicar y probablemente decidieron los contenidos y las formas de acceso.<sup>11</sup>

Personalmente creo que aquí está el hecho prohibido. Es un acto de responsabilidad que debería estar en el nacimiento de cada proceso de transparencia. Si queremos crear la publicación en Internet como el boletín judicial, si queremos publicar sentencias, o cuando se crea la base de datos de sentencias o de acuerdos, debe hacerse una definición formal de la finalidad por la cual se la crea, y los informáticos deben obedecer esa definición de finalidad y no deben excederla con sus aplicaciones.

Eso no ha ocurrido, y ésta es la prohibición o la violación que está ocurriendo en la práctica. Deberíamos contar con esas definiciones, deben ser cuidadosas y deben ser responsables, para que cuando los informáticos desarrollen algo no sean ellos los que tomen las decisiones sobre qué se publica y qué no se publica y bajo qué niveles de acceso, sino que haya una decisión de la autoridad administrativa responsable, que es obligatoria en la mayoría de las leyes de acceso y de protección de datos en casi todas las entidades federativas, y que de esa decisión se deduzca cómo se accede a la información.

Si se hubieran dado todos esos pasos, en todos los eventos narrados, probablemente no estaríamos en un predicamento.

---

<sup>11</sup> Las decisiones tomadas en Tabasco, Nayarit y otros poderes judiciales son típicas, y todas parecen tener en común la falta de una decisión con contenido jurídico. Solo para agregar dos ejemplos, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Argentina se publican en el sitio [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar) sin embargo en todas las versiones que se han sucedido, y cada vez con mayor insistencia se evita un enlace profundo (*deep link*) al texto íntegro de la sentencia (esto implica que quien quiere consultar el texto íntegro debe ingresar en el sitio web desde el inicio y obligatoriamente realizar una búsqueda, quien quiere referir el texto íntegro no puede utilizar una dirección en internet —un URL— para que con un solo *click* el lector pueda acceder al texto íntegro); la implicación jurídica de esto es que una sentencia judicial no es un texto autónomo o que se reclama alguna propiedad intelectual —siendo que en Argentina las sentencias judiciales son documentos de dominio público). Es muy probable que esta “restricción del derecho de acceso” surja del celo de los informáticos —que quieren que el lector utilice su motor de búsquedas— mas que de una decisión formal con contenido jurídico. Revisadas las decisiones que regulan el sitio web de la Corte —Acordada 2/2004 y Resolución 642/2004 no se ha podido encontrar ninguna decisión en este sentido. Otro ejemplo puede verse en los sitios que incluyen un *kaptcha* para impedir la descarga de información procesal o sentencias de los sitios web (existe en varios poderes judiciales como los de Sao Paulo y Rio Grande do Sur en Brasil), si esta decisión fuera leída jurídicamente se podría inferir que “el derecho de acceso a la información judicial es personalísimo y se debe ejercer en persona y no por medio de un autómata”. Algunas decisiones parecen razonables, sin embargo ¿hay detrás una decisión consciente y formal por parte de las autoridades judiciales?