

## VACÍOS JURÍDICOS: DERECHO Y TECNOLOGÍA

NOTA

HIRAM MELÉNDEZ JUARBE\*

**H**ABLEMOS DE VACÍOS JURÍDICOS. ES MUY COMÚN PENSAR QUE EL DERECHO, inevitablemente, necesita actualización ante los rápidos e imparables desarrollos tecnológicos. El Derecho, se piensa, le sigue los pasos a la *tecnología* en una especie de carrera que siempre está perdiendo. Y si bien es cierto que la norma jurídica debe dar cuenta del contexto en que se sitúa, hay que tener sumo cuidado con este sentimiento muy popular. Ello, pues, implícita en esta poderosa idea (la idea del Derecho apurado por estar al día) se encuentra una noción muy peculiar que debemos considerar críticamente: con frecuencia se piensa que la *tecnología*, así monolítica, avanza en una dirección inevitable con una especie de neutralidad normativa.<sup>1</sup> Es decir, la tecnología progresa irremediamente, y debe recibirse tal cual, para nosotros lidiar con sus consecuencias desde el Derecho y ajustarnos a ella. Desde este punto de vista, a veces, la tecnología se presume como algo que fue depositado en nuestro entorno y con lo que tenemos que bregar. Los vacíos jurídicos, al menos aquellos que se refieren a la distancia entre la tecnología y el Derecho, en ocasiones nos remiten implícitamente a esta noción: la tecnología llegó y el Derecho aún no se ha ajustado, pero debe hacerlo.

No obstante estos entendidos, como he escrito antes,<sup>2</sup> los sistemas socio-técnicos, no son moralmente neutrales: están íntimamente relacionados a valores humanos.<sup>3</sup> Las tecnologías de información encierran valores que parcialmente constituyen nuestra experiencia social. Después de todo, somos los humanos quienes

---

\* Catedrático 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.

<sup>1</sup> Véase, en general, MERRITT ROE SMITH & LEO MARX, DOES TECHNOLOGY DRIVE HISTORY?: THE DILEMMA OF TECHNOLOGICAL DETERMINISM (1998).

<sup>2</sup> Hiram Meléndez Juarbe, *Tecnopoltica y Derechos de Autor*, en EL CONSTITUCIONALISMO EN TRANSICIÓN (SELA 2011). Este tema se refleja también en otros escritos sobre el derecho a la intimidad y los derechos de autor: Hiram Meléndez Juarbe, *El derecho a la intimidad, nuevas tecnologías y la jurisprudencia del Hernández Denton: Lo público de lo público*, 83 REV. JUR. UPR 1035 (2014); 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); Hiram Meléndez Juarbe, *Intermediarios y libertad de expresión: apuntes para una conversación*, en HACIA UNA INTERNET LIBRE DE CENSURA: PROPUESTAS PARA AMÉRICA LATINA (Eduardo Bertoni ed., 2012); Hiram Meléndez Juarbe, *Mercados, Propiedad, Expresión y Uso Personal: El sistema de derechos de autor*, en INTERNET Y DERECHOS HUMANOS II: APORTES PARA LA DISCUSIÓN EN AMÉRICA LATINA (Eduardo Bertoni ed., 2016).

<sup>3</sup> Véase William W. Lowrance, *The Relation of Science and Technology to Human Values*, en TECHNOLOGY AND VALUES: ESSENTIAL READINGS 38 (Craig Hanks, ed., 2010).

de primera instancia inscribimos valores a la tecnología. Decisiones humanas de diseño (y valores detrás de ellas) harán posible cierto comportamiento, limitando otro. Para tomar un ejemplo sencillo, la forma en que se diseña y programa Facebook como plataforma de interconexión social incluye apreciaciones muy punzantes sobre valores sociales importantes como el derecho a la intimidad, la libertad de expresión, la dignidad humana, el rol de la verdad en el discurso público, entre otros. Los algoritmos que deciden qué información la red social ha de presentarnos presumen mucho sobre lo que, como usuarios de ese entorno, queremos y necesitamos conocer. La entrega de anuncios basada en perfiles contruidos a partir de nuestros *clicks* circunscribe nuestro universo de posibilidades a aquello que refuerza preferencias previamente expresadas. Es decir, el diseño de esa plataforma en particular es esencialmente político y valorativo; y como tal debemos asumirlo. Por esto, es importante considerar que los ensamblajes tecnológicos tienen una dimensión moral. O, como plantea Bruno Latour, “para dar cuenta de lo social de manera balanceada, debemos retirar nuestra atención de los humanos para mirar, además, a los no-humanos”.<sup>4</sup> De ahí que, si consideramos una situación social en la que interactúa el Derecho y la tecnología, difícilmente enfrentaremos un vacío.

Así, puede ser que a través del Derecho se intente abordar concretamente alguna problemática relacionada con tecnologías de información contemporáneas. Ese puede ser el caso de un reciente proyecto de ley para atender la llamada *pornovenganza* tan común en el entorno digital.<sup>5</sup> Pero aun cuando el Derecho no ha alcanzado a la tecnología en la mentada carrera y estimemos que hace falta actualizarle, estaremos enfrentándonos a algún conjunto tecnológico que asume una postura política, que tiene mucho que decir sobre el contexto de acción en que operamos y que, en muchos casos, define buena parte de nuestra conducta estableciendo las posibilidades de acción. En un sentido importante, no existe un vacío jurídico: el silencio del Derecho puede ser suplido por los valores inscritos en la tecnología. Tal vez, como planteó a modo de polémica Lessig en su clásico *Code and Other Laws of Cyberspace*,<sup>6</sup> el código tecnológico es Derecho.

Si, como sabemos, la inacción es una forma de actuar sobre el *status quo*, la inatención jurídica ante posturas políticas asumidas tecnológicamente puede convertirse en una validación a un estado de situación en particular (establecido por programadores). Habrá ocasiones en que queremos preservar valores preinscritos en cierta tecnología para evitar el cambio. Ese es el caso, por ejemplo, de esfuerzos por salvaguardar o conservar la neutralidad en la red: una serie de principios y valores sobre equidad en el manejo de información originalmente integrados en el corazón del protocolo básico de la Internet y que se ven bajo amenaza ante prácticas de proveedores de servicios de Internet.<sup>7</sup> En otros casos, habrá instancias

---

4 Bruno Latour, *Where are the Missing Masses? The Sociology of a Few Mundane Artifacts*, en *SHAPING TECHNOLOGY/BUILDING SOCIETY: STUDIES IN SOCIOTECHNICAL CHANGE* 225-58 (Wiebe Bijker & John Law eds., 1997).

5 Véase Grecia Díaz Sánchez, *Castigo a la pornografía involuntaria*, EL NUEVO DÍA (22 de mayo de 2018), <https://www.elnuevodia.com/opinion/columnas/castigoalapornografiainvoluntaria-columna-2423752/>.

6 LAWRENCE LESSIG, *CODE: AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE*, VERSION 2.0 (2006).

7 BARBARA VAN SCHEWICK, *INTERNET ARCHITECTURE AND INNOVATION* (2010).

en que queremos asegurarnos de que la tecnología se diseñe para incorporar posturas hasta entonces ignoradas. Este es el caso en Europa con el Reglamento General de Protección de Datos de 2016,<sup>8</sup> que requiere la protección de datos “por diseño y por defecto” de modo que entidades que controlan información personal tienen la obligación de establecer “medidas técnicas y organizativas apropiadas”<sup>9</sup> para proteger la información personal. En esta misma línea, particularmente en Puerto Rico donde el derecho a la intimidad entre personas privadas está constitucionalizado, los tribunales deben desarrollar herramientas de revisión judicial para escudriñar el diseño tecnológico y asegurar que estos valores constitucionales estén adecuadamente reflejados en la tecnología.<sup>10</sup> Así, la pregunta no es si hay vacíos jurídicos ante el avance tecnológico. Resulta mejor preguntarse, ante los valores ya existentes en la tecnología: ¿cuáles son estos valores?; ¿quién los establece? (es decir, ¿quiénes son las y los diseñadores?); estas diseñadoras ¿son democráticamente responsables ante la población que afecta?; ¿existen instituciones públicas —como la Asamblea Legislativa y los tribunales— interrogando a la tecnología para asegurarnos de que se ajustan a nuestras aspiraciones sociales?

Algunos de estos temas pueden desprenderse de los ensayos publicados en este Número. En ellos, profesionales del Derecho y estudiantes reflexionan sobre áreas impactadas por las tecnologías de información contemporáneas. En efecto, ello incluye reflexión crítica en torno a la libertad de expresión, la protección a la vida privada, las normas deontológicas aplicables a los miembros de la judicatura por su conducta en línea y la evidencia electrónica. Estas aportaciones críticas aspiran a arrojar luz sobre posibles desfases entre la norma legal y la tecnología.

Su lectura es de todo punto enriquecedora. Cada ensayo refleja interrogantes comunes que observamos cada vez que enfrentamos el Derecho vigente al cambio tecnológico, a saber: ante una problemática que se suscita en un entorno tecnológicamente novel, ¿podemos echar mano de las normas y principios ya existentes, o debemos inventar nuevas figuras jurídicas? En sus diversas áreas del saber, los escritos aquí publicados plantean sus propias versiones de esta interrogante básica. Se pregunta, por ejemplo, ¿cómo encajan las doctrinas en la Primera Enmienda ante conducta *online* cuando un funcionario público *bloquea* a seguidores con los que no simpatiza? ¿Vale la pena seguir cargando con la metáfora del mercado de las ideas cuando la *verdad* a la que se supone nos lleve ese mercado es vista como falsa o *fake*? ¿Son las redes sociales vistas como foros públicos hoy día? ¿Necesitamos cánones de ética judicial 2.0, o nos sirven los 1.0? ¿Nos sirven los mecanismos civiles existentes para atender los reclamos de intimidad de personas agraviadas por conducta en línea, o hay que proponer nuevos? ¿Qué tipo de fuentes legales existen sobre la autenticación y la admisibilidad de la evidencia electrónica?

En un sentido, estas preguntas muy puntuales nos ayudan a adelantar nuestro conocimiento sobre las áreas bajo estudio. Por esto tienen un valor incalculable.

---

<sup>8</sup> Reglamento general de protección de datos (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

<sup>9</sup> *Id.* art. 25.

<sup>10</sup> Esta fue mi propuesta en Hiram Meléndez Juarbe, *La Constitución en ceros y unos: Un acercamiento digital al derecho a la intimidad y la seguridad pública*, *supra* nota 2, en las págs. 76-78.

En otro sentido tal vez más importante, los escritos abren paso a la anterior reflexión sobre la forma en que abordamos los llamados *vacíos jurídicos* cuando nos referimos a la relación entre el Derecho y las tecnologías de información.

En estos escritos las posibilidades de interacción social en la Internet son evaluadas tanto en sus dimensiones más enriquecedoras como en las más destructivas, sumergiéndonos en una madeja de conflictos generados por el entorno tecnológico. Por ejemplo, si bien una economía de información en redes puede resaltar la autonomía de las personas en tanto actores expresivos,<sup>11</sup> al mismo tiempo tiene el potencial de separarnos en burbujas auto contenidas en las que se menoscaban condiciones para el desarrollo de competencias necesarias para la interacción democrática y la convivencia.<sup>12</sup> Las preocupaciones presentadas por los ensayos de los estudiantes redactores Juan C. Escudero de Jesús, Gabriela Moros Luces y Gabriela Pérez Vélez sobre *fake news*, la libertad de expresión de jueces en cuanto a su conducta digital y el destierro digital por un funcionario público en una red social, respectivamente, se insertan en este intersticio creado por estas caras de la proverbial moneda. Asimismo, la verdad como posibilidad misma queda emplazada no sólo por la prevalencia (y recepción) de las noticias falsas sino también por las dificultades que la plasticidad de la tecnología digital presenta para el sistema de justicia y sus instituciones encargadas de alcanzar la verdad de los hechos. La ponencia del Hon. Luis Rivera Román, dictada en la presentación del nuevo libro de la Decana Vivian Neptune, *La Evidencia Electrónica*, está inmiscuida en esta problemática. Asimismo, las posibles infracciones a los derechos de reputación e intimidad son magnificadas en un entorno digital, por lo que el Lcdo. Victor Rodríguez Reyes considera el alcance de estas dinámicas a la luz de nuestras preocupaciones constitucionales ancladas en el derecho a la dignidad humana.

En estos escritos los autores no se enfrentan a vacíos según lo antes descrito. Encaran contextos repletos de valoración inmanente a los agregados tecnológicos que hacen posible nuestra interacción en redes. El reto, para aquellos que estudiamos la interacción entre el Derecho y la tecnología es, por tanto, asegurar que —cuando sea apropiado— estos entramados tecnológicos reflejen principios y políticas que esperamos ver también en otras esferas sociales. La preocupación no es tanto por los *vacíos*, sino por los *rellenos* morales y políticos que habitan la infraestructura de nuestra vida digitalmente interconectada.

---

<sup>11</sup> YOCHAI BENKLER, *THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOMS* (2006).

<sup>12</sup> CASS SUNSTEIN, *REPUBLIC.COM 2.0* (2009); Tim Wu, *Is the First Amendment Obsolete?*, KNIGHT FRIST AMENDMENT INSTITUTE (September 2017), <https://knightcolumbia.org/content/tim-wu-first-amendment-obsolete>.