

Nuevas estrategias de desvirtualización del derecho a la intimidad informática: la quiebra post-postmoderna del Estado de panoptismo

Teresa García-Berrio

Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Miembro-investigador del *Centre de Théorie du Droit*.

Becaria de Investigación-Postdoctoral MECD-Université Paris X-Nanterre

SUMARIO: I. TRANSGRESIONES AL CONCEPTO JURÍDICO DEL IDEAL LIBERAL DEL ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO (A).—II. TRANSGRESIONES AL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS (B): A) *Hacia un Estado cada vez más policial*. B) *Revitalización postmoderna del ideal de vigilancia total benthamiano*. C) *¿Cuáles son las causas de desvirtuación contemporánea del ideal clásico de intimidad personal?* D) *La protección de los datos personales: un síntoma actual de la revisión contemporánea del socialised ideal*.—III. EL FENÓMENO DEL *BIG BROTHER* HA QUEDADO OBSOLETO EN LA ACTUALIDAD: LA DESVIRTUACIÓN POST-POSTMODERNA DE LA CONSTRUCCIÓN PANÓPTICA EN SU IDEALIDAD.—IV. UNA CONCLUSIÓN CLÁSICA: EL FIN NO JUSTIFICA LOS MEDIOS.

Después del 11 de septiembre, el mundo no será ya el mismo. Esta frase se repite constantemente desde que el acontecimiento tuvo lugar. Dicha reiteración tiene un propósito fundamental: el de *normalizar un estado de excepción a nivel mundial* lo suficientemente capaz y efectivo como para poder justificar así, en primer lugar, la aparición progresiva de una serie de legislaciones *securitarias*, tanto internacionales como comunitarias, o incluso nacionales, de los diferentes Estados miembros de la UE.

Y, en segundo lugar, la subsiguiente *avalancha represiva*, en aras a la guerra justa que se ha de abanderar contra todo fenómeno de terrorismo internacional. En efecto, en nombre de la guerra justa contra el denominado «Eje del Mal» mundial, se están permitiendo una serie de transgresiones (a) tanto respecto al concepto jurídico de Estado de Derecho democrático liberal, dominante desde el periodo posterior a la II Guerra Mundial, (b) como al reconocimiento adquirido y solidificado de la categoría de derechos inviolables e inamovibles que son los Derechos Humanos y las libertades públicas fundamentales. La gran mayoría de las advertencias doctrinales contemporáneas en este sentido (que tienen como objetivo principal el de mostrarnos la amenaza que pesa actualmente sobre el concepto tradicional de «vida privada») consideran que esta problemática se asocia fundamentalmente al fenómeno de la reformulación, incluso conceptual, que la noción clásica de intimidad ha experimentado durante los últimos años en las Sociedades postmodernas de la Información.

Si bien esto último parece ser cierto, no acaba de serlo «más que en parte». Efectivamente, el derecho a la intimidad personal no constituye un punto de inflexión en el contexto de ruptura que, en materia del respeto debido a los Derechos Humanos, se sigue tras los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001. Cualquiera que sea la campaña política (tanto represiva como preventiva) acontecida a lo largo de la Historia moderna de Occidente que consideremos, se vería siempre acompañada desde sus orígenes por una *correlación en negativo* del ideal perseguido y, lo que es más importante, por una legislación represiva vulneradora de los derechos fundamentales de los individuos en general, y de los ciudadanos nacionales en particular. Así pues, la campaña de represión *preventiva* actual en Occidente se acompaña también de una *correlación en negativo* del ideal perseguido. La búsqueda de la seguridad «a todo precio», de la *sécurisation de la sécurité*, nos lleva hacia un Estado cada vez más policial, en el que —como *negativa correlación inmediata*— toda persona o grupo de «inconformistas» que aspiren a una transformación positi-

va de las estructuras socio-económicas más hostiles de las sociedades contemporáneas democráticas, o todo aquel defensor manifiesto de los derechos y libertades públicas que se muestre contrario al reforzamiento y a la permanencia en el tiempo de las legislaciones securitarias actuales, se convierte paulatinamente en «punto de mira» de las mismas legislaciones represivas que son objeto de crítica.

Nacidas estas legislaciones inicialmente de circunstancias «excepcionales», que ponen en peligro la evolución del movimiento general de las sociedades occidentales hacia un reconocimiento mayor y hacia un mayor respeto de las libertades de los individuos, iniciada tras la postguerra y el final de la bipolaridad, lo realmente grave —que constituye, por otra parte, la auténtica *correlación en negativo* principal del ideal securitario perseguido en el contexto internacional actual— es que, de ahora en adelante, abandonando para ello el mero reflejo de prevención, *los individuos no serán en lo sucesivo perseguidos únicamente en función de los actos delictivos que hubieran realizado, sino que también se les perseguirá por lo que la doctrina jurídico-sociológica moderna ha calificado como «virtualidades de comportamiento».*

El 11-S en Nueva York, y también el 11-M en Madrid, han supuesto en materia de respeto a los Derechos Humanos en general, y del derecho al respeto de la vida privada particularmente, una clara ruptura. Desde el día siguiente a los atentados perpetrados en suelo americano, la campaña incitada desde las principales instancias gubernamentales occidentales —siempre bajo la directiva unidireccional de la política del *finger-pointing* de la Administración Bush— no constituye una *excepción* de Derecho, puesto que ésta resulta de un mismo contexto de desnaturalización de los Derechos Humanitarios, por una parte, y de los propios ideales de seguridad social, por otra. Pero ¿cómo hacer *de la excepción la regla de Derecho*? Quizás, como dijo el dramaturgo Arthur Miller en una entrevista concedida al diario francés *L'Express* el 12 de septiembre de 2002, no habría más que una vía: «deberíamos sentirnos avergonzados de ello».

I. TRANSGRESIONES AL CONCEPTO JURÍDICO DEL IDEAL LIBERAL DEL ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO (A)

A lo largo de todo el s. XIX y hasta llegar al contexto, inmediatamente posterior, de la Segunda Guerra Mundial de los años 40, la ciencia jurídica había construido un concepto de Estado de Derecho que se restringía, en primer lugar, a la concepción de un «Estado de leyes». Desde el punto de vista particular de la Teoría del Derecho, el término «ley» empleado en esta expresión fue concebido fundamentalmente en función del sentido que le atribuyó la llamada corriente doctrinal del positivismo jurídico y, más concretamente, su principal exponente en el Derecho italiano Norberto Bobbio. Precisaba el jurista italiano, como uno de los usos de todo acercamiento metodológico a la Ciencia del Derecho, que «por positivismo jurídico se debe entender la llamada *concepción positivista de la Ciencia del Derecho*»¹. Los partidarios de esta corriente doctrinal sostienen que resulta posible, e incluso deseable, que se construya una verdadera ciencia utilizando sólo para ello el modelo de las ciencias de la Naturaleza, lo que permitiría entonces emplear para la Ciencia del Derecho el postulado weberiano de la *Wertfreiheit*, o neutralidad axiológica, esencialmente propio de otras ciencias sociales como la Sociología.

Así pues, para el caso particular de la ciencia jurídica, la aplicación del postulado de la *Wertfreiheit* permitiría tratar la función de la ley en su propia neutralidad formal. En otras palabras, como norma *general abstracta*² que garantiza, en primer lugar, una justicia formal igualitaria y que impediría en lo sucesivo la adopción arbitraria de decisiones por autoridades estatales. Desde este punto de vista, la Ciencia del Derecho ha de ser entendida de forma distante a su propio objeto de estudio, el Derecho positivo,

¹ BOBBIO, N.: *Essais de théorie du droit*, tr. fr., Préface de Riccardo Guastini, París, LGDJ, 1998.

² FORSTHOFF, E.: *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, reimpr. en *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, pp. 30-45; concretamente, V. p. 39.

es decir, del Derecho citado y establecido por las autoridades políticas. Ella se limitará únicamente a describirlo, sin efectuar ningún juicio de valor sobre el mismo, ya que, al contrario de lo que ocurre en los acercamientos estrictamente filosóficos existentes en este campo de estudio, el contenido del término «ley» no dependería ya de cualquier racionalidad objetiva. Más bien al contrario, dependería únicamente de la voluntad del legislador. El concepto de Derecho podría ser definido así mediante la referencia a la autoridad de aquel que lo enuncia, o por su propia eficacia. En consecuencia, no existiría razón alguna para dudar de la correspondencia existente entre el Derecho y la ley, o entre el Estado de Derecho y el Estado de las leyes, respectivamente. Vemos así esbozado el «eslogan» común a los autores partidarios de la corriente positivista como vía de acercamiento a la ciencia jurídica, y además, el aspecto más controvertido de dicho acercamiento en Teoría del Derecho: la separación que media entre el mundo del Derecho y el de la Moral.

*De lo que es no se puede derivar lo que debe ser*³. Como consecuencia de este rechazo al cognitivismo ético característico de las tendencias iusnaturalistas modernas, en general, y de aquellas desplegadas a finales del siglo XX por los partidarios de la construcción teórica favorable a la objetividad del Derecho⁴ y al constructivismo jurídico interpretativo⁵, en particular, según las cuales no existen valores objetivos susceptibles de ser conocidos, el positivismo termina por negar la existencia de acciones justas o injustas por sí mismas, que llevarían implícitas en sí tales valores objetivos. Lo cual no quiere decir, sin embargo, y pese a lo que a veces se piensa, que el positivismo jurídico

³ HUME, D.: *Traité de la nature humaine*, 1740.

⁴ DWORKIN, R.: «My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels) Please Don't Talk About Objectivity Any More», in *The Politics of Interpretation*, ed. by W.J.T. Mitchell, University of Chicago Press, Cambridge, Mass., 1983, pp. 289 et ss. V. también «Objectivity and Truth: You'd Better Believe It», in *Philosophy & Public Affairs*, 25, 2, 1996, pp. 87-139.

⁵ VILLA, V.: *Costruttivismo e teorie del diritto*, Coll. «Analisi e diritto», Ed. G. Giappichelli, Turin, 1999, pp. 167-181.

en su calidad de medio de acercamiento a la Ciencia del Derecho, acepta simplemente que el contenido del Derecho es «moralmente» neutro⁶.

En efecto, la definición de la Ciencia del Derecho que aporta la teoría del Derecho positivista de principios de siglo, ha sido a menudo mal entendida por la doctrina jurídico-política de la postguerra europea y norteamericana, frecuentemente identificada, e incluso confundida, con la llamada «ideología positivista», la cual prescribe que se ha de obedecer siempre al Derecho establecido por la simple razón de que «es el Derecho». El debate entre los partidarios y los detractores de dicha ideología (opuesta, por tanto, al positivismo entendido como acercamiento metodológico o concepción de la Ciencia del Derecho que describiera el ya aludido Bobbio) ha sido particularmente vivo a raíz de la reconstrucción constitucional del Estado alemán tras la Segunda Guerra Mundial. Los detractores, partidarios eso sí de las posiciones filosóficas de orden iusnaturalista, acusan a dicha definición estrictamente positivista del Derecho, que identifica el Estado de Derecho con el «Estado de las leyes», de haber favorecido la sumisión a los regímenes políticos más abominables de la Historia moderna occidental, en particular a las leyes de la Alemania nazi. A juicio de estos autores, si se define el Derecho en función de la autoridad de la que emana, independientemente del carácter moral de sus normas, y si se define al Estado de Derecho, de una parte, por la sumisión de los Estados a la ley con el objeto de evitar así la adopción de decisiones arbitrarias y, de otra, por la exigencia de la sumisión estricta del juez a la ley, se podría denominar Derecho tanto a las abominables leyes nazis que obligaban a delatar a aquellos que mostraran en público su posición contraria a los mandatos y órdenes impuestos por el régimen hitleriano, como a las reglas de las sociedades liberales actualmente en vigor.

⁶ TROPER, M.: *La Philosophie du droit*, Coll. «Que sais-je?», PUF, París, 2003, pp. 19-20.

Es así, sobre la base de dicho juicio de orden moral y no jurídico, relativo a la experiencia del Estado nacional socialista, por lo que respecta en particular a la cuestión de determinar lo que ha de constituir el Derecho y aquello que corresponde al espacio libre de Derecho (*No Law*) —mediando para dicha construcción la referencia doctrinal frecuente a lo que Hegel llamaba «la moralidad social de las condiciones de vida» o «la vida moral de un pueblo»—, como las llamadas *normas fundamentales del Estado de Derecho* pueden adquirir progresivamente una cierta efectividad. Y es esta dimensión, por tanto, lo que constituye la realización histórica del Estado de Derecho democrático, reiterada como máxima conceptual de los principales escritos políticos del polifacético analista Jürgen Habermas. En efecto, precisamente en el marco de lo que este filósofo alemán define como *la cultura política*, es donde la denominada «vida moral del pueblo» hegeliana ocupa su lugar, y donde las aspiraciones de los ciudadanos a la legitimación se regeneran a partir de las convicciones morales: «Este campo vivido se estructura normativamente *por debajo* del baremo a partir del cual las normas son instituidas jurídicamente, como terreno en el que el Estado de Derecho instaure sus raíces moralmente»⁷.

De este modo la equivalencia existente entre «Estado de Derecho» y «Estado de leyes» establecida por la ciencia jurídica de principios del siglo XX es abandonada completa y progresivamente a favor de un nuevo concepto jurídico de *Estado de Derecho democrático moralmente enraizado* (Habermas), de Estado de Derecho *democrático liberal* (Biscaretti)⁸. Este se presenta como un concepto material y, a pesar de conservar los elementos más importantes y significativos del concepto «formal» del Estado de Derecho precedente (tales como la sumisión de la Administración a

⁷ HABERMAS, J.: *Les écrits politiques. Culture, droit, histoire*. Traducido del alemán por Christian Bouchindhomme y Rainer Rochlitz, Les éditions du Cerf, París, 1990.

⁸ BISCARETTI: *Introducción al Derecho comparado*, FCE, México, 1975, pp. 45 et ss. S. N. FINER: *Comparative Government*, Penguin Books (Pelican B), Londres, 1970, pp. 3-127.

la ley y el control de conformidad al Derecho de todos los actos de la Administración), añade, complementariamente a los mismos, dos nuevos elementos: en primer lugar, la sumisión del legislador a los *principios jurídicos fundamentales*, así como a su configuración y materialización posterior en una serie de derechos fundamentales; en segundo lugar, el aumento de esta sumisión mediante la creación de un Tribunal constitucional independiente. *Un poder limitado es por tanto un poder controlado*⁹.

El delicado equilibrio de poderes que caracteriza a este Estado liberal democrático se apoya, sobre todo, en múltiples controles a través de los cuales será articulado el conjunto de limitaciones del Estado. Como precisa Jellinek¹⁰, dichas limitaciones (las limitaciones institucionales *versus* las limitaciones no institucionalizadas) pueden ser de dos órdenes: primero, las llamadas limitaciones «no institucionalizadas», las cuales tienen su correspondencia en una serie de controles también «no institucionalizados» entre los que figuraría lo que Jellinek describía como garantías sociales, por un lado, y como controles de carácter político que se manifiestan en particular a través del juego de la opinión pública, por otro. Prosigue el teórico del Derecho señalando la existencia paralela de una serie de limitaciones «institucionalizadas», las cuales tienen su correspondencia directa en una serie de controles también institucionalizados que, a su vez, pueden ser de dos tipos: de orden político, con carácter subjetivo (la garantía política del Derecho Público en el caso de Jellinek), cuando su ejercicio es llevado a cabo por la autoridad que en un momento dado se encuentra en una situación de supremacía o de jerarquía institucionalizada; o un segundo tipo, de orden

⁹ ARAGÓN REYES, M.: «Limitaciones y control como presupuestos del Estado liberal democrático. Clases de control»; «Proceso constituyente y democracia parlamentaria. Una rectificación oportuna: la reserva reglamentaria en el proyecto constitucional y su incidencia en las relaciones Parlamento-Gobierno», en *Estudios de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 39.

¹⁰ JELLINEK: *Teoría General del Estado*, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1970, pp. 591 y 592.

jurídico con carácter objetivo o normativo (la garantía jurídica en el caso de Jellinek). Por lo que respecta a este segundo tipo de limitaciones institucionalizadas, es necesario precisar que su ejercicio está atribuido específicamente a un órgano independiente e imparcial, que posee competencia o facultad técnica suficiente para resolver las cuestiones de Derecho.

En otros términos, en la medida en que se trata de un control «interorgánico»¹¹, éste no puede ser ejercido más que por los órganos judiciales, en general, y por los tribunales constitucionales, en particular, en el ejercicio de su atribución principal de «garantes» del ordenamiento jurídico constitucional en sentido propio, así como también en virtud de su obligada sumisión a los derechos fundamentales y a las *normas fundamentales del Estado de Derecho*. Al contrario de lo que sucede en el caso del control político, y más concretamente respecto a la visión ideológica positivista del control estatal mantenida hasta el periodo de la bipolaridad, en virtud de la cual *aquél que limita es también aquél que controla*, y en la medida en que se trata de un control «objetivo» en el seno del Estado liberal democrático, en este caso la limitación proviene entonces de una norma general abstracta¹². Esta norma general no se identifica en absoluto con el término de «ley»; no resultaría por tanto de la equivalencia entre el Derecho y la ley, entre el Estado de Derecho y el Estado de leyes, respectivamente. La limitación proviene *del Derecho y no de la ley*.

La noción de control jurídico resultante del contexto de la bipolaridad europea fue largamente considerada a partir de los años sesenta en las esferas más autorizadas de la Filosofía política y de la Teoría del Derecho occidentales. Particularmente, como indicábamos antes, sería fundamentalmente retomada por Jürgen Habermas en sus escritos de finales de los 70 y comienzos de los 80 para

¹¹ V. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario», en *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960.

¹² ARAGÓN REYES, M.: *op. cit.*, p. 40.

ilustrar su construcción argumentativa favorable a un Estado de Derecho democrático *moralmente enraizado*. No obstante, con la memorable excepción del teórico del Derecho Karl Larenz, la mayor parte de los estudios elaborados al efecto (sobre todo en la esfera cultural germánica) olvidan que en los primeros años del siglo XX, y concretamente en 1927, el filósofo alemán Enrich Kaufmann, con ocasión de una conferencia relativa a la cuestión del trato igualitario bajo el modelo de la Constitución de Weimar¹³, había ya formulado la cuestión en los mismos términos. Según Kaufmann¹⁴, la ley puede crear efectivamente Derecho si —y sólo si— determinados principios jurídicos superiores (los *principios de Derecho* magistralmente repertoriados también por Kart Larenz)¹⁵ no son vulnerados. Es únicamente gracias al reconocimiento por parte de los ciudadanos de la validez del orden jurídico del Estado, ya que la legislación positiva que establece resulta conforme a dichos principios superiores, cuando puede constituirse así *legítimamente* el concepto jurídico de Estado de Derecho democrático liberal.

Efectivamente, desde un punto de vista estrictamente normativo, se han de considerar dos presupuestos diferentes como constitutivos, en una misma medida, del Estado de Derecho democrático. En primer lugar, como primer propósito del Estado de Derecho democrático liberal figuraría el presupuesto anunciado anteriormente: la exigencia de que el orden jurídico del Estado sea reconocido por los ciudadanos como deliberadamente *legítimo*, en la medida en que resulta conforme a las normas fundamentales y a los principios jurídicos superiores del Estado de Derecho. Para el cumplimiento efectivo del primero de dichos presupuestos, éste tendría que poder ser justificado a par-

¹³ KAUFMANN, E.: *Rechtsidee und Recht* (Ges. Schriften, tomo III), 1960, p. 249.

¹⁴ V. KAUFMANN, E.: *op. cit. supra.*, pp. 153-154.

¹⁵ LARENZ, K.: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Trad. esp. por Luis Díez-Picazo., Civitas, Madrid, 1985 (1ª ed. 1985 – última ed. 2001). [Texto original de la obra: *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, Ch. Beck, Munich].

tir de una serie de *principios de Derecho* que servirían, a su vez, para determinar si el Derecho positivo está de acuerdo o en desacuerdo con ellos. En tanto que Derecho positivo, estos principios valdrían siempre y cuando su contenido universalista hubiese sido explotado por la legislación¹⁶. Así pues, y a modo ilustrativo, un buen número de estos principios de Derecho a los que hacemos alusión fueron aquellos que permitieron determinar la legitimidad de la Constitución alemana de postguerra. El caso alemán, concretamente desde la llegada de los nazis al poder y a lo largo del contexto político e institucional que siguió a la Segunda Guerra Mundial, ha constituido un objeto privilegiado de estudio de los teóricos del Derecho y de los analistas políticos de las últimas tres décadas. Se sabe que, desde el punto de vista de la Teoría del Derecho, el ejemplo histórico alemán ha servido de ilustración significativa y de trasfondo de los principales debates iusnaturalistas Vs. positivistas en torno a la cuestión de la inscripción efectiva de los principios extra-jurídicos. Estos, llamados principios superiores al ordenamiento jurídico, fundamentan moralmente el Estado de Derecho democrático en la nueva Ley Fundamental de Bonn y, en consecuencia, en la consagración definitiva de las ideas iusnaturalistas a la altura de su reconocimiento constitucional.

La confrontación que media entre los iusnaturalistas y los positivistas en la materia de estudio objeto de la Teoría del Derecho nos sirve precisamente para explicar las respuestas que se otorgan o conceden en Derecho a la mayor parte de las cuestiones teóricas, según se pertenezca a una u otra de estas dos corrientes filosóficas; de lo que se sigue, a continuación, que dicha pertenencia conlleva incluso implícita la manera en la que puede ser descrito el Derecho en vigor. En su último libro, *La Filosofía del Derecho*, el profesor de ParísX-Nanterre, Michel Troper, analiza esta dimensión, afirmando que si se describe el Derecho como un sistema compuesto de normas jurídicas, se ha de tener en cuenta el hecho de que existen varias defini-

¹⁶ HABERMAS, J.: *op. cit.*, p. 100.

ciones posibles de la norma jurídica. La afirmación, por ejemplo, de que una norma contraria a la moral es, a pesar de todo, una norma jurídica obligatoria, o que no es una verdadera norma jurídica, estará «estrechamente ligada a la adhesión de ciertas tesis filosóficas sobre la existencia o la ausencia de valores morales objetivos y sobre la posibilidad de conocerlos»¹⁷. Así pues, la célebre fórmula del artículo 20, párrafo tercero, de la Ley Fundamental de Bonn, por ejemplo, que establece que «el poder ejecutivo y el poder judicial están sometidos *tanto al Derecho como a la ley*» podría ser objeto de diferentes interpretaciones —y de hecho, así ha sido— según como cada uno de nosotros se adhiera o no a las diferentes tesis filosóficas relativas a la presencia o a la ausencia de valores morales objetivos y, más particularmente, a los principios jurídicos superiores identificados en el segundo término de *Derecho*.

No obstante, como precisa Karl Larenz¹⁸, la mayoría de los comentadores al respecto se muestran de acuerdo a la hora de afirmar que la distinción entre estos dos términos, *Ley Versus Derecho*, ha sido expresamente escogida por el legislador con el fin de señalar así la sumisión del Derecho positivo a los principios de Derecho fundamentales que deben caracterizar a todo Estado de Derecho democrático liberal. La adhesión de la gran mayoría de estos comentadores a las tesis filosóficas que aceptan la existencia de un Derecho Natural por encima del Derecho positivo creado por los hombres, y al que este último debe conformarse, mostraría que la legislación está sometida tanto al ordenamiento jurídico constitucional como a los derechos fundamentales y a los principios de Derecho existentes detrás de éstos, entre los que el principio al respeto de la dignidad humana ocuparía un lugar privilegiado.

En segundo lugar, el segundo propósito del Estado de Derecho democrático prescribe que el Estado debe garan-

¹⁷ TROPER, M.: (versión castellana), *La Filosofía del Derecho*, Trad. esp. de Teresa García-Berrio Hernández, Tecnos, Madrid, 2003. TROPER, M.: *op. cit.* (versión francesa), p. 15.

¹⁸ LARENZ, K.: *op. cit.*, p. 154.

tizar la paz interior y la seguridad jurídica a todos los ciudadanos, de manera que de esta condición se sigue la exigencia de obedecer al Derecho incondicionalmente. Pero ocurre que dicha obediencia está sin embargo condicionada al presupuesto anterior: se debe obedecer al Derecho positivo establecido por los hombres cuando este último se encuentra a su vez sometido a los principios jurídicos superiores y a los valores morales cuyo contenido universalista, como diría Habermas, es explotado por la propia legislación. Nosotros señalaremos aquí que, incluso si de este segundo presupuesto se sigue lógicamente que se ha de obedecer al Derecho, dicha obediencia no podrá ser ni absoluta ni sin excepción. En Derecho, las posiciones de los autores sobre esta cuestión son muy diversas. Algunos autores consideran que toda desobediencia al orden normativo presenta diferentes grados, cuando la confrontación opera entre los principios jurídicos superiores y el Derecho positivo globalmente considerados; o bien cuando la confrontación recae sobre una regla normativa aislada, incluso si el ordenamiento normativo en su conjunto se conforma a estos últimos.

En este sentido, Habermas afirma (nos referimos aquí de nuevo a sus *Escritos Políticos*) que la obediencia al Derecho positivo requerida como *conditio sine qua non* de la concepción normativa del Estado de Derecho democrático no puede ser deliberadamente legítima más que con *conocimiento de causa*. En efecto, es necesario que la desobediencia civil sea paulatinamente aceptada como componente de la cultura jurídica de una comunidad democrática desarrollada, pero un cierto *conocimiento de causa* resulta también exigible, «ya que no se puede desechar la idea de que, incluso en el marco de un orden jurídico legítimo en su conjunto, un fenómeno singular de injusticia legal pueda llegar a perdurar sin conocer para ello corrección alguna»¹⁹. Como contrapartida, la desobediencia civil estaría también sometida a reservas particulares derivadas de esta segunda garantía del Estado de Derecho democrático.

¹⁹ HABERMAS: *op. cit.*, p. 98.

Según la visión predominantemente realista del mundo durante el periodo de la postguerra y de la bipolaridad, y que ha dominado el contexto continental hasta hace muy poco, el monopolio de la fuerza es un elemento constitutivo del Estado de Derecho con el mismo título que la propia exigencia de reconocimiento del orden jurídico del Estado por parte de los ciudadanos como «legítimo», en la medida en que éste resulta conforme a las normas fundamentales y a los principios jurídicos superiores del Estado de Derecho. Así pues, analizar la seguridad como una cuestión de supervivencia física del Estado constituye el rasgo común que ha caracterizado numerosos análisis elaborados sobre la cuestión por parte de los internacionalistas contemporáneos desde la década de los 70. Concretamente, mencionamos sumariamente aquí los últimos trabajos publicados de los autores (calificados como «post-realistas») post-modernos Ole Waever y Michael Dillon, pero sobre todo del neo-realista Buzan²⁰, quien no se desmarca completamente de la visión realista precedente en la medida en que, como señala el profesor de la Fondation Nationale des Sciences Politiques de París Didier Bigo, éste hace del Estado el único objeto de referencia y de los gobiernos los actores principales²¹.

Sin embargo, Ayse Ceyhan afirma por el contrario que «si bien esta tradición (clásica) ha sido mantenida durante el periodo de la post-guerra y durante el periodo de la bipolaridad, desde finales de los años setenta, los fenómenos de mundialización, de fragmentación, el surgimiento de las redes, las diásporas, etc., han dado lugar a una nueva lectura del mundo»²². Ahora bien, algunas páginas más tarde, esta autora llega a la conclusión de que, pese a la calidad de los diversos, enriquecedores e interesantes aná-

²⁰ BUZAN: *Peoples, States and Fear*, op. cit.

²¹ BIGO, D.: «L'Europe de la sécurité intérieure: penser autrement la sécurité», in ANNE-MARIE LE GLOANNEC (DIR.): *Entre unions et nations*, Presses de Sciences Po, París, 1998, pp. 65-67.

²² CEYHAN, A.: «Analyser la sécurité: Dillon, Waever, Williams et les autres», en *Cultures & Conflits. Sociologie politique de l'international*. Número 31-32, «Sécurité et immigration», XXX, p. 2.

lisis de los internacionalistas contemporáneos anteriormente mencionados, dichos trabajos adolecen de un fallo al no haber tratado un aspecto fundamental del proceso socio-político de todo fenómeno de «securización» (de mantener, en este sentido, el sentido etimológico del vocablo originario *sécurisation*). Dicho de otro modo, tal y como indica la autora, estos análisis no tratan directamente la problemática (la *problematisation*, según la terminología literal empleada) de la seguridad. En definitiva, «no dicen por qué, en un momento determinado, un fenómeno o una cuestión se convierte en una cuestión política y cómo una cuestión política se transforma en un problema y en una cuestión de seguridad»²³.

¿Cuál sería entonces la nueva lectura del mundo que podemos extraer después del 11-S o del 11-M? Y, sobre todo, ¿cómo una cuestión de seguridad resultante de una cuestión política, tal y como ocurre en el supuesto concreto de los atentados del 11 de septiembre del 2001 y del 11 de marzo del 2004, ha podido transformarse en una ola de legislaciones represivas en los principales Estados de Derecho democráticos occidentales? ¿Estamos ante lo que Michael Dillon considera la principal función de la práctica política moderna, *securizar la seguridad*, instrumentalizando para ello la tecnología?...

II. TRANSGRESIONES AL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS (B)

Los ejes directivos de las políticas occidentales se encuentran actualmente sometidos a un proceso de reforzamiento progresivo de su *instinto de conservación*, a los únicos efectos de hacerlo cada vez más compatible con el nuevo contexto global producido tras el 11-S y el 11-M. Lo que verdaderamente constituye la principal novedad de dicha tentativa de *securización social*, paralela a las exigencias de seguridad internacional recientemente im-

²³ CEYHAN, A.: *op. cit. supra*, p. 16.

puestas y, lo que es más importante, lo más peligroso para los defensores de los derechos públicos, es precisamente el carácter preventivo e interno de las medidas *policiales* establecidas. Los Estados occidentales tratan de atrincherarse «desde el interior», dentro de su propio marco nacional y, algo que resulta más significativo, en relación a sus propios conciudadanos. Los extranjeros no son los únicos en ser objeto de vigilancia en el contexto actual de *paranoia securitaria* preventiva impuesta desde América, e incluso los propios ciudadanos americanos no escapan a dicho objetivo. Ellos son testigos mudos de una sucesión imparable de restricciones a las libertades públicas, algunas de las cuales son seguramente «las más fuertes» que se han vivido en toda la historia del «nuevo continente»²⁴.

Por su parte, alguno de los países más grandes de la Unión Europea «de los 15» (Francia, Reino Unido, España, Italia) se ha dejado convencer a su vez —no sin cierta razón, como atestiguan los últimos episodios de la dramática historia terrorista de nuestro país— por una nueva figura político-discursiva de la seguridad, por un «nuevo viento punitivo» procedente de América²⁵. En el fondo, como explica acertadamente el sociólogo Loïc Wacquant²⁶, esta nueva figura político-discursiva de la seguridad, capaz de reconciliar en Europa la derecha más reaccionaria con la izquierda gobernante (el contexto vivido en las últimas elecciones a la Presidencia de la República francesa, constituye una buena ilustración al respecto) «extrae su carácter esencial precisamente de la fuerza de imposición de (...) dos potencias simbólicas contemporáneas como son la ciencia y América; o dicho más acertadamente, de su crecimiento, la ciencia americana aplicada a la realidad

²⁴ Ver, a este propósito, los comentarios realizados por la juez del Tribunal Supremo de Estados Unidos, SANDRA DAY O'CONNOR, en entrevista publicada en *The New York Times*, New York, 29 septiembre 2001.

²⁵ WACQUANT, L.: «Ce vent punitif qui vient d'Amérique», en *Le Monde diplomatique*, abril 1999.

²⁶ WACQUANT, L.: «Des contes sécuritaires venus de l'Amérique», en *Manière de voir*, 71, «Obsessions sécuritaires», octubre-noviembre 2003, p. 11.

americana»²⁷. No es tan sólo la supervivencia física del Estado la que se encuentra aquí amenazada; es la sociedad en su conjunto y, sobre todo, la supervivencia de la sociedad objeto de protección. Dicho fenómeno de «atrincheramiento» de los Estados en sus propios ámbitos nacionales, no es —contrariamente a lo que en primera instancia se pudiera pensar— algo nuevo. Y tiene como objetivo principal garantizar la protección de la seguridad de los ciudadanos, de su propia identidad cultural, concebida ésta última como «la idea de que los grupos y los individuos se hacen a sí mismos y que ello les permite identificarse como miembros de una comunidad»²⁸.

Desde el final de la bipolaridad, las principales *preocupaciones securitarias contemporáneas* se ocupan de un tipo de seguridad fundamentalmente orientado a la supervivencia de la sociedad. A juicio del internacionalista postmoderno Ole Wæver, se trata de la llamada *seguridad social*, en definitiva «de la capacidad que presenta una sociedad para persistir en sus características esenciales ante las condiciones cambiantes y ante las amenazas probables o reales»²⁹. En la historia del pensamiento político moderno, ¿existirá una sociedad más capacitada que la anglosajona para persistir en sus características esenciales ante las condiciones cambiantes? América se ha convertido en la «sociedad-faro de la humanidad» (Loïc Wacquant), la única de la Historia dotada de medios materiales suficientes para convertir sus propias peculiaridades históricas en ideal transhistórico y, ante cualquier tipo de amenaza, tanto real como «probable», la única de la Historia moderna capaz de hacer realidad dicho ideal, transformando para ello la realidad a su imagen y en función de sus propias necesidades³⁰.

²⁷ WACQUANT, L.: *op. cit. supra.*, p. 11.

²⁸ WAEVER, O.: «Societal Security: the Concept», in O. WAEVER, B. BUZAN, M. KELSTRUP, P. LEMAITRE (eds.): *Identity Migration and the New Security Agenda in Europe*, New York, St. Martin's Press, 1993.

²⁹ WAEVER, O.: *Concepts of Security*, Institute of Political Sciences, University of Copenhagen, Copenhagen, 1997, p. 17.

³⁰ *Actes de recherche en sciences sociales*, «L'exception américaine», París, núm. 138 y 139, junio y septiembre 2001. WACQUANT, L.: *Ibid.*, p. 11.

Hoy en día se habla constantemente de los efectos imprevisibles y negativos de la nueva *vulgate securitaria* americana en favor de la «guerra mundial contra el terrorismo» (de la que son precisamente pioneros) sobre el movimiento general de las sociedades occidentales que, después del periodo de la post-guerra, tendía hacia un reconocimiento profundo de los Derechos Humanos y hacia un respeto cada vez más fundamentado del individuo y de sus libertades en el marco del Estado de Derecho democrático liberal. Ante los posibles riesgos potenciales actuales de la seguridad nacional de los Estados, surgen nuevas formas de vigilancia preventiva y de inspección *ante facto*, al tiempo que otras antiguas modalidades represivas, como el recurso a la tortura psicológica y a los tratos degradantes para los detenidos acusados de terrorismo (el caso de la prisión Abu Ghraib en Irak es ilustrativo al respecto), reaparecen paralelamente, reformuladas a niveles mundiales. *Los defensores de los derechos públicos han de estar inquietos*³¹ en la medida en que el objetivo principal de las políticas occidentales actuales es principalmente el de instaurar un mundo más seguro, el de prevenirlo todo frente a «probables» amenazas, antes de que éstas sean incluso cometidas. Dicho celo censurador viene evidentemente acompañado de una auténtica avalancha legislativa represiva, tanto a nivel internacional como al nivel que procuran las políticas securitarias internas de los Estados. La Europa comunitaria no ha escapado tampoco a esta fiebre de producción legislativa.

Es el caso concreto de Francia (de la *France de Sarkozy*, como proclaman los principales medios populistas galos), por ejemplo, país en el que nueve nuevas Leyes y Proyectos de Leyes han sido promulgados al respecto desde el año 2000. [Loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes; Loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne; loi du 4 mars 2002 complétant la loi renforçant la présomption d'innocence et

³¹ RAMONET, I.: «Surveiller et réprimer», en *Manière de voir*, 71, «Obsessions sécuritaires», octubre-noviembre 2003, p. 6.

les droits des victimes; Loi du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure; Loi du 9 septembre 2003 d'orientation et de programmation pour la justice; Loi du 26 février 2003 relative aux juges de proximité; Loi du 8 mars 2003 pour la sécurité intérieure; Projet de loi Perben portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, adopté en première lecture à l'Assemblée nationale le 23 mai 2003; Projet de loi Sarkozy sur l'immigration et le droit d'asile, présenté en première lecture à l'Assemblée nationale le 3 juillet 2003].

A) *Hacia un Estado cada vez más policial*

En el fondo, las transgresiones operadas por estas legislaciones internas represivas sobre el movimiento general contemporáneo de las sociedades occidentales para el mantenimiento del reconocimiento universal de los Derechos Humanos y, en concreto, aquellas *policies* que cuestionan incluso la vida privada, el derecho a la *self-determination* y a la libertad de información, se deben indiscutiblemente a este contexto actual descrito de *securización social preventiva* que viene de América. Pero la problemática que existe tras dicho contexto de *securización preventiva*, por lo que respecta a la identificación y a la calificación de las amenazas, y *represiva*, en cuanto a las respuestas legislativas, es más extensa. Del mismo modo que el modelo neoliberal establecido por la ciencia económica americana ha triunfado, y que las particularidades históricas anglosajonas se han impuesto en el contexto del pensamiento político moderno, este nuevo contexto de *securización de la seguridad* («securitation of security», en palabras de Dillon) dominante en Occidente no es más que una manifestación contemporánea (contemporánea aquí en el sentido de actual) del ideal transhistórico exportado por Norteamérica desde el periodo de la post-guerra europea y de la bipolaridad.

En efecto, se han superado los parámetros del Estado de Derecho democrático liberal para evolucionar hacia un

Estado cada vez más policial. Pero este traspaso no se debe únicamente al contexto actual *securitario*, sino a, lo que es más significativo, la temática utilitarista implicada en la ideología de los *thinks tanks* neoliberales actualmente hegemónicos y sobre la que se funda la actual concepción jurídico-política del Estado de Derecho. El primero de los presupuestos sobre los que se fundamenta el Estado de Derecho contemporáneo —que hemos definido anteriormente como la exigencia de que el orden jurídico del Estado sea reconocido por los ciudadanos como deliberadamente *legítimo*, ya que el mismo resulta conforme a las normas fundamentales y a los principios jurídicos superiores fundadores de los Derechos Humanos— debe plegarse a veces a las exigencias del segundo, sobre todo cuando de lo que se trata es de hacer frente a un estado de excepción. Más concretamente, este primer presupuesto fundamental de todo Estado de Derecho deberá plegarse a las exigencias de mantenimiento de la paz interior y de la seguridad jurídico-institucional de los ciudadanos. Por consiguiente, el discurso prefabricado actual sobre la eficacia de una represión policial, institucional y legislativa, ante las actuales amenazas a la noción de seguridad correspondiente al Estado de Derecho neoliberal, no es un fenómeno puntual e individual. Éste se inserta en una problemática mucho más vasta que se hace eco de la temática utilitarista instaurada por la ideología neoliberal, en la cual las nuevas formas de *vigilancia securitaria*, de inspección *ante facto* y de *represión preventiva*, forman un bloque destacado de análisis.

B) *Revitalización postmoderna del ideal de vigilancia total benthamiano*

Si procedemos al estudio de estas formas de vigilancia desde el punto de vista de una perspectiva analítica estrictamente epistemológica, debemos decir primero que sirven para revitalizar en nuestros días el ideal de vigilancia «total» de los elementos sociales, originalmente concebido

—dos siglos antes— por las doctrinas utilitaristas anglosajonas. Este ideal de vigilancia completa de la sociedad fue bautizado por Jeremy Bentham a principios del siglo XIX como «Panoptismo utilitarista» y ha sido ulteriormente retomado y reinterpretado en los años sesenta por Foucault para la configuración de su concepción visionaria postmoderna de una sociedad disciplinaria. Las formas de dicha vigilancia preventiva han cambiado, pero el trasfondo sigue siendo el mismo, aunque disfrazado y transformado tras la máscara confeccionada por las nuevas necesidades de *securización social* y las nuevas manifestaciones contemporáneas de agresión, como es el caso particular de los movimientos altermundialistas.

De la oscilación actual del equilibrio que ha de mediar entre el poder policial, por una parte, y las autoridades de tutela o los contrapoderes encargados de hacer respetar las libertades fundamentales, por otra, se sigue lógicamente la suspensión de una serie de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, como el derecho a manifestarse, el derecho de expresión o el derecho a la vida privada. Sin embargo, en esta campaña política actual de *securización* absoluta, existirá también una *corrección en negativo* de las exigencias de «visualización total» retomadas del ideal del Panoptismo benthamiano y que, en una especie de debilidad reformadora, se pretende imponer actualmente al conjunto del «todo» social (recogiendo aquí la terminología sociológica de Marcel Mauss). Nuestra esfera de intimidad, nuestro derecho constitucionalmente reconocido al respeto a la vida privada, nuestro «yo», en definitiva, ¿se encuentra entonces completamente amenazado?...

Desafortunadamente, la respuesta a la cuestión aquí planteada parece ser afirmativa, y todavía lo es más en la medida en que esta problemática se ha visto extraordinariamente agravada como consecuencia de la complejidad que ha caracterizado los más recientes desarrollos del contexto tecnológico de la *Network Society*. Los objetos de uso común (como los ordenadores, los móviles, las tarjetas telefónicas, etc.) nos espían permanentemente, registrando

nuestra intimidad. Las últimas manifestaciones post-informáticas del derecho a la intimidad personal deben coexistir con un contexto tecnológico complejo, y a menudo desconocido, que favorece que nuestra vida privada se encuentre a merced de nuevos *voyeurs* dispersos sobre la superficie del globo; no estando sometida a control democrático, en la mayor parte de los casos, la utilización que éstos hacen de la información recogida³². Pero lo que resulta todavía más problemático es precisamente que dichas manifestaciones deberán hacer frente a los efectos «indeseables» derivados de dicho contexto.

En efecto, sabemos que el nuevo contexto tecnológico se caracteriza por un marco de fronteras espaciales inexistentes, por un sistema de virtualidad imposible de determinar —utilizando aquí los parámetros clásicos de previsión— en cuanto a la materialización, o en cuanto a su representación física. No obstante, por lo que respecta al contexto de la noción de privacidad en el momento actual, un buen número de analistas considera que el principal efecto «indeseable» del contexto tecnológico sobre dicha noción se debe precisamente a la complejidad conceptual inherente a la propia noción de *carácter privado* o de *intimidad personal*. Dicha noción es la consecuencia de la doble fuerza de *interiorización* y de *exteriorización* que vive albergada simultáneamente en el ser de cada uno de los individuos-miembros del grupo social. De hecho, el derecho a la intimidad se desdobra, en primer lugar «pasivamente», en su *exteriorización*, como un deber de *no-inmiscuirse* o de *no-ingerencia* en los asuntos del otro («the right to be let alone» formulado por Louis D. Brandeis³³; pero también «activamente», en su *interiorización*, como la capacidad de actuación del titular de dicho derecho, consecuencia de la libertad de cada uno sobre su propia vida

³² CAMPBELL, D.: *Surveillance électronique planétaire*, Allia, París, 2001.

³³ BRANDEIS, M.: «Mr. Justice L. D. Brandeis Dissenting Opinion in the Judicial Process *Olmstead v. United States* (1928)», en SHATTUCK, J.H.F.: *Rights of Privacy*, National Textbook & American Civil Liberties Union, Skokie (Ill.), New York, 1977, pp. 11 y ss.

privada, la cual es proporcionalmente correlativa a su derecho de disfrutar de la misma y de utilizarla como cada uno la entiende.

Cuando procedemos a analizar la génesis de la noción contemporánea del derecho a la personalidad, para poder así comprender el contexto de formación de las manifestaciones tecnológicas de la intimidad en su conjunto, nos encontramos, en un primer momento, ante una serie de nociones clásicas de la doctrina jurídica y constitucional moderna. Concretamente, ante la noción de *self-determination*, de libertad individual y de autonomía personal, respectivamente. Es precisamente sobre la base de estos ideales cómo los principales teóricos del liberalismo anglosajón construirían la noción de soberanía personal sobre «el cuerpo y el espíritu», en el caso de J. Stuart Mill, o sobre el mito del Leviatán, en el caso particular de Thomas Hobbes, o sobre la reformulación lockeana del sistema del gobierno civil en su célebre *Ensayo sobre el Gobierno Civil* (por no mencionar el supuesto particular de sus elaborados *Two Treaties of Government*³⁴. Si aplicamos aquí el criticado razonamiento silogístico positivista, a fin de poder explicar dichas nociones, podríamos considerar que cuando disponemos de una esfera inalienable de autodeterminación y de autonomía personal (Premisa Mayor), y puesto que la libertad de cada uno termina donde comienza la libertad de los demás (Premisa Menor), somos en consecuencia responsables de cada uno de los aspectos de nuestra conducta que pudiera afectar a los demás.

Sin embargo, en los umbrales del siglo XXI, y como consecuencia de las últimas manifestaciones doctrinales del cambio revisionista postmoderno, un buen número de autores —pese a que tengan incluso la consideración, *grosso modo*, de sucesores de los maestros del neoliberalismo anglosajón— denuncian sistemáticamente la aparición de nuevas amenazas para la idea tradicional liberal de auto-

³⁴ LOCKE, J.: *Two Treaties of Government*, Coll. Cambridge Texts in the History of Political Thought, Cambridge University Press, Cambridge, 1960, pp. 141-429.

determinación y de autonomía personal que se deriva del cambio de actitud ligado a los movimientos post-postmodernos³⁵. De hecho, no es una situación puramente aleatoria el hecho de que esta visión contemporánea reformada del ideal de autonomía personal, promovida en mayor medida desde determinadas esferas jurídicas y filosóficas angloamericanas, se muestre favorable al «alargamiento» de la noción de intimidad hasta llegar a parámetros que no son exclusivos de la concepción originaria de los padres fundadores del liberalismo británico. El ideal clásico de autonomía individual de los padres fundadores del liberalismo anglosajón transforma, de forma restringida, a cada individuo en *soberano exclusivo de su propia vida* («y que lo que se pasa dentro, pertenece a nuestra conciencia más íntima», Lawrence Tribe). Como consecuencia de ello, determinados autores optan por un ideal socializado —*socialised ideal*— de autonomía personal, tratándose de este modo las críticas de quienes consideran que la formulación del *monad liberal* (noción liberal de autonomía personal) como constitutivas de un ideal tomista obsesionadamente individualista. Llegando incluso a señalar que, a juicio de Paul Roberts³⁶, se trata de un modelo «travestido» del ideal liberal, en la medida en que las relaciones juegan aquí un papel significativo sobre la manera en que los otros nos definen y sobre la manera en que nosotros nos definimos. La concepción liberal de autonomía «modificada» propuesta por Paul Roberts —en calidad aquí «de estandarte» de otras voces prestigiosas de la *Legal Jurisprudence* anglosajona— sirve de contrapeso a la concepción *negativa* que ha caracterizado tradicionalmente la génesis del derecho a la intimidad, del «right to be let alone» instaurado por Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis a comienzos del siglo XX. Un siglo más tarde, ésta ha sido

³⁵ WHITAKER, R.: *Tous fliqués! La vie privée sous surveillance*, Denoël, París, 2001.

³⁶ ROBERTS, P.: «Privacy, Autonomy and Criminal Justice Rights: Philosophical Preliminaries», in ALLDRIDGE, P. y BRANTS, CH.: *Personal Autonomy, the Private Sphere and the Criminal Law. A Comparative Study*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2001, pp. 49-79.

definitivamente abandonada a favor de una concepción *positiva* o *activa* de la autonomía personal.

Los defensores de las concepciones contemporáneas del ideal de autonomía personal se sirven para su temática, por una parte, del ideal kantiano de autonomía moral, cuando por él se debe entender el sentido que actualmente ha adquirido la noción de *self-determination* a efectos de establecer una re-elaboración postmoderna de la concepción de autonomía personal y, por tanto, de la noción de intimidad o de vida privada. Es el caso, por ejemplo, del teórico del Derecho John Rawls, quien sostiene que es únicamente por la vía del ideal constructivista de autonomía moral de raíz kantiana como las nociones relativas a la autonomía personal, o a la autodeterminación, podrían llegar a ser plenamente comprendidas en un contexto social, cultural y político «amplificado». Y por otra parte, los mismos autores se sirven de dicho ideal para acabar así con el estereotipo de aquellos que, como Paul Roberts, critican fuertemente la concepción liberal de autonomía personal, tachándola de «individualista o incluso de egoísta». Preocupados por esta tarea justificativa, tratan de explicar el fenómeno de la intimidad y, acto seguido, de su propio Derecho regulador, según los términos de un «objetivismo moral». Como observa el propio Roberts, «decir que la intimidad es un valor objetivo para cada individuo es, en parte, una función de los deseos o de las preferencias subjetivas de una persona; no obstante, esta intimidad responde, en última instancia, a una verdad moral objetiva»³⁷.

En el caso particular de esta concepción postmoderna del derecho a la intimidad, no nos encontramos ante un modelo propiamente «travestido» —empleando aquí los parámetros descriptivos de Paul Roberts, con ocasión de su ataque dirigido al liberalismo tradicional—, sino más bien ante una estrategia o una táctica de conceptualización que puede resultar ciertamente peligrosa. En efecto, estos *últimos liberales postmodernos* —entre los que Ro-

³⁷ P. ROBERTS: *op. cit. supra.*, p. 65.

berts ocupa un espacio doctrinal significativo— se sirven precisamente de la preocupación actual por defender los intereses, las prerrogativas y los derechos inherentes a todo ser humano, con el objeto principal de constituir así el medio efectivo para promover lo que el profesor del Balliol College de Oxford, Joseph Raz, define como el *people's well-being*. Este ideal de autonomía personal *socializado* puede, por consiguiente, hacer evolucionar de forma efectiva el ideal clásico de autodeterminación, o de autonomía individual de tipo kantiano, el cual está indisolublemente ligado a la propia noción de autonomía personal. Sin embargo esta reformulación deberá confrontarse a determinados riesgos, tales como la mala utilización que puede efectuarse de la nueva categoría de concepción «socializante». Porque, ¿qué deberíamos entender por *búsqueda del bienestar social frente a la libre autodeterminación personal*, en el contexto actual de un Occidente marcado por inescrutables tentativas de consolidación de una serie de sistemas efectivos de detección de riesgos a la seguridad de los Estados?...

Dicha noción socializada se manifiesta como poco satisfactoria ante todo un conjunto de ambigüedades que ella puede dejar de manifiesto a raíz del análisis de su alcance interpretativo literal. Pero lo que resulta verdaderamente importante es precisamente que ésta se muestra poco satisfactoria ante las utilizaciones demagógicas erróneas que pudieran realizarse, según cuál sea la interpretación intencional que efectuemos de la misma, incluyendo en última instancia también las posibles utilizaciones interpretativas justificadoras de totalitarismos socio-políticos. Desafortunadamente, la Historia moderna ha demostrado a menudo que el *bienestar de la colectividad* puede entrañar, a veces, la realización de injusticias individuales.

A lo largo de la Historia del pensamiento jurídico del siglo xx, la concepción de autodeterminación personal ha sido fundamentalmente utilizada como elemento conceptual descriptivo de dimensiones intersubjetivas particulares, susceptibles de reconocimiento jurídico en las relaciones de cada persona con los otros componentes del «todo»

social. En virtud de dicho razonamiento se concibe que el establecimiento y el reconocimiento de un nivel de intimidad y de dignidad humana inviolables viene a ser confirmado como algo que es esencial e inherente a toda sociedad post-industrial occidental, con el objeto de alcanzar de forma plena una vida autónoma en el seno de ella. En consecuencia, el ideal favorable a la existencia de un vínculo entre intimidad y autonomía personal existente en el debate filosófico-sociológico de comienzos de siglo tenía por objetivo principal el de remplazar, de este modo, una racionalización plausible del miedo que experimentamos instintivamente cuando pensamos en una existencia sin intimidad. Desgraciadamente, debemos mostrarnos de acuerdo con un buen número de comentaristas liberales postmodernos sobre el aspecto particular de que dicho miedo final de *inmisión* —de intromisión en la esfera íntima, en definitiva— que había sido sistemáticamente rechazado, ha resurgido de nuevo, si bien transformado, tras los atentados del 11-S.

C) *¿Cuáles son las causas de desvirtuación contemporánea del ideal clásico de intimidad personal?*

En la actualidad, las causas de la reactivación que ha experimentado en estos últimos años la cuestión de la intimidad, obedecen a dos grandes razones: en primer lugar, la realización técnica, así como su *materialización* posterior, de un fenómeno que, a finales de la década de los noventa, fue telemáticamente definido como *Big Brother*. En segundo lugar, las causas que hacen frente al riesgo de que sea utilizada la angustia social y el miedo *securitario* que actualmente experimenta el Occidente contemporáneo, haciendo para ello alusión al *bienestar social* global (al *people's Well-Being* del que habla Raz), con el fin de instaurar finalmente un sistema de *falsa seguridad*, en detrimento de las libertades públicas y en provecho de las políticas de defensa de los Estados occidentales. Hoy, como consecuencia de los avances técnicos

y del aumento de las capacidades tecnológicas —tales como la construcción de redes mundiales de bancos de datos electrónicos y de bases de datos, con su inmensa capacidad de almacenamiento de informaciones personales—, se reviven las metáforas literarias sobre las que en 1948 se pronunciaba Georges Orwell o, lo que nos parece más significativo como fenómeno socio-filosófico, se actualiza la visión del Foucault de los años setenta de una *sociedad contemporánea de ortopedia social generalizada*, fundamento de una moderna *sociedad disciplinaria*, con evidente inspiración —dicho sea de paso— en el utilitarismo anglosajón de comienzos del siglo XIX protagonizado por el maestro británico Jeremy Bentham.

Como se sabe, en la divulgada visión de Foucault el archipiélago carcelario transporta la técnica penitenciaria desde las instituciones penales hasta el conjunto del cuerpo social. En este homenaje del filósofo francés a quien fuera el principal representante de las teorías utilitaristas anglosajonas, Jeremy Bentham —a quien calificaría como un teórico más importante «para nuestras sociedades contemporáneas que Kant o Hegel», puesto que a él le debemos la descripción detallada y la representación conceptual de las formas de poder que caracterizan las sociedades modernas—, se pone el acento en las estructuras de control represivo sobre los individuos, las cuales aparecen metafóricamente representadas en un célebre —y en numerosos aspectos «irreverente»— modelo de sociedad: el *Panóptico*. «El *Panóptico* era un sitio en forma de anillo en medio del cual había un patio con una torre en el centro. El anillo estaba dividido en pequeñas celdas que daban al interior y al exterior y en cada una de esas pequeñas celdas había, según los objetivos de la institución, un niño aprendiendo a escribir, un obrero trabajando, un prisionero expiando sus culpas, un loco actualizando su locura, etc. En la torre central había un vigilante y como cada celda daba al mismo tiempo al exterior y al interior, la mirada del vigilante podía atravesar toda la celda; en ella no había ningún punto de sombra y, por consiguiente, todo lo que el individuo hacía estaba expuesto a la mirada de un

vigilante que observaba a través de las persianas, de postigos semicerrados, de tal modo que podía ver todo sin que nadie, a su vez, pudiera verlo»³⁸.

Forma arquitectónica de vigilancia, *casa de penitencia*, el *Panóptico* expresa en un solo término la facultad esencial de la *ideal perfection* benthamiana: el ideal de la inspección exhaustiva. Un *saber-poder* de vigilancia y examen permanente, que nos permite «ver de una sola vez todo lo que ocurre». A juicio del autor, debería acabar por instaurarse como principio único fundante para la conservación del orden y el establecimiento de un sistema estratificado de *control social*; el cual, contrariamente a lo que en una primera aproximación se pudiera interpretar de la definición facilitada por Foucault, ya no se representa a la exclusiva imagen y semejanza del control correctivo penitenciario. Es precisamente en esta última «irreverencia», propia del espíritu del filósofo francés, donde reside a su vez uno de los valores más reconocidos —aunque al mismo tiempo más denostados por la doctrina legal— de la tentativa utilitarista de Jeremy Bentham. Desde el espíritu de los principales escritos constitucionales que se suceden a partir de 1790³⁹, el teórico británico demuestra que no sólo se arriesga a transponer al terreno de la política y a parámetros gubernamentales los dispositivos de organización carcelarios; sino que, a través de la conceptualización metafórica de una forma arquitectónica de vigilancia global —con su *Panóptico*, en definitiva—, pretende proporcionar un dispositivo funcional válido tanto para las prisiones, los hospitales, las escuelas o las fábricas, como incluso para las estructuras de poder gubernamental.

³⁸ FOUCAULT, M.: *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa SA, Barcelona, 1995, p. 99.

³⁹ BENTHAM, J.: «A Comment on the Commentaries» y «A Fragment on Government», en *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988; BENTHAM, J.: *Constitutional Code for the Use of All Nations and all Governments Professing Liberal Avis*, Vol. I., F. Rosen, J. H., Burns (eds.), Clarendon Press, Oxford, 1991. Señalar, al respecto, el trabajo recientemente publicado en Francia: TUSSEAU, G.: *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel. Une approche de l'utilitarisme juridique*, Ed. L'Harmattan, Coll. «Logiques juridiques», París, 2001.

La inspección a la que Bentham aludía en *The Panopticon Writings*⁴⁰, se confirma como un nuevo género moderno *metamorfoseado* de la noción de «indagación» o vigilancia *post facto* (revisión cronológica de los acontecimientos inmediatamente anteriores a la comisión del acto delictivo), tradicionalmente defendida por las teorías legalistas hasta el siglo XIX. En suma, no se trata sino de una manifestación añadida al claro propósito de oscurecimiento —de «ofuscación» incluso— de las teorías clásicas del Derecho Penal en sus coetáneos y antecesores en el tiempo. Empresa que Jeremy Bentham se había fijado a lo largo de su tarea doctrinal renovadora y que tomará cuerpo en la concreción conceptual del *Panoptismo*. La nueva noción benthamiana de vigilancia *ante facto* se aproxima primeramente al ejercicio de la vigilancia intimidatoria constante sobre el sujeto sometido a control activo, al imaginario inconsciente del *observado-inspeccionado*, más que a sus sentidos de percepción física. Por otro lado, presenta la ventaja de situar a toda una comunidad o a un grupo de hombres bajo la dependencia de *uno solo*, en aras a un criterio justificativo de «peligrosidad»; otorgándole a este último una especie de presencia universal en su ámbito de influencia. Ya no hay indagación, sino vigilancia, examen: «No se trata de reconstruir un acontecimiento sino algo, o mejor dicho, se trata de vigilar sin interrupción y totalmente»⁴¹. En efecto, la escandalosa noción benthamiana de *peligrosidad* amplía el espectro de conductas represivas en la *pirámide de miradas* del control social sobre el individuo, en la medida en que lo sitúa, no ya en aras al parámetro fáctico tradicional de lo que «se ha hecho» —el cual presidía la construcción conceptual de las principales teorías legalistas de los contemporáneos benthamianos, particularmente del maestro Beccaria, o del parámetro de «lo que se debe hacer» sobre el que Blackstone fundaba su propia visión del ordena-

⁴⁰ BENTHAM, J.: *The Panopticon Writings*, M. Bozovic (ed.), Ed. Vers, Londres, 1995.

⁴¹ FOUCAULT M.: *op. cit.*, p. 100.

miento jurídico⁴²—, sino en función de las *virtualidades de comportamiento*, de lo que «se está a punto de hacer» o de lo que «se está dispuesto a hacer».

La peligrosidad supone, pues, que el individuo ha de ser referenciado en sus actuaciones por el grupo social según lo que él «es susceptible de realizar», por medio de sus *virtualidades de conducta* y no de sus actos. O bien, lo que es lo mismo, y siempre en términos de Michel Foucault, «no al nivel de las infracciones efectivas a una ley también efectiva, sino de las virtualidades de comportamiento que ellas representan»⁴³. Independientemente de las circunstancias de orden espacio-temporal y de encadenamiento estratificado de miradas que van desde el *panoptismo* ligado a la existencia individual hasta las esferas de poder estatal, en la estructura arquitectónica de vigilancia preconizada por Bentham el «todo social» imperecedero en el *cursus* de la Historia moderna de la civilización occidental queda metafóricamente ejemplificado. Quien ejerce de «procureur», en la terminología de Treilhard —máximo representante de los legisladores franceses de comienzos del siglo XIX—, o de «inspector», en la terminología revitalizadora de Foucault, reina como un «espíritu omnipresente». El inspector, invisible él mismo, reina como un espíritu. Del mismo modo, independientemente de concreciones terminológicas, lo que caracteriza a todo «vigilante» en la estructura del *Panoptismo social* es el hecho de examinar a los individuos *ante facto*, antes de que la infracción sea cometida. Se trata, por tanto, de una *vigilancia sobre el espíritu*, que se ejerce sobre la conciencia del individuo ya no en forma de técnicas de coacción psicológica —empleando términos bien conocidos por las ciencias modernas de la Psicología, Psiquiatría o Criminología—, sino como un medio de inducir en quien es vigilado y escrutado por sus virtualidades de comportamiento

⁴² BOCARDO, E.: «Estudio Preliminar», en *Jeremy Bentham: Un Estudio sobre el Gobierno*, Coll. «Clásicos del pensamiento», Ed. Tecnos, Madrid, 2003, p. XLIII.

⁴³ FOUCAULT, M.: *op. cit.*, p. 97.

«sospechosas» un *estado consciente y permanente de visibilidad total*, que asegure el funcionamiento automático del poder.

Lo que conforma el mayor peligro contemporáneo de *desvirtuación* de la construcción conceptual del *Panótico* benthamiano es que éste se permite jugar sobre la propia estructura del espíritu humano, legitimando un tipo de *poder del espíritu sobre el espíritu*. En la época de los legisladores de finales del s. XVIII y comienzos del XIX, coetáneos del francés Treilhard (autor del *Código de Instrucción Criminal* de 1808), el vigilante que abarcaba con su mirada a la sociedad en su conjunto era consecuentemente identificado con el poder imperial, y aparecía gráficamente representado bajo la imagen de un gran Ojo, el «Ojo Imperial», que se vale de una serie de miradas —dispuestas en forma piramidal a partir del ojo— que vigilan a toda la sociedad. En la esfera anglosajona de los primeros años del siglo XIX, Bentham, el maestro del utilitarismo británico y, a su vez, contemporáneo de los legisladores franceses, traslada a todos y cada uno de los componentes del grupo social los parámetros de su *ideal perfection*. Idealidad de perfección teórica que él mismo construiría en aras a un principio reformado de inspección: principio que *golpea la imaginación del individuo* y que, mediante una estratificación de control, instaura una sociedad de vigilancia en círculos concéntricos donde se encuadran, tanto el funcionamiento cotidiano de las instituciones sociales, como incluso los cuerpos de los individuos. Se trataba, en definitiva, de la sociedad del «educador-juez», del «profesor-juez», del «doctor-juez», del «asistente social-juez», y así sucesivamente; todos ellos bajo la dependencia consciente de *un solo espíritu omnisciente*.

En las últimas décadas del siglo XX, Michel Foucault, con la *finesse* revisionista postmoderna que caracteriza a sus escritos a finales de los setenta, también será sensible a la brillantez de la proposición benthamiana. Fiel continuador de las diligencias teóricas del maestro británico, aunque sin faltar a la «fidelidad debida» a sus propias convicciones que sirven de *contre-pied*, muestra sutilmente

«cómo existe este panoptismo al nivel más simple (...) por lo tanto, a nivel de la existencia individual». En efecto, el inconformista filósofo francés pretende ir más allá del simple interés descriptivo de la estructura conceptual que aporta el *panoptismo* de raíz benthamiana, e individualiza en detalle para ello las negativas repercusiones de la *red de secuestro* en la que se hilvana la existencia de los individuos en las sociedades modernas occidentales. Una herencia postmoderna, ésta del *Panoptismo industrial* de comienzos del siglo XIX, que se caracteriza fundamentalmente por el hecho de que el control de los individuos no se efectúa en función de parámetros de sujeción espaciales o geográficos, sino en función de criterios de homogeneización de los individuos, que fijan a los hombres a un aparato de normalización: «La fábrica, la escuela, la prisión o los hospitales tienen por objetivo ligar al individuo al proceso de producción, formación o corrección de los productores que habrá de garantizar la producción y a sus ejecutores en función de una determinada norma (...) el secuestro del siglo XIX cuya finalidad es la inclusión y la normalización». A lo que se unen, en segundo lugar, los parámetros de sujeción temporal, el control del tiempo de los individuos *en cuerpo y mente*: «la sociedad moderna que se forma a comienzos del siglo XIX es, en el fondo, indiferente o relativamente indiferente a la pertenencia espacial de los individuos, (...) sino simplemente en tanto tiene necesidad de que los hombres coloquen su tiempo a disposición de ella. Es preciso que el tiempo de los hombres se ajuste al aparato de producción, que éste pueda utilizar el tiempo de vida, el tiempo de existencia de los hombres»⁴⁴.

El desarrollo de las Nuevas Tecnologías de la Información, que había caracterizado a las dos últimas décadas del siglo XX, crea el contexto adecuado no sólo para que cada vez resulte técnicamente más viable obtener, recopilar y diseminar información personal sobre los ciudadanos, sino también para que *la tarea reflexiva panóptica del cuerpo social se convierta en una opción más realizable*

⁴⁴ FOUCAULT, M.: *ibid.*, p. 121.

que nunca. Desde finales de los ochenta, un buen número de análisis publicados al efecto han materializado —metafóricamente— en el fenómeno televisivo y tecnológico *The Big Brother* dicha facilidad técnica de invadir la esfera de privacidad de los particulares. Una opción que ha ido consecuentemente acompañada por un importante y creciente número de instrumentos de regulación legal: Tratados y Convenio internacionales, Directivas comunitarias y leyes nacionales armonizadoras de estas últimas en las esferas estrictamente estatales de los países miembros. Tal correlato legislativo, impuesto y potenciado con el propósito de dar respuesta al peligro de «malversación» del bien por excelencia de la *Information Society* postmoderna, no resulta, con todo, satisfactorio. La capacidad *visionaria* de los legisladores internacionales, comunitarios y nacionales, resulta deficiente a causa de la dificultad de previsión inherente a la evolución de los medios tecnológicos. El anunciado impedimento de exhaustividad del cuerpo normativo ligado a la Informática y a las Nuevas Tecnologías está íntimamente vinculado a la propia *infraestructura de la Información* —*The Information Infraestructura*— de las sociedades contemporáneas. La diversidad de situaciones que pueden darse, susceptibles de ser evaluadas como «dañinas» para el ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos personales, la gran capacidad de los actuales y futuros networks y su versatilidad y adaptabilidad al cambio de circunstancias, constituyen, desde un punto de vista estrictamente normativo, graves impedimentos para el legislador en su tarea de regulación jurídica, con ánimo de permanencia futura, de las situaciones vulneradoras de los derechos fundamentales. Tales límites ponen en peligro, efectivamente, los dos presupuestos sobre los que se fundamenta la concepción liberal del Estado de Derecho democrático.

Una vez comentado esto último, cabría preguntarse cómo el orden jurídico del Estado podrá ser conocido por los ciudadanos como *deliberadamente legítimo* cuando él mismo ya no resulta conforme a las normas fundamentales y a los principios jurídicos superiores del Estado de De-

recho. ¿Cómo podremos obedecer al Derecho positivo establecido por los hombres cuando él mismo no se encuentra ya sometido a los principios jurídicos superiores y a los valores morales cuyo contenido «universalista» (Habermas) es explotado por la propia legislación? En dicho contexto, ¿cómo podría un Estado de Derecho democrático contemporáneo garantizar la paz interior y la seguridad jurídica para todos los ciudadanos?...

D) *La protección de los datos personales: un síntoma actual de la revisión contemporánea del socialised ideal*

La invisibilidad del derecho fundamental a la protección de datos en nuestra vida diaria⁴⁵ constituye, ciertamente, una de las principales dificultades en los esfuerzos de concienciación de los individuos-miembros de las sociedades digitales contemporáneas, frente a las continuas amenazas o riesgos a los que diariamente se ha de enfrentar nuestra esfera de privacidad. El estatuto de «normalización» rutinaria, como *a daily fundamental right*⁴⁶, que el fenómeno de protección de datos fue adquiriendo en los noventa, es el reflejo de un proceso paulatino de transformación operado en el seno de la propia noción postmoderna de los derechos fundamentales: el respeto a la persona *en su rutina diaria*, y ya no sólo en situaciones *extraordinarias* que precisen llamar a la conciencia de la humanidad y enarbolar insignias de protección y de respeto a la dignidad humana. La preocupación por la «invasión» de la autonomía personal y la concienciación «intelectual» —que no ciudadana, por su desconocimiento inconsciente— de la limitación que esta amenaza supone al derecho de autodeterminación innegablemente reconocido a todo individuo⁴⁷,

⁴⁵ FOUCAULT, M.: *ibid.*, pp. 128-130.

⁴⁶ SAARENPAÄ, A.: «Personnel Data Protection and the Constitutional State», en *Academy Judiciaire of Northern Finland*, núm. 3, 2001, pp. 43-44.

⁴⁷ DENNINGER, E.: «El derecho a la autodeterminación informativa», trad. esp. PÉREZ LUÑO, A. E., en vol. col. *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 268 y ss.; «Racionalidad tec-

justifica el foco de interés que en los últimos años del siglo XX ha recibido esta manifestación exclusivamente postmoderna del derecho general de respeto a la *privacy*. Lo que en la terminología constitucional española se ha dado a conocer como el derecho a la *autodeterminación informativa*.

Cuando hablamos de la protección de datos personales, en términos generales, hemos de ser conscientes de que aquí no se trata de un nivel convencional de legislación. Por un lado, estamos en presencia de uno de los derechos fundamentales «de nuevo cuño» —en prestigiosas esferas del mundo jurídico, se avanza la tipología de Derechos Humanos de *Tercera Generación* para referirse a esta nueva tipología de derechos, consecuencia del nuevo contexto tecnológico contemporáneo⁴⁸—. Por otro lado, el derecho a ser protegido en sus datos personales goza, en la actualidad de las democracias occidentales, de pleno reconocimiento constitucional⁴⁹. Concretamente, la Constitución española consagra en su artículo 18, tanto el derecho a la intimidad personal, entendido en sus *manifestaciones clásicas o preinformáticas* —a saber, en los tres primeros apartados del artículo 18 se garantiza específicamente el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como correlativamente la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones— y, en su último apartado cuarto, el derecho a la privacidad «in-

nológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno», en PÉREZ LUÑO, A. E. (coord.): *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, ed. Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, pp. 53-71.

⁴⁸ PÉREZ-LUÑO, A. E.: «Las generaciones de derechos fundamentales», *RECC - Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10, 1991, pp. 203 y ss.; «La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales», en el vol. col., OLIVAS, E., *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 91 et ss.; *Le generazioni dei diritti umani*, en el vol. col. RICOIONO, E. (dir.): *Nuovi diritti dell'età tecnologica* (Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5 e 6 maggio 1989), Giuffrè, Milán, 1991, pp. 139 y ss.

⁴⁹ RUÍZ MIGUEL, A.: *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Col. Cuadernos Civitas, Madrid, 1994; *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.

formativa» en sus *manifestaciones postmodernas o post-informáticas*: «la limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

En efecto, el derecho a la autodeterminación informativa, *manifestación postmoderna del derecho a la intimidad*, se encuentra íntimamente «conectado» con el derecho de personalidad y la noción contemporánea de intimidad, respectivamente. Hundiendo para ello sus raíces epistemológicas en las máximas que impulsaron el tradicional liberalismo anglosajón, se examina y revitaliza contemporáneamente el derecho a la *autodeterminación* —*self-determination*—, a la autonomía personal y a la libertad individual, así como también los límites de su ejercicio. Pero esta protección «revitalizadora» es tanto más significativa si cabe en función del rango de superioridad que en la *data protection* se le otorga al derecho a la autodeterminación individual sobre el derecho a la vida privada o privacidad. Dicho proceso revisionista —y, en consecuencia, revitalizador— conforma el contexto adecuado para la materialización consecuente del anunciado *proceso de desvirtuación contemporánea del ideal clásico de intimidad*. En las últimas décadas del siglo xx, a partir del marco de los primeros acuerdos en materia de Derechos Humanos elaborados en el ámbito de la Europa occidental, se puso de relieve la necesidad de «ampliar» el alcance conceptual del tradicional derecho a la personalidad. Se trataba de constituirlo no sólo en mediador efectivo entre los Derechos Fundamentales, sino también entre las provisiones legales postmodernas relativas a la protección de datos personales. Estas últimas, en la medida de lo posible, tratan de hacer frente a las modificaciones sociales a las que la vida de los individuos puede verse sometida en el actual contexto tecnológico. Bajo tales aspiraciones, el tópico recurrente del derecho a la personalidad ha adquirido una nueva perspectiva: en la actualidad, este derecho se ha convertido de nuevo en esencial para la disciplina postmoderna de la *Sociedad Network*.

La *Information Infrastructure* occidental exige para su sostenimiento una consecuente reformulación de la noción clásica de autodeterminación personal. La nueva noción habrá de ser adecuada al contexto tecnológico y bajo ningún concepto puede obstaculizar el traspaso exigido hacia la esfera de significación social de la nueva democracia que se preconiza en los umbrales del s. XXI, que trabaja en nuevos caminos y con una concepción diferente y reformulada del ser humano. En definitiva, se trata de asegurar un *uso democrático de la Information Technology*, cuya manifestación de dimensión socio-jurídica principal cristaliza precisamente en el reconocimiento de un nuevo derecho a *la autodeterminación informativa*. Hoy en día, a comienzos del segundo milenio, nos situamos ante la emergencia de un Estado cada vez más policial, que se traduce en la aparición de medidas reforzadas de seguridad social. Señalaremos en este sentido que, desde que acontecieron los atentados del 11-S, nos encontramos de nuevo ante un proceso de *desvirtuación* de la noción de intimidad tradicional, que algunos autores califican de proceso *post-postmoderno*, coherente en el fondo con las transgresiones operadas por las legislaciones represivas de los Estados occidentales; los cuales evolucionan persiguiendo para ello el objetivo actual de *securización social preventiva venido de América*. Precisamente en esto último se evidencia el paralelismo que viene rigiendo hasta aquí nuestra argumentación. En efecto, ambos síntomas aludidos se perfilan como paralelos, al tiempo que confluyen en un mismo proceso de *desvirtuación contemporánea*. Para el primero de ambos, dado el contexto actual de las Sociedades de la Información, será preciso desvirtuar «reformuladoramente» la idealidad del liberalismo anglosajón clásico, que concebía una soberanía personal absoluta del individuo y que entendía la intimidad como *conditio sine quad non* —aunque no sea la única— de la autonomía personal de los miembros del grupo social. Para el segundo, se ha requerido la reformulación «desvirtualizadora» de la construcción panóptica benthamiana «en su idealidad».

III. EL FENÓMENO DEL *BIG BROTHER* HA QUEDADO
OBSOLETO EN LA ACTUALIDAD: LA DESVIRTUACIÓN
POST-POSTMODERNA DE LA CONSTRUCCIÓN PANÓPTICA
EN SU IDEALIDAD

Cuando se repasan sumariamente los principios de la proposición teórica benthamiana, se observa que las voces más acreditadas de las teorías penales utilitaristas del siglo XIX eran ya plenamente conscientes —un siglo antes, por tanto, del advenimiento de los actuales sistemas de tratamiento automatizado de la información personal— de la potencialidad inherente a la información, así como también de las ventajas que la «visualización total» de la existencia del individuo podría suponer para la realización de controles sociales eficaces. Ante medios tecnológicos tan potentes como los actuales y ante la inserción social imparable de Internet, inmersos como estamos en el llamado periodo *post-post-informático*, nos seguimos planteando en la actualidad las mismas cuestiones y preguntas de hace un siglo. Durante las últimas décadas, marcadas ya por el advenimiento inicial y la progresión imparable de las Nuevas Tecnologías de la Información, ¿éramos conscientes de ser objeto de una progresiva «visualización total» por el *Big Brother*, en su cualidad exclusiva de *manifestación post-informática* y, por tanto, *postmoderna* del Panóptico benthamiano? Y, lo que es todavía más significativo, ante el huracán de medidas vulneradoras adoptadas en materia del respeto de los Derechos Humanos por los Estados occidentales —con Estados Unidos siempre a la cabeza— desde el día después de los atentados del 11 de septiembre, ¿somos actualmente conscientes del hecho de que el miedo a un *Big Brother* todopoderoso ha terminado siendo definitivamente superado para derivar en una nueva ola de transgresiones de los derechos fundamentales, todo ello en nombre de la «guerra justa» que se ha de librar contra el terrorismo internacional?...

Como indicaba Reg Whitaker, en una posición abiertamente favorable a dicha guerra mundial contra el terrorismo, estamos derivando progresivamente a un Estado cada

vez más policial en el que ya no habría un único *Big Brother* todopoderoso, sino una pluralidad incalculable de *Little Brothers*. Efectivamente, hoy en día nadie puede estar seguro de no ser objeto de observación, de no ser desnudado... Las técnicas actuales de «disección» de la esfera de la intimidad del individuo son incontrolables y están sometidas a un proceso constante de mutación. Éstas conforman, a su vez, otra numerosa serie que va desde las técnicas de vigilancia de *exteriorización* hasta las medidas de vigilancia de *interiorización* contemporánea. Dentro de este segundo grupo de medidas, el «examen minucioso», «el escrutinio» malintencionado y el empleo ilegítimo posterior, a fines de registro delictivo, de la información personal (automatizada por bases de datos de titularidad pública y privada), son particularmente significativos. No debemos olvidar aquí una segunda manifestación importante, de impulso creciente, constituida por la información personal que, de manera completamente inconsciente, nosotros mismos aportamos a través de la memoria de nuestro ordenador personal, o respondiendo ingenuamente a encuestas de opinión y a cuestionarios telefónicos. Estas últimas informaciones servirían para construir modelos de comportamiento social, de orientación política o económica (incluyendo incluso, a veces, informaciones relativas a la orientación o el comportamiento sexual), gracias a los datos que proporcionamos con nuestras respuestas. Datos que incitan a crear un perfil de su titular y a alinear así al sujeto inspeccionado dentro de unas tablas estadísticas que serán posteriormente ofrecidas al mejor «postor» (empresas, personas jurídicas privadas, e incluso organismos públicos).

En efecto, en los principales países europeos (como Inglaterra, España y, pese a una antigua legislación armonizadora de nivel comunitario sobre la protección de datos de carácter personal que data de 1978 —*Loi 78/17 Informatique et Libertés*—, también en Francia), un número indeterminado de empresas privadas —particularmente, entidades bancarias— posee innumerables informaciones de cada individuo sobre su estado civil, situación familiar, es-

tado de salud, poder adquisitivo, residencia habitual y residencias secundarias, patrimonio familiar, situación profesional y perspectivas futuras de evolución salarial. La lista es interminable... La virtualización dispersa de todos estos datos a lo largo de un conglomerado incierto de fuentes de información entraña un grave y potencial peligro al respeto debido a la vida privada de cada uno de nosotros. Pero, a lo que verdaderamente se ha de temer es precisamente a la creación por esta vía de «personalidades virtuales», de perfiles formados a partir de la información que las bases de datos heterogéneas procuran y que, en la mayor parte de los casos, podría tener poco que ver con la realidad. El traspaso de información desde un fichero nominativo hacia usuarios no previstos en el momento de su creación constituye, por tanto, «el pecado capital de las bases de datos»⁵⁰.

Dicho peligro se muestra de forma todavía más evidente, aunque de un modo también más paradójico, en cuanto a la legislación comunitaria relativa a la protección de datos de carácter personal, cuando se trata de los Estados Unidos de América. Si bien la ley americana prohíbe de forma expresa a las Administraciones y a las personas jurídicas de carácter público almacenar informaciones personales, la misma legislación habilita, por el contrario, al gobierno para encargar dichas actividades de almacenamiento a sociedades privadas (bancarias, de viajes, de alojamiento, etc.) para que sean posteriormente «revendidas» a las Administraciones federales americanas. Es el caso particular de la empresa americana *ChoisePoint*, cuya filial *Database Technologies* había sido contratada por el Estado americano para reorganizar las listas electorales, con ocasión del recuento que tuvo lugar en Florida en el marco de las elecciones a la Presidencia norteamericana del año 2000. «Resultado: millones de personas fueron privadas de su derecho de voto. Lo que modificaría el alcance del voto, y daría la victoria a Bush con 537 votos de venta-

⁵⁰ VAN BUUREN, JELLE: «Les tentacules du système Schengen», en *Manière de voir*, op. cit., p. 25.

ja... Recordemos que esta victoria fue la que le permitiría acceder a la Presidencia del Gobierno...»⁵¹. En el momento en que sean reunidas todas las informaciones personales se podría medir hasta qué punto la vida privada resulta accesible al conocimiento de cualquiera que tenga acceso a un ordenador. A este respecto, las situaciones de riesgo potencial para la información de carácter personal resultan a menudo difícilmente cuantificables e identificables; sobre todo cuando se trata particularmente del marco que nos procura el actual *open network*. Cada vez que nos conectamos a Internet desde nuestro ordenador personal, desde el ordenador de una biblioteca o de un hotel, las propiedades inherentes a los «browsers» que utilizamos hacen que algunos de nuestros datos personales puedan ser abiertos y por tanto que resulten disponibles para otros *observadores* que no tienen por qué ser necesariamente «genios informáticos o agentes especiales del FBI»⁵².

Nuestra información «más personal y más confidencial» se encuentra hoy accesible para una pluralidad de observadores, expuesta *para una masa de Little Brothers que lo ven todo, lo saben todo y nos mosconeán sin cesar*⁵³. Esto último no es sino un síntoma adicional de la nebulosa que configura la imagen actual de la *Informational Society*. En la medida en que formamos parte del marco y de la infraestructura de esta *Informational Society*, y aunque los niveles de participación consciente en la misma varían según se trate de usuarios habituales de Internet o de aquellos que «no están nunca conectados», debemos siempre recordar las enormes necesidades de información que se requieren para el mantenimiento de la *infraestructura de la información* contemporánea. El conjunto del cuerpo social debe, por consiguiente, formar parte de la misma, si bien *inconscientemente*, como síntoma actual de la revisión contemporánea del *socialised ideal* benthamiano.

⁵¹ RAMONET, I.: *op. cit.*, p. 7.

⁵² SCHWART, J.: «Alguien mira por detrás de tu hombro», en *El País*, 26-octubre-2003, Madrid, p. 4.

⁵³ WHITAKER, R.: *op. cit.*

En efecto, debemos mostrarnos de acuerdo con los principales analistas de la obra de Bentham en la cuestión concreta de afirmar que el fenómeno del Panoptismo debe ser epistemológicamente entendido como la *respuesta puntual* del teórico del Derecho penal británico a la situación de caos en la que la sociedad inglesa de finales del siglo XVIII se encontraba inmersa. Bajo una misma intuición argumentativa, o *hunch*, podríamos también considerar que, en primer lugar, el síndrome postmoderno del *Big Brother* de finales del siglo XX, pero sobre todo los actuales *síndromes post-postmodernos de securización de la seguridad*, no son más que un reflejo, también *puntual*, del miedo en el que viven las sociedades occidentales contemporáneas. Para poder cumplir con tales medidas de *securización social*, los sistemas de información se desarrollan sin cesar, pero sin que para ello dispongan de una noción clara de cómo deberán ser utilizados y las razones por las que han de ser utilizados. La deriva legislativa represiva a la que nos conduce la lógica *securitaria* actual, encuentra su expresión más fiel en las posibilidades de vigilancia de los individuos —por tanto, en las posibilidades de «visualización social total»— que las Nuevas Tecnologías (telefonía móvil, localización vía satélite, etc.) nos procuran.

Se sabe que en cualquier momento, desde miles de terminales instalados en diferentes puestos de los Estados miembros de la UE, las autoridades competentes de estos *Estados Schengen* pueden comprobar si un extranjero figura inscrito o no en el registro del Sistema de Información Schengen (SIS), «pulmón numérico de la cooperación policial europea», que tiene por objetivo esencial el de permitir almacenar así millones de informaciones de carácter personal sobre los extranjeros que tienen prohibida su residencia en Europa, sobre los criminales internacionales buscados y sobre los individuos sospechosos susceptibles de ser puestos bajo vigilancia. Pese a que dicho objetivo pueda ser considerado como legítimo a efectos de mejorar la seguridad europea interior (mediante el control de la libertad de movimiento de las personas y mediante el ejercicio de un mejor control de las personas que entran

en el espacio Schengen), los acontecimientos acaecidos el 11 de septiembre del 2001 han servido de justificación suficiente para la implicación activa en el SIS de los servicios de inteligencia europeos y americanos y, por tanto, para la transformación de los objetivos iniciales que perseguía el sistema europeo SIS y que actualmente tan sólo obedece a *necesidades de información policial en sentido amplio*. Todo ello ha traído como consecuencia la formación de un nuevo sistema de información llamado SIS-II, modificando los objetivos de colaboración europea iniciales en aras al ejercicio de la máxima comunitaria de libre circulación en el espacio de la UE: «La idea de utilizar los datos del SIS para otros fines que aquellos que habían sido previstos inicialmente, en particular con fines de información policial en sentido amplio, constituye ahora el objeto de un amplio consenso que resume las conclusiones alcanzadas por el Consejo (europeo) tras los acontecimientos del 11-S»⁵⁴.

Efectivamente, el movimiento general de nuestras sociedades hacia el respeto de las libertades individuales, que data del periodo de la post-guerra y de la bipolaridad, acaba de ser *brutalmente interrumpido*⁵⁵ como consecuencia lógica del desarrollo de una guerra mundial contra el terrorismo internacional. Teniendo por objetivo primordial el de instaurar un mundo más seguro, los Estados occidentales han optado por garantizar *preventivamente* su seguridad nacional «a todo precio», incrementando así los riesgos de discriminación social, y pese a que ello pueda ir en detrimento incluso de la privacidad de los particulares o de los derechos a la propiedad privada: «Law enforcement authorities now have unprecedented powers to criminalise terrorist financing and associated money laundering, to seize cash, to freeze assets and to monitor accounts. Some of the powers may be exercised without the need for any criminal investigation or conviction (...) Law

⁵⁴ Conseil européen: «New Functions of the SIS-II», doc. 6164/5, Enero Rev. 5, 6 noviembre 2001, Bruselas.

⁵⁵ RAMONET, I.: *op. cit.*, pp. 6-7.

enforcement authorities and the intelligence services may disclose information to each other and with their overseas counterparts even before a criminal investigation has begun»⁵⁶. Estos *cuentos securitarios venidos desde América* prevén para su consecución unas competencias gubernamentales amplificadas, las cuales se manifiestan principalmente en que las autoridades estatales han de poder prevenir los crímenes incluso antes de que sean cometidos y, por la vía de dicha prevención, que puedan así anticipar el futuro gracias a la interconexión de todas las informaciones personales relativas a los individuos. En el marco de esta lucha contra el terrorismo y contra los actos criminales a escala planetaria, los Estados Unidos han adoptado, consecutivamente, (a) el 15 de diciembre del 2000, un importante informe oficial del Gobierno americano titulado *The International Crime Threat Assessment*, (b) el 19 de noviembre del 2001, una legislación específica relativa a la seguridad en la aviación y en el transporte en general (*The Aviation and Transportation Security Act*), y (c) el 5 de mayo del 2002, una ley que refuerza considerablemente las condiciones de entrada en el territorio americano (*Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act*).

Entre «las amenazas globales contra la seguridad de los Estados Unidos de América», detalladas en el texto del *International Crime Threat Assessment* aparecido en el año 2000, se incluiría una rúbrica específica relativa a las *transferencias tecnológicas ilícitas de datos y de informaciones*. Si tratamos de determinar con cierto rigor interpretativo el alcance de tal expresión, llegaríamos a constatar fácilmente que en realidad se trata de una definición susceptible de entrañar dudas de todo tipo. No obstante, lo que está claro es, sin lugar a dudas, que ésta denota, con todo, una estrategia terminológica que predice y antecede a una política de maximización de la seguridad ante

⁵⁶ BINNING, P: «In Safe Hands? Striking the Balance between Privacy and Security – Anti-Terrorist Finance Measures», Conferencia presentada con ocasión de *Justice Conference on Terrorism-Mapping the Legal Framework*, E.H.R.L.R., Sweet & Maxwell, Londres, 2002, p. 737.

«virtualidades potenciales de comportamiento», en términos muy similares de los empleados por Foucault en sus trabajos filosóficos, con ocasión de la revisión postmoderna del *Panóptico* benthamiano. Pero lo que resulta más inquietante en dicho contexto, no es en absoluto la previsibilidad de la denuncia americana, sino la inmediata correlación europea que le siguió, lo cual daría lugar en el año 2001 a la aparición del *Proyecto de Convención europea contra la Cibercriminalidad*. Entre las principales ambiciones inspiradoras del Proyecto de Convención europea figura precisamente la de proporcionar a las autoridades competentes de los diferentes Estados miembros los medios necesarios para acceder a los datos de conexión —es decir, a la información de carácter personal de millones de usuarios europeos de la red Internet— con fines exclusivamente de inspección, de investigación y de encuesta sobre actividades criminales.

El texto de la Convención resulta inquietante por múltiples razones, pero sobre todo en lo que se refiere al tratamiento que efectúa de la propiedad intelectual y al marco que determina de protección de las libertades públicas en el contexto postmoderno. Su objetivo primordial es potenciar por medio de mecanismos de cooperación internacional (específicamente en materia penal) una *cibercriminalización*, pero sobre todo la viabilidad de una *ciber-inculpación* de alcance planetario, y no sólo comunitario. Por esta vía se modificará también el ámbito jurídico de la *Network Society*, en un sentido cada vez más favorable a las autoridades estatales detentadoras del «paraguas» de protección legal, aunque, como contrapartida, cada vez más desfavorable para los usuarios de medios telemáticos y de Internet. Para el cumplimiento efectivo de estas finalidades, la Convención exige la colaboración activa y la asistencia completa de las empresas promotoras de los servicios de Internet, habilitando así a las «autoridades competentes» para proceder a la recogida en tiempo real de los datos, incluso de carácter personal, relativos a la transferencia de información en Internet (situación espacio-temporal del utilizador, duración de la consulta en la

red, etc.), así como también a la interceptación de datos relativos al propio contenido de la información consultada o aportada en la red. Ahora bien, cuando un Estado miembro de la Unión Europea alega que, por razones fundadas en su propio orden jurídico interno —independientemente del hecho de que dicho orden pueda ser calificado a efectos de las exigencias de la Convención como «demasiado protector de las libertades públicas de sus ciudadanos»—, no se encuentra en las condiciones más propicias para autorizar plenamente en su territorio la adopción de medidas de recogida de datos literalmente previstas en el texto de la Convención, se le obligará a asistir a aquellos «operadores extranjeros» en la recogida y en el registro en tiempo real «de los datos relativos al tráfico en la red» y a procurar toda la información complementaria requerida sobre el contenido de dichos datos.

El Consejo de Europa apoya de este modo la política de reforzamiento de las medidas de seguridad y de previsión en la lucha contra el terrorismo internacional, y abre la vía a una «maratón» de previsiones normativas que corresponde a lo que Baltasar Garzón ha calificado abiertamente como la «cruzada internacional contra el enemigo común»⁵⁷. La *Convención contra la cibercriminalidad del Consejo de Europa* no constituye, pues, más que un ejemplo del que podemos servirnos en la actualidad para ilustrar la problemática general inherente a nuestra propia argumentación. Sin embargo, las ilustraciones podrían ser múltiples: una proposición de la Presidencia europea dada en agosto del 2002 procura ejemplos comunitarios todavía más recientes de dicho proceso de *securización social preventiva*, al objeto de establecer un sistema europeo de control sistemático y de registro de las llamadas telefónicas efectuadas y recibidas en el espacio geográfico de los Estados miembros, con la finalidad de facilitar la búsqueda y la prevención de posibles acciones delictivas que puedan amenazar seriamente la seguridad nacional e inter-

⁵⁷ GARZÓN, B.: «La batalla contra el terrorismo», en EL PAÍS, domingo 29 de diciembre de 2002, p. 2.

nacional de los Estados miembros. En los niveles internacionales, como hemos advertido, los ejemplos serían todavía más preocupantes; nos limitaremos ahora solamente a los mencionados textos de (a) *The Aviation and Transportation Security Act*, de 19 de noviembre de 2001, así como también de (b) *The Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act*, de 5 de mayo del 2002. Estos dos textos prevén, en particular, que a partir del 5 de marzo de 2003, y en virtud de un acuerdo entre la Comisión europea y las autoridades federales americanas, las compañías aéreas que cubren los vuelos hacia los Estados Unidos, tienen la obligación de comunicar determinadas informaciones personales de los pasajeros a los servicios de aduanas y de seguridad norteamericanos, bajo pena de controles reforzados, de multas o incluso de exclusión del derecho a aterrizar en suelo americano.

Se sabe que el medio utilizado para poder recoger dichas informaciones de orden personal es precisamente el de «abrirse paso» y acceder a las bases de datos de las compañías aéreas y de las agencias de viaje. Estos organismos recogen las informaciones personales directamente de los propios pasajeros, en el contexto de los servicios de reserva de billetes que las mismas procuran. Así pues, antes incluso de entrar en el avión, las autoridades americanas conocerán, en función de las prestaciones ofertadas por las compañías aéreas, aquellas informaciones esenciales que constituirán el llamado *Passanger Name Record* (PNR); el cual, podrá contener las informaciones siguientes: nombres y apellidos, número de pasaporte del titular del billete, informaciones relativas a la agencia de viajes en la que la reserva fue efectuada, itinerario del desplazamiento con indicación precisa de todas las escalas, precisión de los vuelos en conexión (números de los vuelos, fecha, horas de salida y de llegada, clase económica o business), número de personas para las que una misma reserva fue realizada, estado de salud del pasajero, la persona de contacto en tierra del titular (número de teléfono de contacto particular o profesional, fijo o móvil), las modalidades de pago (cuando se trata de una tarjeta de crédi-

to, su número), las organizaciones o entidades que hayan financiado ciertos desplazamientos, las posibles reservas colaterales de hoteles o de coches de alquiler a la llegada del titular del billete, los servicios solicitados durante el vuelo, como por ejemplo la preferencia en la disposición del pasaje (ventana o pasillo), o las preferencias de orden dietético (el tipo de menú: vegetariano sin consumo de carne, cascher, asiático, etc.). Todas estas informaciones de carácter personal serán almacenadas, en primer lugar, en las bases de datos de los sistemas de reserva aéreos para, acto seguido, ser objeto de intercambio entre las diversas empresas que intervienen desde el mismo momento de la reserva del billete hasta la realización de las prestaciones del billete solicitadas por los pasajeros. Posteriormente, dichas informaciones serán enviadas a un sistema de control preventivo asistido por un ordenador central que ha recibido el nombre de *Computer Assisted Passenger Pre-Screening* (CAPPS), que será regularmente puesto al día por los servicios de inmigración y por el departamento del Estado americano a fin de evaluar a cada uno de los visitantes y así determinar, como apuntara el propio Ministro de Justicia nortamericano John Ashcroft, el riesgo de *su eventual participación en una actividad terrorista*. Así pues, según cuál sea el grado de *peligrosidad* que se le atribuya a un pasajero, el CAPPS le otorgará un «Código de color»: «verde», para aquellos que sean considerados como «inofensivos» de cara a la seguridad nacional americana; «amarillo» para aquellos casos que sean dudosos como, por ejemplo, visitantes de religión musulmana u originarios de Oriente Próximo, con excepción de los ciudadanos israelíes; por último, «rojo» para aquellos a los que directamente se les negará el desplazamiento a tierras norteamericanas, impidiéndoles el acceso al avión y procediendo, en la mayoría de los casos, a su detención.

El pasado día 13 de marzo de 2003, el Parlamento europeo adoptó mayoritariamente una resolución por la que se denuncia y se pone en tela de juicio el acuerdo de colaboración al que habían llegado la Comisión europea y los servicios de aduanas norteamericanas el 18 de febrero de

2003, con ocasión de una declaración común. En dicha Resolución se señala expresamente que las exigencias de seguridad norteamericanas constituyen una violación de las reglas europeas en materia de protección de datos personales; en definitiva, dentro del marco que procura la Directiva «madre» 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas frente al tratamiento de datos de carácter personal. Pese a todo, las medidas impuestas por *The Aviation and Transportation Security Act* en 2001 y por *Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act* un año más tarde, siguen estando en vigor, pese a que las negociaciones efectuadas por la Comisión europea sigan su curso. No obstante, y lejos de apaciguarse las disputas, la situación va adquiriendo un cariz cada vez más problemático desde que el pasado 22 de mayo de 2003 las autoridades americanas hicieran pública la aparición y adopción masiva de nuevas disposiciones *securitarias* (concretamente, las siguientes: *Undertakings of the United States Bureau of Customs and Border Protection and the United States transportation security administration*), que resultan, paradójicamente, de aquellas «difíciles» negociaciones reabiertas con la Comisión. Entre estas nuevas medidas de seguridad figura, de forma preferencial, la de autorizar a los agentes de aduanas norteamericanos para fotografiar y tomar las huellas dactilares de los pasajeros que lleguen a suelo americano.

IV. UNA CONCLUSIÓN CLÁSICA: EL FIN NO JUSTIFICA LOS MEDIOS

Los nuevos controles relativos a las transferencias de informaciones personales del tráfico aéreo recientemente instauradas por las autoridades americanas en el marco de la llamada *Patriot Act*, ponen gravemente en cuestión determinados derechos constitucionalmente reconocidos por los Estados occidentales, como el derecho a la intimidad personal o a la vida privada, el secreto de las correspondencias o la libertad de asociación y de ex-

presión. Sin embargo, no hemos de precipitarnos aquí y refutar directa o completamente dichas *previsiones securitarias* —calificándolas como medidas «faraónicas»⁵⁸ o «apocalípticas» a favor de la guerra desplegada contra «el Eje del Mal» proveniente de América, como han hecho algunos autores—, en la medida en que ellas sirven también para reprimir de forma bastante eficaz una serie de actividades delictivas relativas a la pedofilia, al racismo y al terrorismo, las cuales son objeto de rápida difusión —a veces sin control ninguno y en libre acceso— en la enorme red numérica que nos procura Internet. A nuestro parecer, las críticas que se dirigen fundamentalmente al actual sistema de *securización social* a favor de la guerra contra el terrorismo internacional habrán de residir, muy al contrario, en la *condición postmoderna* que un fenómeno de difusión como Internet ha tenido hasta hoy. Internet ha sido siempre considerado como *el ojo del Gran Hermano* que todo lo observa, que todo lo ve; en otras palabras, como *el síntoma postmoderno de la conciencia obsesiva de las sociedades contemporáneas*, que tan gráficamente describe el filósofo francés Michel Foucault.

Teniendo como base la política internacional de seguridad actual *procedente de América*, se va abandonando progresivamente el ideal de vigilancia total benthamiano del *Ojo imperial* que todo lo ve, y se procede invariablemente a un proceso de adopción de medidas normativas de observación minuciosa de los ciudadanos, que presenta como característica novedosa, precisamente, la de constituirse en función de su grado de peligrosidad, o en base al riesgo que puede suponer una eventual participación en actividades susceptibles de poner en peligro la seguridad nacional de los Estados. En definitiva, se trata de *anticipar el futuro*. Así pues, tal espíritu de anticipación va progresivamente adquiriendo un lugar prioritario ante las posibles *virtualidades de comportamiento* de los individuos que describía Foucault. Éstas transforman la condición de todos los ciudadanos, convirtiéndolos en auténticos *sospe-*

⁵⁸ RAMONET, I.: *op. cit.* p. 7.

chosos virtuales, susceptibles de poder ser tipificados como criminales o *cibercriminales*, si tenemos en cuenta aquí la nomenclatura numérica. Asistimos, por consiguiente, a la limitación progresiva, por la vía legal y gubernamental, de los derechos y libertades fundamentales (en general), y de nuestro innegable derecho de rango constitucional a la protección de los datos de carácter personal de los que todos somos titulares (en particular). Y es aquí donde reside el verdadero peligro de esta empresa legislativa: la amenaza actual que pesa sobre los ciudadanos, al verse de este modo «transformados» en potenciales *cibercriminales*, y que sitúa a todos los ciudadanos *bajo escucha*⁵⁹.

Ante el grado de peligrosidad que pueden significar determinadas actividades para el control efectivo del orden social, se utilizan frecuentemente principios como el de la seguridad, para justificar de este modo determinadas empresas legislativas que pueden incluso constituir una grave violación de las libertades públicas y de los derechos fundamentales. Este es el caso que hemos tratado de describir en este trabajo, y concretamente cuando denunciábamos abiertamente la existencia actual de una *auténtica avalancha legislativa represiva* proveniente de los Estados Unidos de América, con relación a los flujos transoceánicos de informaciones personales en el control de tráfico aéreo. La conceptualización teórica actual del ideal de vigilancia total, calificada como *manifestación post-postmoderna* de la noción de «peligrosidad», aplicada a las actitudes de los ciudadanos y, en definitiva, a las *virtualidades de comportamiento de los individuos*, no es desde luego una novedad. Al contrario, como advertíamos antes, se trata de un fenómeno bien conocido por los principales teóricos-fundadores de la disciplina de estudio del Derecho Penal y, más concretamente, por el padre del *panoptismo* social, un fenómeno representado, en su variante *contemporánea postmoderna*, por las nuevas herramientas y medios criminales que en la actualidad nos proporcionan la

⁵⁹ RIVIÈRE, PH.: «Tous les européens sur les écoutes», en *Manière de voir*, núm. 56, marzo-abril 2001.

Informática y las Nuevas Tecnologías de la Información. Se sabe que las infracciones a las leyes penales «efectivamente cometidas» han de ser controladas y a continuación *sancionadas* por la justicia. Sin embargo, hoy asistimos a una nueva categoría de represión —la cual, tiene precisamente como «punto de mira» las llamadas *virtualidades de comportamiento* de los ciudadanos—, ejercida desde las principales esferas gubernamentales.

Efectivamente, sobre la base de la prevención de todos los posibles peligros que pudieran presentarse para la seguridad de los Estados, el control penal tradicional de carácter *punitivo y represivo*, legítimamente ejercido y conocido hasta el presente, ya no es llevado a cabo por la justicia propiamente dicha. En su lugar surge una serie de poderes colaterales de *vigilancia, represión y corrección*, los cuales, pese al hecho de ser efectivamente divergentes de la justicia, se atribuyen una de las funciones tradicionales y esenciales del poder judicial: la de corregir, mediando para ello la imposición de una esfera de control exhaustivo, el peligro que conlleva la *conducta virtual del individuo* en el libre ejercicio de su autodeterminación personal. Además, estas medidas legislativas de vigilancia sobre la esfera de carácter privado de los ciudadanos —vigilancia, por otra parte, completamente inconsciente para quien es inspeccionado— ejercidas por los actuales *lobbies* internacionales persiguen un fin específico que se muestra sólo proporcional *al contexto* «de espera angustiosa» *en la que hemos empezado este segundo Milenio*.

Por último, se puede valorar aquí —como aserto final— el hecho de que la materialización legislativa de estas funciones, inicialmente represivas, frente a posibles *virtualidades de comportamiento de los ciudadanos*, no procede del universo de las teorías jurídicas, o por lo menos de aquellas teorías que luchan encarecidamente: primero, por el respeto debido al *nexus* establecido entre el vínculo *privacidad-autodeterminación personal*; y, en segundo lugar, por la maximización del bienestar individual liberal. Aunque, a decir verdad, dichas funciones tampoco responderían a las teorías postmodernas sostenidas por los suce-

sores anglo-americanos de los padres fundadores del liberalismo, en la medida en que éstos consideran la autonomía personal *stricto sensu* como «un ideal moral»⁶⁰ que se muestra contrario, por una parte, a la utopía idealista de un derecho general de autonomía personal y, por otra, a los pilares epistemológicos sobre los que se fundamenta la propia definición legal de Estado de Derecho neoliberal en los países de cultura jurídica de *common law*: «the state at arms lenght» y, ulteriormente, «the right to be let alone».

En una lectura todavía más contemporánea, se debería jugar con el llamado *Welfare de la colectividad* social propio de las culturas jurídicas tradicionales del *civil law* y, por tanto, de la propia noción de Estado bienhechor en el que la autonomía personal se muestra progresivamente limitada. Ante la tensión continua que existe entre el medio ambiente natural y nuestra propia voluntad por dominar el contexto que nos rodea, sólo queda lugar para un ideal de autonomía personal fuertemente sometido a la *obligación del bienestar social global*. Evidentemente, la búsqueda de un *people's Well-being* dignifica lo máximo posible el ideal clásico de autonomía personal y, de este modo, hace evolucionar la noción de autodeterminación en el contexto *postmoderno* en función del bienestar social colectivo. Sin embargo, en la campaña política *securitaria* actual, favorable a que *haya más seguridad y menos vida privada* —campaña de *hipertrofia* del imperativo de información—, asistimos concretamente a una desvirtualización peligrosa de esta utopía y, correlativamente, del ideal benthamiano de un *Panoptismo social*. Peligro que ha sido percibido ya por un gran número (y creciente) de internacionalistas y profesionales del Derecho. En la actualidad existe el riesgo potencial de que el miedo social *securitario* imperante acabe siendo explotado con vistas a instaurar un sistema de falsa seguridad que iría en detrimento de la libertad y de las garantías constitucionales de los ciudadanos. Por ello la ola de «incriminación» terrorista a escala mundial puede

⁶⁰ RAZ, J.: *The Morality of Freedom*, Claredon Press, Oxford, 1986, pp. 212-247.

tener consecuencias nefastas para la pervivencia de la democracia —al menos en los términos en que, hasta hoy, se determina como forma socio-jurídica de convivencia en los principales Estados occidentales— y para el futuro de la estructura que sostiene el concepto jurídico del Estado de Derecho. Con vistas a dicha *securización social*, toda persona susceptible de ser objeto de «escrutinio» por parte de las actuales legislaciones represivas y antiterroristas, sería perseguida sólo en función de sus eventuales *virtualidades de comportamiento susceptibles de represión*. No seríamos, así pues, perseguidos por los actos que hayamos realizado, sino por ser susceptibles de haberlos podido cometer en razón de nuestra ideología, nuestra religión, nuestros orígenes étnicos, nuestra condición socio-económica, etc.⁶¹.

En el contexto actual de las sociedades occidentales, la teoría democrática de vigilancia benthamiana, materializada en un Panóptico de visibilidad total en el que las garantías de los ciudadanos contra los posibles abusos de poder residirían precisamente en el principio de publicidad al que son sometidas las acciones del gobierno, deja de ser un paradigma de gobierno. En términos de Jeremy Bentham, el control de nuestras virtualidades de comportamiento se ejerce *under the eyes of the persons who sould inspect us*. No obstante, esta opción teórica sería realizable en la actualidad «si, y solamente si» se la desvirtúa de su carácter ideal, renunciando entonces al *ideal perfection* benthamiano. Como ocurre con el caso concreto de la construcción teórica del Panóptico benthamiano, revitalizado —revisitado, incluso— por la versión postmoderna de Foucault, en las manifestaciones *post-postmodernas* de la premisa teórica benthamiana de vigilancia total, los hombres continúan siendo observados, vigilados, inspeccionados, juzgados, disecados y reprimidos por sus *virtualidades de comportamiento*. Pero el problema fundamental surge en la medida en que, actualmente, lo somos *under the eyes of the persons who sould NOT inspect us*.

⁶¹ BROWN, J.: «Définir le terrorisme», en *Manière de voir – Le Monde diplomatique*, Núm. 67, «L'Empire contre l'Irak», enero-febrero 2003, p. 46.