

**EL DERECHO A LA INTIMIDAD, NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA
JURISPRUDENCIA DE HERNÁNDEZ DENTON:
LO PÚBLICO DE LO PÚBLICO**

ARTÍCULO

HIRAM MELÉNDEZ JUARBE*

Introducción	1035
I. El derecho a la intimidad: Lo público de lo público	1037
II. La expectativa de intimidad y sus limitaciones	1041
III. <i>Snowden</i>	1042
IV. <i>Snowdenton</i>	1047
A. Escepticismo tecnológico	1047
B. La negación de valores tecnológicos.....	1049
C. Compartimentalización.....	1051
D. Disposición para contextualizar el derecho a la intimidad.....	1052
Conclusión	1056

INTRODUCCIÓN

AUN FRENTE AL EMBATE DE ADELANTOS TECNOLÓGICOS CONTEMPORÁNEOS, el derecho a la intimidad quiere vivir. ¿Ven lo que acabo de hacer? Atribuí al derecho a la intimidad un propósito: el de supervivencia. Además, atribuí a la tecnología cierta velocidad y movimiento (aparentemente imparable). El choque entre la tecnología y nuestro derecho, sugiere mi frase, es inevitable (o ya llegó) y la intimidad está, a duras penas, dando la pelea. Este choque es un constructo. En otros escritos he sugerido que el derecho a la intimidad no tiene por qué sacrificarse ante otros intereses sociales importantes (como la seguridad pública). También he planteado que, en muchos casos, po-

* Catedrático Asociado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. B.A. 1997, Universidad de Puerto Rico; J.D. 2000, Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico; LL.M. 2002, Harvard Law School; LL.M. 2008, New York University; J.S.D. 2013, New York University. Agradezco la ayuda de la estudiante de tercer año Zoán Tanis Dávila Roldán en la preparación de este escrito, así como de otro que dio base a varias reflexiones aquí contenidas (Hiram Meléndez Juarbe, *Seguridad e intimidad en el Recinto de Río Piedras*, DERECHOALDERECHO, (7 de diciembre de 2012) <http://derechoalderecho.org/2012/12/07/seguridad-e-intimidad-en-el-recinto-de-rio-piedras/> (última visita 23 de marzo de 2014). Agradezco también los comentarios de José Julián Álvarez González, Oscar Miranda Miller y Ernesto Chiesa Aponte. Este escrito fue preparado en ocasión de la Tercera Jornada Académica en honor al Juez Presidente, honorable Federico Hernández Denton, el 7 de marzo de 2014.

demos tomar decisiones de diseño tecnológico e institucional que adelanten esos objetivos sociales (que a veces contraponemos a la intimidad) mientras que, a la vez, esos diseños reconozcan nuestro interés por controlar el flujo de información personal.¹ No tiene que haber crónica de muerte anunciada: en un mundo ideal el derecho a la intimidad no debería tener que luchar por sobrevivir.

Reconozco, no obstante, que muchas personas vaticinan morbosamente su deceso. Hablan de las redes sociales, *likes*, *shares*, expectativas de intimidad renunciadas y cámaras ubicuas. Es a esos pesimistas que va dirigido este escrito. Para ello uso como instrumento alguna jurisprudencia del juez Hernández Denton. Aquí quiero explorar qué herramientas nos ofrecen algunas opiniones del Juez para combatir la tendencia contemporánea de pensar que la intimidad está inevitablemente al borde de un precipicio. Afortunadamente, se atisban (aunque distantes) algunas pistas. Al menos aspiro a mostrarlo.

Mi exploración toma como punto de partida el siguiente problema: uno de los múltiples retos que enfrenta el derecho a la intimidad en un mundo digitalmente interconectado es la concepción de que, lo que hacemos frente a terceros, carece de protección constitucional. Este entendido recoge una noción muy limitada de lo que constituye el derecho a la intimidad, asociándole exclusivamente con aquello que guardamos en secreto o con lo que pertenece a un espacio privado fuera de la vista de otros. Puesto de otra manera, es la idea de que con relación a lo que hacemos en público (en una plaza, en la playa, en un parque, en *Facebook* o incluso en un colegio electoral),² no tenemos un derecho a la intimidad. A esa noción le llamaré *lo público de lo público* y está relacionada con la problemática (y tradicional) idea de que solo tenemos un derecho a la intimidad sobre aquellas instancias en que alberguemos una *expectativa razonable de intimidad*. Quiero atacar esta noción, *lo público de lo público*, y para ello alguna jurisprudencia del Juez tal vez ayude.

Antes de empezar, una advertencia: en este ejercicio me sitúo como participante de una práctica social muy compleja. Esta práctica social está compuesta por una serie de actividades y figuras que, en su conjunto, constituyen el campo jurídico. Incluye a toda una gama de personajes: jueces, abogadas y abogados, litigantes, víctimas, estudiantes de Derecho, profesoras y profesores, etc. –cada una con un papel que jugar y a cuyas actividades atribuimos significado y cierto poder simbólico (a algunas más que a otros). Uno de sus personajes, el académico del Derecho, tiene como función –siguiere Bourdieu– “to formalize the princi-

1 Hiram Meléndez Juarbe, *La Constitución en ceros y unos: Un acercamiento digital al derecho a la intimidad y la seguridad pública*, 77 REV. JUR. UPR 45 (2008) [en adelante Meléndez Juarbe, *La Constitución en ceros y unos*]; Hiram Meléndez Juarbe, *Privacy in Puerto Rico and The Madman's Plight: Decisions*, 9 GEO. J. GENDER & L. 1 (2008) [en adelante Meléndez Juarbe, *Privacy in Puerto Rico and The Madman's Plight*].

2 Esa posibilidad fue discutida recientemente en vista oral ante el Tribunal Supremo, véase Hiram Meléndez Juarbe, *Lo público de lo público: Un argumento que no debe estar disponible*, DERECHOALDERECHO (5 de abril de 2012), <http://derechoalderecho.org/2012/04/05/publicodelopublic/> (última visita 23 de marzo de 2013) [en adelante Meléndez Juarbe, *Lo público de lo público*].

ples and rules involved in these practices by developing a systematic body of rules based on rational principles and adapted for general application.”³ Es decir, racionalizar y –por qué no– legitimar la decisión judicial, reconociéndola como un ejercicio de poder válido (aunque sea para criticarle). De este modo, al examinar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y en este caso la del Juez Presidente, y al identificar en ella *propósitos* y *racionalidades* con aspiración de que estos propósitos reflejen alguna coherencia e integridad interna, jugamos nuestro papel fielmente. Claro está, nada petrifica esta función del académico y de la académica; a veces nos ocupamos por develar el ejercicio desnudo del poder judicial allí donde se hace patente –allí donde se despliega burdamente–.⁴ Hoy, sin embargo, estudio la jurisprudencia como participante de este campo jurídico; exponiéndola en su mejor y más atractiva luz, en buen estilo Dworkiniano.⁵

I. EL DERECHO A LA INTIMIDAD: LO PÚBLICO DE LO PÚBLICO⁶

¿Por qué protegemos el derecho a la intimidad? ¿Cuál es su propósito? (¿Ven? Lo hice de nuevo. Esta vez indago sobre su propósito en otro sentido más importante; es decir, el o los propósitos del derecho a la intimidad en cuanto a los valores políticos al que le asociamos).

Nuestra Constitución establece el punto de partida. Nos dice que “[l]a dignidad humana es inviolable” y que “[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”.⁷ La interrelación de estas disposiciones ha llevado al Tribunal Supremo a enfatizar tres principios fundamentales: (1) que la protección al derecho a la intimidad opera *ex proprio vigore* (es decir, que no depende de una ley para viabilizar una causa de acción en los tribunales);⁸ (2) que (contrario a disposiciones

³ Pierre Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, 38 HASTINGS L.J. 805, 825 (1987).

⁴ Véase ÉRIKA FONTÁNEZ TORRES & HIRAM MELÉNDEZ JUARBE, DERECHO AL DERECHO: INTERSTICIOS Y GRIETAS DEL PODER JUDICIAL EN PUERTO RICO (2012); véase también DERECHOALDERECHO, <http://derechoalderecho.org> (última visita 23 de marzo de 2014).

⁵ RONALD DWORKIN, LAW’S EMPIRE (1986) (“[A] participant interpreting a social practice. . . proposes value for the practice by describing some scheme of interests or goals or principles the practice can be taken to serve or express or exemplify.”)

⁶ Las reflexiones en esta sección son tomadas de una reflexión reciente en Hiram Meléndez Juarbe, *Seguridad e intimidad en el Recinto de Río Piedras*, DERECHOALDERECHO (7 de diciembre de 2012), <http://derechoalderecho.org/2012/12/07/seguridad-e-intimidad-en-el-recinto-de-rio-piedras/> (última visita 23 de marzo de 2014). Además, se nutre de escritos previos, véase Hiram Meléndez Juarbe, *Hablar en privado*, 80 GRADOS (16 de septiembre de 2011), <http://www.80grados.net/hablar-en-privado/> (última visita 23 de marzo de 2014); Meléndez Juarbe, *Lo público de lo público*, *supra* nota 2; Meléndez Juarbe, *La Constitución en ceros y unos*, *supra* nota 1; Meléndez Juarbe, *Privacy in Puerto Rico and The Madman’s Plight*, *supra* nota 1.

⁷ CONST. PR art. II, §§ 1 & 8.

⁸ *ELA v. Hermandad de Empleados*, 104 DPR 436, 440 (1975); *Arroyo v. Rattan Specialties Inc.*, 117 DPR 35, 64 (1986).

constitucionales que normalmente limitan la actividad del gobierno) el derecho constitucional a la intimidad en Puerto Rico se puede vindicar frente a personas privadas,⁹ y (3) que el derecho a la intimidad en nuestra Constitución, en términos generales, es más amplio que su contraparte en la Constitución de los Estados Unidos (lo que el Tribunal ha llamado una *factura más ancha*).¹⁰ Tengo dudas sobre este último principio, como cuestión de realidad empírica, pues el Tribunal no siempre provee la protección más generosa a ese derecho (particularmente en cierto tipo de casos) y más recientemente ha mostrado una actitud minimalista en su interpretación.¹¹

Ahora bien, e independientemente de estas tres normas doctrinales, el Tribunal es muy poco claro en cuanto al contenido sustantivo del derecho a la intimidad: ¿qué actividades protege? ¿por qué? ¿en qué contextos? Son todas preguntas sin una buena contestación. Tal vez encontramos alguna coherencia si encajonamos la jurisprudencia del Tribunal en segmentos separados, a base del tipo de problemas que enfrentemos:

1. Un grupo de casos evalúa el problema especial de registros y allanamientos (instancias en que el Estado interviene con la intimidad de un individuo en el contexto de su actividad investigativa y policíaca).¹²
2. Un segundo grupo considera la protección a decisiones y relaciones interpersonales que son fundamentales a la vida de una persona (como el matrimonio, aborto, relaciones íntimas, relaciones familiares, e incluso protección a la tranquilidad en el hogar en contra de estorbos y piquetes).¹³

⁹ *Hermandad de Empleados*, 104 DPR en la pág. 440; *Rattan Specialties*, 117 DPR en la pág. 64; *Colón v. Romero Barceló*, 112 DPR 573, 576 (1982); *Sucn. de Victoria v. Iglesia Pentecostal*, 102 DPR 20, 29 (1974).

¹⁰ *Hermandad de Empleados*, 104 DPR en la pág. 440; *Figueroa Ferrer v. ELA*, 107 DPR 250, 258-59 (1978); *Rattan Specialties Inc.*, 117 DPR en la pág. 60.

¹¹ *Pueblo v. Díaz Medina*, 176 DPR 601 (2009). Para un análisis sobre este caso, véase Hiram Meléndez Juarbe, *Registros, intimidad y tecnología: Pueblo v. Díaz Medina*, DERECHOALDERECHO (3 de septiembre de 2009), <http://derechoalderecho.org/2009/09/03/registros-intimidad-y-tecnologia-pueblo-v-diaz-medina/> (última visita 23 de marzo de 2014) [en adelante véase Hiram Meléndez Juarbe, *Registros, intimidad y tecnología: Pueblo v. Díaz Medina*].

¹² CONST. PR art. II, § 10. Esta dispone que:

No se violará el derecho del pueblo a la protección de sus personas, casas, papeles y efectos contra registros, incautaciones y allanamientos irrazonables. No se interceptará la comunicación telefónica. Sólo se expedirán mandamientos autorizando registros, allanamientos o arrestos por autoridad judicial, y ello únicamente cuando exista causa probable apoyada en juramento o afirmación, describiendo particularmente el lugar a registrarse, y las personas a detenerse o las cosas a ocuparse. Evidencia obtenida en violación de esta sección será inadmisibile en los tribunales.

¹³ Véase, e.g., *Salvá Santiago v. Torres Padró*, 171 DPR 332 (2007); *Pérez Román v. Procurador*, 148 DPR 201 (1999); *Belk Arce v. Martínez*, 146 DPR 215, 226-28 (1999); *Cayetano Lasso v. Iglesia Pentecostal*, 129 DPR 219 (1991); *Sterzinger v. Ramírez*, 116 DPR 762, 779 (1985); *Pueblo v. Najul Bez*, 114 DPR 493 (1983); *Pueblo v. Najul Bez*, 111 DPR 417 (1981) *Pueblo v. Duarte*, 109 DPR 596 (1980); *García*

3. Una tercera serie de casos (muy diversos) tiene que ver con instancias en que se reclama derecho a la intimidad cuando individuos o el gobierno interfieren con el flujo de información personal deseado por una persona. Este tercer tipo de casos incluye, a modo de ejemplo, protecciones en contra de: (1) el uso de polígrafo en el empleo;¹⁴ (2) la apropiación de la imagen de una persona sin su permiso;¹⁵ (3) la recopilación, divulgación y acceso a información personal;¹⁶ y (4) la grabación con cámaras de vigilancia en el lugar del empleo,¹⁷ entre otras.¹⁸

Pero aun cuando podamos identificar estos tres grandes grupos de asuntos que han llegado a los tribunales, es difícil percibir en la jurisprudencia principios unificadores que precisen en qué consiste este derecho a la intimidad. Y es que, en cierto sentido, no puede ser de otra manera. Nuestras concepciones de lo que constituye lo íntimo y privado son altamente contextuales, históricamente contingentes y variables: sería imposible exigir uniformidad perfecta cuando hablamos de conceptos polisémicos, complejos y multidimensionales. Y ante esa indeterminación en torno a lo que constituye *lo privado*, *lo íntimo*, al escoger qué sentido le damos a este derecho debemos recurrir a valores morales y políticos más profundos.

No hay, en fin, una regla maestra que nos diga si una u otra situación es privada o no. Dependerá mucho del contexto.¹⁹ El sentido que le demos al contexto tiene mucho que decir: después de todo, podemos concebir como privada una comunicación que se da entre un médico y su paciente (porque valoramos la confidencialidad en ese contexto para facilitar la confianza y apertura en el trato médico), por ejemplo, pero no necesariamente si esa misma comunicación se da entre desconocidos. También, puedo encontrar apropiado revelar cierta infor-

Santiago v. Acosta, 104 DPR 321, 324-25 (1975); *Figueroa Ferrer*, 107 DPR en la pág. 250; *Hermanidad de Empleados*, 104 DPR en la pág. 436; *Sucn. de Victoria*, 102 DPR en la pág. 20. Véase también Meléndez Juarbe, *Privacy in Puerto Rico and the Madman's Plight*, *supra* nota 1.

¹⁴ *Rattan Specialties*, 117 DPR en la pág. 35.

¹⁵ *Vigoreaux Lorenzana v. Quizno's Sub, Inc.*, 173 DPR 254 (2008); *López Tristani v. Maldonado Carrero*, 168 DPR 838 (2006); *Romero Barceló*, 112 DPR en la pág. 576.

¹⁶ Sobre recopilación, véase *Noriega v. Hernández Colón*, 130 DPR 919 (1992); *Noriega v. Hernández Colón*, 122 DPR 650 (1988). Sobre divulgación de información véase *Chévere v. Levis*, 150 DPR 525 (2000); *General Electric v. Concessionaries, Inc.*, 118 DPR 32 (1986); *Rodríguez v. ScotiaBank*, 113 DPR 210 (1982); *Ramos Vélez v. Int'l Reporting Servs.*, CE-93-689, 1994 PR Sup. LEXIS 5, en las págs. *9-10 (TA PR 4 de febrero de 1994); *Rullán v. Fas Alzamora*, 166 DPR 742 (2006). Con relación al acceso de información personal en manos del gobierno, véase *López Vives v. Policía de PR*, 118 DPR 219 (1987); *Pueblo v. Torres Albertorio*, 115 DPR 128, 134-35 (1984) (acceso a record criminal tras absolución).

¹⁷ *Vega v. Telefónica de Puerto Rico*, 156 DPR 584, 609-10 (2002).

¹⁸ *Fulana de Tal v. Demandado A*, 138 DPR 610 (1995); *El Vocero de PR v. ELA*, 131 DPR 356 (1992) (revocado por *El Vocero v. Puerto Rico*, 508 U.S. 147 (1993)).

¹⁹ Véase Helen Nissenbaum, *Privacy as Contextual Integrity*, 79 WASH. L. REV. 119 (2004); HELEN NISSENBAUM, *PRIVACY IN CONTEXT: TECHNOLOGY, POLICY AND THE INTEGRITY OF SOCIAL LIFE* (2009); Daniel Solove, *Conceptualizing Privacy*, 90 CALIF. L. REV. 1087 (2002).

mación en el transcurso de una transacción bancaria, mientras que no sería apropiado revelar a mis estudiantes esa misma información en el contexto del salón de clases (porque le damos un valor al contexto del salón de clases que puede ser incompatible con divulgar esos detalles). Es decir, que las reglas sociales que adoptamos para determinar cuándo cierto flujo de información, o cuándo cierta observación es apropiada o no, dependerá de la aplicación de ciertos valores y principios políticos y sociales importantes en determinados contextos.

Esto me lleva al reto principal que quiero atender aquí: *y es que en contextos públicos pueden haber intereses importantes vinculados al derecho a la intimidad que debemos proteger.*

Como he planteado en otros escritos, el derecho a la intimidad está muy relacionado con principios constitucionales, que tienen una *dimensión externa o expresiva*. Me refiero a: (1) la libertad de expresión; (2) el derecho a sostener relaciones íntimas; (3) la democracia y los procesos deliberativos; y (4) el anonimato.²⁰ Ello, porque una forma de articular el derecho a la intimidad tiene que ver con nuestra capacidad de decidir cómo, cuándo y bajo qué circunstancias vamos a proyectar a terceros elementos importantes de nuestra identidad. Y es que decidir cómo nos vamos a proyectar a otros es importante por un sinnúmero de razones: una de ellas tiene que ver con la capacidad (y la necesidad) que tenemos de forjar relaciones y cohesión entre personas, moderando el flujo de información de contexto a contexto, para crear vínculos interpersonales más o menos profundos. Lo que divulgamos al mundo y lo que guardamos en secreto (y cómo lo hacemos), forma parte del mismo intento de forjar nuestra identidad frente a otros y relacionarnos (aun cuando reconozcamos las múltiples influencias sociales que inciden sobre nuestra identidad). Es aquí –en la formación de relaciones personales– que el derecho a la intimidad y la libertad de asociación²¹ tienen un vínculo muy sólido.

Esta dimensión externa o expresiva del derecho a la intimidad incluye prominentemente el derecho a permanecer anónimo, pues el anonimato 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*).²² Según Alan Westin:

²⁰ Meléndez Juarbe, *La Constitución en ceros y unos*, *supra* nota 1.

²¹ Véase *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609, 618 (1984) (“[the Constitution] affords the formation and preservation of certain kinds of highly personal relationships a substantial measure of sanctuary from unjustified interference by the State.”). Véase también FERDINAND DAVID SCHOEMAN, *PRIVACY AND SOCIAL FREEDOM* (1992).

²² El derecho a permanecer anónimo es un elemento central de la primera enmienda, según reconocido por la Corte Suprema de Estados Unidos en múltiples ocasiones frente a intentos gubernamentales por identificar a sujetos que prefieren no divulgar su identidad. Véase *Watchtower Bible v. Village of Stratton*, 536 U.S. 150 (2002); *McIntyre v. Ohio Elections Comm.*, 514 U.S. 334 (1995); *Talley v. California*, 362 U.S. 60 (1960).

[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 [las personas] buscan en espacios abiertos.²³

Como he dicho antes, “[c]uando 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”.²⁴ Este potencial efecto disuasivo no se da en el vacío. Nadie puede olvidar la triste historia de persecución política en nuestro País, facilitada por mecanismos rudimentarios de vigilancia gubernamental. Mecanismos de vigilancia que, aunque todavía sentimos sus poderosos efectos y consecuencias, palidecen ante la ubicuidad de dispositivos contemporáneos de recopilación de datos (incluyendo imágenes y video), junto a mecanismos sofisticados de almacenaje y análisis de esa información.

Así, el derecho a la intimidad, el anonimato y la libertad de expresión son, pues, alas del proverbial pájaro:

Y es que proteger el derecho a la intimidad aún en público implica fortalecer valores políticos importantes como la libertad de expresión (en la medida en que el derecho a la intimidad nos permite controlar el despliegue de nuestras identidades –controlando qué rasgos de nuestra identidad retenemos, cuáles divulgamos y cómo lo hacemos, es decir, controlando el flujo de nuestra información) y el anonimato (la libertad de no ser comprendidos y conocidos en espacios abiertos, especialmente en tiempos como éstos de vigilancia universal) . . . Por lo que tener cierto control sobre esa información *ya divulgada* –cómo y por dónde fluye la misma– es importante para mantener esas relaciones personales.²⁵

II. LA EXPECTATIVA DE INTIMIDAD Y SUS LIMITACIONES

Una buena parte de este entendido sobre *lo público de lo público* está relacionado con el conocido estándar de “expectativa razonable de intimidad”.²⁶ Es decir, que solo tenemos un derecho a la intimidad allí donde alberguemos esa *expectativa*, siempre que sea *razonable*.²⁷

Este criterio tiene dificultades obvias. La más importante, señalada por múltiples académicos,²⁸ y más recientemente por la jueza Sotomayor en la Corte

23 ALAN WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* 31 (1967) (traducción suplida).

24 Meléndez Juarbe, *La Constitución en ceros y unos*, *supra* nota 1, en la pág. 54.

25 Melendez Juarbe, *Hablar en privado*, *supra* nota 6.

26 *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347 (1967); *Kyllo v. U.S.*, 533 U.S. 27 (2001).

27 Véase *Katz*, 389 U.S. en la pág. 347; *Kyllo*, 533 U.S. en la pág. 27; *Fulana de Tal v. Demandado A*, 138 DPR 610 (1995).

28 Véase DANIEL SOLOVE, *THE DIGITAL PERSON* 200-02 (2004).

Suprema federal,²⁹ es que al definirse el contenido de un derecho individual sobre la base de una *expectativa* social, ese derecho se verá reducido –en una especie de espiral descendiente– en la medida en que la sociedad se acostumbre a cierta intromisión con aquello que antes se entendía privado. Es decir, que en la medida que avances tecnológicos nos acostumbren a cierta transparencia, nuestra expectativa de intimidad dejará de ser *razonable*, y, por lo tanto, no protegida por el derecho. Si bien antes podíamos tener una expectativa de que nuestra información personal se mantendría privada, y, por tanto, fuera del alcance del Estado, hoy día esa expectativa es mucho menor tomando en cuenta que una búsqueda en *Google* o *Facebook* revela tanto sobre nosotros; lo cual implicaría que nuestro derecho a la intimidad queda en la nada solo por vivir en el siglo XXI –si es que nos dejamos llevar por este criterio circular–.

En parte por esta razón –subrayo, solo en parte– es que resulta insuficiente plantear que no podemos quejarnos de que se observe y grabe lo que hacemos en público bajo el argumento de que no hay expectativa de intimidad en lo público. Es posible que las expectativas cambien con la tecnología, pero los principios constitucionales que limitan a las instituciones públicas deben ser más duraderos. Si mezclamos esta preocupación por la circularidad con la importancia de valores constitucionales integrados en la dimensión expresiva de la intimidad, comprendemos que no podemos caer en el espiral descendiente de la expectativa razonable, pues hay un interés social importante en proteger estos elementos expresivos relacionados con la libertad de expresión, libertad de asociación y el anonimato.

III. SNOWDEN

Edward Snowden reitera cuán persistente es el problema. El 14 de junio de 2013, el gobierno de los Estados Unidos presentó una denuncia criminal en contra de este analista técnico de veintinueve años.³⁰ Las acusaciones no tomaron por sorpresa al mundo, pues una semana antes se dio a conocer que Snowden, un empleado de una compañía subcontratada por el gobierno a cargo de información clasificada, había revelado a un rotativo que el gobierno de los Estados Unidos lleva a cabo vigilancia general a ciudadanos de su país y de otras naciones.³¹

²⁹ U.S. v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012) (Sotomayor, opinión concurrente).

³⁰ Peter Finn & Sari Horwitz, *US Charges Snowden with Espionage*, THE WASHINGTON POST (21 de junio de 2013), http://www.washingtonpost.com/world/national-security/us-charges-snowden-with-espionage/2013/06/21/507497d8-dab1-11e2-a016-92547bf094cc_story.html (última visita 23 de marzo de 2014).

³¹ Glenn Greenwald, Ewen MacAskill & Laura Poitras, *Edward Snowden: the whistleblower behind the NSA surveillance revelations*, THE GUARDIAN (9 de junio de 2013), <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance> (última visita 23 de marzo de 2014).

El periodista Glenn Greenwald, del periódico *The Guardian*, tuvo a cargo la publicación inicial de varios artículos en la cual se detallaban estas actividades. El 6 de junio de 2013, reveló que la Agencia de Seguridad Nacional (N.S.A., por sus siglas en inglés) recopilaba información de clientes de *Verizon*.³² Mediante una orden judicial *secreta* emitida por el también secreto *Foreign Intelligence Surveillance Court*, el gobierno obtuvo autorización para obtener toda la *metadata telefónica* creada por *Verizon* por un periodo de tres meses. En un reportaje subsiguiente, también surgió que la N.S.A. tuvo acceso al *contenido* de comunicaciones electrónicas de clientes de *Google*, *Facebook* y *Apple*, por medio de un programa de vigilancia llamado P.R.I.S.M.³³ También reveló la existencia de otro programa para la recopilación de *metadata* de comunicaciones por *internet*.³⁴

Me quiero concentrar en la primera de estas revelaciones: *la recopilación de metadata (no el contenido) de las llamadas telefónicas*. Cuando hablamos de la *metadata* de una llamada telefónica nos referimos (con relación a esa llamada en particular) a los números del teléfono desde el cual se inició la llamada y el número del teléfono que la recibió, la fecha, hora y duración de la llamada, así como otra información relacionada con esa sesión (como, por ejemplo, el I.M.S.I. o *International Mobile Subscriber Identity number*, el I.M.E.I. o *International Mobi-*

³² Glenn Greenwald, *NSA collecting phone records of millions of Verizon customers daily*, THE GUARDIAN (6 de junio de 2013), <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/nsa-phone-records-verizon-court-order> (última visita 23 de marzo de 2014). Véase también la sección 215 del USA PATRIOT ACT, 50 U.S.C. § 1861 (2014):

[T]he Director of the [FBI] or a designee . . . may make an application for an order requiring the production of any tangible things (including books, records, papers, documents, and other items) for an investigation to obtain foreign intelligence information not concerning a United States person or to protect against international terrorism or clandestine intelligence activities, provided that such investigation of a United States person is not conducted solely upon the basis of activities protected by the first amendment to the Constitution.

³³ Glenn Greenwald & Ewen MacAskill, *NSA Prism program taps in to user data of Apple, Google and others*, THE GUARDIAN (7 de junio de 2013), <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data> (última visita 23 de marzo de 2014). Véase también la sección 705 del Foreign Intelligence Surveillance Act, 50 U.S.C. § 1881a (2014):

[U]pon the issuance of an order . . . the Attorney General and the Director of National Intelligence may authorize jointly, for a period of up to 1 year from the effective date of the authorization, the targeting of persons reasonably believed to be located outside the United States to acquire foreign intelligence information).

³⁴ Glenn Greenwald & Spencer Ackerman, *NSA collected US email records in bulk for more than two years under Obama*, THE GUARDIAN (27 de junio de 2013), <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/27/nsa-data-mining-authorized-obama> (última visita 23 de marzo de 2014). Se alega que este programa cesó en el 2011, véase *Klayman v. Obama*, 957 F.Supp.2d 1, 2013 WL 6571596, en la pág. *8 n.6 (D.D.C. 2013).

le *Station Equipment Identity number*), el identificador de la línea troncal y números de tarjetas de llamadas, entre otras cosas.³⁵

Aunque dicha data no revela el contenido de las comunicaciones, se trata de información muy rica que puede contribuir a formar un mosaico sobre la vida de una persona de modo que, atando otros datos, se pueda conocer la identidad, historial de crédito, número de licencia de conducir, número de seguro social, así como la localización geográfica de los individuos durante las llamadas, entre otras cosas.³⁶

Amparándose en la sección 215 del *USA PATRIOT ACT* (que permite al *Foreign Intelligence Surveillance Court* (F.I.S.C.) emitir órdenes para a obtener “any tangible thing. . . for an investigation to obtain foreign intelligence information not concerning a United States person”),³⁷ el gobierno estructuró el *Bulk Telephony Metadata Program*. Bajo este programa, y según validado por el F.I.S.C. (que debo reiterar, es un tribunal *secreto*), el gobierno puede requerir que compañías de telecomunicaciones brinden “on an ongoing daily basis” la *metadata creada por* esas compañías de todas las llamadas procesadas.³⁸ Estas órdenes tienen una duración limitada, aunque son renovadas periódicamente, y el gobierno retiene dicha *metadata* en una base de datos por un periodo de cinco años.³⁹

Conforme a los procedimientos aprobados por el F.I.S.C., procedimientos que fueron ligeramente alterados recientemente y parecen encaminados a una

³⁵ Véase *Am. Civil Liberties Union v. Clapper*, 959 F.Supp.2d 724, 733-34 (S.D.N.Y. 2013): “[T]he telephone numbers that placed and received the call, the date, time, and duration of the call, other session-identifying information (for example, International Mobile Subscriber Identity number, International Mobile station Equipment Identity number, etcetera), trunk identifier, and any telephone calling card number.”

³⁶ Véase *Klayman*, 2013 WL 6571596, en la pág. *35 n.57.

³⁷ La sección 215 del *USA PATRIOT ACT*, 50 U.S.C. § 1861, enmienda el *Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978*, Pub. L. No. 95-511, 92 Stat. 1783, y reza, en lo pertinente:

[T]he Director of the [FBI] or a designee . . . may make an application for an order requiring the production of any tangible things (including books, records, papers, documents, and other items) for an investigation to obtain foreign intelligence information not concerning a United States person or to protect against international terrorism or clandestine intelligence activities, provided that such investigation of a United States person is not conducted solely upon the basis of activities protected by the first amendment to the Constitution.

³⁸ Véase el *Secondary Order* del *Foreign Intelligence Surveillance Court*, disponible en THE GUARDIAN (6 de junio de 2013), <http://www.theguardian.com/world/interactive/2013/jun/06/verizon-telephone-data-court-order> (última visita 23 de marzo de 2014). Véase además *Clapper*, 959 F.Supp.2d, en las págs. 733-34; *Klayman*, 2013 WL 6571596, en la pág. *35 n.7. Véase también Geoffrey Stone, *The NSA's Telephone Meta-data Program: Part I*, THE HUFFINGTON POST (24 de diciembre de 2013), http://www.huffingtonpost.com/geoffrey-r-stone/nsa-meta-data_b_4499934.html (última visita 23 de marzo de 2014).

³⁹ *Clapper*, 959 F.Supp.2d en las págs. 733-34; *Klayman*, 2013 WL 6571596, en la pág. *35 n.57.

revisión mayor,⁴⁰ esta base de datos no podía ser indagada a menos que (tras la aprobación de ciertos funcionarios del N.S.A., no del Tribunal) existiera una *sospecha razonable articulada* (*reasonable articulable suspicion*) de que una pieza de información específica (como por ejemplo, un número de teléfono u otro dato) está asociada con una organización terrorista internacional investigada por el *Federal Bureau of Investigation* (F.B.I.). La idea es que el gobierno pueda indagar si ese número o identificador aparece en la base de datos y, de esa manera, obtener toda la *metadata* asociada a ese número. Pero hay más; con este programa el gobierno también obtenía la *metadata* de todos los teléfonos a tres grados de separación del número buscado (o lo que se conoce como *hops*). Es decir, acceso a la *metadata* de los números telefónicos (y de las sesiones de llamadas) que recibieron llamadas del (o llamaron al) número buscado (primer *hop*); los teléfonos que recibieron llamadas de (o llamaron a) los números obtenidos en el primero salto (segundo *hop*) y, además, la *metadata* de los números que se hayan conectado con estos últimos (tercer *hop*). Más recientemente, y tras una revisión del programa provocada por estas revelaciones, el procedimiento fue enmendado a instancias del presidente Obama para limitar las búsquedas a dos *hops* y para requerir la autorización del F.I.S.C. antes de indagar en la base de datos (luego que se demuestre la *sospecha razonable articulada*, salvo circunstancias extraordinarias).⁴¹

Cuando el *American Civil Liberties Union* demandó impugnando la constitucionalidad del programa, se enfrentó al paradigma de *lo público de lo público* inmerso en el criterio de la expectativa razonable de intimidad. Así, en *Am. Civil Liberties Union v. Clapper*,⁴² el Tribunal Federal de Distrito para el Distrito de Nueva York resolvió que dicho programa era constitucional en la medida que los individuos no tienen una expectativa razonable de intimidad con relación a la *metadata* de sus llamadas (a diferencia del contenido). La conclusión no es jurídicamente irrazonable. Se fundamenta específicamente en una decisión de la Corte Suprema federal de 1979, *Smith v. Maryland*, donde se resolvió que los ciudadanos no tienen una expectativa razonable de intimidad con relación a la información acerca de las llamadas (como números discados desde un teléfono y otra data).⁴³ Específicamente reiteró el Tribunal que ninguna persona puede tener una expectativa razonable de intimidad *con relación a información que haya*

⁴⁰ Véase Charlie Savage, *Obama to Call for End to N.S.A.'s Bulk Data Collection*, THE NEW YORK TIMES, 24 de marzo de 2014, <http://www.nytimes.com/2014/03/25/us/obama-to-see-nsa-curb-on-call-data.html> (última visita 8 de abril de 2014).

⁴¹ Véase al respecto la orden del *Foreign Intelligence Surveillance Court* del 5 de febrero de 2014, disponible en Tim Cushing, *FISC Judge Reggie Walton Hesitantly Amends Latest Section 215 Order To Conform With Presidential Directive*, TECHDIRT (13 de febrero de 2014), <http://www.techdirt.com/articles/20140213/09355626213/fisc-judge-reggie-walton-hesitantly-amends-latest-section-215-order-to-conform-with-presidential-directive.shtml> (última visita 23 de marzo de 2014).

⁴² *Clapper*, 959 F.Supp.2d en las págs. 733-34.

⁴³ *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).

revelado a terceros (“information he voluntarily turns over to third parties”).⁴⁴ Lo público, aquello revelado a terceros, es y siempre será público:

When he used his phone, petitioner voluntarily conveyed numerical information to the telephone company and “exposed” that information to its equipment in the ordinary course of business. In so doing, *petitioner assumed the risk that the company would reveal to police the numbers he dialed*. The switching equipment that processed those numbers is merely the modern counterpart of the operator who, in an earlier day, personally completed calls for the subscriber. Petitioner concedes that if he had placed his calls through an operator, he could claim no legitimate expectation of privacy. We are not inclined to hold that a different constitutional result is required because the telephone company has decided to automate.⁴⁵

Semanas antes de la decisión de *Clapper*, un tribunal federal en el Distrito de Columbia llegó a una interpretación contraria. En *Klayman v. Obama*⁴⁶ el juez Richard Leon resolvió que la decisión de *Smith* era anacrónica. Hay que tomar en cuenta, resuelve *Klayman*, la ubicuidad del uso del teléfono hoy día, así como sus múltiples usos, la escala del programa, la cantidad de información recopilada, y la probabilidad de que con esa información el gobierno pueda conectar puntos inicialmente no relacionados para componer una imagen muy rica sobre la vida de una persona. Es decir, que revelar información sobre las llamadas a terceros (la compañía telefónica) no debe ni puede ser dispositivo de un reclamo de derecho a la intimidad. El paradigma *lo público de lo público*, quedó cuestionado.

Es crucial resaltar el impacto de la jueza Sonia Sotomayor en esta historia. En *United States v. Jones*, un caso donde la Corte Suprema federal declaró inconstitucional el uso de *Global Positioning System* (G.P.S.) en el vehículo de un sospechoso para observar su comportamiento, sin orden judicial, dice la Jueza en una opinión concurrente ampliamente citada en *Klayman*:

[P]uede que sea necesario reconsiderar la premisa de que un individuo no tiene una expectativa razonable de intimidad con relación a información voluntariamente divulgada a terceras personas. . . . Este acercamiento no encaja bien con la era digital, pues la gente revela una gran cantidad de información sobre ellos mismos a otras personas en el transcurso de actividades mundanas. La gente revela los números de teléfono que marcan o envían por mensaje de texto a sus proveedores de servicio celular; los enlaces (URLs) de las páginas que visitan y las direcciones de email con las que interactúan son compartidas a sus provee-

44 *Id.* en las págs. 743-44.

45 *Id.* en las págs. 744-45.

46 *Klayman v. Obama*, 957 F.Supp.2d 1, 2013 WL 6571596 (D.D.C. 2013).

dores de servicio de internet; y los libros, víveres y medicinas que compran, a vendedores en línea.⁴⁷

En Puerto Rico tenemos que acudir al llamado de estos tiempos y reevaluar el paradigma tradicional. La pregunta que me ocupará en lo que resta de este escrito es si tenemos elementos en nuestra jurisprudencia, y en particular en la jurisprudencia del juez Hernández Denton, para dar pasos en esa dirección.

IV. SNOWDENTON

Quisiera examinar ciertas opiniones del Juez que versan, algunas de ellas, sobre el derecho a la intimidad y su relación con el surgimiento de nuevas tecnologías, así como otras que versan sobre el derecho a la intimidad en general. De estas opiniones quiero destacar cuatro características o tendencias del Juez, algunas más y otras menos conducentes a superar el paradigma tradicional de la manera que propongo. Estas son: (1) escepticismo tecnológico; (2) negación de valores tecnológicos; (3) compartimentalización, y (4) disposición para contextualizar el derecho a la intimidad.

A. Escepticismo tecnológico

Con este concepto quiero describir una actitud que veo desplegada en algunas opiniones del Juez tras la cual se mira con suspicacia a la tecnología bajo análisis y se cuestiona el impacto que se ha alegado dicha tecnología tiene. Pensemos en el fundamental caso *Arroyo v. Rattan Specialties*.⁴⁸ Como se sabe, en ese caso el Tribunal Supremo declaró inconstitucional el uso (privado) del polígrafo en el contexto laboral como una violación al derecho a la intimidad. Porque la tecnología tiene el potencial de penetrar en el contenido de la mente de un individuo (pues cualquier pregunta puede suscitar una respuesta interpretable y, por ende, el sujeto no puede escoger si contesta o no) se entendió afectaba intereses de intimidad. El Juez, sin embargo, no se satisfizo con la alegación de ese potencial impacto. Ante un reclamo en torno a cómo cierta tecnología opera, el Juez parece preferir una indagación más precisa en torno a las particularidades de su uso. Así, expresó en su opinión concurrente y disidente:

No tenemos información sobre el cuestionario utilizado ni las circunstancias en que se aplicaba la prueba. Tampoco sabemos qué problemas empresariales motivaron el uso del detector de mentiras. No sabemos quién suministraba la prueba ni con qué tipo de equipo. En fin, los autos no contienen la información que

⁴⁷ U.S. v. Jones, 132 S.Ct. 945, 957 (2012) (Sotomayor, opinión concurrente) (traducción suplida) (énfasis suplido).

⁴⁸ *Arroyo v. Rattan Specialties Inc.*, 117 DPR 35, 64 (1986).

tradicionalmente utilizamos para hacer el balance de interés en estas controversias.⁴⁹

Eso fue en el 1986 y este escepticismo se percibe dos décadas después. En *Pueblo v. Díaz Medina*,⁵⁰ el Tribunal Supremo determinó que someter “equipaje a un examen de olfato canino con el propósito de detectar sustancias controladas, por un can entrenado para tal fin” no constituye un “registro” para fines constitucionales y, por tanto, puede realizarse sin orden judicial previa, pues no activa la protección constitucional en contra de registros y allanamientos irrazonables.⁵¹ *Díaz Medina* “representa”, dijo el Juez Presidente al final de su opinión disidente, “un retroceso histórico en el desarrollo de vanguardia del derecho a la intimidad en nuestra jurisdicción”.⁵² Las razones para esta conclusión son varias,⁵³ pero es meritorio destacar una relacionada con el *escepticismo tecnológico*. Buena parte del fundamento para el resultado del caso tiene que ver con *la supuesta infalibilidad del can entrenado para detectar drogas*. Si el perro nada más puede detectar material ilegal, y solamente eso –se entiende, por la jurisprudencia federal y en Puerto Rico con este caso– no hay riesgo de que se afecten intereses de intimidad. Si el perro husmeara de tal forma que revelara tanto lo ilegal como lo legal, entonces sí estaríamos ante la potencialidad de un registro que afecta el derecho a la intimidad.⁵⁴ El escepticismo del Juez Presidente en torno a este reclamo de infalibilidad es palpable: el uso de canes no es infalible y abundan ejemplos en la jurisprudencia que lo evidencian. Resalta el ejemplo del perro que identificó a una menor como positiva a sustancias controladas y, solo después de un registro al desnudo, se supo que la niña había jugado con su perra que estaba en celo lo cual activó la alerta del can.⁵⁵

Para el Juez, hay razones para cuestionar que el polígrafo y los perros hacen lo que se dice que realizan: hay que indagar. Su escepticismo tecnológico requiere que investiguemos los méritos y deméritos de la tecnología bajo análisis. Este acercamiento es saludable, particularmente ante alegaciones de que cierta tecnología es panacea para atender emergencias críticas del País, como la seguridad pública. Llegará al Tribunal periódicamente la alegación de que una u otra tecnología es absolutamente necesaria para resolver nuestras crisis sociales y que, ante ello, será necesario sacrificar algún interés político importante (como la intimidad). En ese momento será indispensable una actitud crítica en torno a la tecnología y será necesario averiguar y solicitar información y ayuda de la comu-

49 *Id.* en la pág. 79 (Hernández Denton, opinión concurrente y disidente).

50 *Pueblo v. Díaz Medina*, Bonano, 176 DPR 601 (2009).

51 *Id.* en la pág. 605.

52 *Id.* en la pág. 672 (Hernández Denton, opinión disidente).

53 Véase Meléndez Juarbe, *Registros, intimidad y tecnología: Pueblo v. Díaz Medina*, *supra* nota 11.

54 *Díaz Medina*, 176 DPR en la pág. 635.

55 *Dow v. Ranfrow*, 475 F. Supp 1012 (N.D. Ind. 1979); *Díaz Medina*, 176 DPR en la pág. 627 (Hernández Denton, opinión disidente).

nidad técnica para entender qué está detrás de la “caja negra”.⁵⁶ Este escepticismo encuentra paralelismo en la metodología adjudicativa, también propuesta por el Juez, en el contexto de la revisión judicial ambiental bajo la idea del *hard look*.⁵⁷

B. La negación de valores tecnológicos

Esta actitud interpretativa es menos saludable que la anterior y, hasta cierto punto, incompatible con ella. Se trata de aquella vieja idea encerrada en el controvertido *slogan guns don't kill people, people kill people*. Subyacente a esta idea se encuentra el concepto de que no es la tecnología *per se* la que es problemática, sino su uso particular por seres humanos. Somos nosotros y nosotras los que somos responsables por el uso de la tecnología y es ese uso humano el que es susceptible de cuestionamiento constitucional por violar el derecho a la intimidad. Esta actitud se ve desplegada en las opiniones del Juez como un paso subsiguiente al escepticismo tecnológico. Así, luego de cuestionar que la tecnología no es necesariamente lo que se nos dice que es, el Juez tiende a girar su atención al ser humano que la opera buscando en él o en ella la agencia potencialmente culposa.

En *Rattan* vemos esta estrategia cuando reitera que:

No nos persuade el razonamiento de la opinión mayoritaria de que someterse al detector de mentiras por sí solo viola el derecho a la intimidad. *No es la máquina la que viola el derecho a la intimidad. Quien podría violarla es la persona que administra la prueba y aquellos que ordenaron que se administrara.*⁵⁸

People kill people.

Asimismo, en *Díaz Medina*, luego de cuestionar la infalibilidad del can, nos subraya que “no podemos unirnos a la opinión del Tribunal dado que ésta *no*

⁵⁶ Véase Langdon Winner, *Upon Opening the Black Box and Finding it Empty: Social Constructivism and the Philosophy of Technology*, 18 SCI. TECH. AND HUM. VALUES 362-78 (1993).

⁵⁷ *Mun. de San Juan v. JCA*, 152 DPR 673, 749 (2000) (Hernández Denton, opinión disidente). Una vez propuse materializar este acercamiento en una propuesta de revisión judicial para el entorno digital y el derecho a la intimidad:

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.

Meléndez Juarbe, *La Constitución en ceros y unos*, *supra* nota 1, en la pág. 78. Véase también Meléndez Juarbe, *Privacy in Puerto Rico and The Madman's Plight*, *supra* nota 1.

⁵⁸ *Arroyo v. Rattan Specialties Inc.*, 117 DPR 35, 77 (1986) (Hernández Denton, opinión concurrente y disidente) (énfasis suplido).

toma en consideración que el manejador del can y el analista forense que preparó los Certificados de Análisis Químico Forense no estuvieron presentes ni disponibles para ser contrainterrogados en la vista de supresión de evidencia”.⁵⁹ Es decir, es esta conducta de los seres humanos, no la del can, la que debe estar sujeta a escrutinio judicial.

Pero este acercamiento minimiza una realidad: la tecnología encierra valores políticos importantes. Langdon Winner hizo la famosa pregunta: “¿tienen política los artefactos?”⁶⁰ Y es que, en cierta forma, lo tecnológico es político.⁶¹ La tecnología, incluso las tecnologías de la información, adquiere significado durante su elaboración, al desplegarse en un entorno social y con su uso.⁶² Es decir que, a veces (y sin entrar en el debate específico del control de armas), *guns do kill people* y corresponde al tribunal realizar una evaluación de los objetivos morales y políticos que subyacen a determinado conjunto tecnológico. No es suficiente mostrar escepticismo tecnológico; también hay que evaluar qué valores determinada tecnología encierra porque *ella*, la tecnología, y no solo el humano, puede ser culpable. Después de todo, es diseñada por nosotros. Si se toma como ejemplo el caso del can: ¿qué pasa si resolvemos el problema de la infalibilidad y concebimos un artefacto tecnológico que sola y exclusivamente pueda detectar material ilegal? Como expresé en un análisis de *Díaz Medina*,⁶³ existe tecnología de *cromatografía de gases* que funciona como una especie de olfato canino electrónico y que, tras *inhalar* los gases emanantes de cuerpos u objetos, puede realizar un análisis de su composición para detectar material ilegal (y solamente el ilegal). Supongamos que se programa un can electrónico de éstos para solo registrar e identificar el material ilegal (digamos, marihuana) en todas las personas (sin excepción, porque sería automático) que entren al Tren Urbano. Con ello probablemente se resuelve tanto el problema de la infalibilidad, así como el problema de la potencial arbitrariedad y abuso del ser humano que lo opera. ¿Dónde queda el *slogan*? ¿Se trata de *guns or people killing people*? ¿No debemos exigir aquí ocasión para examinar a la tecnología misma? En un mundo como este, habrá que realizar preguntas más profundas sobre los valores encerrados en esta tecnología y reflexionar en torno a cómo luce un Estado de vigilancia perfecta y permanente, aun cuando sea infalible en cuanto a la ilegalidad.

59 *Díaz Medina*, 176 DPR en la pág. 668 (Hernández Denton, opinión disidente).

60 Langdon Winner, *Do Artifacts Have Politics?*, 109 DAEDALUS 121 (1980).

61 Véase LAWRENCE LESSIG, *CODE: AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE* (2d ed. 2006).

62 Hiram Meléndez Juarbe, *Tecnopolítica y Derechos de Autor*, en *EL CONSTITUCIONALISMO EN TRANSICIÓN* (2012).

63 Meléndez Juarbe, *Registros, intimidación y tecnología: Pueblo v. Díaz Medina*, *supra* nota 11.

C. *Compartimentalización*

A este tema, o más bien a esta crítica al acercamiento del Juez, dediqué varias páginas en un artículo hace varios años.⁶⁴ Por *compartimentalización* me refiero a la estrategia interpretativa que reduce reclamos constitucionales a sus hechos particulares y se niega a reconocer derechos constitucionales a un nivel de generalidad apropiado. De este modo se segregan los derechos constitucionales en diferentes instancias como si no estuviesen atadas a principios generales más duraderos.⁶⁵ Lo decisivo de la *compartimentalización* es que hace difícil la validación del ejercicio del poder judicial como legítimo porque se nos presenta como arbitrario; como un ejercicio de poder desnudo.

Expliqué de qué se trata, tal vez en términos que no usaría hoy, pero que comunican el defecto que subrayo:

[I]magine I claim the State has violated right *X*, and that even though *X* is not textually recognized in the Constitution, I claim it is protected by right *P*. Under *P* the Court has previously recognized rights *A*, *B*, *C*, and *D*. I claim that *A*, *B*, *C*, and *D* must be related in *some way and for a reason* because, after all, they have been recognized under the umbrella of right *P*. Thus, my claim for right *X* is that there is a constitutional principle embodied by *P* which unites *A*, *B*, *C*, and *D* and that, applying this principle, my right *X* should be recognized in the same way. Of course, constitutional adjudication (using contested mechanisms of constitutional interpretation) would manipulate the level of generality of the principle that unites *A*, *B*, *C*, and *D* so as to include or exclude my right *X* from the list. This is, undeniably, a political process. But in the process, a flexible yet uniting principle would emerge and a concrete, though porous, meaning would be given to the Constitution. Compartmentalization would ignore all this, and would simply reject my claim for *X* stating that *X* is not equal to *A*, *B*, *C*, or *D*, looking at the latter at a low level of generality. Not searching for some general contours of right *P* and looking only at the catalogue it comprises forecloses any possibility of expanding the list and explicitly recognizes that the previous collection of protected activities follows no internal logic, being, thus, an arbitrary selection.⁶⁶

En su opinión en *Rattan*, eso es precisamente lo que logra el Juez. Así, ante el reclamo del demandante sobre el uso del polígrafo, el Juez descartó la aplicabilidad del derecho a la intimidad demostrando que esa misma actividad (el uso del polígrafo) no había sido atendida por la jurisprudencia previa. Dice el Juez:

[E]n la presente controversia no se está limitando la facultad del peticionario para tomar decisiones personales, familiares o íntimas, como la terminación de un embarazo; la de divorciarse sin tener que exponer públicamente la vida íntima;

⁶⁴ Véase Meléndez Juarbe, *Privacy in Puerto Rico and the Madman's Plight: Decisions*, supra nota 1.

⁶⁵ Véase LAURENCE H. TRIBE & MICHAEL C. DORF, *ON READING THE CONSTITUTION* (1991).

⁶⁶ Meléndez Juarbe, *Privacy in Puerto Rico and the Madman's Plight: Decisions*, supra nota 1, en la pág. 58.

la de utilizar anticonceptivos. Tampoco estamos frente a un caso donde los tribunales son llamados a intervenir para proteger o salvaguardar la tranquilidad del hogar, o para proteger a un ciudadano de recibir un 'raudal de llamadas indeseables y ofensivas', o de sufrir continuamente la exhibición por los medios de comunicación de fotos que constituyen una indebida intromisión en la vida familiar.⁶⁷

Claramente esta es una forma limitadísima de concebir la protección de derechos constitucionales. En otras ocasiones, el Juez se ha mostrado dispuesto a *compartimentalizar* las protecciones previas para negar reclamos articulados ante sí como de intimidad. De este modo contestó el reclamo de que el derecho a la intimidad debe reconocer al divorcio por ruptura inseparable, limitando lo resuelto por *Figuroa Ferrer v. ELA*⁶⁸ a un bajo nivel de generalidad.⁶⁹

Claramente, si queremos que el derecho a la intimidad tenga relevancia para el presente siglo –como se ha explicado– debemos trascender interpretaciones rígidas que le aten a las circunstancias específicas que le vieron nacer. Es por eso que valores y propósitos sociales asociados con la dimensión externa y expresiva de ese derecho deben tomar mayor relevancia ahora, superando el paradigma tradicional de *Smith v. Maryland*⁷⁰ que –como sugirió Sotomayor– debe reevaluarse. Tal reevaluación, no obstante, no puede realizarse con una estrategia adjudicativa rígida y *compartimentalizada*.

D. Disposición para contextualizar el derecho a la intimidad

No obstante lo anterior, hay ocasiones en que las opiniones del Juez reflejan mayor sensibilidad a los valores constitucionales más generales detrás del derecho a la intimidad y mayor disposición para situar ese derecho en su contexto. Esta característica, sugiero, será crucial para superar las limitaciones de *lo público de lo público*.

Ya el Tribunal Supremo ha dado pasos en la dirección correcta, al sugerir que el derecho a la intimidad es susceptible de aplicación aún en contextos sumamente públicos.

Así, por ejemplo, ha reconocido el derecho de empleados a no ser grabados por cámaras de video en el lugar del empleo a no ser que el patrono (público y privado) cumpla con ciertas salvaguardas procesales. En *Vega v. Telefónica de Puerto Rico* se resolvió que existe un derecho constitucional a la intimidad que, junto a la protección relacionada a la dignidad humana, obliga a quien graba por cámaras de vigilancia a “darle previa notificación a los empleados de su implan-

⁶⁷ *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.*, 117 DPR 35, 76 (1986) (Hernández Denton, opinión concurrente y disidente) (citas omitidas).

⁶⁸ *Figuroa Ferrer v. ELA*, 107 DPR 250 (1978).

⁶⁹ *Salvó Santiago v. Torres Padró*, 171 DPR 332 (2007).

⁷⁰ *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).

tación, excepto en casos en que circunstancias apremiantes lo requieran”.⁷¹ Ello, aun cuando la conducta vigilada no ocurra en los espacios tradicionalmente asociados con la conducta íntima.

En esta línea se destaca, nuevamente, la opinión disidente del Juez en *Díaz Medina*, el caso del can entrenado para detectar material ilegal. Una pieza fundamental de la opinión del Tribunal es que el olfato canino que se entiende como legítimo es aquel que se realiza (1) “sobre el equipaje de una persona” que (2) se encuentra “en un lugar público donde los agentes del estado y sus respectivos canes tienen derecho a estar”.⁷²

El esfuerzo del Tribunal por limitar su dictamen a esas circunstancias no satisface al Juez. Su disenso nos invita a imaginar la extensión del *ratio decidendi* de *Díaz Medina* a circunstancias en que ciudadanos individuales o grupos, no ya en su equipaje, sino en sus personas, sean olfateadas por “un perro grande e intimidante . . . en un pasadía en el parque, en la playa o en la plaza pública”.⁷³ Este escenario, sugiere el Juez, debe activar garantías constitucionales relacionadas con el derecho a la intimidad. Como se ha dicho, el paradigma de *lo público de lo público* dificulta la aplicación del derecho a la intimidad ya que, conforme a este entendido, ese derecho no existe en un “pasadía en el parque, en la playa o en la plaza pública”. Por eso, se hace indispensable expandir los contornos de dicho derecho para atarlo a principios constitucionales más generales –muchos de ellos relacionados con la necesidad de una convivencia democrática–. Y es por eso, entiendo, que vemos en su disenso los atisbos de un esfuerzo por romper con el paradigma tradicional y comenzar a concebir al derecho a la intimidad también en público:

*Como imperativo democrático en protección de la intimidad y los derechos civiles de nuestros ciudadanos, no debemos concederle un “cheque en blanco” al Estado para que se realicen estas intromisiones al azar y sin justificación previa alguna. Lamentablemente, el razonamiento automático esbozado por la mayoría hoy para clasificar el examen de olfato canino como un “no registro” sienta las bases para justificar en el futuro otras intervenciones totalitarias ajenas a los principios fundamentales que emanan de nuestra Carta de Derechos.*⁷⁴

Ya casi no se habla de intimidad en este pasaje (presumo por las limitaciones que la tradición impone), y vemos el amarre con los derechos civiles de los ciudadanos en una democracia: la dimensión expresiva del derecho a la intimidad asoma su cabeza. Ante el reto tecnológico, se contextualiza el derecho y se ajusta a las nuevas realidades.

⁷¹ Vega v. Telefónica, 156 DPR 584, 609 (2002).

⁷² Pueblo v. Díaz Medina, 176 DPR 601, 629 (2009) (énfasis suplido).

⁷³ *Id.* en la pág. 663 (Hernández Denton, opinión disidente) (énfasis suplido).

⁷⁴ *Id.*

Similarmente, y más esperanzador aún, el Juez habló por el Tribunal en *RDT Construction Corp. v. Colón Carlo*.⁷⁵ En ese caso el Tribunal se negó a seguir un precedente federal que estableció (como corolario a la norma de que no hay derecho a la intimidad con relación a la información divulgada a terceros) que no hay una expectativa de intimidad sobre información revelada a un banco.⁷⁶ Aunque enmarcada claramente en el sistema analítico de las expectativas, *RDT* reconoce intereses de intimidad aún con relación a esta información ya divulgada. Dice el Tribunal por voz del Juez, mostrando preocupaciones similares a las expresadas por Sotomayor –a saber, la posibilidad de que se pueda construir un mosaico con datos dispersos que, en su conjunto, revelen una imagen completa de la vida de una persona:

En el Puerto Rico de hoy, es prácticamente una necesidad recurrir a las instituciones bancarias para participar adecuadamente en la vida económica. Las personas recurren con regularidad a los bancos para tomar dinero prestado; depositar e invertir los ahorros derivados de su trabajo; solicitar crédito para comprar sus hogares, y realizar múltiples transacciones financieras. Para efectuar estas actividades, las distintas entidades financieras requieren y reciben información que revela los patrones y estilos de vida de cada uno de sus clientes, así como su situación económica. Mediante dicha información, se puede determinar la ocupación de la persona investigada, los lugares que frecuenta, los bienes que adquiere, a qué partido o grupo político contribuye, los periódicos y las revistas que lee con frecuencia, la iglesia a la cual hace donativos, las asociaciones a las cuales pertenece, las tiendas y los establecimientos donde compra, los médicos que visita y otra información de naturaleza íntima.⁷⁷

Mientras este escrito se encontraba en proceso de edición, el Tribunal Supremo emitió su decisión en *Weber v. ELA*,⁷⁸ siguiendo los pasos de la opinión del Juez en *RDT*. Allí, se cuestionó un requerimiento del Negociado de Investigaciones Especiales (sin orden judicial ni notificación al individuo) a la compañía de teléfono *Cingular* para que facilite al Estado la relación de todas las llamadas realizadas y recibidas por el demandante durante un mes. Aunque sin superar el criterio de expectativa razonable de intimidad, el Tribunal reiteró el rechazo de *RDT* a *Smith v. Maryland* y manifestó la preocupación de Sotomayor por el mosaico que es posible formar sobre un individuo con información distribuida en público. Así lo expresó el Tribunal:

Por vía de los registros de llamadas se puede conseguir la misma información que a través de las transacciones bancarias, entiéndase, los lugares que la persona frecuenta, los bienes que adquiere, el partido al que contribuye, los periódicos y revistas que lee, la iglesia a la cual hace donaciones, las asociaciones a

75 *RDT Const. Corp. v. Contralor I*, 141 DPR 424 (1996).

76 *U.S. v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976).

77 *RDT Const. Corp.*, 141 DPR en las págs. 441-42.

78 *Weber Carrillo v. ELA*, 2014 TSPR 46.

las cuales pertenece, las tiendas y establecimientos donde compra, los médicos que visita y otra información de naturaleza íntima. Todo ello nos lleva a concluir que, al amparo de nuestra Constitución, una persona tiene una expectativa razonable de intimidad sobre el registro de llamadas que realiza desde su teléfono.⁷⁹

Cabe señalar que estos no son los únicos contextos en que vemos una elevación del derecho a la intimidad a la esfera pública. En varias opiniones el Juez ha reconocido un derecho a la intimidad relacionado con el control de la imagen pública de un individuo, bajo la rúbrica del llamado “derecho a la propia imagen”.⁸⁰ Particularmente en *Vigoreaux Lorenzana v. Quizno’s Sub*, vemos al juez Hernández Denton caminando expresamente en esa dirección. Allí se reitera ampliamente que el derecho a controlar la imagen propia es un componente del derecho a la intimidad. Resultaría paradójico, sin embargo, aferrarse al paradigma *público de lo público* a la vez que se reconoce el derecho a la propia imagen (emanando del derecho a la intimidad) en esferas sumamente públicas. Por esta razón percibimos cierta reconciliación de un derecho a la intimidad operando más cómodamente en la esfera pública, pues en ese caso se reconoció el reclamo de intimidad “a pesar de que. . . la fotografía se tomó *en un evento público*”.⁸¹ Aún así, se nota en la opinión la dificultad conceptual (dificultad si estamos situados en el paradigma tradicional) y cierto juego de piernas forzado.⁸² Por eso, “[a]unque la expectativa de intimidad del señor Vigoreaux Lorenzana era limitada por su condición de legislador y figura política al momento de los hechos, todavía le amparaba su derecho a la propia imagen”.⁸³ La invitación es, por su-

79 *Id.* en la pág. 30.

80 *Vigoreaux Lorenzana v. Quizno’s Sub, Inc.* 173 DPR 256 (2008); *Bonilla Medina v. PNP*, 140 DPR 294 (1996).

81 *Vigoreaux*, 173 DPR en la pág. 271.

82 *Id.* en la pág. 279. Se establece que:

[L]o que constituye un ataque abusivo o una intromisión a la intimidad dependerá de las circunstancias particulares en que se manifiesta la acción estatal o personal, y la naturaleza del interés privado que se quiere proteger. En otras palabras, el criterio rector para determinar si existe o no la referida protección es si quien la reclama tiene una expectativa legítima a la intimidad bajo las circunstancias particulares y concretas del caso. En conformidad con ello, entendemos que el tribunal apelativo erró al señalar que al trasladarse del mundo del espectáculo a la esfera política, el señor Vigoreaux Lorenzana perdió todo control sobre su intimidad y su imagen comercial. Es cierto que las figuras políticas están sujetas a un escrutinio riguroso sobre sus funciones y capacidades, e incluso sobre su personalidad y carácter. *Aunque la expectativa de intimidad del señor Vigoreaux Lorenzana era limitada por su condición de legislador y figura política al momento de los hechos, todavía le amparaba su derecho a la propia imagen.*

Id. (énfasis suplido).

83 *Id.* en la pág. 279.

puesto, a que tomemos estos pasos iniciales, los hagamos menos tentativos y tímidos, y reconozcamos las serias limitaciones del paradigma tradicional.

CONCLUSIÓN

Con las expresiones recientes del Tribunal en el caso de *Weber*, no tenemos que imaginar mucho la relación de los tribunales de Puerto Rico ante un programa de recopilación de *metadata* telefónica como el revelado por *Snowden*. Gracias al precedente suscrito por el Juez en *RDT*, al menos sabemos que existe una garantía constitucional mínima. Aun así, en la medida que la jurisprudencia sigue aferrada al paradigma tradicional, todavía tenemos que decidir el futuro de *lo público de lo público*. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico no ha llegado cómodamente a la posición necesaria para ello.⁸⁴ Eso, tal vez, porque no se ha suscitado la ocasión propicia, aunque *Vega v. Telefónica de Puerto Rico*,⁸⁵ el caso de las cámaras en el empleo, y las opiniones en *RDT*,⁸⁶ sobre información bancaria y *Weber*,⁸⁷ sobre el historial de llamadas, son alentadores.

En la jurisprudencia del juez presidente Hernández Denton, encontramos piezas –algunas más discretas que otras– que pueden ayudar en este esfuerzo, pero requerirá que los demás miembros del Tribunal impulsen esta agenda.

El *escepticismo tecnológico* mostrado por el Juez, abre las puertas para una evaluación concienzuda de la tecnología que potencialmente afecte intereses constitucionales. Será responsabilidad de la judicatura cuestionar rigurosa y críticamente la interioridad de la tecnología en cuestión. Pero ese escepticismo no puede estar acompañado por una negación de *valores insertados en la tecnología misma*. Muchas veces los valores que los seres humanos imponemos en el entorno físico y tecnológico se manifiesta en el artefacto y esa realidad no podrá ignorarse enfocando las miras solamente en los operadores del objeto. De la misma manera, el Tribunal tendrá que mostrar la disposición por concebir los contornos del derecho a la intimidad de manera que abarque los retos contemporáneos: atrás deben quedar interpretaciones rígidas y osificadas en categorías fácticas, a un bajo nivel de generalidad y *compartamentalizadas*. Solo así podremos *contextualizar el derecho a la intimidad* y darle la importancia que merece, tanto en público como en privado, a la luz de los valores sociales que le dan vida.

⁸⁴ Aunque el Tribunal Supremo ha interpretado la cláusula constitucional que prohíbe la interceptación de llamadas telefónicas, solo se ha expresado con relación a la intervención con el *contenido* de las comunicaciones, mas no con la *metadata*. Véase *PRTC v. Martínez*, 114 DPR 328 (1983). Véase también Arlene de Jesús Martínez, *El derecho a la intimidad y las telecomunicaciones*, 72 REV. JUR. UPR 761, 784 (2003) (“En la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico no hay opiniones sobre este tema”).

⁸⁵ *Vega v. Telefónica*, 156 DPR 584 (2002).

⁸⁶ *RDT Construction Corp. v. Colón Carlo*, 141 DPR 424 (1996).

⁸⁷ *Weber Carrillo v. ELA*, 2014 TSPR 46.

