

**MEMORIAL DIRIGIDO A LAS COMISIONES DE BANCA, ASUNTOS DEL
CONSUMIDOR Y CORPORACIONES PÚBLICAS; Y DE LO JURÍDICO PENAL
SENADO DE PUERTO RICO
SOBRE EL PROYECTO DEL SENADO NUM. 541**

**Prof. Hiram A. Meléndez Juarbe
Prof. Chloé S. Georas
Escuela de Derecho
Universidad de Puerto Rico
17 de abril de 2009**

PARA CREAR LEY DE NOTIFICACIÓN DE POLÍTICA DE PRIVACIDAD; Y
FACULTAR AL SECRETARIO DEL DEPARTAMENTO DE ASUNTOS DEL
CONSUMIDOR A ADOPTAR LOS REGLAMENTOS NECESARIOS PARA PONER
EN EJECUCIÓN DICHA LEY

Hon. Lornna J. Soto Villanueva
Presidenta
Comisión de Banca, Asuntos del Consumidor y Corporaciones Públicas

Hon. José E. González Velázquez
Presidente
Comisión de lo Jurídico Penal

Está sometido ante esta honorable Comisión el Proyecto del Senado Núm. 541 para crear la Ley de Notificación de Política Pública de Privacidad. Por entender que dicha medida es cónsona con los intereses públicos y constitucionales de las más alta jerarquía y, además, por entender que la misma no impone cargas indebidas al tráfico comercial, los suscribientes, profesores de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Cibernético de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto y miembros de la Clínica de Derecho Cibernético de la Escuela de Derecho, **la endosamos sujeto a las enmiendas que se detallan en la Parte C de este escrito para limitar su alcance a entidades comerciales.**¹

¹ La profesora Georas es actualmente profesora de Derecho Cibernético, Arte y Derecho y dirige, desde agosto de 2007, la Clínica de Derecho Cibernético de la UPR. El profesor Meléndez Juarbe dirigió la Clínica de Derecho Cibernético durante el año académico 2006-2007, enseña y ha enseñado Derecho Cibernético, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo y actualmente realiza estudios doctorales en New York University Law School en el campo de derecho de internet y derechos de autor. Ambos investigan, publican y ofrecen conferencias sobre temas relacionados a la intersección entre el derecho y tecnologías de información. Este memorial ha sido preparado sobre la base de años de investigación en estos temas. El escrito se beneficia además de investigaciones y memoriales por estudiantes de la Clínica de

TRASFONDO, EVALUACIÓN DEL PROBLEMA Y SUGERENCIAS

A. Trásfondo

En la tradición de liderato intelectual y profesional que caracteriza a la Escuela de Derecho de la UPR, su ofrecimiento curricular y práctico se ha expandido en los últimos años para atender los problemas jurídicos que se suscitan con el advenimiento de tecnologías de información. Con estos fines, y para ofrecer un componente clínico y de política pública, en el año 2006 se fundó la Clínica de Derecho Cibernético. Su misión institucional es doble:

- proveer a los estudiantes un espacio para desarrollar destrezas prácticas en el campo de Derecho y Tecnología mediante la consejería a clientes en el sector público y privado cuyas gestiones envuelvan relaciones jurídicas mediadas por sistemas de información;
- desarrollar aquellas herramientas analíticas que permitan formular propuestas concretas de política pública en diversas dimensiones del campo.

En marzo del año 2007 la Clínica presentó a la Comisión de Asuntos Federales y del Consumidor² un Anteproyecto (producto de un extenso proceso de deliberación y estudio por su estudiantado) para la creación de una Ley de Políticas de Privacidad. Aunque dicho borrador nunca se radicó y, por tanto, no se convirtió en Proyecto de Ley, nos enorgullece y place sobremanera que esta Comisión haya retomado las preocupaciones esbozadas en aquel anteproyecto y las haya hecho suyas. Porque el P. del S. 541 propone esencialmente las mismas recomendaciones de la Clínica, no presentamos objeción a su aprobación.

B. Evaluación del Problema y del Proyecto de Ley

La Exposición de Motivos del proyecto es elocuente en la descripción del problema relacionado con el control, recopilación y divulgación de aquella información personal con la que, en su agregado, se puede identificar a un individuo en específico.

La realidad es que 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

Como se ha señalado en otra parte:

Derecho Cibernético sobre los problemas considerados por el P. del S. 541, en particular las clases del 2006-2007 y 2007-2008.

² Presentada a su entonces Director Ejecutivo, el Lcdo. José Dávila Caballero. La Comisión era entonces presidida por el Hon. Orlando Parga.

³ Para un estudio a fondo de este problema, véase, 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), y fuentes allí citadas. Disponible en <http://elplandehiram.org/documentos/CerosyUnosRevJur.pdf>

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), 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).

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”).⁴

Aun cuando enfatizamos que el derecho individual al control de información privada es uno de naturaleza fundamental,⁵ y que protegerlo es de la esencia de un gobierno democrático,⁶ también reconocemos que una buena parte del tráfico comercial depende de poder utilizar esta información. El problema central es, sin embargo, su uso responsable. En muchos casos los consumidores no saben (1) que la información personal es recopilada; (2) que luego es almacenada en bancos de datos y utilizada para fines no relacionados con la transacción para la que fue provista y (3), más importante, no saben qué ocurre con la información o a quién se vende o transmite y para qué fines.

No obstante estas preocupaciones **el proyecto no aspira a regular el uso y recopilación de información privada por parte de entidades comerciales, salvo por unos parámetros mínimos básicos a ser establecidos por DACO.** Esa determinación debe hacerse tanto por el Tribunal Supremo en su ejercicio de revisión constitucional,⁷ así como por esta Asamblea Legislativa o alguna agencia del Ejecutivo, luego del estudio de rigor que tome en cuenta el balance de estos derechos con las necesidades de una economía ágil. **En este sentido, el proyecto aspira a proveer información al público sobre el tipo de prácticas en las que incurren las entidades que recopilan información privada, según definida en el proyecto. En esencia, el proyecto trata de proveer herramientas a los individuos para que puedan tomar decisiones informadas en torno a las entidades con las que van a entablar relaciones sin imponerle a las entidades que hacen negocio a través de las redes de información grandes limitaciones en la forma en que realizan sus transacciones comerciales.**

⁴ Meléndez Juarbe, *id.*, el la pág. 60

⁵ *Torres Ramos v. Policía*, 143 DPR 783, 798 (1997); *Arroyo v. Rattan Specialties*, 117 DPR 62 (1986); *Fulana de tal v. Demandado*, 138 DPR 623 (1995).

⁶ Meléndez Juarbe, *supra*, en las págs. 48-56.

⁷ Especialmente porque el derecho a la intimidad en Puerto Rico aplica entre personas privadas, por lo que el Tribunal Supremo puede requerir, como lo ha hecho antes, cierta conducta obligatoria para los comercios en aras de preservar la privacidad. Véase, por ejemplo, *Vega Rodríguez v. Telefónica de Puerto Rico*, 156 DPR 584 (2002).

Aunque en el futuro nos gustaría ver legislación más abarcadora, por el momento respaldamos este esfuerzo que da pasos cautelosos, pero importantes, en la dirección correcta.

Debemos enfatizar que el estado de California, mediante el Online Privacy Protection Act de 2003,⁸ también requiere que los operadores de servicios en Internet comerciales desplieguen de manera conspicua una política de privacidad con la información definida en esa ley.⁹ Asimismo, debemos notar que la magnitud de este problema ha movido a la Unión Europea a imponer a los Estados miembros ciertos principios sustantivos de prácticas sensatas de manejo de información “Fair Information Practices”.¹⁰ Estos principios no se ven reflejados en este proyecto de ley pues, como hemos señalado, se limita esencialmente a proveer información al ciudadano sobre políticas de privacidad.¹¹

También debemos señalar que aunque a nivel federal no existe legislación abarcadora que atienda estos problemas,¹² el Federal Trade Commission, ha asumido jurisdicción sobre *prácticas engañosas* de servicios en Internet que recopilan información privada de manera inconsistente con las políticas de privacidad que anuncian en sus páginas.¹³ Asimismo, un sinnúmero de estados supervisan el cumplimiento de los comercios con sus políticas de privacidad a través de las agencias estatales de protección de consumidor (como el DACO).¹⁴

En fin, si bien el problema de recopilación y divulgación no consentida de información privada es de crucial importancia social y constitucional y está siendo atendido por diferentes jurisdicciones, no existe un mecanismo legal en Puerto Rico que requiera a las entidades que recopilan dicha información a divulgar: (a) si información privada es en efecto recopilada; (b) qué tipo de información se recopila; (c) qué ocurre con la información una vez se recoge; y (d) si la misma es divulgada a otras personas privadas o gubernamentales y con qué propósitos.

⁸ Cal. Code Business and Professions. Secs. 22575-22579, <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=bpc&group=22001-23000&file=22575-22579>

⁹ “An operator of a commercial Web site or online service that collects personally identifiable information through the Internet about individual consumers residing in California who use or visit its commercial Web site or online service shall conspicuously post its privacy policy on its Web site, or in the case of an operator of an online service, make that policy available” *Supra*.

¹⁰ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, 1995 O.J. (L 281) 31, 50 *disponible en* <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=307229:cs&lang=en&list=307229:cs.&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=>

¹¹ Sobre la historia y contenido de los Fair Information Practices, véase Meléndez Juarbe, *supra*, en las notas al calce 82-83.

¹² Véase Hiram Meléndez Juarbe, *Privacy in Puerto Rico and the Madman's Plight: Decisions*, 9 GEORGETOWN J. GENDER & L. 1, 7 n.15 (2008) (describiendo el estado de derecho en la jurisdicción federal).

¹³ Véase *In Re: GeoCities*, 1999 FTC LEXIS 17 (Feb 5, 1999); *In Re Liberty Financial*, No. 9823522, 1999 FTC LEXIS 99 (May 6, 1999); *FTC v. Eli Lilly*, No. 012-3214; *In the Matter of Microsoft Corp.*, No. 012-3240; *In re Guess.com*, No. 022-3260.

¹⁴ Jeff Sobern, *Protecting Privacy with Deceptive Trade Practices Legislation*, 69 FORDHAM L. REV. 1305 (2001).

El P. del S. 541 provee un mecanismo para atender este vacío y presenta las siguientes virtudes:

Primero, exige a las entidades privadas establecer una política de privacidad que avise al público sobre sus prácticas de recopilación de información privada. Ello obliga a aquellas entidades que **actualmente no tienen política de privacidad** a establecer una, con unos criterios básicos mínimos, y colocarla de forma visible al consumidor. Aunque favoreceríamos legislación más abarcadora que regule directa y claramente la recopilación de datos en Puerto Rico, la obligación de proveer una política de privacidad, según propuesta por el Proyecto, no altera de manera sustancial las prácticas actuales de recopilación de datos por lo que no impone carga alguna al tráfico comercial.

Segundo, para evitar un potencial problema de interferencia con el Comercio Interestatal el proyecto se limita a aquellas entidades en Puerto Rico o que hagan negocios en Puerto Rico y que, además, recopilen información de residentes de Puerto Rico.

Tercero, para enfocar el problema mejor y apuntar hacia los sitios que tienen mayor contacto con el ciudadano, el proyecto excluye a los Internet Service Providers (ISP's).

Cuarto, al delegar a DACO la responsabilidad de definir ciertos prototipos de políticas de privacidad así como unos mínimos básicos para las políticas de privacidad aplicable, el proyecto abre el diseño de estos modelos al proceso de reglamentación de la Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme,¹⁵ en el cual la ciudadanía, grupos de interés y representantes de intereses comerciales podrán contribuir en la formación de las mismas.

Quinto, al brindar políticas de privacidad estándar –opcionales para las entidades privadas—los ciudadanos podrán **identificar adecuadamente aquellos servicios que tienen prácticas de información que se ajustan a sus preferencias personales.**

C. Enmiendas Sugeridas: Delimitación a entidades comerciales y el problema de libertad de expresión

Según redactado **el Proyecto es ambiguo en cuanto a las entidades cubiertas toda vez que no distingue entre entidades comerciales y no comerciales.** Aunque reconocemos que sería ideal que toda entidad (incluso páginas de Internet que no son comerciales) tengan una política de privacidad, también reconocemos que el foco del problema señalado radica en aquellas entidades que incurren en prácticas comerciales en y fuera del Internet y que recopilan información con propósitos relacionados a su gestión de negocios.

El riesgo de extender la cobertura de la ley a otras actividades no comerciales es que muchos operadores de páginas de Internet que activamente incurren en prácticas

¹⁵ Ley Núm. 170 del 12 de agosto de 1988, según enmendada (3 L.P.R.A. sec. 2101 et seq.)

expresivas (como, por ejemplo, blogs, foros de discusión, páginas meramente informativas sin fines de lucro, Wikipedia, entre otras) y que en ocasiones solicitan a sus usuarios alguna información mínima para ciertos fines (como, por ejemplo, registrarse con nombre y dirección electrónica para publicar comentarios), podrían estar sujetas a supervisión y sanciones gubernamentales impactando sustancial y seriamente su ejercicio del derecho a la libertad de expresión. En la mayoría de los casos, estas personas tienen recursos muy limitados (razón por la que recurren a medios de expresión económicos en Internet), por lo que la imposición de multas y sanciones (o tan siquiera el inicio de un proceso administrativo) tendrá el efecto probable de clausurar ese medio de expresión. Tampoco podemos ignorar la posibilidad de que personas privadas presenten querrelas administrativas en el DACO bajo esta ley como excusa para silenciar aquellas voces contrarias a sus puntos de vista.

Reiteramos nuestro compromiso por la protección del derecho a la intimidad. Pero al hacerlo, no podemos olvidar que el derecho a la intimidad debe considerarse a la par con el derecho a la libertad de expresión pues ambos son elementos esenciales para una democracia. En ese sentido, nos preocupa la idea de que una agencia gubernamental (por más bien intencionada que sea y sin prejuzgar la buena disposición del DACO o sus respetables funcionarios) tenga la facultad de emitir multas u órdenes de cese y desista a entidades que esencialmente se dedican a prácticas expresivas.

Afortunadamente este riesgo puede evitarse con una solución sencilla: limitar expresamente la extensión de la ley a entidades comerciales. Restringir la ley a entidades comerciales se justifica por tres razones específicas: (1) así se evita el riesgo a impactar incidentalmente la libertad de expresión de páginas de Internet no comerciales; (2) el foco del problema de recopilación de datos está en las entidades con fines de lucro y (3) la pericia del DACO y su jurisdicción tradicionalmente se concentra en las relaciones entre los consumidores y el comercio. **Enfatizamos, además, que es la misma estrategia seguida por la ley de California antes mencionada, la cual sólo aplica a páginas de Internet comerciales.**¹⁶

Las sugerencias específicas son las siguientes:

Deben enmendarse las definiciones 4 y 5 del Artículo 2 (Definiciones) relativas a “Operadores de Páginas” y “Persona que recopila Información personal” para precisar que se trata de entidades que incurrir en prácticas comerciales (el texto añadido se enfatiza en **subrayado y ennegrecido**).

- (4) “Operadores de páginas”- significa cualquier persona natural o jurídica residente o que haga negocios en o desde Puerto Rico que sea dueña y/u operadora de una página localizada en Internet o de cualquier servicio en línea **que se encuentre dirigido principalmente hacia la obtención de un beneficio mercantil o de remuneración monetaria y**

¹⁶ Véase *supra* nota al calce 9.

que por cualquier medio recopile y/o conserve información personal de usuarios residentes de Puerto Rico. Esta definición excluye a los proveedores de servicio de Internet que no sean dueños y/u operadores de las páginas en cuestión.

(5) “Persona que recopila información personal”- significa cualquier persona natural o jurídica **que incurra en actividades comerciales dirigidas principalmente hacia la obtención de un beneficio mercantil o de remuneración monetaria y** que, **en el curso de dichas actividades,** por cualquier medio recopile y/o conserve información personal de residentes de Puerto Rico.

Por las razones esbozadas, endosamos el P. del S. 541, sujeto a las recomendaciones esbozadas en esta Parte C, a la vez que expresamos nuestro deseo de que esta Asamblea Legislativa estudie más profundamente estos problemas para identificar soluciones de mayor alcance.