

El debate actual entre privacidad y prevención del delito: una propuesta comunitarista

Recensión a Amitai Etzioni, *The Limits of Privacy* (1999), New York: Basic Books, 280 págs.

I.

Han pasado ya diez años desde la publicación de *The Limits of Privacy* (1999) y, sin embargo, el entonces sugerente análisis de Amitai ETZIONI sigue manteniendo fresca y actualidad en el debate contemporáneo sobre la privacidad y la cultura del control, de modo especial por lo que se refiere a los conflictos entre privacidad y prevención del delito.

Recientemente, el pasado 6 de febrero de 2009, el Consejo de Ministros español aprobó la creación de un Registro de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes, teniendo entre uno de sus objetivos principales la prevención de la reincidencia de los agresores sexuales. Aunque, sin duda, esta iniciativa no se puede comparar con el *modelo de publicidad indiscriminada* que, en materia de delincuentes sexuales, se ha instaurado con las *Megan's Laws* en el ámbito norteamericano, sí constituye a todas luces un primer paso en la defensa de *nuevos* intereses de la comunidad frente a las amenazas que entrañan algunos tipos de delincuentes.

En realidad, en el fondo de tales cuestiones late el debate doctrinal sobre la revisión de las bases tradicionales, de corte liberal, en las que se vino a inspirar el Derecho penal de principios del siglo XIX. Es decir, nos lleva a plantear si conviene introducir nuevas perspectivas de enfoque en la configuración de los instrumentos penales, de modo que, a partir de un cierto *aggiornamento* del Derecho penal liberal, éste no sólo se oriente a la protección del delincuente, sino que mire también, de forma equilibrada, hacia los intereses de defensa de la comunidad. *In medio virtus*.

En esta línea, dentro de la dogmática penal y del ámbito de las teorías criminológicas se ha ido abriendo paso una nueva corriente de pensamiento inspirada en parte en tesis comunitaristas. Así, la incidencia de un enfoque comunitarista en la justificación y construcción del sistema penal, así como en la fundamentación material acerca de qué debe considerarse un hecho delictivo, ha suscitado un interesante debate en la doctrina penal anglosajona¹.

Teniendo en cuenta la enorme complejidad de tales cuestiones, las relaciones entre las teorías de la pena y las construcciones teóricas generales en el ámbito político y de la filosofía moral constituyen un importante y fecundo campo material de aplicación en el que posee especial relevancia el debate entre las corrientes liberales y comunitaristas. Sin embargo, en este contexto, la distinción entre *liberales* y *comunitaristas* debe ponerse en relación con el fondo del problema, esto es, con los conceptos de *justicia* y de *bien*, así como

¹ Véanse al respecto, entre otras, las aportaciones de Anthony DUFF en DUFF, *Punishment, communication, and community*, Oxford, 2001; BENNETT, Susan, "Community Organizations and Crime", *Annals of the American Academy of Political and Social Science* (539) 1995, pp. 73-84; MURPHY, Jeffrie G., *Retribution, Justice and Therapy: Essays in the Philosophy of Law*, 1979; BINDER, Guyora, "Punishment Theory: Moral or Political?", *Buffalo Criminal Law Review* (5), 2002, pp. 321-372; OMENN, Gilbert S. "Putting Environmental Risks in a Public Health Context", *Public Health Reports* (111), 1996, pp. 514-516; ROSENBAUM, D. P., "Community Crime Prevention: A Review and Synthesis of the Literature", *Justice Quarterly* (5), 1988, pp. 323-95. Para una comprensión de las dificultades inherentes a una construcción de corte comunitarista, véase, ZAIBERT, *Buffalo Criminal Law Review* (6), 2002, pp. 673-690.

con el rol que debe desempeñar el Estado en esta materia; y no tanto en las peculiaridades de una u otra teoría de la pena².

Como señala Leo ZAIBERT, si existe una teoría de la pena que podría estar en tensión con las tesis liberales, ésta es el retribucionismo, aunque no todo retribucionismo, sino aquél que se fundamenta en concepciones que reconocen ciertos vínculos entre moralidad y legalidad. Así, ciertas posiciones retribucionistas podrían estar en contradicción y llegar a tensionar el principio de dañosidad social (*the harm principle*), el derecho a la privacidad y la neutralidad del Estado respecto a específicas «teorías del bien»³.

A este respecto, una de las objeciones más comunes aducidas desde el comunitarismo respecto de las tesis defendidas por las corrientes liberales viene a criticar que el «credo liberal», en sí mismo, contiene de hecho una cierta idea de bien (aunque sea de forma latente o solapada), y que, por tanto, su pretendida *neutralidad valorativa* en realidad no lo es tal, sino que debe admitirse que de forma espuria se construye un discurso fundado en valores y se diseñan unas políticas concretas sobre una base material determinada. Al margen de la dificultad que encierra todo intento de clasificar de forma rígida las posiciones doctrinales, la respuesta que se aduce es que si bien contiene una cierta (y de algún modo inevitable) *teoría del bien*, ésta se limita a su mínima expresión, siendo máximamente neutral hasta donde es posible⁴.

Así pues, una teorización del Derecho penal desde postulados comunitaristas podría ayudar a estructurar discursos de argumentación en los siguientes ámbitos: (i) *estándares y deberes de solidaridad*: sobre el individuo, en cuanto miembro integrante de una comunidad, recaerían con mayor extensión e intensidad ciertos deberes positivos de evitación de resultados lesivos, resultando como consecuencia un refortalecimiento de las instituciones sociales y de los vínculos de solidaridad activa entre sus iguales; (ii) *reconfiguración de la privacy*: la esfera de privacidad del individuo se vería limitada ante la amenaza de un daño o resultado lesivo proporcionalmente grave, que vendría a justificar la vulneración de aquél espacio *prima facie* reservado a la persona; (iii) *políticas públicas comunitaristas*: los poderes públicos gozarían de un mayor margen de legitimidad para proponer, en defensa del bien común, aquellas políticas públicas que se dirijan a la prevención de riesgos y daños graves, sin perjuicio de los recortes necesarios en la privacidad de las personas; (iv) *difusión de los deberes de prevención y control*: tanto el rol de los cuerpos policiales en su lucha contra la delincuencia, como los deberes de colaboración ciudadana, podrían llegar a extenderse y asumir funciones activas que tenderían a fomentar la integración del individuo en la comunidad de la que forma parte (al respecto, un reflejo de ello es la implantación de modelos de *policía comunitaria*); (v) *justificación en la peligrosidad*: en este contexto, se verían de forma distinta aquellas decisiones político-criminales que supusieran un adelanto de las barreras de protección (criminalizando conductas insignificantes que podrían tener un efecto multiplicador si llegaran a extenderse entre la

² ZAIBERT, *Buffalo Criminal Law Review*, 2002, pp. 684–685.

³ Véase al respecto, DUFF, *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2005.

⁴ En relación con esta discusión, véase RAWLS, John, *Political Liberalism*, 1993; MULHALL, Stephen & SWIFT, Adam, *Liberals and Communitarians*, 1992; WALZER, Michael, *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*, 1994, cfr. al respecto ZAIBERT, *Buffalo Criminal Law Review*, 2002, pp.684-685.

población), o determinadas medidas *ad hominem*, debidamente justificadas en la peligrosidad social del delincuente.

II.

En la obra de Amitai ETZIONI, al plantearse los límites que deberían imponerse sobre las pretensiones de privacidad del individuo, sugiere un cambio de paradigma en el modo de analizar los conflictos prevención *versus* privacidad a la luz del concepto de bien común. Su análisis en torno a los límites de la privacidad parte de una noción *minimalista* de bien común, especialmente vinculada a los dos pilares básicos que sustentan la idea de Estado, a aquello que comúnmente se identifica con el *interés público*, a saber, la seguridad pública (*public safety*) y la salud pública (*public health*). Sin cuestionarse el carácter fundamental de la privacidad en la sociedad actual, trata de mostrar mediante la exposición de algunos casos conflictivos la excesiva deferencia con que se vienen tratando los intereses de privacidad, en perjuicio de los intereses del bien común, sistemáticamente desplazados a un segundo grado de importancia (p. 4 y ss.).

En el mismo inicio de sus reflexiones, expone dos casos que vienen a reflejar bien el punto de partida a partir del cual entrará a analizar los conflictos entre prevención y privacidad:

Acompañado por su esposa y su hijo de nueve años, *John Becerra* se trasladó a *Farmington (New York)*, en diciembre de 1995, para empezar una nueva vida. *Becerra* había sido declarado culpable de cometer abuso sexual, había cumplido su condena, y sin hacer ruido empezó su período de libertad condicional (*probation*). Sin embargo, en la primavera de 1997 la familia *Becerra* se encontró en el punto de mira de una campaña del vecindario para echarles fuera de la ciudad. Algunos grupos de manifestantes se aglutinaron a la entrada del hogar de la familia. Lanzaron un ladrillo contra el cristal de su coche. Se efectuó un disparo que atravesó una ventana de su casa. Se recibieron llamadas anónimas para el señor y la señora *Becerra* en sus respectivos lugares de trabajo. Todo esto sucedió cuando los miembros de la comunidad descubrieron el pasado de los *Becerra*.

En una tarde de finales de julio de 1994, *Megan Kanka*, una chica de apenas siete años de edad, no regresó a casa. Previamente, un vecino le había ofrecido enseñarle su nuevo cachorro. Una vez dentro de su casa, el hombre agredió sexualmente a *Megan*, la estranguló con un cinturón y envolvió su cabeza en una bolsa de plástico. Su cuerpo fue hallado finalmente en un parque cercano, con un hilo de sangre fluyendo todavía de sus labios. La investigación condujo al arresto de *Jesse Timmendequas*, un hombre que había cumplido seis años de prisión por haber sido condenado por dos delitos contra la libertad sexual, y que vivía junto con otros dos abusadores sexuales de menores. Absolutamente nadie en el vecindario sabía nada de su pasado, especialmente los *Kankas* (p. 1).

Sin embargo, el planteamiento de ETZIONI no se refiere simplemente a la primacía del bien común en una serie de casos, a modo de concesiones *«ad hoc»*, sino que viene a sugerir un cambio fundamental en la propia cultura cívica y social, en el modo de construir la política legislativa y en la base de las doctrinas jurídicas de nuestro ordenamiento jurídico: «Necesitamos tratar la privacidad como un derecho individual que tiene que ser puesto en

una relación de contrapeso con otros intereses del bien común, o como un bien jurídico más entre otros, sin ningún tipo de privilegio a priori sobre ninguno de ellos» (p. 4 y nota 218)⁵.

El razonamiento de ETZIONI entronca con los postulados básicos de la corriente comunitarista, como firme defensor de esta línea de pensamiento, tratando de mitigar los excesos que el liberalismo de corte individualista ha venido imponiendo en el modo de concebir las grandes cuestiones sociales contemporáneas. En su concepción de lo que debe ser la privacidad, el espacio de libertad individual no sólo viene restringido por el espacio de libertad equivalente del que también gozan el resto de conciudadanos, sino que la propia comunidad impone ciertos límites a la libertad del individuo.

En tales términos, ETZIONI considera que la violación de la privacidad no puede ser motivo suficiente para interrumpir el necesario análisis que ejerza de contrapeso entre los derechos, deberes e intereses en juego. Así, el hecho de que los grupos *pro* Libertades Civiles, al tener conocimiento de que un colectivo de padres podía vigilar a sus hijos desde el trabajo –pudiendo verles jugar en el parvulario a través de sus pantallas de ordenador–, denunciaran tales prácticas en base a una pretendida violación de la privacidad de la plantilla de trabajadores –mediante la instalación de tales cámaras–, no es sino el primer paso para plantear el problema en toda su complejidad⁶.

En la tradición occidental, el influjo del pensamiento del *liberalismo individualista*, representado –entre otros– por el legado de John LOCKE, Adam SMITH y John STUART MILL, refleja el contexto histórico en el que tales ideas irrumpieron, y que justificaban plenamente el énfasis de su argumentación en torno a los derechos de la persona. Sin embargo, a juicio de ETZIONI, el planteamiento desde el que se deben ponderar las correspondientes y oportunas relaciones entre derechos y responsabilidades debe tener en consideración los profundos cambios acaecidos en la sociedad norteamericana entre 1960 y 1990. Así, a partir de la década de los noventa la conciencia en torno a la necesidad de mitigar los excesos del individualismo tuvo su forma de expresión a través de la corriente comunitarista⁷. Por tanto, *¿cómo se debe evaluar el impacto que tuvieron las condiciones socio-históricas en las que vino a formarse el concepto de privacidad que prevalece hoy en día?* Una tal crítica *historicista* al contenido del derecho a la intimidad sirve de preámbulo para tratar de redescubrir la función que debe ejercer la privacidad del individuo en cada momento histórico⁸.

El modelo de Estado, las concepciones políticas dominantes y la idea de bien común son, en este sentido, cuestiones determinantes que modelan los límites a la intimidad. El alcance concreto que se proponga el Estado en su actividad de intervención en la vida social va a condicionar decisivamente –tenga o no un fundamento democrático más o menos explícito– la esfera de privacidad del ciudadano. El balance y contrapeso entre intereses públicos y privacidad no

⁵ «We need to treat privacy as an individual right that is to be balanced with concerns for the common good—or as one good among others, without a priori privileging any of them», en ETZIONI, *The limits of privacy*, 1999, p. 4 y 218 (nota).

⁶ Ejemplo traído a colación por el propio ETZIONI, en el que advierte a renglón seguido que la plantilla había sido informada acerca de la presencia de tales cámaras (véase ETZIONI, *The limits of privacy*, 1999, p. 4).

⁷ Respecto al significado y alcance del comunitarismo y la diversidad de planteamientos en su seno, véase también la espléndida obra de Stephen MULHALL/Adam SWIFT, *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas*, 1996.

⁸ Como apunta ETZIONI en otro lugar del texto, la privacidad es un concepto contingente (*privacy is a contingent concept*) y un fenómeno relativamente reciente, a pesar de que en cierto modo una vaga noción de privacidad esté presente en todas las sociedades y culturas. Tal carácter contingente pretende una desacralización de la privacidad, mediante una reformulación que sea consecuencia del balance de derechos e intereses públicos y privados en juego (ETZIONI, *The limits of privacy*, 1999, p. 188).

puede sustraerse al discurso ideológico, aunque deba someterse a una argumentación jurídica que establezca límites en la cesión con carácter restrictivo de espacios de privacidad, con la debida justificación.

En el marco del intenso debate entre tales corrientes de filosofía social, los conflictos en torno a la privacidad requieren también un análisis equilibrado. Sin embargo, los excesos del *individualismo liberal* han venido a confluír en el tiempo con la irrupción en sentido contrario de una nueva *cultura del control*⁹ que, por lo que respecta a la privacidad, ha venido a enturbiar aún más la discusión¹⁰.

III.

Como apunta ETZIONI, el discurso de los defensores de la privacidad no sólo ha incurrido en ciertos excesos retóricos, sino que se ha traducido en consecuencias significativas. Así, como resultado de ese estado de opinión, (i) se ha venido a retrasar durante años la puesta en práctica de ciertas intervenciones públicas necesarias mediante su impugnación ante la justicia, a pesar de que al final viniera a prevalecer una solución equilibrada; (ii) se ha bloqueado la introducción de otras políticas públicas igualmente necesarias que entrañaban limitaciones en la privacidad de las personas; (iii) se ha producido un efecto de enfriamiento (*chilling effect*) en ciertas políticas públicas por miedo a las consecuencias del examen riguroso de ciertos colectivos –ya fuera por las posibles demandas judiciales, los efectos en la opinión pública o las repercusiones políticas que pudieran conllevar–; y (iv) se ha conseguido evitar la implementación de nuevos aparatos e instrumentos tecnológicos que podrían haber supuesto una mejora tanto en la privacidad como en la sanidad pública (pp. 7-8).

Su discurso se articula a través del análisis de cinco específicos ámbitos en los que las políticas públicas presentan distintos conflictos entre *privacidad* y *bien común* (salud pública o seguridad), ETZIONI concluye que se necesita un nuevo concepto de privacidad que sea reflejo de las condiciones históricas actuales (p. 183).

Los cinco problemas analizados a lo largo de la obra son: (1) la vulneración de la privacidad de la madre, sometiéndola a un control del VIH sin su consentimiento, a fin de detectar situaciones de infección en el feto (*HIV testing of infants*: pp. 17-42); (2) el recorte en la privacidad de los delincuentes sexuales en beneficio de la seguridad de los menores (*Sex offender's privacy versus children's safety*: pp. 43-74); (3) las amenazas concernientes al nivel de alta protección de la privacidad mediante sistemas de encriptación de mensajes en cuanto límite en la investigación y obtención de pruebas (*Deciphering encrypted messages*: pp. 75-102); (4) las cuestiones de privacidad relacionadas con los sistemas de identificación

⁹ Para una descripción de tal *cultura del control* así como de la relevancia, en su génesis y desarrollo, del avance vertiginoso de las nuevas tecnologías, véase la conocida obra de GARLAND, David, *The culture of Control*, 2001.

¹⁰ La percepción social respecto a las graves amenazas que se ciernen en torno a la privacidad, a pesar de responder objetivamente a la realidad de las cosas y merecer una adecuada protección, confunde los términos de la discusión en aquellos casos verdaderamente conflictivos entre bien común y privacidad.

tradicionales (*ID cards*) y biométricos (*Big brother or big benefits?*: pp. 103-138); y (5) la privacidad en torno a los historiales médicos (*Medical records*: pp. 139-182).

IV.

Aunque su perspectiva de análisis es propiamente sociológica, ETZIONI entra a valorar los razonamientos formales que los Tribunales vienen utilizando en Estados Unidos para definir cuándo existe una *expectativa de privacidad*. A su juicio, las argumentaciones de carácter circular con las que se resuelven los casos en los que se invoca la Cuarta Enmienda traen causa del criterio jurisprudencial establecido, principalmente, en *United States v. Katz* en 1967¹¹. En este sentido, a fin de superar un discurso argumentativo de carácter tautológico (*hay expectativa cuando así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en un determinado ámbito de actuación*) propone racionalizar la decisión a partir de los siguientes criterios:

(1) En primer lugar, debe examinarse si ciertamente existe estricta necesidad que justifique una *acción correctiva* –podríamos definir tal criterio como un *principio de necesidad estricta*–. Lo que se pretende prevenir es el denominado «efecto de la pendiente resbaladiza» (*slippery slope problem*)¹². Es decir, en cuanto se concede una mínima cesión en la vigencia de un principio o tradición, en las convenciones en torno al carácter inviolable de un derecho o institución consolidada, se corre el riesgo de un progresivo e indeleble retroceso en la protección de tal derecho o institución. Así, se inicia el proceso con argumentaciones en *casos límite* y, poco a poco, se desciende imperceptiblemente en cascada hacia supuestos de dudosa justificación. Para evitar un tal deterioro, entiende que debería requerirse para justificar un determinado *cambio de sentido* que haya una «evidencia fuera de toda duda» de que el bien común o la privacidad han sido descuidados de forma significativa.

Una vez se ha constatado la necesidad de introducir un cambio en el *statu quo*, debe examinarse (2) si el objetivo perseguido puede alcanzarse sin que se vea afectada la privacidad –o, en sentido contrario, si se puede elevar la protección de la privacidad sin menoscabar el bien común–, y, en caso de ser imprescindible un tal recorte por no existir otras *acciones alternativas no lesivas*, (3) debe buscarse aquella opción que suponga una restricción mínima en la intrusión.

Así por ejemplo, en las pruebas de VIH practicadas sobre la madre embarazada puede reducirse la injerencia en su privacidad mediante una acción de consejo y estímulo para que consienta voluntariamente a realizar el *test*. Sin embargo no siempre será suficiente y, por tanto, en ocasiones podrá justificarse una intrusión mayor mediante una prueba sin su consentimiento. De igual modo, aunque se pretenda ofrecer a los delincuentes sexuales la posibilidad de someterse a

¹¹ Véase *Katz v. United States* (389 U.S. 347), 1967, analizado con más detalle en la Segunda parte, a raíz del caso *Arroyo v. Rattan Specialties* y el uso del polígrafo en la empresa.

¹² Véase SCHAUER, Frederick, "Slippery Slopes", *Harvard Law Review* (99), 1985, pp. 361–383.

una terapia voluntariamente, ello no excluye la necesidad de otro tipo de medidas que refuercen y garanticen la seguridad y defensa de la sociedad (*Megan's Laws*)¹³.

Finalmente, concluye que (4) se debe considerar si los cambios legislativos –o las políticas públicas que deban realizarse– deberían incluir algunas consideraciones respecto de los *indeseables efectos colaterales* que lleva consigo la implementación necesaria de tales intervenciones. En este sentido, las pruebas de VIH sobre las madres embarazadas requieren medidas estrictas para proteger la confidencialidad de los historiales hospitalarios de los pacientes; o las medidas introducidas por las *Megan's Laws* deben incorporar extensas contramedidas encaminadas a crear una determinada conciencia en la comunidad para prevenir actitudes desproporcionadas contra los exdelincuentes sexuales (*vigilantism*).

¹³ A principios de los noventa, como resultado del furor que se desató en New Jersey tras el rapto y asesinato de un menor por parte de un vecino –vecino que anteriormente había cumplido condena por delitos sexuales sin que lo supiera el vecindario (caso *Megan Kanka*)–, un gran número de Estados decidieron mejorar la protección de los menores y se aprobaron legislaciones estatales que exigían el registro a nivel local de tal tipo de delincuentes –para un análisis en detalle, véase ETZIONI, *The limits of privacy*, 1999, p. 43 y ss.