LA CONSTITUCIÓN EN CEROS Y UNOS: UN ACERCAMIENTO DIGITAL AL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA SEGURIDAD PÚBLICA

ARTÍCULO

HIRAM A. MELÉNDEZ JUARBE*

> [C]onstitutional thought has been the domain of lawyers for too long. We have been trapped by a mode of reasoning that pretends that all the important questions have already been answered, that our job is simply to translate them for modern times. As a result, we do not quite know how to proceed when we think the answers are not already there. As nations across the world struggle to express and embrace constitutional values, we. . . have lost the practice of embracing, articulating, and deciding on constitutional values.
>
> – Lawrence Lessig (1999)[1]

I. Sobre la importancia del derecho a la intimidad 48
A. El control de la información como instrumento para la formación y proyección de identidad 48
B. El carácter multidimensional de la intimidad 51

---

* Catedrático Asociado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. BA, Universidad de Puerto Rico (1997); JD, Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico (2000); LL.M., Harvard University Law School (2002). Agradezco la colaboración de Jeannette Collazo en la investigación de este trabajo. Una versión preliminar fue presentada ante el Primer Congreso de Derecho Informático de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico el 16 de marzo de 2007 (www.derechoinformatico.ac.pr) y en el Panel *Insecure Privacy: The Balance Between Personal Privacy and State Security Interests* el 25 de julio de 2007 durante la Reunión Conjunta del Law and Society Association y del Research Committee on Sociology of Law en Berlín, Alemania. Agradezco los comentarios y reacciones de los participantes y panelistas en ambas actividades. Muchas de las ideas aquí presentadas en torno al derecho a la intimidad se elaboran con más detenimiento en una publicación futura, *Privacy in Puerto Rico and the Madman's Plight: Decisions*, 9 GEO. J. GENDER & L. (a publicarse 2008).

Mis derechos de autor sobre este escrito se encuentran sujetos a la licencia Creative Commons conocida como Atribución 3.0 Puerto Rico. Puede ver un resumen de esta licencia en http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/pr. La atribución debe ser a mí como el autor de la obra y a la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico como lugar de publicación.

1 LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 120 (1999).

C. Intimidad y libertad de expresión 52
D. El derecho a la intimidad y la libertad de asociación 52
E. La intimidad y el proceso deliberativo en una democracia 53
F. Intimidad y anonimato 54
II. Intimidad y seguridad en tiempos de crisis 57
III. Intimidad y seguridad: ¿Es necesario el sacrificio? 62
A. Primera estrategia: ¿Qué es seguridad? 62
B. Segunda estrategia: Lo tecnológico es político 64
IV. La Constitución en ceros y unos: Tecnologías protectoras de intimidad y valores constitucionales 67
V. El derecho a la intimidad en Puerto Rico: La definición de la identidad en una tradición jurídica mixta 70
VI. Repensando la relación entre intimidad y seguridad: El rol de los tribunales y la tecnología 76

HOY RESUENAN FUERTEMENTE LAS PALABRAS DEL PRINCIPAL EJECUTIVO DE Sun Microsystems, Scott McNeally, enunciadas hace casi una década: "[y]ou have zero privacy. . . get over it."[2] Hemos perdido control, casi total, sobre el uso y destino de nuestra información personal. Ello se debe, en parte, al impacto que tienen ciertos adelantos tecnológicos sobre nuestra vida cotidiana. En la medida en que nos desenvolvemos en un entorno digital, es cada vez más larga la estela de información que trazamos y hacemos disponible a otros. Dejamos un récord permanente de nuestras vidas, distribuido y esparcido por todas partes, listo para ser recopilado y catalogado por aquellos con la tecnología necesaria y por quienes tengan suficientes incentivos para hacerlo.[3]

En muchos casos, el incentivo para recopilar información privada proviene del interés en adelantar la seguridad pública y, en demasiadas ocasiones, estos esfuerzos de seguridad se dan a expensas de nuestras libertades. Particularmente en tiempos de crisis, cuando nuestro sentido de seguridad pública es frágil y quebradizo, se va fraguando y asentando la idea de que debemos sacrificar algo

---

2 Polly Sprenger, *Sun on Privacy: 'Get over it'*, WIRED, 26 de enero de 1999, *en* http://www.wired.com/ politics/law/news/1999/01/17538 (última visita, 23 de mayo de 2007). Asimismo, el Subdirector de la Oficina de Seguridad Nacional de los Estados Unidos, Donald Kerr, hace muy poco sentenció: "[p]rotecting anonymity isn't a fight that can be won. Anyone that's typed in their name in Google understands that." Donald Kerr, *Remarks and Q&A by the Principal Deputy Director of National Intelligence*, 2007 GEOINT Symposium, 23 de octubre de 2007, *en* http://www.dni.gov/speeches/20071023_speech.pdf (última visita, 22 de noviembre de 2007). *Véase además* David Lazarus, *Public's Privacy is on the Line*, LA TIMES, 14 de noviembre de 2007, *en* http://www.latimes.com/business/la-fi-lazarus14nov14,0,2386963.column?coll=la-tot-business&track=ntothtml, (última visita, 23 de noviembre de 2007).

3 *Véanse* Paul Schwartz, *Property, Privacy, an4d Personal Data*, 117 HARV. L. REV. 2055 (2005); Jerry Kang, *Information Privacy in Cyberspace*, 50 STAN. L. REV. 1193 (1998).

de nuestros derechos mientras recibimos ciega y acríticamente cualquier tecnología que nos prometa seguridad y paz.

Por eso, en muchos casos se piensa que el derecho a la intimidad y la seguridad pública son intereses mutuamente excluyentes. El debate público presume sin cuestionamiento que los intereses de seguridad pública y el derecho a la intimidad se encuentran en un estado de tensión permanente. Tal vez ese sea el caso en algunas circunstancias. Pero adelantar la seguridad pública, aún en los momentos más difíciles, no siempre requerirá que entreguemos nuestras libertades.

El objetivo de este trabajo es disolver esta aparente tensión entre seguridad e intimidad. El conflicto que se ha construido alrededor de estos intereses debe despejarse con premura. Genera una falsa tensión que tiende a desplazarse hacia grupos particulares contra los cuales se despliega el aparato gubernamental sin un incremento perceptible en seguridad pública, pero con una reducción sustancial en la protección de derechos.[4]

Este trabajo propone un análisis constitucional digitalizado que tome en cuenta a la tecnología misma para lograr un mejor balance entre estos intereses. A tales fines, se sugiere un modelo de revisión judicial capaz de traducir nuestra Constitución al lenguaje binario de ceros y unos. Se trata de traer al primer plano del análisis constitucional al *código*, no la codificación de leyes en tomos que los abogados conocemos, sino al código de la arquitectura tecnológica que hoy sirve de contexto a nuestras relaciones sociales. Ello requiere entre otras cosas, como sugiere la cita del epígrafe, que comencemos a articular valores constitucionales y políticos a la luz de las realidades tecnológicas contemporáneas; realidades que las categorías jurídicas convencionales no han sabido atender.

Como cuestión preliminar, es importante detenernos por un momento a considerar los valores políticos que subyacen a ese entramado de nociones que agrupamos bajo el derecho a la intimidad. Ese es el plan de la primera Parte. Luego de ello, el artículo seguirá la siguiente estructura: En la Parte II examinaremos los balances que hacemos entre la seguridad y la intimidad para luego, en la Parte III, evaluar dos estrategias (una conceptual y otra práctica) para disolver esta aparente tensión y demostrar que, en la mayoría de los casos, se trata de una incompatibilidad innecesaria. Por su importancia para la elaboración de un criterio de adjudicación constitucional consciente de su contexto tecnológico, en la Parte IV proveo ejemplos de una de las estrategias (la práctica) reseñando algunas de las tecnologías capaces de navegar adecuadamente la frontera intimidad/seguridad. Las últimas dos partes (Partes V y VI) presentan una lectura fresca del derecho a la intimidad en la Constitución de Puerto Rico, su texto e historia, así como un acercamiento constitucional que coloque a nuestros tribunales en una conversación técnico-jurídica que hace mucho tiempo es necesaria y urgente.

---

4 Kathleen Wallman, *The Tension Between Privacy and Security: An Analysis Based on Coase and Pigou*, 3 J. TELECOMM. & HIGH TECH. LAW 397 (2005).

I. SOBRE LA IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD[5]

A. El control de la información como instrumento para la formación y proyección de identidad

Conocer las actividades cotidianas, hábitos y pensamientos de otros es un ejercicio de poder: permite categorizar y facilita el control.[6] Por eso, la capacidad de controlar *qué* información se sabe, así como *quiénes* tienen información sobre nosotros es parte de una importante lucha política que se libra en nuestra sociedad contemporánea. Lucha en la que el Estado y, cada vez con más insistencia, entidades privadas reclaman nuestra información personal sin auscultar adecuadamente nuestro consentimiento o simplemente contra nuestra voluntad.[7]

La ubicuidad de sistemas de información sofisticados explica la centralidad que ha tomado en estos tiempos el control individual de la cantidad y calidad de información que divulgamos y expresamos. Y no es para menos. El control de nuestra información personal envuelve intereses de una importancia fundamental para nuestro sistema constitucional: al controlar qué información divulgamos y a quién, decidimos cómo formamos y proyectamos nuestra identidad; esto es, definimos quiénes somos y cómo queremos que otros nos perciban.[8] En este

---

5 Estas reflexiones son elaboradas con más detalle en Hiram A. Meléndez Juarbe, *Privacy in Puerto Rico and the Madman's Plight: Decisions*, 9 GEO. J. GENDER & L. (a publicarse 2008).

6 *Véanse* MICHEL FOUCAULT, LA VERDAD Y LAS FORMAS JURÍDICAS 82-114 (1983); MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON 184-185 (1977):

> The examination combines the techniques of an observing hierarchy and those of a normalizing judgment. It is a normalizing gaze, a surveillance that makes it possible to qualify, to classify and to punish. It establishes over individuals a visibility through which one differentiates them and judges them. That is why, in all the mechanisms of discipline, the examination is highly ritualized. In it are combined the ceremony of power and the form of the experiment, the deployment of force and the establishment of truth. At the heart of the procedure of discipline, it manifests the subjection of those who are perceived as objects and the objectification of those who are subjected. The superimposition of the power relations and knowledge regulations assumes in the examination all its visible brilliance.

Véase además REG WHITAKER, THE END OF PRIVACY 40-42 (1999):

> Capitalist enterprise, in short, has been and continues to be a primary site not only for the exercise of surveillance, but also a site for technological and organizational innovations in surveillance. . . The modern nation state involves the extension of sovereignty as the monopoly of the legitimate exercise of coercion over a given territory. . . All of this has required knowledge and especially reflective knowledge —that is, the increased capacity of the state to monitor itself and its activities. . . It is always knowledge for the sake of control, and it has most often been in the service of the state.

7 *Véase* ROBERT O'HARROW, NO PLACE TO HIDE: BEHIND THE SCENES OF OUR EMERGING SURVEILLANCE SOCIETY (2005).

8 *Véanse* ERVING GOFFMAN, THE PRESENTATION OF SELF IN EVERYDAY LIFE (1973); FERDINAND DAVID SCHOEMAN, PRIVACY AND SOCIAL FREEDOM (1992). Sobre la importante relación entre las categorías

sentido, lo que conocemos como el derecho a la intimidad es mejor visto como un sistema de derechos e intereses que provee a individuos mecanismos importantes para la formación de su identidad en la sociedad.[9]

Nuestro ordenamiento constitucional reconoce dos facetas de auto definición mediante el derecho a la intimidad. Por un lado, el derecho a la intimidad reconoce el interés en la autodefinición al proteger nuestra facultad de tomar ciertas *decisiones importantes*. La doctrina constitucional de Estados Unidos clasifica esta modalidad de intimidad bajo el debido proceso de ley sustantivo de la Enmienda Catorce a la Constitución federal.[10] A través de estas decisiones regimos nuestro destino (individualmente y en relación con otros), decidimos quiénes somos y queremos ser y, por ende, la forma en que nos proponemos vivir. A esos fines, nos recuerda el Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Casey* (posteriormente reiterado en *Lawrence v. Texas*[11]):

> At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State.[12]

Este primer modo de intimidad no es el objeto de este escrito. Aún así, vale subrayar su lugar en la doctrina constitucional. Las decisiones individuales protegidas por el Tribunal Supremo de Estados Unidos desde principios del siglo veinte cubren diversos intereses.[13] Entre éstos podemos mencionar: el uso de anticonceptivos; el aborto; la procreación; el llamado derecho a una muerte digna; el derecho a decidir si queremos o no entrar en relaciones íntimas como el matrimonio o relaciones con personas del mismo sexo, además de otras decisiones sobre la vida en familia. Estos valores, junto a principios de igualdad, se encuentran en el centro de luchas contemporáneas relacionadas con, por ejemplo, el matrimonio entre personas del mismo sexo y la igualdad de beneficios para estas parejas. Lo importante para nuestros fines inmediatos es que esta jurispru-

---

jurídicas y la formación de nuestras identidades véase EFRÉN RIVERA RAMOS, THE LEGAL CONSTRUCTION OF IDENTITY: THE JUDICIAL AND SOCIAL LEGACY OF AMERICAN COLONIALISM IN PUERTO RICO (2001); Efrén Rivera-Ramos, *Derecho y Subjetividad, 5-6* FUNDAMENTOS 125 (1997-1998); Pierre Bordieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, 38 HST. L. J. 805, 838-39 (1987).

9 Sobre este tema *in extenso* véase Meléndez Juarbe, *supra* nota 5.

10 Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965); Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992); Cruzan v. Dir., Mo. Dept. of Health, 497 U.S. 261 (1990); Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

11 Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 574 (2003).

12 Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 851 (1992).

13 Primero bajo el concepto de libertad de la Enmienda Catorce, luego bajo la rúbrica de *privacy* desde 1965 y, nuevamente, no como *privacy* sino como un interés libertario a partir de 1992 con *Casey*.

dencia ha validado una serie de actividades con cierto ahínco precisamente porque, a través de ellas, nos definimos. En Puerto Rico, estos intereses reciben protección especial por vía del derecho a la dignidad humana en nuestra Carta de Derechos.[14]

En segundo lugar, la capacidad de definir nuestra identidad se ve marcada por el derecho constitucional a controlar la información que hacemos disponible a otros. Es ésta la modalidad de intimidad que ocupa estas páginas. Al graduar el flujo de información que emitimos, enfrentamos aquellas tecnologías de poder (tecnologías de conocimiento, control y diseminación de información personal) que permiten a otros distorsionar nuestros esfuerzos de formación y proyección de identidad.[15]

El derecho a la intimidad sobre el uso de la información, según Alan Westin, "es el reclamo de individuos, grupos o instituciones para determinar por ellos mismos cuándo, cómo y hasta qué punto la información sobre ellos es comunicada a otros".[16] Por lo tanto, esta modalidad del derecho a la intimidad es un reclamo de que sea el individuo mismo, y no otros, quién controle las condiciones para que terceros puedan conocer y diseminar esa información.

Para entender el valor de la intimidad en sociedades contemporáneas y su rol en la defensa de las libertades civiles en el mundo digital, es crucial que veamos la conexión entre, por un lado, el control de la información personal y, por otro, la noción igualmente importante de la definición de la identidad. Ya se ha enfatizado esta relación pero, por la importancia de esta conexión para el planteamiento de este escrito, me detengo en este punto brevemente.

La relación entre la intimidad y la formación de la identidad se hace patente cuando consideramos que la intimidad de información no tiene que ver solamente con la facultad de mantener cierta información guardada u oculta en secreto, sino más bien, con el concepto más amplio del derecho a *controlar* la información personal; es decir, con la capacidad de *expresar y divulgar* aquella información que deseamos hacer disponible o, en cambio, *retener* aquella que no queremos divulgar.

De esta manera, y como se ha dicho, controlar el flujo de información personal es un elemento indispensable para la formación y proyección de la identidad

---

14 Las nociones de formación de identidad están recogidas en la Constitución de Puerto Rico a través de su protección a la intimidad y a la dignidad humana. *Véase* CONST. ELA art. II, §§ 1, 8 ("La dignidad humana es inviolable"; "Toda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar"). Según he expresado en otra parte, hay una conexión importante entre la dignidad humana, la intimidad y la formación de la identidad que el Tribunal Supremo de Puerto Rico no ha considerado a cabalidad. Asimismo, la sección cinco de la Carta de Derechos enfatiza la importancia del desarrollo de la personalidad humana en el sistema de educación pública. *Véase* Meléndez Juarbe, *supra* nota 5. *Véase además* Hiram Meléndez Juarbe, *Derecho Constitucional*, 75 REV. JUR. UPR. 29, 65-66 (2006).

15 *Véase en general* FERDINAND DAVID SCHOEMAN, PRIVACY AND SOCIAL FREEDOM (1992).

16 ALAN WESTIN, PRIVACY AND FREEDOM (1967) (traducción suplida); *véase además* DANIEL J. SOLOVE, MARC ROTENBERG, PAUL SCHWARTZ, INFORMATION PRIVACY LAW 1 (2006).

en sociedad. Esto es lo que Tribe llama el "*outward dimension of personality.*"[17] El derecho a la intimidad tiene, en fin, una dimensión expresiva.

Si limitamos nuestra concepción del derecho a la intimidad a expectativas de intimidad, secretividad, soledad o a la idea de que no tenemos un derecho constitucional sobre la información que decidimos revelar al público, como se hace en la doctrina de registros y allanamientos,[18] desatenderíamos algunas de las amenazas más importantes que la tecnología contemporánea presenta a nuestros derechos civiles. Nociones de intimidad que no reconocen la importancia de estos valores expresivos más amplios, suelen ignorar problemas causados por tecnologías capaces de recopilar información personal sin interferir con la soledad o secretividad.[19] Este es el caso, por ejemplo, de la recopilación de la información de nuestras transacciones en internet y fuera del ciberespacio por entidades privadas y el gobierno; así como la recopilación, acumulación y clasificación de esa información con el propósito de crear perfiles públicos o privados. Otro problema de intimidad que no afecta la secretividad o soledad, es la vigilancia mediante vídeo en lugares públicos y, muy relacionado, el uso de tecnología biométrica de identificación facial. Si pensamos en la intimidad como aquello relacionado a lo que hemos guardado y nociones similares, esa vigilancia no presentaría preocupaciones constitucionales. Afortunadamente, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha comenzado a dar algunos pasos en la dirección correcta.[20]

B. El carácter multidimensional de la intimidad

No obstante la insistencia en que el derecho a la intimidad es fundamental para la formación de identidades, es importante recordar que éste no es un derecho unidimensional. Como ha dicho Wagner DeCew, la intimidad "acumula intereses múltiples, incluyendo aquellos que exaltan el control sobre la información y nuestra necesidad de independencia, así como aquellos que exaltan nuestra habilidad de ser auto-expresivos y formar relaciones sociales".[21]

---

17 LAWRENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW § 15-1, en las págs. 1303-04 (1988).

18 *Véase, e.g,*. Katz v. US, 389 U.S. 347 (1967); Kyllo v. US, 533 U.S. 27 (2001).

19 Para un argumento similar véase, DANIEL J. SOLOVE, THE DIGITAL PERSON: TECHNOLOGY AND PRIVACY IN THE INFORMATION AGE (2004).

20 *Véase* Vega Rodríguez v. Telefónica de Puerto Rico, 156 DPR 584 (2002) (reconociendo que el derecho constitucional a la intimidad protege contra el uso indiscriminado de cámaras de video, aun en espacios públicos del entorno laboral como áreas comunes, y el lugar del trabajo en general, y no sólo en áreas íntimas. Las exigencias constitucionales planteadas por el Tribunal para el contexto laboral privado son, *a fortiori*, aplicables al entorno público).

21 JUDITH WAGNER DECEW, IN PURSUIT OF PRIVACY: LAW ETHICS AND THE RISE OF TECHNOLOGY 73 (1997)(traducción suplida). Según explica Daniel Solove, "un acercamiento pragmático a la conceptualización de la intimidad no debe empezar buscando iluminar la concepción abstracta de intimidad, sino que debe enfocarse en entenderla en situaciones contextuales específicas". Daniel Solove, *Conceptualizing Privacy*, 90 CAL. L. REV. 1087, 1128 (2002)(traducción suplida).

La importancia de este derecho para las sociedades contemporáneas estriba precisamente en que es un concepto amplio en el que coinciden diversos valores políticos y constitucionales. Consiguientemente, proteger vigorosamente el derecho a la intimidad implica fortalecer estos principios constitucionales importantes. Entre ellos se encuentran: (1) la libertad de expresión; (2) el derecho a sostener relaciones íntimas; (3) la democracia y los procesos deliberativos; y (4) el anonimato. Estos valores constitucionales coexisten e interactúan con los intereses de definición de identidad. A continuación se examinan brevemente.

C. *Intimidad y libertad de expresión*

El valor del derecho a la intimidad para la libertad de expresión ya se ha mencionado, pero vale la pena reiterarlo. Si uno piensa en el proceso de autodefinición, no como un proceso individual sino también como un proceso en que le damos forma a nuestra personalidad a través de nuestras relaciones con los demás, podemos ver cómo surge una intersección interesante entre la *libertad de expresión y el derecho a la intimidad.* El planteamiento es sencillo: en la medida en que el derecho a la intimidad nos permite desplegar las identidades que hemos formado (controlando qué rasgos de nuestra identidad retenemos y cuáles divulgamos, es decir, controlando el flujo de nuestra información), emerge en el derecho a la intimidad una dimensión externa/expresiva importante. Como ha expresado Martha Field en el contexto de la intimidad en la toma de decisiones:

> One avenue of argument is that the First Amendment protects individual choice of a wide range of life-styles; it favors individual decisionmaking, particularly "expressive" decisionmaking, over government orthodoxy. Along with rights to make reproductive choices, such a First Amendment right encompasses choices about how to live, how to look, what to wear, whom to live with, *how to develop one's personality*. At the heart of such a First Amendment "right to choose" is rejection of government orthodoxy concerning questions on which people deeply and sincerely differ from each other —a concern also central to other, more mainstream, First Amendment issues. . . That foundation would rest upon the speech clauses of the First Amendment and would protect reproductive choice as part of *the right to choose how to be or the right to develop one's own personality.*[22]

D. *El derecho a la intimidad y la libertad de asociación*

Para Ferdinand Schoeman, uno de los académicos más importantes en esta área, el derecho a la intimidad es un mecanismo utilizado por los individuos para propiciar y dar forma a las relaciones importantes con otros y para forjar asocia-

22 Martha A. Field, *Abortion and the First Amendment, Symposium: Developments in Free Speech Doctrine: Charting the Nexus Between Speech and Religion, Abortion, and Equality*, 29 U.C. DAVIS L. REV. 545, 550 (1996) (énfasis suplido).

ciones.[23] Esas relaciones, a su vez, sirven de escudo contra el control social. Esto es así porque a través de nuestras relaciones íntimas y de las asociaciones que formamos delimitamos y controlamos la esfera de influencia que terceros y el Estado pueden tener sobre nuestros procesos de formación personal. El derecho a la intimidad, en fin, viabiliza la generación de relaciones y asociaciones sociales fundamentales para la convivencia social.

> The point of the restrictions on access is in large part not to isolate people but to enable them to relate intimately or in looser associations that serve personal and group goals. Characteristically privacy is engaged as a social category not just to preclude a wider influence but to enshroud with respect an association of people that is meaningful in its own terms.[24]

E. La intimidad y el proceso deliberativo en una democracia

Por otra parte, la intersección entre la intimidad y la libertad de asociación nos arroja luz sobre el valor de este derecho para la democracia. En la medida en que las asociaciones íntimas nos permiten excluir al gobierno de nuestras discusiones privadas y de la deliberación personal de nuestros puntos de vista, el derecho a la intimidad fomenta la democracia misma. Si una sociedad democrática requiere un proceso de deliberación vigoroso, el derecho a la intimidad es una precondición a la democracia en cuanto nos proporciona el espacio para considerar las controversias y formar opiniones antes de expresarlas a otros. En este sentido, la facultad de controlar lo que otros conocen sobre nosotros (controlar a quién revelamos lo que pensamos, nuestras ideas y nuestros valores) nos da la oportunidad de entrar en asociaciones íntimas solamente con aquellas personas con quien escojamos compartir nuestras preocupaciones sin temor a represalias por parte del gobierno o de nuestros pares.[25] Como nos señala Charles D. Raab:

> La democracia participativa enfatiza la capacidad de actuar políticamente a través de la libertad de escoger, incluyendo las elecciones libres. "No puede haber una libre elección en ausencia de la libertad de expresión, de organización y de reunión." El punto crucial es que estas libertades participativas requieren un grado de intimidad para su ejercicio; esto queda enfatizado por la relación entre las elecciones libres y el voto secreto, lo que promueve las decisiones políticas no coaccionadas.[26]

Por lo tanto, la libertad para asociarnos con otros en privado es un componente esencial en una democracia. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo de

---

23 SCHOEMAN, *supra* nota 8.

24 *Id.* en la págs. 21, 89-114.

25 Charles D. Raab, *Privacy, Democracy, Information, en* BRIAN D. LOADER, ED., THE GOVERNANCE OF CYBERSPACE 155 (1997).

26 *Id.* en las págs. 159-60 (traducción suplida).

Estados Unidos al expresar la importancia de las agrupaciones políticas en nuestro sistema político: "effective advocacy of both public and private points of view, particularly controversial ones, is undeniably enhanced by group associations."[27]

F. Intimidad y anonimato

Por razones similares, el anonimato en las áreas públicas es fundamental en la democracia. Según Alan Westin, el anonimato:

> . . . ocurre cuando el individuo se encuentra en lugares públicos o realiza actos públicos pero aún busca, y encuentra, libertad de ser identificado y vigilado. . . El conocimiento o el miedo de que se esté siendo observado sistemáticamente en lugares públicos destruye el sentimiento de tranquilidad y libertad que los hombres buscan en espacios abiertos.[28]

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha ratificado esta noción.[29] Especialmente en tiempos como éstos de vigilancia universal, debemos recordar que la intimidad no es sólo sobre la secretividad de la información, sino que opera en el espacio público tal vez hoy con más urgencia que nunca. De modo que, el derecho a permanecer anónimo es una manera de controlar cómo nos proyectamos a los demás (más específicamente, es una manera de controlar *si acaso vamos* a proyectar o no nuestra identidad). Cuando el derecho y la tecnología limitan nuestra habilidad de controlar nuestra identidad en público, la falta de anonimato puede producir un efecto disuasivo ("*chilling effect*") perjudicial a la diversidad y riqueza del discurso. Así, la democracia puede verse amenazada.

Todo lo cual me lleva a la siguiente apreciación: aunque este artículo destaca la definición de la identidad como un valor importante, no podemos olvidar el carácter multidimensional del derecho a la intimidad y su relación con otros valores tales como la expresión, la asociación, el anonimato y la democracia. Son varios los intereses que pueden encontrarse en diferentes reclamos de intimidad. Estos intereses no necesariamente coexistirán en cada reclamo y, aún si coinciden, no siempre tendrán la misma importancia. Es una cuestión de énfasis contextual: a pesar de que la definición de la identidad es crucial en muchas instancias, al adjudicarse diferentes controversias en que esté implicado el derecho a la intimidad debe dársele mayor consideración a aquellos intereses constitucionales que tengan mayor relevancia para *ese tipo de caso*. Este análisis multifacético permite una perspectiva contextual que no amarra al derecho a la intimidad a concepciones universales. A la vez, permite el desarrollo de varias doctrinas constitucionales sustantivas, con su propio razonamiento fundamentado, particular a las diferentes clases de reclamos de intimidad que se susciten (por ejem-

---

27 NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449, 460 (1958).

28 WESTIN, *supra* nota 16, en la pág. 31 (traducción suplida).

29 Talley v. California, 362 U.S. 60 (1960); McIntyre v. Ohio Elections Comm., 514 U.S. 334 (1995); Watchtower Bible v. Village of Stratton, 536 U.S. 150 (2002).

plo, reclamos de registros y allanamientos irrazonables, vigilancia gubernamental, diseminación de información, entre otros).[30] Lo importante es que se mantenga una integridad y coherencia doctrinal para cada tipo de reclamo de intimidad y que, dentro de ellos, se considere adecuadamente el peso relativo de los valores constitucionales que aquí se han identificado.

Este tipo de contextualismo opera al nivel de qué valores políticos deben considerarse al evaluar diversos problemas de intimidad (libertad de expresión, anonimato, asociación, etc.). Pero en otro nivel, en un plano fáctico, los reclamos de intimidad también son contextuales. Es decir, el contenido del derecho a la intimidad también depende de las normas de flujo de información que son aplicables a cada tipo de situación. Así, podemos esperar que cierta información se exprese en algunos contextos (médico, amistoso, íntimo, comercial) mientras que en otros no.

En palabras de Helen Nissembaum, los reclamos de intimidad deben concebirse íntegramente dentro de su contexto o, lo que esa autora llama, "contextual integrity."[31] Es decir, en lugar de concebir la intimidad como un conglomerado de principios estáticos, cuya restricción necesariamente activa un aumento a su protección, debe verse como una colección de normas de información que dependen totalmente del contexto en que se aplican. En este sentido,

> . . . there are no areas of life not governed by norms of information flow, no information or spheres of life for which 'anything goes'. . . [Although] public and private define a dichotomy of spheres that have proven useful in legal and political inquiry. . . [,] [r]obust intuitions about privacy norms. . . seem to be rooted in the details of rather more limited contexts, spheres, or stereotypic situations.[32]

Tanto legisladores como la judicatura y otros forjadores de política pública deben estar atentos a estas sutilezas. Los tribunales especialmente, en su ejercicio de revisión constitucional, están en una posición adecuada para llevar a cabo una evaluación de la relación entre intimidad y seguridad y sopesar los intereses encontrados conforme a lo que cada contexto requiera.[33] Ahora bien, se impo-

---

30 Este es el acercamiento seguido por Daniel Solove, un importante académico en este tema quien ha desarrollado una taxonomía muy útil e importante. *Véanse* Daniel Solove, *A Taxonomy of Privacy*, 154 U. PENN. L. REV. 477 (2006); Daniel Solove, *Conceptualizing Privacy*, 90 CAL. L. REV 1087 (2002).

31 Helen Nissenbaum, *Privacy as Contextual Integrity*, 79 WASH. L. REV. 119 (2004).

32 *Id.* en la pág. 137.

33 *Véase, e.g.*, Jennifer A. Chandler, *Security in Cyberspace: Combating Distributed Denial of Service Attacks*, 1 UOLTJ 231, 254 (2003-2004) (abogando a favor de remedios judiciales, en vez de regulación gubernamental, para lidiar contra aquellos que diseñan programas de computadoras para realizar ataques contra sitios de internet, porque "the standard of care required for software developers can be varied according to context. Software intended for use in conditions where design flaws may lead to substantial losses may be treated differently from software that does not present high risks. In this way, the potential negative consequences of greater security, namely increased cost,

nen dos advertencias esenciales: Primero, al igual que con los valores constitucionales, este tipo de contextualismo requiere integridad y consistencia dentro de las diferentes clases de casos que se presenten. Por otro lado, y en segundo lugar, este énfasis en lo contextual es sólo para subrayar el carácter multidimensional del derecho a la intimidad para así evitar acercamientos universales que eventualmente fracasen en su intento de abarcar la totalidad de intereses y contextos. El contextualismo no puede reducirse a simplemente avalar y reproducir prácticas existentes. Las diversas normas sociales sobre intimidad deben evaluarse a la luz de aquellos valores fundamentales que la Constitución ha identificado como relevantes para cada tipo de reclamo de intimidad.[34]

Todo lo anterior implica que, lejos de elaborar una doctrina de intimidad aplicable a todas las instancias imaginables, los tribunales deben ser conscientes de estas dos dimensiones que son contingentes, primero, al tipo de reclamo de intimidad y, segundo, al contexto en que opera el reclamo. Por lo tanto, frente a un reclamo de violación al derecho a la intimidad los tribunales deben considerar dos asuntos como cuestión de umbral: *primero*, cuáles son los valores constitucionales y políticos (libertad de expresión, anonimato, definición personal, etc.) aplicables al tipo de caso en cuestión (registros y allanamientos, recopilación y agregación de información en bancos de datos, etc.) y cuál es el peso relativo de estos valores y, *segundo*, cuáles son las normas sociales de flujo de información aplicables a ese contexto. La contestación a la primera pregunta, claro está, matizará el peso que debe dársele a las normas sociales identificadas en la segunda.

---

slower development, reduced features and slower innovation, may be averted for less 'mission critical' software.").

34 *Véase* Nissenbaum, *supra* nota 31, en las páginas 146-47.

> A presumption in favor of status quo does not, however, rule out the possibility of a successful challenge where adequate reasons exist. Resolving these contested cases calls for reliable means of evaluating the relative moral standing of entrenched norms and the novel practices that breach or threaten them. Specifically, I propose that entrenched norms be compared with novel practices that breach or threaten them, and judged worth preserving, or not, in terms of how well they promote not only values and goods internal to a given context, but also fundamental social, political, and moral values. Conducting the second of these two modes of evaluation, namely, a comparison in terms of social, political, and moral values, involves identifying fundamental values that may be served by (or obscured by) the relevant informational norms imposing restrictions on the flow and distribution of personal information in the given case. According to the insights of several privacy scholars, the list of values likely to be affected includes: (1) prevention of information-based harm, (2) informational inequality, (3) autonomy, (4) freedom, (5) preservation of important human relationships, and (6) democracy and other social values. Values that are regularly cited in support of free or unconstrained flows include: (1) freedom of speech, (2) pursuit of wealth, (3) efficiency, and (4) security.

II. INTIMIDAD Y SEGURIDAD EN TIEMPOS DE CRISIS

En tiempos de crisis se reproduce la idea generalizada de que los derechos civiles, en específico la intimidad, pueden y deben sacrificarse en el altar de la seguridad pública. Como resultado, cuando se adelantan los intereses de seguridad nacional, el derecho a la intimidad es fácilmente desplazado como la primera y *necesaria* baja en una guerra.

La mayor parte del tiempo, sacrificar la intimidad en el nombre de la seguridad es el resultado de la ansiedad pública y del miedo generalizado. La ansiedad popular lleva al gobierno a tomar medidas legales y tecnológicas para proteger a la sociedad de aquellas amenazas que surgen durante las crisis.[35] Después del 11 de septiembre, el terrorismo es la amenaza principal que intenta atajar el gobierno de los Estados Unidos. En el caso de Puerto Rico la amenaza es la violencia relacionada al narcotráfico.

El miedo generalizado "lleva a las personas a reaccionar de manera emocional a riesgos remotos pero aterrorizantes en vez de en términos analíticos".[36] Por lo tanto, cuando los gobiernos se enfrentan a poblaciones atemorizadas ante riesgos reales o imaginados de seguridad pública, resulta más fácil adoptar políticas y tecnologías que sacrifican libertades civiles a cambio de un sentimiento de seguridad. Según Jeffrey Rosen:

> [P]ublic fear is the most important barrier to efforts to design laws and technologies that protect liberty and security at the same time, and it has led the public to embrace technologies that threaten liberty without increasing security. But when the public is addressed in terms that it can trust and understand, it may react more calmly in the face of unfamiliar risks whose probability is hard to measure. . . [37]

Pensemos por un momento en las reacciones públicas al tema del ántrax después del 11 de septiembre; las medidas de seguridad gubernamental en los aeropuertos y aviones; la forma pasiva en que hemos aceptado las cámaras de vigilancia en Puerto Rico; y por supuesto, la aprobación apresurada del USA Patriot Act sin llevar a cabo un debate legislativo real.[38]

En este contexto es demasiado fácil interpretar que la intimidad (o las libertades civiles en general) y las medidas de seguridad son mutuamente excluyen-

---

35 *Véase* Eric A. Posner, *Fear and the Regulatory Model of Counterterrorism*, 25 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 682 (2002).

36 JEFFREY ROSEN, THE NAKED CROWD: RECLAIMING SECURITY AND FREEDOM IN AN ANXIOUS AGE 64 (2004) (traducción suplida).

37 *Id.*

38 Sobre la reacción legislativa a los eventos del 9-11, véase en general Marc Rotenberg, *Privacy and Secrecy after September 11*, 86 MINN. L. REV. 1115 (2002); Reg Whitaker, *After 9/11: A Surveillance State?, en* CYNTHIA BROWN, ED., LOST LIBERTIES: ASHCROFT AND THE ASSAULT ON PERSONAL FREEDOM 52-71 (2003).

tes. La más reciente exposición de este acercamiento nos la proveen Eric Posner y Adrian Vermeule quienes cándidamente expresan:

> There is a straightforward tradeoff between liberty and security. . . At the security-liberty frontier, any increase in security requires a decrease in liberty; a rational and well-functioning government will already be positioned on this frontier when the emergency strikes and will adjust its policies as the shape of the frontier changes over time, as emergencies come and go. If increases in security are worth more than the corresponding loses in liberty, government will increase security; but if reductions in security will produce greater gains from increased liberty, government will relax its security measures.[39]

Por otro lado, algunos desarrollos tecnológicos dan un fuerte empuje a esta tendencia. La tecnología contemporánea es increíblemente eficiente. Con su ayuda, el Estado es capaz de superar muchos de los obstáculos físicos y prácticos que dificultaban obtener información. Esas ineficiencias tenían la consecuencia no anticipada de proveer una protección *de facto* al derecho a la intimidad. En la medida en que esas ineficiencias se superan por la agilidad tecnológica, desaparecen estas protecciones prácticas a nuestras libertades. El reto para nosotros es —y sin querer adelantar demasiado mi argumento— cómo recobrar algunas de estas ineficiencias para asegurar nuestros derechos civiles sin sacrificar los valiosos intereses de seguridad pública.

Consideremos, por ejemplo, la práctica de mantener carpetas de "subversivos" en Puerto Rico. Como se sabe, a través del siglo veinte el gobierno de Puerto Rico y el gobierno federal crearon expedientes donde registraban detalladamente las actividades políticas y cotidianas de decenas de miles de individuos que se consideraban involucrados en actividades caracterizadas vagamente como "subversivas". Cuando el Tribunal Supremo de Puerto Rico ordenó que dichos expedientes fuesen devueltos a los individuos, se hizo evidente que el esfuerzo humano que se necesitaba para preparar, archivar y organizar esa información era significativo y extremadamente costoso. Los agentes y los informantes tenían que ir físicamente a los lugares, obtener documentos de papel y tomar fotografías que debían ser reveladas para sumarse a millones de documentos que ocupaban archivos y oficinas en estructuras de concreto. Igualmente, la magnitud de los recursos analíticos requeridos para navegar a través de esos documentos presentaba retos reales, aunque no insuperables.[40] Se trataba, en términos relativos, de un sistema muy ineficiente. Aún en un ambiente de persecución rampante, el anonimato y la intimidad seguían siendo posibles a través de las limitaciones reales del sistema.

---

39 ERIC POSNER & ADRIAN VERMEULE, TERROR IN THE BALANCE: SECURITY, LIBERTY AND THE COURTS 12 (2007).

40 *Véase* RAMÓN BOSQUE PÉREZ & JOSÉ JAVIER COLÓN MORERA, EDS., LAS CARPETAS: PERSECUCIÓN POLÍTICA Y DERECHOS CIVILES EN PUERTO RICO (1997).

Por otro lado, los métodos tecnológicos disponibles actualmente para llevar a cabo *dataveillance* y *dataprofiling*, hacen que los mecanismos de orden público sean exponencialmente más eficientes, eliminando muchas de las protecciones *de facto* que los métodos no digitales proveían. Esto se hace evidente cuando consideramos: (1) que el internet hace posible agregar información personal proveniente de fuentes dispersas; (2) que la mayor parte de la información sobre nuestras prácticas cotidianas ya se encuentra disponible en formato digital y está lista para ser tomada; (3) la existencia de métodos de almacenamiento masivos relativamente económicos; y (4) la disponibilidad de computadoras potentes con capacidad de procesar la información con agilidad y generar perfiles individuales (sea para mercadeo o para el análisis de riesgos).

En resumen, el temor y la ansiedad del público preparan el camino para la idea de que la intimidad y la seguridad son mutuamente excluyentes; la tecnología se encarga de consolidar dicha idea. Veamos algunos ejemplos.

Me limito a mencionar sólo tres instancias de esfuerzos gubernamentales para atender amenazas públicas mediante mecanismos tecnológicos que, a su vez, representan un sacrificio al derecho a la intimidad. Debe notarse, sin embargo, que es impresionante la gama de mecanismos tecnológicos con los que cuenta el gobierno que producen el correspondiente sacrificio a los derechos individuales.[41]

En primer lugar, *la vigilancia electrónica en lugares públicos.* En la actualidad contamos con tecnología que permite la vigilancia centralizada de lugares dispersos y el uso de mecanismos de almacenaje con enorme capacidad a un costo relativamente bajo. En Puerto Rico ya hemos comenzado a experimentar con esta tecnología y en algunos lugares se usa de manera generalizada.[42] Algunos estiman que existen más de cuatro millones de cámaras en Gran Bretaña y que el británico promedio es grabado por más de 300 cámaras separadas en treinta redes de circuito cerrado diariamente.[43]

En segundo lugar, e íntimamente relacionado con el uso de vigilancia digital, tenemos el uso de *la tecnología de reconocimiento facial.* Aunque en su etapa actual no es muy confiable,[44] esta tecnología biométrica capta la imagen del ros-

---

41 *Véase* A.C.L.U. Report: Jay Stanley and Barry Steinhardt, *Bigger Monster, Weaker Chains: The Growth of an American Surveillance Society* (2003), *disponible en* http://www.aclu.org/FilesPDFs/aclu_report_bigger_monster_weaker_chains.pdf (última visita, 22 de noviembre de 2007).

42 Sandra Morales Blanes, *Red de cámaras contra el crimen*, EL NUEVO DÍA, 6 de agosto de 2004, en la pág. 27.

43 ROSEN, *supra* nota 36, en las págs. 36-37.

44 Bridget Mallon, *"Every Breath You Take, Every Move You Make, I'll be Watching You": The Use of Face Recognition Technology*, 48 VILL. L. REV. 955, 961 (2003):

> [D]espite all attempts to maintain accuracy, the technology is not foolproof. Recent studies have indicated a rather large percentage of error in the new technology. The National Institute of Standards and Technology (NIST) recently conducted a study to measure the accuracy of face recognition systems. According to the results, posed photos of a

tro de una persona, la parea con una base de datos con otras imágenes y luego podría asociarla con una base de datos donde esté contenida información sobre esa persona.[45] Una vez se instala la vigilancia de video digital en las zonas urbanas (aún sin las técnicas biométricas) y una vez la población se acostumbra a ser observada las veinticuatro horas del día y los siete días de la semana, el sentimiento panóptico se integra a la conciencia colectiva, se tatúa en la piel, y es aceptado. Entonces la población fácilmente caerá en una pendiente resbaladiza, en un *slippery slope*, y dócilmente aceptará "mejoras" al sistema de vigilancia, como la identificación facial, aún cuando la tecnología de biometría no hubiera sido aceptada por la población antes del uso generalizado de las cámaras de video.[46]

Tercero, *las bases de datos gubernamentales y privadas*. La recopilación de información es un negocio inmensamente lucrativo. Mientras el negocio de mercadeo directo tiene un valor de tres mil millones de millones de dólares ($3,000,000,000,000),[47] algunos estiman que el negocio de recopilación de información tiene un valor de alrededor de setenta y cinco mil millones de dólares ($75,000,000,000).[48]

No debe sorprendernos entonces que haya sido el sector privado el responsable de diseñar tecnología para recolectar todo tipo de información sobre individuos, sin importar lo insignificante que pueda parecer, y acumularla en potentes bases de datos (el proveedor de servicios legales, Lexis-Nexis, es uno de los participantes más importantes en este negocio). La tecnología actual permite, no sólo la cosecha de información (llamada "*datamining*") sino que además, a base del agregado de esa información, posibilita la categorización de individuos en distintos perfiles para realizar predicciones probabilísticas sobre sus preferencias de consumo y comportamiento futuro (a esto se le llama "*dataprofiling*").[49] El gobierno ha mostrado interés en esta tecnología y en el contenido de esas

---

person, taken only eighteen months apart, were rejected by the system, which indicated no match approximately forty-three percent of the time.

45 Philip E. Agre, *Your Face Is Not a Bar Code: Arguments Against Automatic Face Recognition in Public Places*, *en* http://polaris.gseis.ucla.edu/pagre/bar-code.html (última visita, 22 de noviembre de 2007).

46 *Véase* Eugene Volokh, *The Mechanisms of the Slippery Slope*, 116 HARV. L. REV. 1026 (2003).

47 SOLOVE, *supra* nota 19, en la pág. 19.

48 Jennifer Sullivan, *How Much Is Your Playlist Worth?* WIRED ONLINE 3 de noviembre de 1999, *disponible en* http://www.wired.com/news/technology/0,1282,32258,00.html (última visita, 22 de noviembre de 2007), *citado en* Paul Schwartz, *Property, Privacy, and Personal Data*, 117 HARV. L. REV. 2055, 2056 n.1 (2005).

49 ROBERT O'HARROW, NO PLACE TO HIDE: BEHIND THE SCENES OF OUR EMERGING SURVEILLANCE SOCIETY (2005); SOLOVE, *supra* nota 19, en la pág. 19; Oscar H. Gandy, *Data Mining and Surveillance in the Post-9/11 Environment*, *en* KRISTIE BALL & KRANK WEBSTER, EDS., THE INTENSIFICATION OF SURVEILLANCE: CRIME, TERRORISM AND WARFARE IN THE INFORMATION AGE 26-41 (2003). *Véase además* Jeff Sovern, *Opting In, Opting Out, or No Options at All: the Fight for Control of Personal Information*, 74 WASH. L. REV. 1033 (1999).

bases de datos. Según Daniel Solove, "las agencias gubernamentales como el F.B.I. y el I.R.S. están comprando a compañías privadas bases de datos de información personal. Una compañía privada llamada Choice Point Inc. ha acumulado una base de datos con diez mil millones de récords y tiene contratos con, al menos, treinta y cinco agencias federales y oficiales del orden público".[50]

La misma tecnología que utiliza Amazon.com para recomendar libros a clientes a base de su historial de consumo, es utilizada para predecir si usted representa una amenaza terrorista . . .[51] (¿Alguna vez se ha preguntado por qué le piden su número de teléfono en *Marshall's*? ¿Alguna vez se ha preguntado por qué lo da?). Esta es la tecnología que nos trajo, por ejemplo, CAPPS II, es decir "Computer Assisted Passenger Prescreening System" (reemplazado por otra tecnología denominada "Secure Flight"), que clasificaría a las personas en los aeropuertos de acuerdo a su nivel de amenaza, asignándole a los pasajeros el color verde, amarillo o rojo dependiendo del nivel de riesgo que presuntamente representan.[52]

Cuando tomamos en consideración los sistemas de vigilancia ubicuos, como la vigilancia electrónica, la tecnología de reconocimiento facial y otros mecanismos biométricos, así como las prácticas de *datamining* y *dataveillance*, se hace evidente que las nociones de intimidad relacionadas a la secretividad y a la soledad no son suficientes. La intimidad trata más sobre el control personal de la formación y la proyección social de nuestra identidad. Ejercitamos este proceso de formación de identidad a través del control sobre nuestra información personal, aún cuando esa información ya haya sido revelada como resultado de nuestras prácticas tecnológicas diarias. La concepción de intimidad limitada a la secretividad y a la soledad puede que haya sido adecuada en el mundo predigital y pre-internet; pero la tecnología actual nos obliga a reevaluar la concepción de éste y otros derechos constitucionales. Los derechos constitucionales no pueden congelarse en el tiempo, sino que deben evolucionar tan rápido como la tecnología que les afecta.[53]

En este sentido, no hay duda de que las tecnologías hasta ahora mencionadas —utilizadas en el nombre de la seguridad— presentan un reto serio a la intimidad, especialmente con relación a la libertad de expresión, el anonimato y la democracia. La pregunta relevante es si los valores de intimidad y seguridad deben verse como mutuamente excluyente. Es decir, si es siempre necesario

---

50 SOLOVE, *supra* nota 19, en la pág. 169 (traducción suplida). *Véase también* Jay Stanley (A.C.L.U.), *The Surveillance Industrial Complex: How the American Government is Conscripting Businesses and Individuals in the Construction of a Surveillance Society* (2004) http://www.aclu.org/FilesPDFs/surveillance_report.pdf (última visita, 22 de noviembre de 2007).

51 O'HARROW, *supra* nota 49; SOLOVE, *supra* nota 19, en la pág. 19.

52 SOLOVE, ROTENBERG & SCHWARTZ, INFORMATION PRIVACY LAW 603 (2006).

53 Lawrence H. Tribe, *The Constitution in Cyberspace: Law and Liberty Beyond the Electronic Frontier* (1991), http://www.sjgames.com/SS/tribe.html (última visita, 22 de noviembre de 2007); LAWRENCE LESSIG, CODE V.2.0 (2006); SOLOVE, *supra* nota 19.

sacrificar algún grado de intimidad para adelantar objetivos de seguridad. Definitivamente no. Al menos no siempre.

III. INTIMIDAD Y SEGURIDAD: ¿ES NECESARIO EL SACRIFICIO?

Propongo evaluar la relación entre seguridad e intimidad por medio de dos estrategias: una conceptual y otra práctica. En esta parte esbozaré los lineamientos generales de ambas. En la próxima parte (Parte IV), expondré algunos ejemplos concretos de la segunda estrategia (práctica). Con ello espero sentar las bases para proponer un acercamiento constitucional concreto para Puerto Rico. La discusión de esta propuesta constitucional queda aplazada por el momento y será considerada en las Partes V y VI.

A. Primera estrategia: ¿Qué es seguridad?

Cualquier conversación sobre la relación entre intimidad y seguridad requiere que nos detengamos a considerar los contornos de estos dos conceptos. Ya hemos descrito algunos aspectos importantes del derecho a la intimidad y los valores políticos que encierra. Esa discusión queda, por el momento, consignada. Ahora bien, al igual que con la intimidad, lo que en determinado momento se pueda concebir como *seguridad* es controversial. El planteamiento de que la seguridad es un concepto altamente contingente presenta, esencialmente, la primera estocada a la idea de que los intereses de intimidad y seguridad son inherentemente contradictorios.

El nivel de generalidad con el que se concibe el interés de seguridad puede promover (o disuadir) la tesis de incompatibilidad. La interrogante es, desde luego, sumamente maleable y, por ende, política. Pero el hecho de que su definición involucre juicios valorativos no presupone la exclusión de una reflexión constitucional adecuada. Después de todo, la identificación y selección de valores políticos es esencial al proceso de adjudicación e interpretación constitucional.[54]

Dicho esto, no pretendo agotar en estas líneas todas las concepciones imaginables en torno a lo que es la seguridad. Basta señalar que, para propósitos constitucionales, puede pensarse en varias modalidades de seguridad que trascienden ideas restringidas. Sugiero que puede formularse un argumento más complejo y abarcador sobre lo que es seguridad y así evitar nociones de corto alcance que empañan una visión conciliadora entre este interés y las libertades individuales. En fin, una noción más rica de este concepto puede encontrar puntos traslapados con intereses de intimidad.

Como punto de partida, debe asumirse que intereses libertarios, como la intimidad, y la seguridad pública no son conceptualmente incompatibles. Puede pensarse, por ejemplo, que cualquier idea de seguridad presupone la libertad,

54 LAWRENCE TRIBE & MICHAEL DORF, ON READING THE CONSTITUTION (1991).

puesto que la seguridad se adelanta no sólo para proteger nuestra salud física sino también, de forma más amplia, para el disfrute de libertades. Asimismo, puede que no tenga sentido hablar de libertad en el abstracto sin reconocer la necesidad de que haya seguridad, ya que la mayor parte del tiempo buscamos un entorno seguro donde podamos disfrutar de nuestras libertades.[55]

Pero como ya he dicho, el nivel de generalidad con que se piensa en la seguridad puede, deliberada y convenientemente, oponerla a la libertad y a intereses asociados a ella. En un extremo, a un nivel muy bajo de generalidad, podemos igualar la "seguridad" a una noción restringida de protección contra el daño físico. Esto es lo que el reconocido teórico Jeremy Waldron llama la "concepción pura de seguridad" o "*pure safety conception.*"[56] Conforme a esta perspectiva, sólo se adelanta el interés de seguridad reduciendo la probabilidad de muerte o daño físico.[57] Por tanto, para lograr los objetivos de esta concepción pura de seguridad (mediante, por ejemplo, la identificación de amenazas a la integridad física con el uso de mecanismos de vigilancia), podría ser legítimo y hasta necesario sacrificar otros valores aparentemente opuestos como la intimidad (mediante la exposición de información personal a agencias del gobierno).

Pero como demuestra Waldron, esta perspectiva de seguridad es innecesariamente estrecha pues rechaza alternativas más sensibles a otros valores políticos importantes. Así, por ejemplo, esta concepción ignora que la "seguridad" puede comprender la protección contra "pérdidas materiales, como la pérdida de propiedad o valor económico".[58] Además, la concepción pura de seguridad física "es silente en torno a la dimensión subjetiva del miedo. . . un estado mental que en sí mismo es constitutivo de una sensación de inseguridad".[59]

De manera más amplia, la idea de la seguridad física es muy simple y unidimensional. Ésta "no nos alerta a la relación entre la seguridad y la tenencia de otros valores. . . [En este sentido], puede ser inapropiado pensar en la seguridad como buena en sí misma; puede ser más razonable pensar la seguridad como un estado [o un contexto] en el que otros bienes e intereses se pueden disfrutar".[60] Así, en este sentido más amplio, sólo podemos disfrutar de nuestras libertades si lo hacemos de forma segura.[61]

A otro nivel, y tal vez el más importante, la seguridad puede verse íntimamente relacionada con una preocupación por garantizar las condiciones para forjar expectativas humanas. Conforme a esta perspectiva, necesitamos la segu-

---

55 Jeremy Waldron, *Safety and Security*, 85 NEB. L. REV. 454, 463 (2006) (traducción suplida).

56 *Id.* en la pág. 461.

57 *Id.*

58 *Id.* en la pág. 462 (traducción suplida).

59 *Id.*

60 *Id.*

61 En palabras de Waldron, "to make plans and pursue long-term activities to which an assurance of safety is integral." *Id.*

ridad, no sólo porque queremos confiar en que no sufriremos daño físico, sino también porque necesitamos una garantía de que podemos hacer planes para el futuro y trazarnos expectativas personales, para lo cual una sensación de seguridad es esencial.[62]

De este modo, una perspectiva abarcadora de la seguridad resaltaría la importancia de tener cierta garantía de que podremos proyectarnos hacia el futuro, soñar, desarrollar expectativas en torno a la manera en que deseamos conducir nuestras vidas, forjar nuestro destino y desarrollarnos individualmente y en relación con los demás. Puesto en términos que ya nos resultan familiares, una concepción de seguridad que no reconozca nuestra capacidad de definir nuestra identidad tanto hoy como en el futuro, no proveerá seguridad en un sentido constitucional real.

Por supuesto si, como se ha argumentado, la intimidad es contextual en varios sentidos, entonces, ¿por qué no permitir diferentes nociones de seguridad dependiendo del contexto? Si mi vida está en peligro, ¿por qué no permitir una noción de seguridad restringida a la integridad física? Preservar este tipo de seguridad, indudablemente, es una función básica del Estado. Pero a veces, cuando no se trata de tal peligro, una noción limitada puede ser inadecuada y puede que necesitemos una definición más abarcadora – especialmente cuando los riesgos de seguridad son pequeños pero los riesgos a nuestras libertades amplios.

Espero que el punto de esta sección se haya transmitido: cuando nos planteamos la relación entre la seguridad y la intimidad, vale la pena evaluar a qué nivel de generalidad definimos ambos intereses. Reducirlos a niveles muy simplistas tendería a colocarlos en polos opuestos. Ese sería el caso si pensamos, por ejemplo, en la intimidad estrictamente como lo secreto y oculto y, por otro lado, en la seguridad bajo el paradigma de seguridad pura. De otra parte, si expandimos estos conceptos y los asumimos en toda su complejidad vendríamos obligados (al menos) a intentar reconciliarlos.

Por supuesto, esto podría someter el debate constitucional a ambigüedades y juegos de palabras. Este hecho, sin embargo, no torna inútil o trivial el esfuerzo. Después de todo, cómo definamos la seguridad tendrá un impacto sobre el campo de acción legítimo del Estado y, por tanto, puede modificar el carácter de las justificaciones que le son permitidas al gobierno cuando actúa en nombre este interés.

B. Segunda estrategia: Lo tecnológico es político

La tecnología no es provista por la naturaleza de determinada manera. No está a favor o en contra de la intimidad *a priori* sino que es creada y diseñada por nosotros. Encarna las ideologías y valores de su creador. Las decisiones de dise-

---

62 *Id.* en las págs. 470-71.

ño y estructura son, en todos los sentidos, decisiones políticas. En fin, lo tecnológico es político.[63]

Los arquitectos de nuestro ambiente tecnológico pueden incorporar en la tecnología ciertos fines políticos y constitucionales (como el valor de la intimidad) de la misma forma que los arquitectos de nuestra Constitución tomaron decisiones estructurales por razones sustantivas (como dividir el poder entre varias ramas de gobierno para evitar el riesgo de abuso y para promover la discusión en el proceso de la toma de decisiones).[64] La estructura forja sustancia. Así como incorporamos en los edificios facilidades que le permiten el acceso a personas con impedimentos físicos para cumplir con el fin sustantivo de la igualdad, los valores de intimidad pueden incorporarse —mediante código— en la tecnología de vigilancia.

En un mundo en el que nuestras relaciones sociales operan dentro de una arquitectura tecnológica determinada, resulta esencial determinar cómo y bajo qué premisas ideológicas se diseña y construye ese entorno tecnológico que nos sirve de contexto. Así, por ejemplo, cuán vulnerables son nuestras conversaciones por correo electrónico, las transacciones electrónicas o la simple navegación por el internet, está directamente relacionado con la arquitectura del *software*, el código que hace posible esas transacciones.[65] Este código es capaz de proteger o erosionar los intereses de intimidad con mayor efectividad que las normas legales convencionales. A eso se debe el ya famoso aforismo entre los *cyber*-abogados de que "*el código es derecho*" ("*code is law*").[66]

---

63 La noción de que las tecnologías no son neutrales y que incorporan los valores y preferencias de sus diseñadores, además de ser intuitivamente correcta, ha sido objeto de una discusión extensísima en la literatura pertinente. *Véanse, e.g.*, Lewis Mumford, *Authoritarian and Democratic Technics*, 5 TECHNOLOGY AND CULTURE 1 (1964); Langdon Winner, *Do Artifacts Have Politics?* 109 DAEDALUS 121 (1980); Bryan Pfaffenberger, *Technological Dramas*, 17 SCIENCE, TECHNOLOGY, & HUMAN VALUES 282 (1992); WIEBE E. BIJKER & JOHN LAW, SHAPING TECHNOLOGY/BUILDING SOCIETY: STUDIES IN SOCIOTECHNICAL CHANGE (1994); Lucas Introna & Helen Nissenbaum, *Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters* 16 THE INFORMATION SOCIETY 1-17 (2000); DONALD NORMAN, THE DESIGN OF EVERYDAY THINGS (2002); BRUNO LATOUR, REASSEMBLING THE SOCIAL: AN INTRODUCTION TO ACTOR-NETWORK-THEORY (2005).

64 A. Michael Froomkin, *Cyberspace and Privacy; A New Legal Paradigm?*, 52 STAN. L. REV. 1462, 1529 (2000) ("Los diseñadores de sistemas frecuentemente tienen gran flexibilidad para incluir protecciones a la intimidad si así lo deciden".) (traducción suplida); K.A. Taipale, *Data Mining and Domestic Security: Connecting the Dots to make Sense of Data*, 5 COLUM. SCI. & TEC. L. REV. 2 (2003) ("al incluir funciones técnicas que permiten la implementación de políticas de protección a la intimidad (así como leyes vigentes, doctrina y procedimientos de debido proceso de ley), estas tecnologías pueden ser desarrolladas y empleadas en maneras que lleven a un aumento en la seguridad mientras protegen intereses de intimidad".) (traducción suplida).

65 El *software* es una "serie de instrucciones, conocidas como código, que ordenan a una computadora a realizar ciertas funciones u operaciones." Microsoft v. AT&T, 127 S.Ct 1746, 1750 (2007) (traducción suplida).

66 LESSIG, *supra* notas 1 y 53. Esta idea de "código como derecho" fue popularizada por Lawrence Lessig en su obra *Code and Other Laws of Cyberspace*, *supra* nota 1, tal vez una de las contribuciones más importantes al derecho informático.

Esta idea, el código como derecho, implica que nuestra vida en sociedad está regulada, cada vez con más insistencia, no sólo por las normas jurídicas, el mercado y convenciones sociales, sino también por la arquitectura tecnológica en la que operamos. Por eso, a veces la reglamentación más efectiva se produce cuando se altera la tecnología misma, la arquitectura, el código.

En la medida en que un problema en el entorno digital es causado por cierta innovación tecnológica, la búsqueda de soluciones a estos problemas debe considerar prominentemente al código que genera la preocupación. Puesto de otra manera, si nuestra libertad de acción y nuestra vulnerabilidad está condicionada por este código, por esta arquitectura, entonces en muchos casos podremos regular la actividad humana de manera que se respeten ciertos valores constitucionales (como la intimidad) a través de la integración de estos objetivos políticos a la arquitectura misma, a través de un diseño tecnológico sensible. Esto no quiere decir que debemos ignorar otras maneras de proteger nuestras libertades civiles mediante la acción legislativa y política; sólo significa que no debemos ignorar el rol de la tecnología como instrumento de política pública.[67]

Ofreceré algunos ejemplos sobre cómo codificar valores políticos y constitucionales en la tecnología; pero antes, es preciso adelantarnos un poco a la médula del argumento para enfatizar la dirección a la que nos dirigimos.

El código es derecho. Pero no podemos recostarnos y esperar a que los diseñadores de código y las fuerzas del mercado desarrollen el incentivo económico necesario para inyectar valores de intimidad en la tecnología de vigilancia.[68] El código no tecnológico —el de los tomos en papel y cartón, la ley— (y en el caso de Puerto Rico, el derecho constitucional mediante los tribunales) debe tener algún rol que desempeñar en el desarrollo de la tecnología. Es decir, si el código es derecho, debemos tratarlo como tal y hacer que asuma los compromisos constitucionales que hemos acordado como pueblo.

En esta última parte desarrollaré un acercamiento constitucional para exigir que las tecnologías que invaden el derecho a la intimidad incorporen mecanismos para proteger ese derecho siempre que esos elementos estén disponibles. En otras palabras, los tribunales no deben regular únicamente a los usuarios de la tecnología, sino a la tecnología misma. De esta forma, colocando a la tecnología en el eje del análisis constitucional, podremos desplazar la idea de que la seguridad y la intimidad son mutuamente excluyentes para, en cambio, adoptar un nuevo paradigma: que es posible adelantar los intereses de seguridad y, *al*

---

67 *Véase* Marc Rotenberg, *Fair Information Practices and the Architecture of Privacy (What Larry Doesn't Get)*, 2001 STAN. TECH. L. REV. 1.

68 En la medida en que es el sector privado el principal propulsor de tecnología que afecta la intimidad pues existe un mercado millonario para ella, no parece realista esperar que en un futuro cercano el mercado genere por sí mismo los incentivos necesarios para desarrollar otro tipo de tecnología. Los incentivos deben venir por vías externas al mercado como, por ejemplo, la amenaza de responsabilidad civil o que obligaciones constitucionales exijan al gobierno el uso de tecnología más sensible a la intimidad creando, por ende, una demanda por tecnología alterna.

mismo tiempo, proteger el derecho a la intimidad incorporando a la tecnología de vigilancia elementos tecnológicos que integren valores constitucionales.

IV. LA CONSTITUCIÓN EN CEROS Y UNOS: TECNOLOGÍAS PROTECTORAS DE INTIMIDAD Y VALORES CONSTITUCIONALES

Las *Tecnologías Protectoras de Intimidad* (TPI, en inglés se les conoce como *Privacy Enhancing Technologies* o P.E.T.s), son "conceptos técnicos y organizacionales que buscan proteger la identidad personal",[69] es decir, tecnologías que buscan proteger la intimidad minimizando la recolección de información personal identificable. Para entender la importancia práctica de las TPI, veamos los siguientes ejemplos: (a) registros electrónicos en aeropuertos; (b) la búsqueda de información en bases de datos; y (c) las cámaras de vigilancia digital y su conexión a bases de datos.

En cuanto a lo primero, y tomando prestado un ejemplo de Jeffrey Rosen, imaginemos dos máquinas diseñadas para encontrar armas, de cualquier material, portadas por individuos en los aeropuertos. Ambas existen en la realidad.

Una, (llamada por Rosen *"The Naked Machine"*), "es una especie de registro electrónico que lanza microondas contra el cuerpo humano. Además de exponer cualquier arma que se tenga escondida bajo la ropa, la máquina produce una imagen desnuda tridimensional de todo el que examina. . . Los que la inventaron esperan que en el futuro se use, no sólo en aeropuertos, sino también en escuelas, monumentos, edificios federales y prisiones".[70]

Esta máquina no tiene que diseñarse de forma que sacrifique la intimidad a cambio de la seguridad. Imaginemos, entonces, una segunda máquina. Investigadores han encontrado que la primera máquina puede programarse para que muestre solamente objetos escondidos bajo la ropa y los muestre en una figura humana asexual parecida a un maniquí. Entonces, la "imagen del cuerpo desnudo [de la primera máquina] es convertida en una masa amorfa no reconocible. . . Esta versión más discreta de la máquina, [nos explica Rosen] garantiza exactamente el mismo nivel de seguridad sin privarnos la libertad y sin invadir la intimidad".[71] Todo lo que se requiere para lograr este efecto es programación de computadora y, por supuesto, la voluntad de escribir el código apropiado.

En el caso de bases de datos centralizadas o distribuidas, expertos han explicado que es posible incluir en éstas opciones protectoras de intimidad que minimicen la exposición de información personal identificable. Asimismo, se ha sugerido incluir en el software obstáculos tecnológicos que reduzcan el potencial de abuso en el manejo de esta información. Ello, incorporando algunas de las

---

69 Herbert Burkert, *Privacy-Enhancing Technologies: Typology, Critique, Vision, en* PHILIP AGRE & MARC ROTENBERG, TECHNOLOGY AND PRIVACY: THE NEW LANDSCAPE 126 (1998) (traducción suplida).

70 ROSEN, *supra* nota 36, en la pág. 3 (traducción suplida).

71 *Id.* en la pág. 4 (traducción suplida).

ineficiencias que preexistían a la tecnología actual y que brindaban una protección *de facto* a la intimidad. Varios métodos se discuten en la literatura relevante:

(1) *Procesamiento mediante reglas.* Hay "métodos de búsqueda en las bases de datos distribuidas. . . que *en el mismo proceso de búsqueda* integran límites al acceso de cierto tipo de información. . . ocultando los atributos particulares de los individuos cuya información se busca y previniendo que los custodios de la información puedan determinar la naturaleza y el propósito de la búsqueda".[72]

(2) *Revelación Selectiva.* "Este acercamiento utiliza. . . una estructura de capas que revela la información personal parcialmente y de forma incremental para mantener el anonimato".[73] "Tecnólogos. . . están examinando cierto tipo de bases de datos que brindan un acceso muy selectivo a la información contenida en las redes de datos [la selectividad en el acceso se da a base de cuán sensitiva e íntima es la información]; estos mecanismos pueden asegurar que los buscadores particulares puedan ver solamente segmentos particulares de la información" según el nivel de autorización de los operadores y funcionarios.[74] Cuando la información inicial revelada de forma incremental muestra que puede ser pertinente algún estándar constitucional, entonces, "la protección procesal relevante –subpoena u orden judicial– podrá ser aplicada, dependiendo de las circunstancias particulares, antes que información adicional o la identidad sea revelada".[75]

(3) *Rastro de actividad para auditorías ("Audit Trails").* Por otro lado, habrá que incorporar mecanismos diseñados para dejar un rastro detallado de las actividades de búsqueda en los bancos de datos y así asegurar una supervisión adecuada del manejo de la información en estas bases de datos.[76]

Finalmente, en el caso de la *vigilancia pública mediante cámaras de video y la tecnología de reconocimiento facial*, varias medidas se han sugerido (además de sencillamente prohibirlas o regularlas debido a su impacto desproporcionado sobre las libertades civiles). Por ejemplo, investigadores han inventado un sistema que:

> . . . rompe la señal digital dentro de una cámara de vigilancia y la convierte en varias señales separadas. Con acceso a una sola señal, un observador no tendría idea de lo que ocurre en la escena; para que la grabación pueda entenderse, varias personas interesadas —como la policía, el dueño de la propiedad y un juez neutral— tendrían que ponerse de acuerdo para volver a unir las señales.[77]

---

72 Seth F. Kreimer, *Watching the Watchers: Surveillance, Transparency, and Political Freedom in the War on Terror*, 7 U. PA. J. CONST. L. 133, 171 (2004) (traducción suplida).

73 Taipale, *supra* nota 64 (traducción suplida).

74 Kreimer, *supra* nota 72, en la pág. 173 (traducción suplida).

75 Taipale, *supra* nota 64 (traducción suplida).

76 Kreimer, *supra* nota 72, en las págs. 176-77 (2004); Taipale, *supra* nota 60.

77 ROSEN, *supra* nota 36, en la pág. 94.

Otra tecnología bloquea los rostros de los individuos grabados de manera que sólo pueden ser desbloqueados mediante orden judicial.[78] Claro, otras medidas no tecnológicas pueden y deber ser consideradas como, por ejemplo, requerir que las grabaciones de video sean eliminadas o borradas después de cierto periodo de tiempo o prohibir que sean incorporados como entradas nuevas aquellos rostros leídos por tecnología de identificación facial que no encuentren su pareja en la base de datos.

Estos ejemplos muestran un punto importante sobre las TPI. Estas tecnologías pueden reducir o eliminar la recopilación de información personal identificable,[79] al lograr una de dos cosas: (1) incorporando ineficiencias u obstáculos en el proceso de acumulación de información o (2) reduciendo la cantidad de información disponible a aquella estrictamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad (u otro propósito legítimo).

Como muchos han señalado, "es poco probable, que las Tecnologías Protectoras de Intimidad sean por sí solas suficientes para enfrentar el reto multifacético"[80] que las prácticas tecnológicas actuales presentan a la intimidad.[81] Quizás la formulación de política pública mediante legislación puede aportar más que soluciones tecnológicas. Así, por ejemplo, no podemos dejar de hacer cumplir rigurosamente las famosas *Prácticas de Información Justa* (mejor conocidas como los *Fair Information Practices*)[82] —adoptadas por nuestro Tribunal Supremo

---

78 *Id.*

79 Rotenberg, *supra* nota 67, en la pág. 67.

80 Froomkin, *supra* nota 64, en la pág. 1524 (traducción suplida).

81 Rotenberg, *supra* nota 67.

82 En 1973 el Departamento de Vivienda, Educación y Bienestar (H.E.W. por sus siglas en inglés) emitió un informe importante recomendando, entre otras cosas, que se estableciera un código de prácticas de información justa. *Véase* U.S. Dep't. of Health, Education and Welfare, *Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems, Records, Computers, and the Rights of Citizens* (1973). Estas prácticas requieren que se sigan cinco principios: (1) no debe haber sistemas que mantengan información personal cuya existencia sea secreta; (2) debe haber una manera para que la persona sepa qué información suya se tiene y cómo está siendo utilizada; (3) debe haber una manera para que la persona evite que la información que se obtuvo con un propósito se use o se haga disponible para otros propósitos sin su consentimiento; (4) debe existir una manera para que la persona pueda corregir o enmendar un record de información inidentificable; y (5) cualquier organización que cree, mantenga, use o disemine información personal identificable debe asegurar la confiabilidad de la información y debe tomar precauciones para evitar el mal uso de la información.

Este código fue la base para el *Privacy Act* de 1974, 5 USCA 552a (2007). *Véase* SOLOVE, ROTENBERG, SCHWARTZ, INFORMATION PRIVACY LAW 579 (2006). También inspiró una gran variedad de instrumentos internacionales y leyes en otras jurisdicciones para proteger la intimidad en la información. *Véase* ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER, PRIVACY AND HUMAN RIGHTS: AN INTERNATIONAL SURVEY OF PRIVACY LAWS AND DEVELOPMENTS (2004). Un ejemplo de la aplicación de *algunos* de estos principios de *Fair Information Practices* es la ley número 129 de 30 de junio de 1977, que crea el Sistema de Información de Justicia Criminal (SIJC). En su artículo 15 establece que "[c]ualquier persona puede radicar una reclamación escrita y jurada ante el Director Administrativo alegando que toda o parte de la información recopilada por el Sistema de Información de Justicia Criminal bajo su nombre es incorrecta, incompleta o no autorizada por ley". 3 LPRA § 531n (2007).

en *Vega Rodríguez v. Telefónica de Puerto Rico* como cuestión constitucional—,[83] mediante ley y acción política.

Por lo cual, cuando examinemos el uso y diseño de una tecnología que atente contra la intimidad en el nombre del interés de la seguridad, debemos recordar que el intercambio entre seguridad e intimidad no es necesario: existen alternativas tecnológicas que pueden avanzar la seguridad sin una pérdida severa del derecho a la intimidad. En ese sentido, debemos entonces examinar cuál debe ser el rol de la Constitución de Puerto Rico al enfrentarse a ese tipo de tecnologías. Ello debe informar la toma de decisiones a nivel judicial y legislativo en esta zona del derecho constitucional.

V. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN PUERTO RICO: LA DEFINICIÓN DE LA IDENTIDAD EN UNA TRADICIÓN JURÍDICA MIXTA[84]

La Constitución de Puerto Rico protege el derecho a la intimidad principalmente a través de dos disposiciones: la sección 8 de la Carta de Derechos protege a todas las personas contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a *su vida privada o familiar*,[85] mientras que la primera sección reconoce la inviolabilidad de la *dignidad humana*.[86] Intimidad y dignidad humana - al unísono.

Nuestro derecho a la intimidad es orgullosamente autóctono. La Constitución de los Estados Unidos no lo menciona en su texto. Además, cuando la Constitución puertorriqueña fue adoptada en 1952, sólo había dos estados cuyas constituciones hacían referencia a la intimidad, y se referían a la protección contra registros y allanamientos irrazonables.[87] No fue hasta principios de los años setenta que algunos estados comenzaron a enmendar sus constituciones para incluir variaciones de este derecho.[88] Ello responde principalmente a tres facto-

---

83 Vega Rodríguez v. Telefónica de Puerto Rico, 156 DPR 584 (2002) (adoptando unos principios de manejo de información idénticos a los *Fair Information Practices* descritos en la nota al calce anterior para el caso de información privada obtenida mediante la grabación por cámaras de video).

84 Para una discusión más completa de las reflexiones en esta parte, *véase* Meléndez Juarbe, *supra* nota 5.

85 "Toda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar". CONST. ELA art. II, § 8.

86 "La dignidad del ser humano es inviolable". CONST. ELA art. II, § 1.

87 La Constitución de Washington provee desde 1889 que: "No person shall be disturbed in his private affairs, or his home invaded, without authority of law." CONST. WASH. art. I, § 7; y la de Arizona, desde 1910, contiene una sección con un lenguaje idéntico. CONST. ARIZ. art. II, § 8. *Véase* ROBERT ELLIS SMITH, COMPILATION OF STATE AND FEDERAL PRIVACY LAWS 50-51 (1997 & 2000 Supp.); Ken Gormley & Rhonda G. Hartman, *Privacy and the States*, 65 TEMP. L. REV. 1279, 1282 (1992).

88 CONST. ALASKA art. I, § 22 (1972) ("The right of the people to privacy is recognized and shall not be infringed. The legislature shall implement this section."); CONST. MONT. art. II, § 10 (1972) ("The right of individual privacy is essential to the well-being of a free society and shall not be infringed without the showing of a compelling state interest."); CONST. CAL. art. I, §1 (1974) ("All people are by nature free and independent and have inalienable rights. Among these are enjoying and defending life and liberty, acquiring, possessing, and protecting property, and pursuing and obtaining safety,

res, dos desarrollos jurídicos y uno tecnológico: (1) a mediados de los años sesenta se comenzó a utilizar en el lenguaje del debido proceso de ley sustantivo el concepto de "*privacy*" en *Griswold v. Connecticut* de 1965[89] (posteriormente se intensificó el uso de este *privacy* con *Roe v. Wade* en 1973[90]); (2) también para esa época el Tribunal Supremo de Estados Unidos comenzó a desarrollar la idea de "expectativas de intimidad" en *Katz v. US*,[91] para el contexto de los registros y allanamientos; y (3) en la década de los setenta, se gestó y maduró en diversos sectores en Estados Unidos una preocupación por el uso de bancos de datos con información privada.[92] Por ello, las nociones de intimidad de 1952 eran un tanto diferentes a las que son comunes hoy día, pues nuestra Constitución precede a estos desarrollos por más de una década (y en algunos casos más de dos).

En vista de lo anterior, debemos preguntar ¿en qué consistía el derecho a la intimidad cuando se incluyó en la Constitución de 1952? Ya hemos explorado esta interrogante en otra publicación.[93] Por el momento nos limitaremos a mencionar los siguientes dos puntos.

Primero, tenemos en nuestra Constitución una *mezcla de tradiciones constitucionales*. Nuestra protección constitucional a la intimidad es un híbrido interesante entre la tradición europea y su preocupación por la dignidad humana y el "*privacy tort*" del *common law* norteamericano. Nuestra Constitución se beneficia de la tradición continental que inspiró las nociones de intimidad y dignidad humana de los instrumentos internacionales y constitucionales de la posguerra, y que actualmente guía el enfoque europeo al derecho a la intimidad, así como del entendimiento americano de *privacy*.[94]

Por un lado, en cuanto a la influencia continental, debe notarse que la frase, "[t]oda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar" es una incorporación directa del artículo 5 de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del*

---

happiness, and privacy."); CONST. HAW. art. I, § 6 (1978) ("The right of the people to privacy is recognized and shall not be infringed without the showing of a compelling state interest. The legislature shall take affirmative steps to implement this right."); CONST. FLA. art. I, § 23 (1980) ("Every natural person has the right to be let alone and free from governmental intrusion into his private life except as otherwise provided herein.") Gormley & Hartman, *supra* nota 87, en las págs. 50-51. Cuatro estados adoptaron disposiciones muy agresivas sobre registros y allanamientos irrazonables luego de *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347 (1967). *Id.*

89 381 U.S. 479 (1965).

90 410 U.S. 113 (1973).

91 389 U.S. 347 (1967).

92 *Véase* U.S. Dep't. of Health, Education and Welfare, *supra* nota 75.

93 Meléndez Juarbe, *supra* nota 5.

94 *Véase* James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L. J. 1151 (2004).

Hombre de 1948 y es similar al artículo 12 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*.[95]

Asimismo, la inviolabilidad de la dignidad humana se incorporó como primer apartado en nuestra Carta de Derechos. Este concepto es fundamental en instrumentos internacionales y ciertas constituciones europeas[96] y su significado es muy controversial.[97] Aunque éste no es el lugar para tratar de definir sus contornos, las autoridades más diversas han reconocido que el concepto de dignidad humana está generalmente asociado a la noción del respeto del valor intrínseco de cada persona, es decir "la personalidad".[98] Aquellos que han tratado de preci-

95 El artículo 5 de la *Declaración Americana* establece que "toda persona tiene derecho a la protección de ley contra ataques abusivos a su honra, su reputación y su vida privada o familiar". American Declaration of the Rights and Duties of Man (aprobada por el noveno Consejo Internacional de Estados Americanos en la Conferencia de Bogotá, 2 de mayo de 1948) *en* CENTER FOR THE STUDY OF HUMAN RIGHTS, TWENTY-FIVE HUMAN RIGHTS DOCUMENTS 194 (1994) (traducción suplida). *Véase también* TRÍAS MONGE, 3 HISTORIA CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO 89 (1982); Cortés Portalatín v. Hau Colón, 104 DPR 734, 738 (1975). También es similar al artículo 12 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, que dice "Nadie deberá ser sujeto a interferencias arbitrarias con su privacidad, familia, hogar o correspondencia, ni a ataques a su honor y reputación. Todos tienen el derecho a la protección de la ley contra esas interferencias o ataques". Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948) *en* CENTER FOR THE STUDY OF HUMAN RIGHTS, TWENTY-FIVE HUMAN RIGHTS DOCUMENTS 6, 7 (1994) (traducción suplida). *Véase en general* HENRY STEINER & PHILIP ALSTON, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT: LAW, POLITICS, MORALS 868 (2000).

96 *Véase* Luis Aníbal Avilés Pagán, *Human Dignity, Privacy and Personality Rights in the Constitutional Jurisprudence of Germany, the United States and the Commonwealth of Puerto Rico*, 67 REV. JUR. UPR 343 (1998).

97 Oscar Schachter, *Human Dignity as a Normative Concept*, *en* STEINER & ALSTON, *supra* nota 95, en la pág. 401 (traducción suplida). "Ningún otro ideal parece ser tan aceptado como un bien social universal. . . No encontramos una definición explícita de la expresión dignidad humana en ningún instrumento internacional ni (hasta donde conozco) en el derecho nacional. Su significado intrínseco ha sido dejado al entendimiento intuitivo, condicionado en gran medida por factores culturales. . ."

98 *Véase* Alan Gewirth, *Human Dignity as the Basis of Human Rights*, *en* MICHAEL MEYER & WILLIAM PARENT, THE CONSTITUTION OF RIGHTS: HUMAN DIGNITY AND AMERICAN VALUES 10, 12 (1992) ("dignidad significa un tipo de valor intrínseco que le pertenece de igual forma a todos los seres humanos como tal, constituida por ciertos aspectos intrínsecamente valiosos del ser humano") (traducción suplida); Louis Henkin, *Human Dignity and Constitutional Rights*, *en* MEYER & PARENT, *id.* en las págs. 210-11 ("Especialmente, la dignidad humana requiere respeto a la integridad corporal y psíquica de todo individuo, a su personalidad ante la ley, y a su autonomía y libertad; éstos no deben ser sacrificados ligeramente, aún por el bienestar de la mayoría o por el bien común") (traducción suplida); William A. Parent, *Constitutional Values and Human Dignity*, *en* MEYER & PARENT, *id.* en la pág. 46. *Véase también* BRAD STETSON, HUMAN DIGNITY AND CONTEMPORARY LIBERALISM 15 (1998).

Compárece a Oscar Schachter, *Human Dignity as a Normative Concept*, *en* STEINER & ALSTON, *supra* nota 95, en la pág. 401 (estableciendo que el eje del concepto es la noción del respeto al valor intrínseco de toda persona) *con* Rhoda Howard, *Dignity, Community, and Human Rights*, *en* STEINER & ALSTON, *supra* nota 95, en la pág. 398. Este último autor nos ofrece un enfoque del concepto de dignidad humana que enfatiza su carácter incierto y culturalmente relativo, y niega la posibilidad de hacer reclamos de dignidad en contra de gobiernos únicamente por ser un ser humano. En cualquier caso, y aparte de su relativismo, este enfoque identifica la dignidad con cierta noción de un valor interno de la persona humana:

sar el contenido del principio han identificado, como corolario importante, *la protección de la decisión autónoma en el desarrollo de la identidad personal.*[99]

Por otro lado, los debates constitucionales de la Asamblea Constituyente muestran que los forjadores de nuestra Constitución estaban especialmente interesados en la protección norteamericana de *privacy* según había sido desarrollada en el derecho común.[100] Con relación al *privacy tort* americano, en 1952 la noción prevaleciente en el derecho americano era la que Samuel Warren y Louis Brandeis elaboraron al final del siglo XIX en su famoso artículo *The Right to Privacy*.[101] Hoy en día ese *tort* incluye las siguientes causas de acción: (a) el *tort* de "intrusion upon seclusion"; (b) el de "public disclosure"; (c) el "false light in the public eye"; y (d) el "appropriation of name or likeness."[102] En Puerto Rico, la

---

> Yo defino la dignidad humana como *el entendimiento cultural particular del valor moral interno de la persona humana y sus relaciones políticas con la sociedad.* Dignidad no es un reclamo que el individuo levanta contra la sociedad; no es, por ejemplo, el reclamo de que uno es digno de respeto meramente por ser un ser humano. En realidad, la dignidad es algo que se otorga con el nacimiento o al incorporarse en la comunidad como un concomitante de su estatus particular . . .

Id. en la pág. 399 (traducción suplida).

El concepto de dignidad humana que es utilizado en convenciones internacionales y en la Constitución de Puerto Rico es el llamado *dignidad inherente*, que los comentaristas identifican con el valor intrínseco de los seres humanos. Es conceptualmente diferente del de la *dignidad empírica*, que se refiere "a un tipo de decoro, compostura, auto-respeto o auto-confianza junto con varias buenas cualidades que pueden justificar esas actitudes [por ejemplo, actuar de manera digna]". Gewirth, *supra en* MEYER & PARENT, *supra* nota 98, en las págs. 10, 12 (traducción suplida).

99 *Véase* Oscar Schachter, *Human Dignity as a Normative Concept, en* STEINER & ALSTON, *supra* nota 95, en la pág. 401 ("a high priority should be accorded in political, social and legal arrangements to *individual choices* in such matters as belief, way of life, attitudes and the conduct of public affairs"). Este autor reconoce en la dignidad humana "*a distinct personal identity, reflecting individual autonomy and responsibility.*" *Id.* en la pág. 402. Sobre el concepto de dignidad humana y el desarrollo de la identidad en la Constitución Alemana véase a DONALD P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 298 (1997) ("The human dignity clause is almost always read in tandem with the general liberty interests secured by the personality, inviolability, and right-to-life clauses of Article 2. The relationship between Article 1 and 2 is symbiotic").

100 El Informe de la Comisión de la Carta de Derechos de la Asamblea Constituyente expresó:

> La protección contra ataques a la honra, reputación y vida privada constituye también un principio que complementa el concepto de la dignidad humana mantenido en esta constitución. Se trata de la inviolabilidad personal en su forma más completa y amplia. El honor y la intimidad son valores del individuo que merecen protección cabal, no sólo frente a atentados provenientes de otros particulares, sino también contra ingerencias abusivas de las autoridades. La fórmula propuesta en la sección 8 cubre ambos aspectos. Complementa constitucionalmente lo dispuesto en la sección 10 y cubre el campo conocido en el derecho americano como el "*right of privacy*" particularmente importante en el mundo moderno.

4 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE DE PUERTO RICO 2566 (1961).

101 Samuel Warren & Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

102 RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 652C (1977); William Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 383 (1960).

causa de acción privada por violación al derecho a la intimidad tiene su fuente en el Código Civil[103] así como en la Constitución.[104]

Como es característico de nuestra realidad política, esto refleja el carácter híbrido de una jurisdicción mixta influenciada tanto por la tradición americana como por la continental.

Aún así, el Tribunal Supremo no ha advertido adecuadamente esta mezcla de tradiciones ni sus posibles implicaciones. Esta hibridez, sin embargo, puede explicar por qué, por ejemplo, ha determinado que nuestro derecho a la intimidad puede ser invocado entre personas privadas, sin el requisito de acción estatal.[105] En realidad parecería haber constitucionalizado el *privacy tort* americano que por sí mismo aplicaría entre personas privadas a través, en nuestro caso, del Código Civil y su interpretación judicial. Pero debido a la influencia continental, nuestro derecho a la intimidad es más amplio que el *tort*, y como tal, el Tribunal ha extendido su aplicación a entidades privadas en otros contextos, incluyendo la intimidad que tiene que ver con la toma de ciertas decisiones importantes como el matrimonio.[106] California ha seguido un camino similar.[107]

---

103 Art. 1802 CÓD. CIV. PR, 31 L.P.R.A. § 5141 (2007).

104 Colón v. Romero Barceló, 112 DPR 573 (1982); Arroyo v. Rattan Specialties, 117 DPR 35 (1986).

105 ELA v. Hermandad de Empleados, 104 DPR 436 (1975); *Rattan*, 117 DPR 35 (1986). En cuanto a los remedios, se ha dicho que el demandante puede solicitar compensación por daños o un interdicto. *Romero Barceló*, 112 DPR 573 (1982) (daños monetarios); *Sucn. De Victoria v. Iglesia Pentecostal*, 102 DPR 20 (1974) (interdicto). En la medida en que esta regla aplica al derecho a la intimidad fuera del ámbito del *privacy tort*, comentaristas han presionado al Tribunal para que articule reglas distintas dependiendo de si el demandado es un individuo o el gobierno. Se argumenta que, como el gobierno sólo puede prevalecer en casos de violación al derecho de intimidad si demuestra un interés gubernamental apremiante, sería demasiado oneroso para un individuo demostrar una justificación de ese grado. Se dice que la consecuencia puede ser que el Tribunal termine relajando el estándar de justificación para los individuos y, a menos que separe normas para cada demandado, estaría reduciendo el estándar para el gobierno también. *Véase* José Julián Álvarez González, *La Protección de los Derechos Humanos en Puerto Rico*, 57 REV. JUR. UPR 133, 172 (1988); 2 RAÚL SERRANO GEYLS, DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTADOS UNIDOS Y PUERTO RICO 1068 (1988); DEMETRIO FERNÁNDEZ QUIÑONES, DERECHO ADMINISTRATIVO Y LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO UNIFORME § 5.5, 255 (2001). *Véase también* J. Clark Kelso, *California's Constitutional Right to Privacy*, 19 PEP. L. REV. 327, 407 (1992). El Tribunal aún no ha respondido a estos reclamos. *Sostre Lacot v. Echlin*, 126 DPR 781 (1990) (Negrón García, opinión disidente); *Belk Arce v. Martínez*, 146 DPR 215 (1998). El riesgo de una disminución es importante pero sólo debe preocuparnos en la medida en que esperemos que el Tribunal Supremo hable en una sola voz para todos los contextos en que se manifiesta el derecho a la intimidad. En la medida en que cada reclamo de intimidad es contextual y tiene diferentes justificaciones, Daniel Solove, *Conceptualizing Privacy*, 90 CAL. L. REV 1087, 1128 (2002), cada reclamo o clase de reclamo merece un acercamiento analítico diferente. *Véase también* Daniel Solove, *A Taxonomy of Privacy*, 154 U. PENN. L. REV. 477 (2006). Sobre las implicaciones de contextualizar la intimidad, véase *supra* Parte I(B).

106 *Véase, e.g., Belk Arce*, 146 DPR 215 (1998) (donde se establece que el derecho a casarse se puede invocar frente a individuos privados, aunque el caso se resolvió al amparo de la Ley 100 de 30 de junio de 1959, 29 LPRA §§ 146-151 (2007), según enmendada, que prohíbe el discrimen en el empleo privado a base de matrimonio); *Rattan*, 117 DPR 35 (1986) (declarando inconstitucional la regla de un patrono relacionada al uso del polígrafo en sus empleados).

107 Hill v. NCAA, 865 P 2d 633 (Cal 1994).

El segundo punto que quiero enfatizar tiene que ver con *las consecuencias normativas y prácticas de este híbrido continental/americano.* La consecuencia principal de la hibridez es que, en Puerto Rico, el derecho a la intimidad debe considerarse modificado por el concepto de dignidad humana; por lo tanto, es de fundamental importancia para nuestra Constitución la idea de que todos tenemos el derecho de darle forma a nuestra identidad.

La consecuencia más directa de lo anterior, como ya se ha sugerido en este trabajo, es que los reclamos de intimidad en Puerto Rico deben trascender nociones restringidas del derecho (como la idea de lo secreto o lo oculto) y, en cambio, deben extenderse a aquellas nociones expresivas más amplias relativas al control sobre la proyección de la identidad. Esto implica, por tanto, que el derecho a la intimidad incluye el control sobre la información personal *aun cuando la misma haya sido revelada.*

En la medida en que la dignidad humana refleja una preocupación por la definición de la identidad (y por ende una dimensión expresiva), entonces reconocer la interacción entre la intimidad y la dignidad humana implica, a su vez, reconocer la capacidad individual de controlar la proyección de la identidad a través del control de la información personal. Este salto es necesario para actualizar nuestro derecho a la intimidad en el mundo digital; un mundo en el que las ineficiencias prácticas del proceso de recopilación de información han desaparecido rápidamente y por ende, una buena parte de nuestra información personal ya está divulgada sin nuestro conocimiento o consentimiento. Se trata de un mundo en el que debemos tener algún tipo de expectativa de control sobre la información personal, donde quiera que esta información se encuentre, porque sería la única manera de definir cómo proyectamos nuestro ser y determinamos, ante terceros, quiénes somos y quiénes queremos ser.

Esta ha sido la conclusión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar un lenguaje idéntico al de nuestra Constitución:

> [Private life] also protects a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world. . . There is therefore a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of "private life".
>
> . . .
>
> [A] person's reasonable expectation as to privacy may be a significant, though not necessarily conclusive factor. A person who walks down the street will, inevitably, be visible to any member of the public who is also present. Monitoring by technological means of the same public scene. . . is of a similar character. *Private life considerations may arise however once any systematic or permanent record comes into existence of such material from the public domain.* It is for this reason that files gathered by security services on a particular indi-

vidual fall within the scope of Article 8 even where the information has not been gathered by any intrusive or covert method. . . [108]

VI. REPENSANDO LA RELACIÓN ENTRE INTIMIDAD Y SEGURIDAD: EL ROL DE LOS TRIBUNALES Y LA TECNOLOGÍA

En la medida en que el menoscabo de valores de intimidad en el nombre de la seguridad puede ser atendido a través de, entre otras cosas, respuestas tecnológicas (por vía de las TPI), y en la medida en que nuestro derecho a la intimidad se beneficia de una tradición constitucional vigorosa, nuestros tribunales deben tener la capacidad de intervenir con el diseño y uso de tecnología que pueda tener efectos adversos sobre la intimidad. Como he dicho antes, los tribunales de Puerto Rico deben regular no sólo los usuarios de la tecnología sino la tecnología misma; y deben hacer esto teniendo en mente la visión de intimidad y dignidad humana que hemos discutido hasta ahora. Esto se debe traducir en un escrutinio judicial de especial vigor para aquellos casos en que se presente una medida tecnológica con un impacto sobre la intimidad mayor al necesario, *independientemente de si hay una expectativa a la intimidad en un sentido clásico*, especialmente cuando están disponibles otras medidas tecnológicas protectoras de intimidad (TPI).

Así, como lo sugirió el pasado Comisionado de Privacidad de Canadá, George Radwanski:

> [C]ualquier medida específica que se introduzca y que restrinja o limite la intimidad debe ser probada cuidadosamente, con calma y caso a caso, a base de varios criterios.
>
> Primero, debe demostrarse que es necesaria para atender un problema específico. Segundo, debe demostrarse que probablemente será efectiva atendiendo ese problema. En otras palabras, que no estamos tomando una medida que nos haga sentir seguros sin hacernos más seguros en realidad. Tercero, el grado de intrusión o limitación de derechos fundamentales como la intimidad, tiene que ser proporcional al beneficio de seguridad que se persigue. Finalmente, debe demostrarse que una medida menos intrusiva no sería suficiente para obtener el mismo resultado.[109]

Esto significaría que los tribunales, al enfrentarse a tecnologías que invadan la intimidad, deben prohibir su uso siempre que otras tecnologías menos invasivas estén disponibles. Los tribunales, en fin, deben deconstruir el mito de que la

---

108 *Véase* P.G. & J.H. v. United Kingdom, ECHR, 9/25/2001, *reimpreso en* SOLOVE, ROTENBERG, SCHWARTZ, INFORMATION PRIVACY LAW 882 (2006) (énfasis suplido).

109 George Radwanski, Testimony regarding Bill C-36, the Anti-Terrorism Act, to the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights, 23 de octubre de 2001, *disponible en* http://www.privcom.gc.ca/speech/02_05_a_011024_e.asp (última visita, 22 de noviembre de 2007), *citado también en* JEFFREY ROSEN, THE NAKED CROWD: RECLAIMING SECURITY AND FREEDOM IN AN ANXIOUS AGE 209(2004) (traducción suplida).

intimidad y la seguridad son mutuamente excluyentes y obligar la formulación de alternativas tecnológicas que conjuguen estos dos valores siempre que sea posible.

Este acercamiento, claro está, plantea varias interrogantes importantes: en primer lugar, desde el punto de vista de la legitimidad política, la validez de una intervención judicial que cuestione la selección que hagan las agencias de orden público de aquellos medios tecnológicos para adelantar la seguridad; y en segundo lugar, desde el punto de vista de competencia, el asunto de la pericia técnica de los tribunales.

Estas cuestiones no son, sin embargo, muy distintas a aquellas presentes en otros contextos altamente técnicos, novedosos y contenciosos.

Primero, si aspiramos a que nuestras instituciones se actualicen y se inserten adecuadamente a una era caracterizada por una verdadera revolución informática,[110] sería insostenible que la labor judicial se detenga o amilane ante aquellos desarrollos tecnológicos que cada vez más sirven de contexto a nuestras relaciones cotidianas. De otro modo, sería imposible una revisión judicial significativa siempre que la tecnología se enfrente a nuestros derechos constitucionales.

Segundo, existen muchas instancias en que los tribunales se ven precisados a atender controversias altamente técnicas y lo han hecho con cierto éxito. Esta ha sido, por ejemplo, la experiencia en el derecho ambiental y la aplicación de la revisión judicial *hard look* en el derecho administrativo.[111] Asimismo, esta ha sido la práctica de los tribunales cuando se enfrentan a problemas constitucionales en el contexto del internet.[112]

En el derecho administrativo, la revisión judicial de asuntos técnicos y complejos es controversial en la medida en que la reglamentación administrativa sobre aspectos técnicos puede superar por mucho la competencia técnica y legítima de los tribunales.[113] Pero la deferencia judicial en lo administrativo no sólo se da por la presunta pericia de las agencias gubernamentales pertinentes, sino porque opera una delegación Legislativa a una entidad del Ejecutivo, lo que presume consiguientemente cierta exclusividad de competencia para atender asuntos complejos bajo el control inicial de las ramas políticas. Sin embargo, cuando hablamos de derechos constitucionales, entramos a un escenario en que la Constitución delega directamente a los tribunales la labor de verificar que las demás ramas se comporten consistentemente con ciertos principios normativos.

---

110 *Véanse* 1 MANUEL CASTELLS, THE RISE OF THE NETWORK SOCIETY (2DA ED. 2000); YOCHAI BENKLER, THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM (2006).

111 Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971); Motor Vehicle Manufacturer's Association v. State Farm Mutual Auto Ins. Co., 463 U.S. 29 (1983).

112 *Véase, e.g.*, Reno v. A.C.L.U., 521 U.S. 844 (1997); Ashcroft v. A.C.L.U., 542 U.S. 656 (2004). *Véase además*, PATRICIA L. BELLIA ET AL., CYBERLAW: PROBLEMS OF POLICY AND JURISPRUDENCE IN THE INFORMATION AGE (2da ed. 2004).

113 *Véase* SHEILA JASSANOFF, SCIENCE AT THE BAR: LAW, SCIENCE, AND TECHNOLOGY IN AMERICA 69-92 (1995).

Aún frente a las críticas sobre incompetencia técnica y de legitimidad política en el contexto administrativo, la revisión judicial *hard look* de regulación técnica sigue teniendo un peso que debe iluminar la reflexión que abordamos, pues obliga a una transparencia tecnológica cuyo resultado neto es, o debe ser, la develación al desnudo y ante el ojo público de aquellos valores políticos que están latentes en la tecnología utilizada y que de otra manera quedarían ocultos:

> [T]he continued function of the "hard look" doctrine is to force agencies to make themselves understandable to the lay public, even when the actions are based on esoteric and technical information. . . The resulting democratization of technical decisionmaking must be seen as a lasting achievement of judicial review, even if the decisions that institutionalized the norm of public accountability were not always wise or beyond scientific reproach.[114]

Por supuesto, los tribunales no están necesariamente preparados para decidir por sí mismos si cierta tecnología logra un mejor balance entre la seguridad y la intimidad; pero sí tienen las herramientas analíticas y racionales necesarias para recibir información y escuchar cuidadosamente al gobierno, a los litigantes y *amici curiae* —de grupos técnicos y políticos—[115] sobre si existe alguna tecnología protectora de la intimidad que pueda ser considerada como alternativa a la medida bajo análisis.

En este sentido, aún si se demuestra que el impacto de cierta tecnología en la intimidad puede ser justificado porque atiende un mal social específico, quien propone la tecnología debe tener el peso de explicar claramente por qué ha elegido tecnología invasiva de intimidad y explicar también si están disponibles tecnologías que salvaguarden ese derecho.

Este acercamiento tal vez no solucionará todos o muchos de los problemas que enfrentamos. Puede, no obstante, representar un adelanto importante para, por un lado, redefinir los términos de una conversación social amplia sobre nuestros derechos civiles en la era de información y, por otro, incentivar a la industria, al gobierno y a los forjadores de política pública a ser sensibles a aquellos valores constitucionales que debemos preservar ante el embate de los cambios tecnológicos.

---

114 *Id.* en la pág. 92. En Puerto Rico, el pronunciamiento más claro a favor de la revisión judicial *hard look* lo encontramos en *Asociación de Farmacias v. Departamento de Salud*, 156 DPR 105 (2002). *Véase* Hiram A. Meléndez Juarbe, *Derecho Administrativo*, 73 REV. JUR. UPR 509, 513-15 (2004); Hiram A. Meléndez Juarbe, *Derecho Administrativo*, 74 REV. JUR. UPR 531, 543-48 (2005).

115 *C.f.* ELA v. PRTC, 114 DPR 394, 400 (1983) (los tribunales de Puerto Rico pueden solicitar *motu proprio* la comparecencia de *amici curiae* para representar intereses de terceros). Valga aclarar, sin embargo, que en la medida que distintas tecnologías pueden representar preferencias por diversos valores políticos, los tribunales deben hacer un esfuerzo por invitar opiniones técnicas de aquellas personas o instituciones de varios sectores (por ejemplo, sectores industriales, académicos, y organizaciones no gubernamentales).