

Túlio Vianna (Brasil) *

El derecho a no ser registrado

“Recuerdo que en mi infancia, cuando querían fotografiar a alguien, siempre pedían permiso. Incluso a mí, los adultos me preguntaban: di, niña, ¿podemos tomar tu retrato? Después, un día nadie preguntó más nada. El derecho de la cámara fue puesto encima de todos los derechos, y desde ese día todo cambió, rigurosamente todo” (Milan Kundera).¹

1. Concepto

El registro es una técnica de ampliación de la memoria humana por medio de la recolección y el almacenamiento de información en bancos de datos. Cualquier tipo de información perceptible por los sentidos humanos puede ser registrada, pero las más comunes son los textos, imágenes, sonidos y videos.

El registro es corolario del monitoreo. Se monitoriza para registrar. Los sentidos son volátiles y, sin memoria, su utilización se restringiría al uso presente. El registro eterniza el momento monitorizado, permitiendo que los sentidos humanos puedan tener acceso a él en el futuro.

Los registros son públicos cuando han sido instituidos por ley y tienen por objeto toda información que el Estado considera de interés público, sea de orden civil (nacimiento, casamientos, decesos, etcétera), comercial (estatuto de las sociedades, nombre comercial, etcétera), patrimonial (inmóviles, derechos de autor, testamentos, etcétera), contable (para fines de tributación, etcétera), criminal (antecedentes, etcétera) o de cualquier otra especie.

* Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Paraná (UFPR) y máster en Derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG). Editor del sitio <www.tuliovianna.org>.

¹ Milan Kundera: *A inmortalidade*, p. 36. Todas las traducciones del portugués fueron hechas por el autor.

Los registros son privados cuando han sido instituidos por iniciativa de una persona física o jurídica de derecho privado. Serán patrimoniales o personales, de acuerdo con la naturaleza de las informaciones registradas.

Los registros personales, aunque hayan sido instituidos y dirigidos por una persona jurídica, pueden contener informaciones que la persona desea mantener como reservada. Es el caso de los registros médicos de hospitales y empresas de plan de salud (consultas, exámenes, internaciones, etcétera), bancarios (saldo, servicio de protección al crédito, etcétera), académicos de escuelas y universidades (notas, frecuencia, accesos a la biblioteca, etcétera), entre otros. Muchas empresas mantienen también detallados registros de los hábitos de consumo de sus clientes, sus historiales de compras.

2. Antecedentes

Los registros ya eran utilizados como instrumento de control social en la antigüedad. Desde el tiempo de los asirios, si no antes, los gobiernos estuvieron interesados en recolectar y almacenar información sobre los pueblos que controlaban.²

Las primeras tentativas de enumeración de individuos o de bienes comienzan con los grandes imperios de la antigüedad, cuyas estructuras administrativas eran fuertes: preocupados en administrar su imperio del mejor modo, los poderes centrales buscaron conocer mejor su extensión territorial y el número de sus súbditos. De ese modo, las civilizaciones egipcia, mesopotámica y china, como antes de ellas la civilización de los sumerios (5000 a 2000 a. C.), realizaban pesquisas censitarias de las cuales algunos trazos llegaron hasta nosotros. El objetivo de esos empadronamientos era, en primer término, responder a la necesidad de la administración del imperio: responder a las necesidades de mano de obra con vistas a la construcción de las grandes pirámides, responder a las preocupaciones fiscales, establecer las listas para la conscripción militar; mejorar la repartición de los habitantes sobre todo el territorio en orden a una mejor utilización de las tierras.³

En la Edad Media, después de la conquista normanda de 1066, el nuevo rey de Inglaterra determinó un gran relevamiento de tierras que, sin embargo, fue raramente consultado en los dos siglos que siguieron a su compilación.⁴

El Domesday Book fue un gran relevamiento de tierras de 1086, realizado por Guillermo el Conquistador para evaluar la extensión de la tierra y de los recursos en posesión de Inglaterra en aquel tiempo, así como la extensión de los impuestos que él podría percibir. La información recogida era manuscrita en dos libros enormes, en el espacio aproximado de un año.⁵

² Peter Burke: *Uma história social do conhecimento*, p. 110.

³ Oliver Martin: *Da estatística política à sociologia estatística: desenvolvimento e transformações da análise estatística da sociedade* (séculos XVII-XIX), pp. 14-15.

⁴ Burke: o. cit., p. 111.

⁵ “The Domesday Book is a great land survey from 1086, commissioned by William the Conqueror to assess the extent of the land and resources being owned in England at the time, and the

El registro como instrumento de gobierno no fue una exclusividad de Occidente. También en Oriente era hábito de muchos gobiernos llevar registros de la población. El Imperio Chino realizó censos en 1380 y en la década de 1390. El Imperio Otomano promovía censos de tierras a intervalos regulares para fines de cobranza de impuestos. En la India mughal había un interés oficial por datos estadísticos, amén de un elaborado sistema de inteligencia para fines de vigilancia.⁶

En la Edad Media, la Iglesia Católica impulsó el uso de los registros como instrumento de control social.

Es posible argumentar que la primera burocracia europea no fue secular sino eclesiástica. En el siglo XIII, el papa Inocencio III ya buscaba informaciones en los registros oficiales. En la Edad Media, según un historiador reciente de los registros escritos, las cancellerías reales eran más lentas que el papado en el desarrollo de técnicas escriturales para la administración. No sorprende. A fin de cuentas, la Iglesia Católica era una institución construida a escala más grandiosa que cualquier monarquía europea, con el clero prácticamente en posesión del monopolio de la alfabetización. [...] Después del Concilio de Trento, que concluyó sus deliberaciones en 1563, se determinó que los párrocos de la Iglesia Católica llevaran registros de los nacimientos, casamientos y muertes. Se esperaba que los obispos visitasen sus diócesis regularmente para comprobar su estado espiritual. Esas visitas episcopales, que antes eran esporádicas, pasaron a ser regulares después del Concilio, y generaron una masa de registros relativos al estado físico de las iglesias, el nivel educativo de los párrocos, el número de hermandades y moralidad del laicado.⁷

La Inquisición mantenía registros detallados de los interrogatorios de los sospechosos de herejía, con datos como edad, lugar de nacimiento, ocupación y creencias.⁸ Los tribunales seculares también llevaban archivos de sus procedimientos inquisitoriales, en los cuales constaba incluso la descripción de las sesiones de tortura.⁹

extent of the taxes he could raise. The information collected was recorded by hand in two huge books, in the space of around a year. William died before it was fully completed” (*The Domesday Book Online*, FAQ).

⁶ Burke: o. cit., p. 112.

⁷ *Ibidem*, p. 113.

⁸ Los registros de la inquisición en Brasil entre 1721 y 1802, del Archivo Eclesiástico de la Arquidiócesis de Mariana (AEAM en Minas Gerais son una muestra de que: “La declaración propiamente dicho era antecedido por la identificación del inquirido y el registro de algunos de sus datos (nombre, local de morada, ocupación, edad, situación civil y naturalidad) en el libro. En el transcurso de la declaración, el notario registraba con objetividad variada las denuncias dirigidas contra personas o grupos responsables de determinado crimen sugerido por el interrogatorio. Había una ordenación estandarizada en la anotación de los crímenes: se iniciaban por el nombre del acusado o alguna otra referencia (un esclavo de Fulano, un negro mina, hija de Mengano, etcétera), su condición y otros datos quizá existentes, seguidos de la descripción del crimen. Esa estructuración del discurso facilitaba no sólo la identificación personal de los denunciados, sino también la comparación con denuncias hechas por otras testigos sobre el mismo caso, en la fase de juicio” (Luciano Raposo de Figueiredo, A. Sousa y Ricardo Martins: *Segredos de Mariana: pesquisando a Inquisição mineira*, p. 4).

⁹ Una muestra de estos registros de torturas fue el procedimiento criminal realizado en Milán en 1630, conocido como *proceso de los untadores*, pues los reos eran acusados de untar las paredes de

La peste que asoló Italia como impacto particular en 1575 y 1630, y Londres en 1665, por ejemplo, fue uno de los estímulos para esa recolección. Había otras razones para el interés creciente por la demografía. A mediados del siglo XVII, en la República Holandesa, el abogado y estadista Ene de Witt ya utilizaba números relativos a la mortalidad para establecer un sistema de anualidades administrado por el gobierno. En Suecia, donde el gobierno tenía interés en estimular el crecimiento de la población con base en el principio de que “el número de personas es la mayor riqueza de un país”, se determinó en 1736 que el clero suministrase anualmente el número de nacimientos y muertes en sus parroquias, y en 1748 se realizó un censo nacional. Una propuesta de censo fue presentada al Parlamento Británico en 1753; su rechazo es revelador de las tendencias de opinión en la época, al igual que rechazo de la propuesta de 1758 sobre el registro compulsivo de nacimientos, casamientos y muertes. Desde fines del siglo XVIII, el censo nacional se volvió un evento regular en los países occidentales. En 1769 se realizó un censo de Dinamarca y de Noruega, así como también un censo de España, seguidos por los recién independientes Estados Unidos (1790), el Reino Unido (1801) y Francia (1806).¹⁰

La historia de los censos a menudo está marcada por objeciones del pueblo, que veía en el conteo y el registro de la población un poderoso instrumento que los gobernantes usarían para la cobranza de impuestos y el alistamiento militar.

Hubo oposición manifiesta al censo en Parma, en 1550, en Nápoles, en la década de 1590, y en Francia, en 1663, cuando se afirmaba que “contar familias y ganadería es esclavizar al pueblo” (*faire le dénombrement de familles et du bétail, c'est mettre le peuple dans une grande servitude*). Tales objeciones aún pudieron ser oídas en Inglaterra en el siglo XVIII. No sorprende, pues, que una de las primeras acciones de los primeros rebeldes haya sido incendiar los registros oficiales.¹¹

Las informaciones registradas en papel, sin embargo, tenían el inconveniente de que era difícil procesarlas. Para que un registro tuviese alguna utilidad, era preciso que fuese fácilmente localizable y, por tanto, era necesaria una rigurosa ordenación por alguno de los campos, ya fuera nombre, fecha de nacimiento o cualquier otra característica.

En registros muy grandes, la ordenación por un único campo podía hacer impracticable la consulta por cualquier otro campo. Basta pensar en lo que sería buscar el registro de alguien que haya nacido el 28 de febrero de 1928 en un conjunto de más de mil registros en tarjetas de cartón ordenadas alfabéticamente por nombre, para percibir que se trata de una tarea lenta y trabajosa.

la ciudad con un aceite ponzoñoso que habría diseminado la peste que mató a gran parte de la población local. Cf. Pietro Verri: *Observações sobre a tortura*.

¹⁰ Burke: o. cit., p. 125.

¹¹ *Ibidem*, p. 127.

2.1. *El procesamiento automático de la información*

La historia de los registros como instrumento de control social empezaría a cambiar con la invención de las primeras máquinas capaces de procesar información automáticamente.

[Hasta el final del siglo XIX] el empadronamiento decenal era poco más que un mero conteo de cabezas, sin ninguna información sobre las características de la población, tales como ocupación, educación y otros rasgos, pues el desafío computacional de contar y efectuar la tabulación cruzada de millones de americanos se veía sencillamente como un prodigio. Tal como se hacía en la época, el proceso de conteo manual demoraba varios años antes de llegar a los resultados finales.¹²

El joven ingeniero Herman Hollerith, que trabajaba en el EUA Census Bureau, desarrolló entonces una máquina con el objetivo de automatizar estas tareas rutinarias.

La idea de Hollerith era una tarjeta con orificios estandarizados, cada uno de los cuales significaba un trazo diferente: sexo, nacionalidad, ocupación y así sucesivamente. Las tarjetas serían introducidas en una “lectora”. Por medio de mecanismos de resorte fácilmente ajustables y mediante la rápida barradura eléctrica de la superficie perforada para la identificación de los orificios, sería posible “leer” las tarjetas a medida que pasasen por un alimentador mecánico. Enseguida, las tarjetas procesadas serían clasificadas en pilas, con base en una serie especificada de orificios. Millones de tarjetas podían ser clasificadas y reclasificadas. Cualquier trazo anhelado —genérico o específico— podía ser separado por medio de la simple clasificación y reclasificación de los orificios referentes a tales datos. La máquina sería capaz de producir el retrato de toda una población —o de seleccionar cualquier grupo dentro de cierta población—. En verdad, sería posible identificar una única persona entre millones, suponiendo que hubiese condiciones de perforar cantidad suficiente de orificios en la tarjeta y efectuar cuantas clasificaciones fuesen necesarias. Cada tarjeta perforada se convertía en depósito de informaciones, limitado apenas por el número de orificios. Era nada menos que el código de barras del siglo XIX para seres humanos. En 1884 se desarrolló un prototipo de la máquina. Después de conseguir unos pocos millares de dólares con un amigo alemán, Hollerith patentó y construyó el prototipo.¹³

La máquina de Hollerith fue una revolución, pues permitía el procesamiento de los datos con impresionante velocidad y precisión para los estándares de la época. En 1890 fue utilizada con enorme éxito en el censo estadounidense.

Mientras el empadronamiento de 1870 [de Estados Unidos] abarcaba apenas cinco características, con lo que redundaba en poco más que un mero conteo de personas, el nuevo censo [de 1890] incluía muchas más preguntas personales. De hecho, ahora, el ejército de censistas tenía condiciones para formular 235 preguntas, tales como idiomas hablados en el domicilio, número de hijos que residían con la familia y en otros lugares, nivel de escolaridad de cada miembro de la familia, país

¹² Edwin Black: *IBM e o Holocausto*, p. 21. Cf. también Christian Parenti: *The soft cage*, pp. 80-81.

¹³ Black: o. cit., pp. 21-22.

de origen, filiación religiosa y decenas de otras peculiaridades. De repente, el gobierno tenía condiciones de trazar el perfil de su propia población.¹⁴

En 1896, Hollerith fundó The Tabulating Machine Company, que más tarde sería rebautizada como International Business Machines (IBM), nombre con el cual se volvería internacionalmente notoria.¹⁵

2.2. El nazismo

La tecnología de procesamiento automático de registros personales mostró todo su potencial selectivo y excluyente cuando fue utilizada por Adolf Hitler en la Alemania nazi.

Es fácil notar que la identificación de los judíos de Alemania era una condición indispensable para la confiscación de sus efectos, el confinamiento en guetos, la deportación y, por fin, el exterminio, que más tarde serían practicados por los nazis.¹⁶

El proceso de identificación [de los judíos] comenzó en las primeras semanas del Tercer Reich, cuando, el 12 de abril de 1933, el régimen de Hitler anunció el empadronamiento de todos los alemanes. [...] Desde la Gran Guerra, las emigraciones y los desplazamientos de la población europea habían traído muchos más judíos para Alemania, sobre todo de Polonia. Nadie sabía cuántos eran, dónde moraban o cuál era su trabajo. Por encima de todo, nadie sabía su nombre.¹⁷

El uso de la tecnología de las tarjetas horadadas permitió que el empadronamiento alemán de 1933 identificase con precisión y rapidez a los judíos en la población alemana.

Con base en los datos obtenidos en el censo, en 1934 los nazis promulgaron la Ley para la Prevención de la Procreación con Enfermedad Genética,¹⁸ que, con base

¹⁴ *Ibidem*, p. 23.

¹⁵ *Ibidem*, p. 25.

¹⁶ *Ibidem*, p. 2.

¹⁷ *Ibidem*, p. 60. Cf. también Parenti: o. cit., p. 83.

¹⁸ “Conforme el artículo 1 de esta ley, podía ser esterilizado quien padeciese de una enfermedad hereditaria que, según la experiencia de la ciencia médica, era muy probable que pudiese transmitir a sus descendientes. En el apartado 2 de ese artículo 1 se consideraban como tales enfermedades hereditarias: el atraso mental congénito, la esquizofrenia, la locura circular (maniaco-depresiva), la epilepsia grave o Corea de Huntington (mal de San Vito), la ceguera grave, la sordera grave y el padecer una grave deformidad corporal. Según el apartado 3, también podía ser esterilizado quien padeciese de alcoholismo grave. La solicitud para la esterilización podía venir del propio afectado, pero en el caso de que éste fuese incapaz o menor, de su representante legal (artículo 2). También pudieron pedirla un empleado médico, o el director de un centro hospitalario, asilo o establecimiento penitenciario (artículo 3). La esterilización la decidía finalmente un Tribunal de Salud Hereditaria (*Erbgesundheitsgericht*) que se creaba por dicha ley, ascrito al juicio de primera instancia (*Amtsgericht*) de cada circunscripción judicial, y se llevaba a cabo por personal especializado, conforme los procedimientos médicos conocidos (en principio, quirúrgicos: extirpación de ovarios en mujeres, de ductos seminales en hombres; luego, por rayos X o con tratamientos medicamentosos)” (Francisco Muñoz Conde: *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo*, p. 174)

en la ideología del *valor económico del hombre*, determinaba las directrices sobre esterilización de individuos considerados insanos, retardados, epilépticos y maníaco-depresivos, entre otros. Posteriormente, la idea de esterilización de los físicamente indeseables se amplió para incluir a los socialmente indeseables, los llamados antisociales.¹⁹

La esterilización compulsiva afectaba sobre todo a los considerados inferiores en términos físicos y mentales, cualquiera fuese su raza o nacionalidad. Sin embargo, los criterios se aplicaban no sólo a grupos que exhibían genéricamente las características proscritas, sino, con el nuevo léxico del antisemitismo, a prácticamente todo judío en Alemania.²⁰

Más tarde, el criterio meramente religioso para la definición de quién debía ser considerado judío empezó a ser cuestionado por los nazis. Se creó entonces una pseudociencia de la raza²¹ que buscaba definir, desde la ascendencia de cada ciudadano alemán, la pureza de su sangre.

El 17 de mayo de 1939, Alemania fue calibrada por 750 000 censistas, sobre todo voluntarios. Prácticamente nadie pasó desapercibido en los 22 millones de domicilios, 3,5 millones de inmuebles rurales y 5,5 millones de tiendas y fábricas en el Gran Reich. Equipos de cinco a ocho censistas se esparcieron por todas las grandes ciudades, como Berlín, Fráncfort, Hamburgo y Viena. Ciudades y villas

¹⁹ “Esta ley no permitía directamente su aplicación a los asociales como tales, salvo que se diesen en ellos algunos de los casos de enfermedad hereditaria. No obstante, como enseguida veremos, la propia ambigüedad de algunos de estos casos (retardo mental congénito, alcoholismo grave) y la creciente presión de destacados dirigentes de la Gestapo y de la SS, así como de algunos prominentes científicos y criminólogos del *establishment* académico, pronto hicieron que se propusiese esta posibilidad, dentro de la propia ley o incluso además de ella, a través de una aplicación analógica “conforme a los sentimientos del pueblo alemán”, o simplemente sin cobertura legal alguna. Es por eso lógico pensar que en la práctica luego se recurriese a aplicar las medidas de esterilización previstas en la ley de 1933 también a los asociales, aun cuando fuese con la cobertura más o menos hipócrita de los supuestos previstos en dicha ley” (Muñoz Conde: o. cit., pp. 174-175). Un ejemplo bastante ilustrativo de la colaboración de la criminología académica con el régimen nazista se halla en la conclusión de un artículo de Edmund Mezger: “Además los asociales no deben reducirse a los criminales, pues no todo asocial necesita ser o llegar a ser un criminal. No tenemos reparos en insistir que aquí es donde propiamente comienzan las cuestiones más interesantes de nuestro ámbito. ¿A qué clase de personas se refieren los nueve casos de enfermedades hereditarias mencionados en los apartados 2, n.ºs 1-8, y 3 del artículo 1? ¿A los asociales o, prescindiendo de su enfermedad, las personas socialmente valiosas, quizá incluso aquí y allí alguna de nivel superior a la media? A larga no nos podremos substraer a esta cuestión, por más que en principio quede fuera de los fines de la ley. Desde luego, hoy podemos dar ya por sentado que los asociales en su mayor parte estarán comprendidos en el ámbito de la debilidad mental (artículo 1, apartado 2, n.º 1) y del alcoholismo grave (artículo 1.º, apartado 3)” (Edmund Mezger: *Até que ponto estão incluídos os associais nas medidas esterilizadoras?*, p. 210).

²⁰ Black: o. cit., p. 109.

²¹ La “ciencia de la raza” consagró una concepción de raza de los judíos que remonta al siglo XIX: “El concepto de *raza* dio coherencia a las diversas líneas evolutivas de antisemitismo que intentaron establecer el lugar de los judíos en el panorama social y político de la Alemania del siglo XIX, y también

fueron divididas en distritos de treinta casas cada una, con un censista para cada distrito. Cerca de 80 millones de ciudadanos en el Gran Reich —Alemania, Austria, la región de los Sudetes y el Sarre— serían clasificados según sus ancestros. El mundo tenía pocas dudas de que el censo nacional de mayo de 1939 era de naturaleza racial. La cobertura del *New York Times* sobre el gigantesco proyecto dejaba claro que el empadronamiento “suministrará informaciones detalladas sobre la ascendencia, la creencia religiosa y los efectos materiales de todos los residentes. Los formularios dispondrán de campos especiales donde cada persona deberá declarar si es de puro linaje ario. También será preciso informar la situación de cada uno de las abuelas, que será debidamente comprobada en caso de cuestionamiento”.²²

En mayo de 1939, por cierto, todos los *judíos practicantes* ya estaban registrados y el nuevo censo tenía por finalidad identificar a los llamados *judíos raciales* en Alemania y los judíos de cualquier definición en los nuevos territorios del Reich. Alemania ya se preparaba para una guerra total y era preciso también determinar exactamente dónde movilizar recursos. “El empadronamiento era vital para la guerra de dos frentes de Hilter, una contra los judíos y a otra contra toda Europa.”

Alemania invadió Polonia el 1.º de septiembre de 1939, dando inicio a la Segunda Guerra Mundial, y ya el 28 de octubre de 1939 realizó el conteo del pueblo judío de Varsovia.

Los resultados salieron con velocidad casi mágica. En poco más de 48 horas todos los formularios habían sido procesados. El 31 de octubre, Czerniakow fue informado de que había unos 360 000 judíos en Varsovia. El número exacto era 359 827 y revelaba las dimensiones exactas de la comunidad: judíos de hasta 15 años, 46 172 hombres y 45 439 mujeres; judíos de 16 a 59 años, 104 273 hombres y 131 784 mujeres; judíos de 60 años y más, 13 325 hombres y 16 933 mujeres; indeterminado, apenas 537 hombres y 1364 mujeres. Empleados, 155.825. Desempleados, incluidos niños e inválidos, 204 002. Artesanos, 73 435. Los alemanes hasta sabían que muchos artesanos judíos ejercían la profesión sin licencia, comparando los resultados del censo con la efectiva cantidad de licencias de artesanía emitidas por las autoridades locales.²³

Con la invasión de Holanda en mayo de 1940 y de Francia un mes después, Alemania dominó gran parte de Europa y en toda ella buscó identificar a los judíos a través de empadronamientos.

puede ser visto como ápice ideológico de una línea de argumentación utilizada por los antisemitas contra la emancipación de los judíos. A través de ese concepto, los antisemitas proclamaron la naturaleza de los judíos como inmutable, superponiéndose a la concepción liberal, que los consideraba corregibles y redimibles. Las argumentaciones de la *Bildung* eran poderosas; ahora se lanzaba una réplica de igual intensidad. Incluso cuando admitían como válidas las visiones racionalista, humanista y universalista del Iluminismo, los antisemitas argumentaban que, debido a la naturaleza particular de los judíos, ellas no les correspondían. Poco antes de la emancipación, en respuesta al libro de Dohm, surgieron argumentos con nociones que presentaban el carácter ‘innato’ de los judíos. Esas nociones esencialistas sobre los judíos empezaron a adoptar el vocabulario y la base conceptual de ‘raza’ desde 1840” (Daniel Jonah Goldhagen: *Os carrascos voluntários de Hitler*, p. 77).

²² Black: o. cit., p. 214.

²³ *Ibidem*, p. 237.

El 10 de enero de 1941, el secretario de Estado nazi, Friedrich Wimmer, promulgó el importante decreto V06/41, el cual exigía que todos los judíos, holandeses y extranjeros, se registrasen en la Oficina de Empadronamiento local. El plazo de Wimmer era de cuatro semanas para los residentes fuera de Ámsterdam y de diez semanas para los residentes en Ámsterdam. Desde el censo de 1930, las oficinas de empadronamiento holandesas ya estaban completamente automatizadas con sistemas Hollerith. Al comparar los registros de judíos con los casilleros ya existentes sobre la población total, basados en las tarjetas de identidad de Lentz, las autoridades eran capaces de identificar a cualquier judío que hubiese dejado de inscribirse.²⁴

La tecnología Hollerith posibilitó una rápida y eficiente identificación de los judíos en Holanda.

Diez días después de la conclusión del empadronamiento estatuido por el decreto V06/41, las autoridades nazis exigieron que todos los judíos usasen la estrella judaica. [...] Pero no sería la exhibición exterior de la insignia de seis puntas de oro usada en el pecho, para que todos la viesen en las calles, sino las 80 columnas perforadas y procesadas en las instalaciones Hollerith, las que marcarían a los judíos en Holanda para ser deportados a campos de concentración.²⁵

En Francia, el empadronamiento no tuvo el mismo éxito. La automatización por tarjetas perforadas era una tecnología aún incipiente y su infraestructura era incapaz de aguantar la serie compacta de programas impuestos por Berlín.

Francia carecía de tradición en empadronamientos que identificaran datos sobre la religión. Henry Bunle, jefe de la Oficina Estadística General de Francia, explicó a colaboradores de Vichy, el 4 de marzo de 1941: “La Oficina Estadística General de Francia no tiene condiciones de rectificar los números disponibles, pues el último censo religioso en nuestro país fue realizado en 1872. Desde esa fecha, los cuestionarios oficiales usados en los conteos nunca incluyeron preguntas sobre las religiones de los individuos”. Después, el 12 de abril de 1941, informó a la recién constituida Comisión General para Cuestiones Judaicas (CGQJ): “Francia es, en realidad, el único país de Europa, o casi, donde se ignora el número de judíos en la población, para no mencionar estadísticas referentes a la edad, la nacionalidad, la afiliación profesional, etcétera”. Era común proclamar que nadie de hecho sabía cuántos judíos moraban en Francia o en París.²⁶

La importancia de los registros como instrumento de selección se vuelve clara cuando se comparan los datos de exterminio de los judíos de Holanda, que disponía de una infraestructura bien establecida de holleriths, y de Francia, cuya base de tarjetas perforadas estaba en completo desorden.

De una estimativa de 140 000 judíos holandeses, más de 107 000 fueron deportados, de los cuales 102 000 resultaron asesinados —tasa de mortalidad de aproximadamente 73%—. De una estimativa de 300 000 a 350 000 judíos residentes en Francia, en ambas las zonas, cerca de 85 000 fueron deportados —de los cuales

²⁴ *Ibidem*, p. 398.

²⁵ *Ibidem*, p. 406.

²⁶ *Ibidem*, pp. 406-407.

sobrevivieron menos de 3000. La tasa de mortalidad en Francia fue de más o menos 25%.²⁷

En 1942, el exterminio de judíos se volvió práctica generalizada en lo sería conocido como *la solución final*.²⁸ La tecnología de los registros por medio de tarjetas perforadas permitió una de las mayores masacres de un pueblo en la historia.

Los códigos, compilaciones y clasificaciones de las Holleriths permitieron que los nazis emprendiesen un salto sin precedentes, desde la destrucción individual hacia algo en mucho mayor escala. No más se trataba de nociones vagas como *destrucción* y *eliminación* blandidas de manera ambigua en discursos y decretos. Desde 1942, el nuevo término nazi, proferido explícitamente en los diarios, era *exterminio*. El contexto, comentado en Europa y ampliamente divulgado por los medios de comunicación, siempre denotaba un único objetivo: asesinato en masa. El exterminio sistemático y coordinado proporcionó una solución inimaginable para el problema de los judíos en Europa. Esa última fase quedó conocida como *Endlösung*. En alemán, el término contenía un significado singular: *la solución final*.²⁹

La historia del Holocausto muestra la potencialidad selectiva y excluyente de los bancos de datos informatizados y recomienda estudios jurídicos en el sentido de limitar la recolección y el acopio de información personal, sea por el Estado o por instituciones privadas.

²⁷ *Ibidem*, p. 428.

²⁸ “Al final del siglo XIX estaba extremadamente diseminada en la sociedad alemana la visión según la cual los judíos representaban un peligro extremo para Alemania, la fuente de su perniciosidad era inmutable —esto es, su raza— y la consecuente creencia en la necesidad de eliminar a los judíos del país. La tendencia a considerar y proponer la más radical forma de eliminación —o sea, el exterminio— ya era poderosa y muchas voces la expresaban. La sociedad alemana continuaba siendo completamente antisemita, como lo había sido en el comienzo del siglo XIX, aunque la naturaleza transformada y modernizada del antisemitismo racial presentase soluciones más amplias, radicales y hasta incluso mortales para el persistente ‘problema judío’. Con la llegada del siglo XX, las semillas del antisemitismo nazi y de las políticas nazis antijudaicas ya estaban bien plantadas, habían germinado y empezaban a florecer. El antisemitismo encontró medios de expresión principalmente a través de la conversación pública y de acciones individuales discriminatorias, además de la intensa actividad política. Aun siendo poderoso y potencialmente violento, dejó de irrumpir durante ese período en la forma de violencia orquestada y sustancial debido a la ausencia de condiciones para transformarlo en programa de asalto físico; el Estado no permitiría la eclosión de una acción social colectiva de ese tipo. El Reich de los Guillemos no toleraría la violencia organizada que los antisemitas venían proponiendo hacia tiempo. Sin movilización política, el antisemitismo significaría para los judíos un dato de la cultura y la política alemanas extremadamente desagradable, que resultaría en continuados ataques verbales, discriminación social e incansables daños psicológicos, pero no una amenaza su seguridad física” (Goldhagen: o. cit., pp. 83-84).

²⁹ Black: o. cit., p. 481.

3. Privacidad

La historia de la automatización de los registros mostró ya en sus orígenes su potencial selectivo y excluyente. Los nazis probaron al mundo que simples informaciones personales de conocimiento común para el círculo de amistades, reunidas en un banco de datos unificado, pueden representar la diferencia entre la inclusión y la exclusión en una sociedad fundada en mecanismos automatizados de selección estadística.

En este contexto, surge una necesidad histórica de tutelar un nuevo derecho fundamental de la persona humana: el derecho a no ser registrado, entendido como protección del ciudadano contra la obligatoriedad de registros —estatales o no— que extrapolen el límite estrictamente necesario para la administración pública. No tiene por qué el Estado mantener registros sobre etnia, religión, orientación sexual, posiciones políticas y tantas otras informaciones que posibiliten discriminaciones. Mucho menos, una empresa privada.

El derecho a no ser registrado, sin embargo, no fue reconocido autónomamente por los ordenamientos jurídicos, que en general lo infieren del derecho más amplio a la vida privada consagrado en los tratados internacionales de derechos humanos que surgieron en lo posguerra.³⁰

Es importante notar, sin embargo, que el derecho a la privacidad implica la tutela de una tríada de intereses jurídicos bastante definidos: el derecho a no ser monitorizado, el derecho a no ser registrado y el derecho a no ser reconocido, esto es, a no tener registros personales publicados.

Esta concepción aquí propuesta puede ser mejor comprendida si se analiza la historia del surgimiento del derecho a la privacidad, que tuvo como primer fundamento una garantía de la Magna Carta (1215):

Ningún hombre libre será detenido o preso, ni privado de sus efectos (*disseisiatur*), desterrado (*utlagetur*) o exiliado, o de algún modo dañado (*destruatur*), ni actuaremos o mandaremos actuar en contra de él, sino mediante un juicio legal de sus pares o según la ley de la tierra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*).³¹

Con base en este dispositivo de la Magna Carta, en 1604, en el juicio del célebre caso *Semayne*, lord Coke decidió:

³⁰ Cf. artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), artículo 8.º de la Convención Europea de Derechos Humanos (1950), artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) y artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

³¹ Fábio Konder Comparato: *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 81. En el original: “Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre” (Magna Carta).

La casa de quienquiera que sea es a él su castillo y fortaleza, tanto para su defensa contra la injuria y la violencia, cuanto para su reposo.³²

Este derecho a la inviolabilidad del domicilio en el Common Law fue también, a su modo, el reconocimiento de un derecho a no ser monitorizado, por lo menos en los límites de su residencia. El fundamento de esta garantía era el derecho de propiedad, según se puede notar en el discurso de lord Chatam en el Parlamento Británico, en 1776, cuando se discutían las órdenes de arresto:

El hombre más pobre puede, en su casa, desafiar todas las fuerzas de la Corona. Esa casa puede ser débil: su tejado puede moverse, el viento puede soplar en su interior, la tempestad puede entrar, la lluvia puede entrar, pero el Rey de Inglaterra no puede entrar; sus ejércitos no se atreverán a cruzar el umbral de la ruinosa morada.³³

La tutela del derecho de no ser monitorizado permaneció, así, dependiente de la del derecho de propiedad y de la garantía a la inviolabilidad del domicilio hasta el final del siglo XIX, cuando la popularización de los registros de control mediante máquinas fotográficas y su posterior publicación en la prensa acabó llamando la atención de los juristas sobre la necesidad de un derecho autónomo que protegiese a las personas de una exposición pública no deseada.

3.1. *La invención de la privacidad*

En 1890, Warren y Brandeis publicaron en la revista de la Facultad de Derecho de Harvard un artículo que logró inmensa repercusión: “Right to Privacy” (“El derecho a la privacidad”).³⁴

Antaño, la ley solamente encontraba remedio para la interferencia física en la vida y en la propiedad, para violaciones *vi et armis*. Entonces, el *derecho a la vida* servía solamente para proteger al individuo de la violencia en sus diversas formas; libertad significaba la liberación de una represión verdadera; y el derecho a la propiedad aseguraba al individuo sus tierras y sus reses. Más tarde vino el reconocimiento de la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos y de su intelecto. Poco después el alcance de estos derechos se extendió, y ahora el derecho a la vida significa el derecho de disfrutar la vida; el derecho a ser dejado solo, el derecho a la libertad asegura el ejercicio de los vastos privilegios civiles, y el término *propiedad*

³² “[...] the house of any one is to him as his Castle and Fortress as well for defence against injury and violence, as for his repose” (Edward Coke: *Semayne’s Case*, p. 137).

³³ “The poorest man may in his cottage bid defiance to all the force of the Crown. It may be frail – its roof may shake – the wind may blow through it – the storm may enter, the rain may enter – but the King of England cannot enter – all his force dares not cross the threshold of the ruined tenement!” [359 U.S. 360, 379]. Cf. también José Adércio Leite Sampaio: *Direito à intimidade e à vida privada*, p. 35, e René Ariel Dotti: *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 44.

³⁴ Sampaio: o. cit., pp. 57-61. Dotti: o. cit., p. 52.

evolucionó para abarcar todas las formas de posesión intangibles, así como las reales.³⁵

La privacidad fue concebida por los autores desde la noción del juez Cooley, que la entendió cómo el *derecho de ser dejado solo* (*right to be let alone*).³⁶

La prensa está sobrepasando en todas las direcciones los límites obvios del decoro y de la decencia. El chisme no es ya la fuente del ocio y del vicio, pero se volvió una mercancía que es perseguida con esfuerzo y también con descaro. Para satisfacer un gusto aguzado, los detalles de relaciones sexuales son estampados en las columnas de los diarios. Para ocupar a los indolentes se rellenan, columna tras columna, de chismes ociosos que solamente pueden ser obtenidos por la intromisión en el círculo doméstico.³⁷

En su condición de pioneros, los autores acabaron abarcando con un único nombre —derecho a la privacidad— una tríada de derechos: el derecho a no ser monitorizado, a no ser registrado (por lo general, fotografiado) y a no ser reconocido (en la época, principalmente, en diarios). Sin embargo, de esta indefinición de conceptos que de cierta forma permanece hasta la actualidad, Warren y Brandeis tienen el gran mérito de haber proclamado la autonomía del derecho a la privacidad respecto al derecho a la propiedad, sea ésta material (como en la inviolabilidad de domicilio) o inmaterial (como en la protección de derechos de autor).

La existencia de los derechos no depende de la naturaleza o el valor del pensamiento o la emoción, ni de la excelencia de los medios de expresión. La misma protección es concedida a una carta casual o a un diario, al poema o la redacción más valiosos o a un borrador, a un croquis o a una obra de arte. En cada un de los casos, el individuo debe decidir cuáles de sus cosas deben ser dadas a publicidad. Nadie más tiene el derecho de publicar sus producciones, de la manera que sea, sin su consentimiento manifiesto. Este derecho es completamente independiente del material o de los medios sobre los que el pensamiento, el sentimiento o la emoción se expresan.³⁸

Warren y Brandeis, impresionados por los abusos de publicación en los diarios de fotografías no autorizadas, subrayaron la tutela del derecho a la no publicación de registros personales. Sus conclusiones dejan clara la idea de que se trata de un texto en defensa del derecho a no ser reconocido:

Primero: El derecho a la privacidad no prohíbe cualquier publicación de un asunto que sea de interés público y general. [...] Segundo: El derecho a la privacidad no prohíbe la comunicación de cualquier asunto, aunque sea de naturaleza privada, cuando la publicación se hace en circunstancias que la tornarían una comunicación secreta de acuerdo con la ley de difamación y calumnia. [...] Tercero: La ley probablemente no concedería ninguna compensación para la invasión de la

³⁵ Samuel Warren y Louis D. Brandeis: *O direito à privacidade*, p. 136. Samuel Warren y Louis D. Brandeis: *The right to privacy*, p. 1.

³⁶ Warren y Brandeis: *O direito...*, p. 138. Warren y Brandeis: *The right...*, p. 2.

³⁷ Warren y Brandeis: *O direito...*, p. 139. Warren y Brandeis: *The right...*, p. 2.

³⁸ Warren y Brandeis: *O direito...*, p. 143. Warren y Brandeis: *The right...*, p. 4.

privacidad por publicación oral en ausencia de daño especial. [...] Cuarto: El derecho a la privacidad cesa en la publicación de los hechos por el individuo, o con su consentimiento. [...] Quinto: La verdad del asunto publicado no comporta defensa. [...] Sexto: La ausencia de “malicia” del publicador no comporta defensa.³⁹

Pese a que la amplitud del concepto de privacidad de Warren y Brandeis es bastante limitada, se ve claramente que los autores postulaban su autonomía no sólo respecto del derecho a la propiedad, sino también respecto de los delitos contra el honor.

Estas consideraciones llevaron a la conclusión de que la protección garantizaba los pensamientos, sentimientos y emociones, expresados por intermedio de la escritura o de las artes, en la medida en que evitar la publicidad es meramente una instancia del más común derecho del individuo a ser dejado solo. Es como el derecho a no ser robado o golpeado, el derecho a no ser apresado, el derecho a no ser maliciosamente procesado, el derecho a no ser difamado. En cada uno de estos derechos, así como en los otros derechos reconocidos jurídicamente, se hereda la calidad de ser reconocido o tener haberes —y [...] puede haber méritos en referirse a aquellos derechos como de propiedad—. Pero, obviamente, tienen poca semejanza con lo que es ordinariamente comprendido por aquel término. El principio que protege los textos personales y todas las otras producciones personales, no contra el robo o la apropiación física, sino contra cualquier forma de publicación, es, en realidad, no el principio de la propiedad privada, sino de la inviolabilidad personal.⁴⁰

La concepción de un derecho a la privacidad autónomo del derecho a la propiedad, aunque estrictamente relacionado con el derecho a la no publicación de registros personales, fue un hito doctrinario en el derecho estadounidense, pero serían las decisiones de la Suprema Corte de Estados Unidos las que trazarían los límites de la nueva garantía.

En 1928, la Suprema Corte estadounidense decidió, en el caso *Olmstead v. United States*, que la práctica de interceptaciones telefónicas no era ilegal, con el argumento de que sólo las “búsquedas” que implicasen “invasiones físicas” del domicilio y la “aprehensión” de efectos tangibles se hallaban sujetas a las disposiciones de la Cuarta Enmienda⁴¹ de la Constitución.⁴² En esa ocasión, el ahora juez Brandeis, que había publicado el célebre artículo en coautoría con Warren 38 años antes, fundamentó su voto divergente de la posición mayoritaria:

Además, “en la aplicación de la Constitución, nuestro pensamiento debe ser dirigido no sólo para lo que ha sido, sino para lo que puede ser”. El progreso de la

³⁹ Warren y Brandeis: *O direito...*, p. 166-171. Warren y Brandeis: *The right...*, p. 10-12.

⁴⁰ Warren y Brandeis: *O direito...*, p. 152-153. Warren y Brandeis: *The right...*, p. 6.

⁴¹ “Enmienda IV. El derecho del pueblo a la inviolabilidad de sus personas, casas, papeles y contra la persecución y aprehensión arbitrarias no podrá ser infringido, y ningún mandato se expedirá sino mediante indicios de culpabilidad confirmados por juramento o declaración, y particularmente con la descripción del lugar de la búsqueda y la indicación de las personas o cosas a ser aprehendidas” (Constitución de los Estados Unidos da América)

⁴² Sampaio: o. cit., pp. 68-69.

ciencia en suministrar al gobierno medios de espionaje no parece agotarse en grabaciones telefónicas. En pocos días se pueden desarrollar medios por los cuales el gobierno, sin remover documentos de cajones secretos, pueda reproducirlos en el tribunal, y con ellos estará habilitado para exponer al jurado las más íntimas ocurrencias de un hogar. Los avances de las ciencias psíquicas y sus correlatos pueden suministrar medios para explorar convicciones, pensamientos y emociones íntimas. “Aquellos espacios de libertad de todo hombre en las manos de cualquier simple policía”, como ha dicho James Otis, es mucho menos intrusivo que eso. 1. Para Lord Camden, una intrusión muy menor que ésta pareció “subversiva de todo el bienestar de la sociedad”. 2. ¿Será qué la Constitución no ofrece protección contra invasiones de la seguridad individual?⁴³

La mayoría de sus colegas, sin embargo, respondió afirmativamente al dilema propuesto por él y Warren al final de su famoso artículo:

El Common Law siempre reconoció el hogar de un hombre como su castillo, inconquistable, frecuentemente hasta incluso para los propios oficiales asignados a la ejecución de los intentos. ¿Los tribunales cerrarán la entrada a las autoridades constituidas y echarán abajo la puerta del fondo para la curiosidad inútil y promiscua?⁴⁴

Habría que esperar hasta 1967, con el juicio del caso *Katz v. United States*, para que la Suprema Corte estadounidense alterara su entendimiento y pasara a considerar las grabaciones telefónicas como pruebas ilícitas, en las hipótesis en que hubiese intención del interlocutor de mantener el asunto en foro reservado.⁴⁵ En la ocasión, así se manifestó el juez Harlan:

Conforme la decisión del tribunal estadual, “la Cuarta Enmienda protege personas, no lugares”. La cuestión, mientras tanto, es qué protección ofrece a las personas. Generalmente, como aquí, la respuesta para esta cuestión requiere la referencia al “lugar”. Mi entendimiento de esta norma que emergió de decisiones anteriores es que hay un doble requisito: primero, que la persona tenga una expectativa actual (subjettiva) de privacidad y, segundo, que la expectativa sea tal que la sociedad esté lista para reconocerla como “razonable”. Así, el hogar del hombre es, para este propósito, un lugar donde él espera privacidad, pero los bienes, las actividades o las declaraciones que él expone [...] no están “protegidos” porque no hay intención

⁴³ “Moreover, ‘in the application of a Constitution, our contemplation cannot be only of what has been, but of what may be.’ The progress of science in furnishing the government with means of espionage is not likely to stop with wire tapping. Ways may some day be developed by which the government, without removing papers from secret drawers, can reproduce them in court, and by which it will be enabled to expose to a jury the most intimate occurrences of the home. Advances in the psychic and related sciences may bring means of exploring unexpressed beliefs, thoughts and emotions. ‘That places the liberty of every man in the hands of every petty officer’ was said by James Otis of much lesser intrusions than these. 1 To Lord Camden a far slighter intrusion seemed ‘subversive of all the comforts of society.’ 2 Can it be that the Constitution affords no protection against such invasions of individual security?” (Suprema Corte de los Estados Unidos: *Olmstead v. United States*).

⁴⁴ Warren y Brandeis: *O direito...*, p. 173. Warren y Brandeis: *The right...*, p. 13.

⁴⁵ Sampaio: o. cit., p. 102.

de mantener para sí mismo lo que fue expuesto. Por otro lado, conversaciones al aire libre no estarían protegidas contra escuchas por cuanto la expectativa de aislamiento, dadas las circunstancias, no sería razonable.⁴⁶

Las discusiones sobre el derecho a la privacidad en los casos *Olmstead* y *Katz* ignoraron completamente la propuesta de un derecho a la privacidad autónomo del derecho a la propiedad y se limitaron a una argumentación analógica en torno de la inviolabilidad del domicilio. El derecho a la privacidad, una vez más, era concebido como mero derecho a no ser monitorizado, y la cuestión del registro de las grabaciones quedaba completamente oscurecida.

Dos años después de rever el entendimiento en cuanto a las grabaciones telefónicas, la Suprema Corte estadounidense laudó el caso *Stanley v. Georgia*,⁴⁷ que también se volvería paradigmático. La policía de Georgia realizó una búsqueda, debidamente autorizada por orden judicial, en la residencia de Stanley, sospechoso de levantar apuestas, y encontró en su cuarto algunas películas “obscenas”, hasta entonces prohibidas por la ley del estado. Stanley fue condenado y recurrió a la Suprema Corte alegando que la ley estadual era inconstitucional por contradecir la Primera Enmienda.⁴⁸ La Suprema Corte decidió entonces:

Si la Primera Enmienda significa algo, significa que el Estado no tiene ningún interés en decirle a un hombre que está sentado solo en su propia casa qué libros puede leer o que películas puede ver. Toda nuestra herencia constitucional se resiste a la idea de dar al gobierno el poder de controlar la mente de los hombres. Y aun ante estas nociones tradicionales de libertad individual, Georgia afirma el derecho de protección de la mente individual contra los efectos de la obscenidad. No tenemos claro que esta cantidad de argumentos sirva más que para afirmar que el Estado tiene el derecho de controlar el contenido moral de los pensamientos de la persona.⁴⁹

⁴⁶ “As the Court’s opinion states, ‘the Fourth Amendment protects people, not places.’ The question, however, is what protection it affords to those people. Generally, as here, the answer to that question requires reference to a ‘place.’ My understanding of the rule that has emerged from prior decisions is that there is a twofold requirement, first that a person have exhibited an actual (subjective) expectation of privacy and, second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as ‘reasonable.’ Thus a man’s home is, for most purposes, a place where he expects privacy, but objects, activities, or statements that he exposes to the ‘plain view’ of outsiders are not ‘protected’ because no intention to keep them to himself has been exhibited. On the other hand, conversations in the open would not be protected against being overheard, for the expectation of privacy under the circumstances would be unreasonable” (Suprema Corte de los Estados Unidos: *Katz v. United States*).

⁴⁷ Sampaio: o. cit., p. 100.

⁴⁸ “I Enmienda. El Congreso no legislará en el sentido de establecer una religión, ni prohibiendo el libre ejercicio de los cultos, ni cercenando la libertad de palabra o de prensa, ni el derecho del pueblo de reunirse pacíficamente y de dirigir al Gobierno peticiones para la reparación de sus agravios” (Constitución de los Estados Unidos de América).

⁴⁹ “If the First Amendment means anything, it means that a State has no business telling a man, sitting alone in his own house, what books he may read or what films he may watch. Our whole constitutional heritage rebels at the thought of giving government the power to control men’s minds. And yet, in the face of these traditional notions of individual liberty, Georgia asserts the right to protect

En rigor, en este caso no se discutió el derecho a la privacidad, sino sólo el derecho a la libertad individual frente a las injerencias estatales. Lo que se cuestionaba no era la validez de la monitorización de la residencia de Stanley, que había sido legalmente autorizada por una orden judicial, sino si él tenía o no libertad para poseer material erótico en su residencia. No se trató, pues, de una decisión sobre privacidad, sino sobre libertad. Este caso, sin embargo, es hasta hoy utilizado para ejemplarizar la evolución del derecho a la privacidad en Estados Unidos, en una clara muestra de la absoluta imprecisión del concepto de privacidad para la doctrina, aun en la actualidad.

El primer juicio importante en la jurisprudencia estadounidense que efectivamente trató del derecho de no ser registrado fue el *caso NAACP v. Alabama*, de 1958. El procurador general de Alabama exigió que la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP), una asociación local defensora de los derechos de las negros, divulgase la lista de sus miembros.⁵⁰ La Suprema Corte decidió entonces:

No es suficiente para responder, como hace el estado aquí, que cualquier efecto represivo que la revelación compulsiva de los nombres de los miembros de la recurrente pueda tener sobre la participación de ciudadanos de Alabama en las actividades del pleiteador no resulta de una acción estatal, sino de presiones de la comunidad privada. El factor crucial es la interacción de las acciones gubernamental y privada, pues fue sólo después del esfuerzo inicial del poder estatal representado por la producción del orden que la acción privada cobró relevancia.⁵¹

Al garantizar la reserva de los registros de la asociación, la Suprema Corte, consecuentemente, negó al estado de Alabama el derecho a registrar las informaciones personales de los miembros de la asociación. Estas informaciones no tendrían ninguna finalidad justificable por la administración pública, salvo un inadmisibles control discriminatorio de sus miembros. Al garantizar el derecho de los asociados a no ser registrados por el estado de Alabama, la Suprema Corte les garantizó también el derecho a la libre asociación, pues no hay libertad de asociación con control estatal.

Esta decisión es el hito de la tutela del derecho a no ser registrado, el cual, junto con el derecho a no ser monitorizado y el derecho a no ser reconocido, constituye la tríada fundamental de lo que la doctrina genéricamente llama de *derecho a la privacidad*.

the individual's mind from the effects of obscenity. We are not certain that this argument amounts to anything more than the assertion that the State has the right to control the moral content of a person's thoughts" (Suprema Corte de los Estados Unidos: *Stanley v. Georgia*).

⁵⁰ Sampaio: o. cit., p. 101.

⁵¹ "It is not sufficient to answer, as the State does here, that whatever repressive effect compulsory disclosure of names of petitioner's members may have upon participation by Alabama citizens in petitioner's activities follows not from state action but from private community pressures. The crucial factor is the interplay of governmental and private action, for it is only after the initial exertion of state power represented by the production order that private action takes hold" (Suprema Corte de los Estados Unidos: *NAACP v. Alabama*).

3.2. *Privacidad hoy*

El derecho a no ser registrado, entendido no sólo como una garantía de la libertad de asociación (como en el caso *NAACP*), sino también y principalmente como una garantía contra el totalitarismo selectivo (como en el régimen nazi), es, en las sociedades de la información, uno de los fundamentos del Estado democrático de derecho.

No se puede olvidar que, en situaciones de crisis del Estado, como golpes y revoluciones, el primer derecho que se abandona es el derecho a la privacidad. En sistemas totalitarios hay un total desprecio por el derecho a la privacidad, considerado un derecho menor frente a la seguridad pública y la estabilidad del sistema, incluso con el incentivo de la delación de parientes, amigos y vecinos, lo que configura una doble invasión de la privacidad: por el Estado y por aquellos que forman parte de la vida cotidiana de los delatados.⁵²

En este sentido, se puede afirmar que el derecho a no ser registrado es también garantía del derecho a la libertad de asociación y a la manifestación del pensamiento. La intrínseca relación entre derecho a la privacidad y el derecho a la libre manifestación del pensamiento se percibe claramente en el secreto del voto. Al garantizar la privacidad del elector, el derecho garantiza también su libertad de manifestación del pensamiento y de ejercicio de los derechos políticos, evitando cualquier forma de constreñimiento en las votaciones. El derecho a la privacidad es ante todo una garantía para el ejercicio de derechos políticos.

Preservar la privacidad también es una forma de controlar el poder arbitrario del Estado. Si hay cercenamiento de la privacidad, no hay modo de que las personas se reúnan tranquilamente para discutir los rumbos de sus instituciones políticas y decidan modificarlas o mantenerlas. No se puede decir que realmente sean ciudadanos, que participan o deciden respecto de la vida política de su país, sino apenas personas amedrentadas, que no pueden manifestar sus pensamientos sin temer una punición estatal. [...] Siendo así, es necesario desplazar el foco de la privacidad como derecho de la personalidad, restringido al derecho privado, hacia el derecho público, de modo de reconocerla como esencial para la dignidad humana y proporcionarle la protección jurídica más efectiva, ligada al derecho constitucional y a los tratados de derechos humanos.⁵³

El derecho de no ser registrado es también una garantía contra violaciones al derecho constitucional a la igualdad. La experiencia nazi demostró que para discriminar es necesario ante todo registrar a la población a fin de confeccionar un *mapa* de las características de cada individuo. Tales registros son los instrumentos de filtración de la población por los cuales se la puede seleccionar y excluir a los individuos juzgados indeseables.

Partiéndose de esta nueva facción de los derechos de la personalidad, y consecuentemente del derecho a la privacidad, se percibe cómo éste deja de ser la

⁵² Cynthia Semíramis Machado Vianna: *Em busca da privacidade perdida*, p. 26.

⁵³ *Ibidem*, p. 27.

salvaguarda del aislamiento individual para volverse instrumento de combate contra prácticas de discriminación religiosa, política, sexual y de toda suerte de información de carácter privado.⁵⁴

El derecho de no ser registrado no debe ya ser entendido como la tutela de un interés individual, sino como la garantía de un interés público de tutela de los derechos a la libertad y a la igualdad.

La total transparencia del individuo a los ojos del Estado y de las empresas, titulares del monopolio de la información, agudiza la concentración de poder, fragiliza el control que debe ser ejercido por la sociedad —y no sobre la sociedad— y tiende a profundizar la desigualdad de sus relaciones, favoreciendo las discriminaciones y el conformismo social y político, así como la “dictadura del simulacro”. Esto se vislumbra aun cuando un desequilibrio de informaciones conduzca a un desequilibrio de los poderes: entre Ejecutivo, Legislativo y Judicial; entre el poder central y los periféricos; entre los que saben y los que no saben. Se habla de una nueva categoría de excluidos: *exclus de l’abstraction*. La intimidad asciende de un valor burgués a un valor democrático esencial.⁵⁵

El derecho a la privacidad, concebido como una tríada de derechos —a no ser monitorizado, a no ser registrado y a no ser reconocido— trasciende, pues, en las sociedades de la información, los límites de mero derecho de interés privado para convertirse en uno de los fundamentos del Estado democrático de derecho.

Referencias bibliográficas

- BLACK, Edwin: *IBM e o Holocausto: a aliança estratégica entre a Alemanha nazista e a mais poderosa empresa americana*, Rio de Janeiro: Campus, 2001.
- BURKE, Peter: *Uma história social do conhecimento: de Gutemberg a Diderot*, Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- COKE, Edward: “Semayne’s Case”, en Steve SHEPPARD (ed.): *The selected writings and speeches of Sir Edward Coke*: vol. 1, Indianapolis: Liberty Fund, 2003, pp.135-141, disponible en <http://oll.libertyfund.org/EBooks/Coke_0462.01.pdf> (6/3/2006).
- COMPARATO, Fábio Konder: *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2.^a ed. rev. ampl., São Paulo: Saraiva, 2001.
- A Constituição dos Estados Unidos da América*, disponible en <<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>> (5/3/2006).
- The Domesday Book Online. Frequently Asked Questions*, disponible en <<http://www.domesdaybook.co.uk/faqs.html>> (11/6/2006).

⁵⁴ Carlos Affonso Pereira Souza: *O progresso tecnológico e a tutela jurídica da privacidade*, p. 71.

⁵⁵ Sampaio: o. cit., pp. 494-495.

- DOTTI, René Ariel: *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FIGUEIREDO, Luciano Raposo de, A. SOUSA, Ricardo MARTINS: “Segredos de Mariana: pesquisando a Inquisição mineira”, en *Acervo*, vol. 2, n.º 2, Rio de Janeiro, julio-diciembre 1987, disponible en <<http://www.arquivonacional.gov.br/historia-colonial/media/segredosdemariana.pdf>> (11/6/2006).
- GOLDHAGEN, Daniel Jonah: *Os carrascos voluntários de Hitler: o povo alemão e o Holocausto*, São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- KUNDERA, Milan: *A imortalidade*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. *Magna Carta* (original en latín), disponible en <<http://www.magnacartaplus.org/magnacarta/latin.htm>> (6/3/ 2006).
- MARTIN, Oliver: “Da estatística política à sociologia estatística: desenvolvimento e transformações da análise estatística da sociedade (séculos XVII-XIX)”, en *Revista Brasileira de História*. São Paulo, vol. 21, n.º 41, 2001, pp.13-14.
- MEZGER, Edmund: “Até que ponto estão incluídos os associados nas medidas esterilizadoras?”, en Francisco MUÑOZ CONDE: *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp.192-210.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PARENTI, Christian: *The soft cage: surveillance in America from slavery to the war on terror*, Nueva York: Basic Books, 2003.
- SAMPAIO, José Adércio Leite: *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira: “O progresso tecnológico e a tutela jurídica da privacidade”, en Tarcísio Queiroz CERQUEIRA, Erick IRIARTE y Márcio Morena PINTO (orgs.): *Informática e Internet: aspectos legais internacionais*, Rio de Janeiro: Esplanada, 2001, pp. 54-80.
- UNITED STATES OF AMERICA, SUPREME COURT: *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), disponible en <<http://laws.findlaw.com/us/389/347.html>> (5/3/2006).
- UNITED STATES OF AMERICA, SUPREME COURT: *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958). disponible en <<http://laws.findlaw.com/us/357/449.html>> (5/3/2006).
- UNITED STATES OF AMERICA, SUPREME COURT: *Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438 (1928). disponible en <<http://laws.findlaw.com/us/277/438.html>> (5/3/2006).
- UNITED STATES OF AMERICA, SUPREME COURT: *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969). disponible en <http://laws.findlaw.com/us/394/557.html> (5/3/2006).
- VERRI, Pietro: *Observações sobre a tortura*, São Paulo: Martins Fontes, 1992.

- VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. *Em busca da privacidade perdida: do direito à privacidade à privação de direitos*, tesis de maestría en Derecho, Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.
- WARREN, Samuel, y Louis D. BRANDEIS: “O direito à privacidade”, en Amaro Moraes e SILVA NETO: *Privacidade na internet: um enfoque jurídico*, Bauru: EDIPRO, 2001.
- WARREN, Samuel y Louis D. BRANDEIS: “The right to privacy”, en *Havard Law Review*, vol. 4, p.193, diciembre de 1890, disponible en <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/privacy.pdf> (10/6/2006).