

Pablo Cárcamo & Klaus Lehmann

Percepciones sobre privacidad en los actores del sistema penal chileno

ONG Derechos Digitales:

Organización No Gubernamental (ONG) fundada en el año 2005, cuya misión es la defensa, promoción y desarrollo de los derechos fundamentales en el entorno digital, desde el interés público. Entre sus principales ejes de interés están la libertad de expresión, los derechos de autor y la privacidad.

Diseño y diagramación: Constanza Figueroa

Corrección: Vladimir Garay

(cc) Algunos derechos reservados.

Esta publicación está disponible bajo Licencia Creative Commons 3.0 Atribución - Compartir Igual. Ud puede copiar, distribuir, exhibir y ejecutar la obra, hacer obras derivadas y hacer uso comercial de la obra. Ud. debe darle crédito a los autores originales de la obra y, en caso de hacer obras derivadas, utilizar para ellas una licencia idéntica a esta. El texto íntegro de la licencia puede ser obtenido en: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/cl>

© ONG Derechos Digitales

Diagonal Paraguay 458 Piso 2, Santiago de Chile

CP 8330051.

+56 2 2702 7108

<http://derechosdigitales.org>

info@derechosdigitales.org

Índice

	Resumen	4
	Introducción	5
I.	Elementos teóricos	7
I.I.	El concepto de privacidad	7
I.I.I.	Privacidad en un sentido crítico	9
I.I.2.	Espacio público versus espacio privado	11
I.2.	Biopoder	13
2.	Percepciones sobre privacidad en los actores del sistema penal	16
2.I.	Metodología	16
2.2.	Resultados	16
2.2.I.	Nociones generales sobre privacidad	17
2.2.2.	Percepción sobre la relación entre sociedad y privacidad	23
2.2.3.	Privacidad y espacio público	23
2.2.4.	Percepciones sobre el rol del Estado	26
2.2.5	Prácticas en el ejercicio de las funciones del sistema penal	29
2.2.6.	Situaciones prácticas	29
	Conclusiones y recomendaciones	32
	Bibliografía	34

Percepciones sobre privacidad en los actores del sistema penal chileno

Policy paper

ONG Derechos Digitales

Resumen

Objetivo: lograr un acercamiento exploratorio a los conceptos de privacidad utilizados por los principales actores del sistema penal. En base a esto se profundiza en las percepciones de los actores sobre el concepto de privacidad y sus aplicaciones prácticas, para posteriormente ser clasificadas según las categorías analíticas presentadas en el apartado teórico.

Aproximación metodológica: se realizaron 11 entrevistas a actores claves del sistema penal chileno (fiscales, abogados defensores, abogados litigantes y académicos) en base a una pauta de entrevistas semi-estructuradas.

Resultados: tal y como lo sugiere la teoría, es posible encontrar distintas concepciones sobre la idea de privacidad entre los actores del sistema penal. Adicionalmente, se evidenciaron diferencias según los distintos roles que cada actor ejerce. La profundización sobre las consecuencias de estas percepciones en el ejercicio de las labores de cada uno de los actores ayudaría a determinar prácticas y definiciones comunes sobre la privacidad a nivel sistémico.

Limitaciones de la investigación: actores relevantes -como la Policía de Investigaciones de Chile- no pudo ser contactada para este estudio. La saturación del discurso en algunas de las categorías de clasificación de los actores del sistema penal pudo no haberse logrado a cabalidad, en virtud de la cantidad de entrevistas logradas.

Introducción

La importancia de la privacidad a nivel global crece mientras se masifican y mejoran los sistemas de comunicación digital, de la misma forma en que salen a la luz pública los programas de algunos gobiernos para controlar y vigilar la información que se mueve en estos nuevos medios de comunicación.

Lo anterior no quiere decir que se trate de un fenómeno reciente, ni que la privacidad esté vinculada solo con los medios digitales, ya que el espacio privado es un concepto que nos acompaña desde el surgimiento de los primeros espacios cerrados.

Como señala Bennett (2011:I):

“Surveillance is a condition of modernity, integral to the development of disciplinary power and new forms of governance (Haggerty and Ericson 2006, 4). It has been essential to the development of the nation state, to global capitalism and to the decentred forms of disciplinary power and ‘governmentalities’ inherent within modern societies.”

A nivel global existen iniciativas dedicadas a denunciar los casos en que el derecho a la privacidad se encuentra amenazado, así como instancias académicas que buscan lograr definiciones que permitan un ajuste práctico de las leyes nacionales a nuevos fenómenos sociales relacionados con la privacidad.

La Organización de las Naciones Unidas, por ejemplo, a través del Relator Especial para Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión señala:

“Modernas tecnologías de vigilancia y acuerdos que permiten a los Estados a que se entrometen en la vida privada de una persona amenazan con borrar la línea divisoria entre lo privado y lo público. Facilitan la monitorización invasiva y arbitraria de las personas, que pueden no ser capaces de siquiera saber que han sido objeto de esta vigilancia, mucho menos desafiarla. Los avances tecnológicos hacen que la eficacia del Estado en la conducción de la vigilancia ya no se limite por la escala o duración” (Citado en Molinaro et.al, 2013:23).

En el caso chileno, el debate sobre la privacidad no es algo que se encuentre típicamente en la discusión pública ni en instancias de análisis académico. Más allá de asuntos coyunturales derivados de problemas globales (como las filtraciones de Edward Snowden, a principios de 2013) la reflexión sobre la privacidad está mayormente ausente, especialmente entre creadores de políticas públicas y tomadores de decisiones cuya actividad se vincula más fuertemente con la posible afectación a este interés de privacidad, lo que obliga a reflexionar sobre la motivación en el actuar de tales actores del sistema.

Por esta razón, la presente investigación buscará indagar en las percepciones de los principales actores del sistema penal chileno sobre el concepto de privacidad y su interacción con él en el ejercicio de sus distintas funciones.

Este documento reflexionará sobre percepciones de los actores del sistema penal chileno a partir de la siguiente estructura: en primer lugar, se realizará una presentación de las principales discusiones teóricas que fundamentan la investigación. En segundo lugar, se presentará la metodología utilizada para recabar los datos. En tercer lugar, se presentarán los principales resultados obtenidos. Finalmente, se realizarán las conclusiones pertinentes.

I. Elementos teóricos

I.1. El concepto de privacidad

Definir el concepto de privacidad no es fácil, ya que se trata de una idea cuya concepción ha sido modificada a lo largo del tiempo y se aplica de distinta forma tanto en distintos países como divisiones culturales (como las diferencias entre Oriente y Occidente, por ejemplo).

La discusión sobre los alcances y límites de la privacidad ha dado vida a distintas corrientes teóricas, distintos marcos legales que la regulan y distintas aplicaciones prácticas en la vida cotidiana de las personas. No es nuestra intención aportar una nueva definición sobre privacidad, ni tampoco tomar posiciones en las discusiones actuales. Para el propósito de esta investigación, que consiste en indagar sobre las percepciones de los actores del sistema penal sobre la idea de privacidad, es importante lograr una categorización amplia de las posibles formas de privacidad, para luego analizar los discursos de los actores.

En este sentido, el trabajo de sistematización realizado por Christian Fuchs (2011) resulta de suma utilidad para los objetivos de esta investigación. En su análisis, Fuchs describe distintos tipos de categorizaciones y definiciones sobre la privacidad. En primer lugar, destacan las propuestas por Daniel Solove (2010), quien considera seis acepciones distintas: 1) el derecho a ser dejado solo; 2) acceso limitado a uno mismo; 3) secreto; 4) control de la información personal; 5) personalidad y 6) intimidad.

Por su parte, Gormley (1992) describe cuatro tipos de conceptualizaciones: 1) privacidad como una expresión de la personalidad; 2) privacidad como autonomía; 3) privacidad como la capacidad de los ciudadanos de regular la información sobre ellos mismo y 4) nociones multidimensionales de la privacidad. Intentando sistematizar la literatura sobre el tema, Schoeman distingue 3 formas de entender la privacidad: 1) como derecho y reclamación; 2) como el nivel de control de un individuo sobre su información personal; y 3) como el estado o condición de acceso limitado a un individuo.

Según Fuchs, la mayoría de estas separaciones no desarrollan criterios teóricos potentes para la distinción y categorización de las posibles interpretaciones del fenómeno de la privacidad. Se trataría de tipologías arbitrarias (Fuchs, 2011:222), basadas principalmente en postulados faltos de una base teórica. Con el objeto de dotar de una base sólida al concepto de privacidad, Fuchs recurre a la distinción propuesta por Giddens entre teorías subjetivistas y teorías objetivistas.¹ En las

.....
1 Esta distinción se basa en un debate bastante antiguo dentro de la teoría social

primeras, el espacio privado queda determinado por la acción de los sujetos, esto es, por el control que ellos ejerzan sobre la información. La privacidad es, en estas teorías, variable, dinámica y flexible, y sus límites dependen del comportamiento de los individuos, de lo cual se deduce que no existe determinación a priori.

Por contraparte, las teorías objetivistas conciben la privacidad como un espacio que se configura con independencia de los sujetos; como una estructura moral que tiene por objeto proteger a todos los seres humanos y que prevalece, incluso, en el caso de que ciertas políticas decidan hacer de conocimiento general conductas personales.² La privacidad bajo este enfoque es concebida como “un círculo no controlado alrededor de cada ser humano” (Mill, 1965, citado de Fuchs 2011:938 [traducción propia]).

En síntesis, las teorías subjetivistas explican la privacidad a partir de los sujetos y sus acciones, las teorías objetivistas lo hacen desde las estructuras sociales, cuyo control escapa a la acción de los individuos. Ahora bien, existe un tercer enfoque que, atendiendo a la naturaleza dual de la privacidad, intenta integrar tanto la visión objetivista como la subjetivista. Esta aproximación entiende la privacidad como un proceso dual determinado tanto por la estructura como las acciones de los individuos. Estas son las teorías denominadas de acceso restringido/control limitado, donde confluyen tanto la autoregulación de los individuos, como las estructuras normativas que definen “objetivamente” la privacidad.³

Teniendo en consideración la distinción entre subjetivismo y objetivismo, es posible dar un fundamento teórico y clasificar las distintas definiciones de privacidad, lo cual ciertamente supone un avance. Sin embargo, según Fuchs, ello no es suficiente, puesto que aún queda pendiente la tarea de llevar a cabo un análisis crítico de la privacidad, esto es, un examen histórico que la relacione con las condiciones materiales de existencia en las que esta se ha inscrito. En la actualidad ello equivale a realizar un análisis que vincule el

.....

respecto a la dualidad entre agencia y estructura. Para una exposición amplia de este tema ver: Margaret Archer (1995) *Realist Social Theory: the Morphogenetic Approach*. Omar Aguilar (2008). *La teoría del habitus y la crítica realista al conflacionismo central*.

- 2 La definición clásica de Warren y Brandeis, por ejemplo, es clasificada dentro de las teorías objetivistas.
- 3 Ver por ejemplo: Moor, J.H. (2000), “Toward a theory of privacy in the information age”, en Robert, M.B., Ramsower, R. y Rosenbaum, S. E. (Eds), *Cyberethics*, Prometheus, Amherst, NY, pp. 200-12.

concepto de privacidad con el capitalismo del siglo XXI.

I.I.I. Privacidad en un sentido crítico

Utilizando el concepto clásico de fetichismo de Marx, Fuchs señala que casi todas las teorías sobre la privacidad, haciendo abstracción de la sociedad, sostienen que aquella siempre supone un elemento positivo, puesto que entrega libertad y dignidad a las personas. De esta forma, dichas teorías presentan un análisis ahistórico que sitúa a la privacidad como un valor a proteger, independiente de la realidad material en la que se inscriba (Fuchs, 2011).

En las antípodas de esta postura, existen autores que sostienen que la privacidad puede llegar a ser un elemento perjudicial⁴ ya que, por ejemplo, puede fomentar el individualismo, ser usada para cometer actos ilegales o como una justificación para la violencia en el hogar. Es así que un análisis no fetichizado de la privacidad, es decir no ideológico (en el sentido de falsa consciencia que Marx le atribuye a la ideología), obliga a realizar un examen en contexto de la misma. Dicho de otra forma, para comprender realmente cuál es la función de la privacidad en la sociedad, es preciso desentrañar el vínculo que existe entre esta y el capitalismo.

Bajo la óptica del análisis crítico al concepto de privacidad, es posible observar que tiene un origen liberal que lo une inextricablemente al modo de producción capitalista y que, además, le es funcional. Así, en primer lugar, es posible señalar que la clásica noción liberal de privacidad se relaciona íntimamente con la idea de propiedad privada, pilar fundamental de la sociedad capitalista. Esta conceptualización del mundo privado promueve el individualismo (en lugar de la individuación) bajo la idea de una supuesta “naturaleza” egoísta, inherente al ser humano. Ello deviene atomización de la sociedad y abre la posibilidad para que el bien común se vea perjudicado.

En segundo lugar, “el concepto liberal de privacidad guarda relación con una concepción del individuo como propietario de sí mismo y de sus capacidades, no debiéndole a la sociedad nada por ello” (MacPherson, 1962, citado de Fuchs, 2011:3 [traducción propia]). De este modo, tanto la riqueza como la pobreza son situaciones atribuidas casi en su totalidad a los individuos, lo que legitima las desigualdades en la distribución en el ingreso y, por tanto, provee de un sustento ideológico al capitalismo.

En tercer lugar, y conectado con el punto anterior, podría señalarse lo siguiente:
.....

4 Por ejemplo el trabajo de A. Etzioni, “The limits of Privacy”, Basic Books, Nueva York. Más ejemplos pueden encontrarse en Fuchs, 2011.

si la noción de esfera privada en la sociedad moderna está conectada con la de propiedad privada, entonces esta es un fundamento del antagonismo entre capital y trabajo. Dicho de otra forma, el concepto de privacidad que se maneja a partir del surgimiento de la sociedad capitalista es el de hombres inscritos en un espacio dentro del cual terceros –incluyendo la acción estatal– no tienen derecho a interferir. Es en dicho espacio en el cual se ubica la propiedad privada. De este modo, el derecho a la privacidad sirve al derecho a la propiedad. Pues bien, al ser esta última el pilar fundamental de la sociedad capitalista, cuyo rasgo fundamental es su antagonismo entre capital y trabajo, es posible sostener que el derecho a la privacidad constituye un sostén jurídico de dicho antagonismo.

En cuarto lugar, desde Engels (2000) en adelante se ha tornado cada vez más claro que existe una íntima conexión entre privacidad, propiedad privada y la familia patriarcal. Arendt (2005) sostiene que antes del advenimiento de la sociedad moderna, la economía era una actividad inscrita en el hogar, es decir, en la esfera privada, sin embargo, con el paso del tiempo esta última fue perdiendo sus funciones productivas. En la misma línea, Habermas sostiene que en la sociedad moderna, la economía, que inicialmente se encontraba unida al “mundo de la vida”, se escinde de este, dando origen a un subsistema independiente gobernado por el dinero. El curso que siguió la modernidad, según Habermas, fue la colonización del mundo de la vida por parte del subsistema económico, el cual comienza a imponer su lógica de la racionalidad instrumental, reduciendo el espacio público y convirtiendo a las familias en meros consumidores privados (Habermas, 1989).

Bajo este pensamiento crítico surge la idea de que la privacidad es funcional a una determinada configuración social y que, como la mayor parte de los bienes, se encuentra desigualmente distribuida. En la actualidad, este fenómeno se torna sumamente transparente con el avance de Internet, pues allí abundan los ejemplos en los que la privacidad se muestra como un bien destinado a ser gozado solo por los dueños del capital, dejando sin protección a la mayor parte de los usuarios.

Facebook constituye el ejemplo por antonomasia de esta situación. Esta red social busca generar la impresión de que cada persona puede controlar su privacidad, bajo la idea de que los usuarios tienen la capacidad de configurar su perfil y limitar el acceso a su información personal; sin embargo, tal protección a la privacidad pareciera no suponer una barrera real para la compañía proveedora, ni tampoco para aquellas a las que la información es vendida. Al momento de subir cualquier dato, el usuario pierde el control sobre estos, convirtiendo a Facebook en propietario de los mismos. Esto es así en virtud del contrato de adhesión a los términos del servicio que cada usuario firma al momento de crear una cuenta.

Lo que ha guiado este pequeño excurso es la intención de dar una mayor profundidad a las usuales definiciones de privacidad y, al mismo tiempo, situar el discurso de los entrevistados, desde la noción más liberal de privacidad hasta la más crítica.

I.1.2. Espacio público versus espacio privado

Hasta el momento se ha abordado el concepto de espacio privado, excluyendo otro elemento de la ecuación: el espacio público, cuya delimitación es igualmente importante. Pues bien, una primera aproximación al espacio público podría consistir en definirlo como complemento, esto es, como todo aquello que queda fuera del espacio privado. En este sentido, lo público quedaría definido a partir de las cosas que no entran en la órbita de lo privado. El problema de una definición de este tipo es que es recursiva y no nos informa realmente de las características que presenta dicho espacio. Es así que se hace preciso conceptualizarlo de manera independiente, es decir, no únicamente como el complemento de lo privado.

Pues bien, al igual que como se ha procedido más arriba, en el caso del espacio público partiremos de la base de que este tiene un carácter histórico, esto implica que su delimitación y características dependen de la realidad material en la cual se inscriba. Lo anterior obliga a concebir a lo público no como una sustancia eterna, sino como un constructo histórico que va variando a través del tiempo.

Bajo este supuesto, la mayor parte de la literatura tiende a coincidir en que, desde el mundo griego en adelante, siempre ha existido una línea divisoria entre lo público y lo privado, aunque dicha línea no siempre se ha ubicado en el mismo lugar. A este respecto, vale la pena mencionar la famosa separación entre polis y oikos que existía en la antigüedad, sobre la que Arendt (2005) ha profundizado. Para los griegos, sostiene la autora, la primera de estas esferas era el lugar en el cual los ciudadanos, es decir las personas libres, discutían sobre el devenir del Estado y elegían a sus representantes, esto es, donde se hacía la política. La segunda estaba referida al trabajo de sobrevivencia u Oikonomia, el cual se llevaba a cabo en la intimidad del hogar.

La actividad política era considerada el acto propiamente humano que diferenciaba al hombre de los demás animales. De ahí el famoso concepto aristotélico zoon politikon. En este sentido, quien no formaba parte de la discusión política a lo sumo era considerado como un hombre en potencia, pero jamás un hombre completo. La discusión política era el acto más apreciado y su ejercicio no podía negársele a nadie que detentara el carácter de ciudadano. El espacio público era, entonces, un lugar transparente digno de orgullo y que por lo mismo me-

recía ser observado por todos los habitantes de la ciudad. Justamente es por ello que las discusiones sobre la polis se llevaban a cabo en el ágora: de este modo podían ser vistas por todos.

Ahora bien, la condición de posibilidad de la actividad política es la satisfacción de necesidades materiales. Dicho de otra forma, para que una persona pudiese dedicarse a la discusión de los asuntos públicos era necesario dar por descontado techo, abrigo y comida. De lo contrario, su preocupación estaría puesta en asuntos ajenos a la política. Es en este punto que el concepto de hogar u oikos cobra gran importancia, ya que es justamente en dicho espacio donde se resuelven los problemas de sobrevivencia, lo cual permite a los hombres, liberados de la necesidad de proveerse de los medios de vida, dedicarse a la política.

Las mujeres, esclavos y niños, que eran considerados seres prepolíticos -es decir, no completamente hombres- llevaban a cabo el trabajo de la sobrevivencia. Este tipo de actividades se realizaba a puertas cerradas en la intimidad del hogar, pues no conlleva mayor orgullo. Esto era así debido a que el trabajo doméstico no correspondía a una actividad diferente a la realizada por el resto de los animales. Este tipo de actividades era concebido como un escalón por el cual era necesario pasar para llegar a la acción propiamente humana.

Bernal (2012) nos informa que, más tarde, el cristianismo cambió de manera importante la valoración que se tenía del espacio público, otorgándole mucha mayor importancia a las acciones de la vida cotidiana que a la elevada discusión sobre los asuntos públicos. Si lo que permite la entrada al cielo son las buenas acciones y el sacrificio, entonces lo que cobra relevancia es el trabajo doméstico. Si bien es cierto el cristianismo invirtió la valoración que se tenía del espacio público y privado, no eliminó la delimitación entre ambos. De alguna manera, es posible señalar que hasta hoy -ciertamente con varios elementos del liberalismo- conservamos la concepción de una esfera privada en la cual, en compañía de la familia, se logra la realización personal. Ahora bien, de ningún modo se pretende sostener que para el pensamiento moderno la actividad política no sea importante, sino simplemente que ya no es un requisito, como ocurría en el mundo griego, para alcanzar la realización personal.

Es preciso hacer notar que con el desarrollo del capitalismo una gran cantidad de actividades de sobrevivencia que antes se inscribía en la órbita del hogar, ahora han pasado a ser realizadas en el mercado. De este modo, la función de satisfacer necesidades que tuvo el hogar durante cientos de años comienza a debilitarse. Es así que el trabajo doméstico de elaborar ropa o alimentos es reemplazado por el intercambio de los mismos en el mercado, a cambio del salario del proletario. Esta situación implica que el hogar queda despojado -ciertamente no de forma completa- de su función de satisfactor de necesidades, quedándole solo la de

resguardo de la propiedad y de protección de actividades íntimas. Otro cambio que trae consigo el liberalismo es el otorgamiento de la condición de ciudadano a una cantidad de personas cada vez mayor. Se asume, a partir de los filósofos de La Ilustración, que la razón es el bien mejor distribuido en la sociedad y que toda persona que goce de dicho bien es merecedora de acceder al espacio público. Esto da cuenta del carácter siempre abierto de dicho espacio.

Esta pequeña reseña sobre la separación entre lo público y privado no pretende en modo alguno ser exhaustiva, sino simplemente mostrar que la noción de espacio público que se maneja actualmente es heredera de una larga tradición de pensamiento occidental. Junto con ello, se ha buscado dar cuenta de que lo público nace en el mundo griego como aquel espacio al cual no puede negársele el acceso a quien detente el estatus de ciudadano. De ahí su carácter abierto y transparente que hasta hoy, en teoría, tiene.

En contraposición al espacio público, el privado se caracteriza por su naturaleza cerrada. En el mundo griego este espacio era considerado mucho menos valioso que el público, por tanto, lo que ocurría dentro de él no se consideraba digno de ser exhibido públicamente. Con el cristianismo primero y el liberalismo más recientemente, esta concepción de lo privado cambia un poco, de modo que dicho espacio ya no es visto como el lugar en el cual se desarrollan actividades penosas para el ser humano, sino como todo lo contrario, es decir, como el espacio de la realización personal. Actualmente, lo privado corresponde a un espacio de libertad dentro del cual nadie puede interferir. La privacidad entonces nos habla de una esfera en la cual cada quien puede hacer lo que le plazca, siempre y cuando dichas acciones no dañen bienes públicos. Si este fuese el caso, el Estado tiene el derecho y el deber de interferir y actuar en orden a conservar lo que se ha consensuado como bien común.

Si bien es cierto que la valoración de lo privado ha mutado de manera sustantiva a lo largo de la historia, su carácter cerrado es un rasgo que se ha mantenido desde la antigüedad hasta nuestros días. Con un afán simplificador, podríamos señalar que la diferencia fundamental en la actualidad entre el espacio público y el privado son sus niveles de apertura. Mientras el primero es esencialmente abierto y transparente, el segundo es cerrado, o al menos susceptible al establecimiento de límites por parte de los agentes titulares de ese espacio. Cabe mencionar que esta dicotomía corresponde más bien a tipos ideales que a situaciones concretas, los cuales no siempre se condicen con la realidad, pero que, no obstante, son sumamente útiles para comprenderla.

I.2. Biopoder

Otro de los elementos teóricos que utilizaremos en esta investigación dice

relación con las ideas de “biopoder” y “biopolítica”, conceptos acuñados por Michel Foucault (1998), pero que han sido desarrollados extensamente en autores como Antony Negri, Michel Hardt (2000) y Paolo Virno (2004). Nuestro interés en el biopoder se encuentra en su vínculo con el concepto de vigilancia.

Entenderemos el concepto de biopoder en base a la siguiente definición:

“We can interpret biopower as a form of social and political organization that does not necessarily cancel individual rights and freedom formally, where these are present” (Bellini, 2011:8).

Además, el autor agrega:

“Biopower can also be understood as a sort of cybernetic control and surveillance, which extend to both the natural world and to man intended as a political and social subject” (Bellini, 2011:9).

La vigilancia y la privacidad son conceptos en conflicto, que necesariamente deben ser considerados al hablar de uno o el otro. La vigilancia, entendida como una atribución de los estados para seguir o vigilar el comportamiento de los ciudadanos y prevenir así conductas dañinas, tiene límites muy borrosos que por lo general provocan la emergencia de conflicto con el derecho a la privacidad. De hecho, es por lo general uno de los argumentos más utilizados por los gobiernos para pasar a llevar el derecho a la privacidad de los ciudadanos (como el caso de la Ley “Patriot Act” en Estados Unidos).

No es objetivo de esta investigación discutir extensamente las aristas de las discusiones teóricas sobre el biopoder, sino utilizar el concepto de forma tal que nos permita ahondar en las percepciones y opiniones de los actores sobre la idea de la “vigilancia” (surveillance) estatal.

Tampoco es nuestro objetivo vulgarizar el concepto de biopoder, ya que creemos relevante su aporte a la discusión vinculada al derecho a la privacidad. Entendemos el acto de la vigilancia como uno más de los recursos estatales que buscan el control de la vida y por lo tanto coincidimos con Virno en que

“The concept of biopolitics has recently become fashionable: it is often, and enthusiastically, invoked in every kind of context. We should avoid this automatic and unreflective use of the term. Let us ask ourselves, then, how and why life breaks through the center of the public scene, how and why the State regulates and governs it” (Coleman y Grove, 2011:1).

Es importante señalar que esta investigación no es la primera en vincular el biopoder y la vigilancia, ya que la vigilancia aparece como un elemento central a la hora de entender el poder sobre la vida. De esta forma, señala Kristensen,

“Thus power over life, on the one hand, consists in individualization and

subjectivation through discipline and surveillance, and on the other, in regulation and manipulation of the overall qualities of population” (Kristensen, 2011:21).

Es así como podemos entender que las ideas de control y vigilancia estatal tienen una relación estrecha con el concepto de biopoder. Por lo tanto resulta interesante analizar las relaciones de poder y resistencia en las percepciones sobre el rol del Estado en los actores del sistema penal, para detectar los tipos de discursos asociados al proceso de control de la vida de los ciudadanos.

2. Percepciones sobre privacidad en los actores del sistema penal

2.1. Metodología

El instrumento utilizado en la investigación fue la entrevista semiestructurada. Esta técnica permite generar una conversación en base temas definidos con anterioridad, permitiendo igualmente la emergencia de elementos no contemplados en un inicio.

Adicionalmente, se realizaron diez preguntas cerradas al finalizar la entrevista -con opciones de respuesta “Sí” o “No”- pero con posibilidad de justificar las razones detrás de su respuesta.

En total se aplicaron 11 entrevistas a fiscales, abogados litigantes, defensores públicos y académicos de derecho penal y/o procesal penal.

Los entrevistados fueron contactados a partir de su vinculación a casas de estudio de educación terciaria de prestigio (en el caso de los académicos) y a través de un proceso de “bola de nieve”, a partir de contactos vinculados con personal de ONG Derechos Digitales, en el caso de fiscales, abogados litigantes y defensores públicos.

La razón detrás de la selección del perfil de los entrevistados radica en los elementos constitutivos del proceso penal, que es donde se llevan a cabo procedimientos que necesariamente afectan la privacidad de los imputados. Las razones y límites establecidos por los actores del sistema entregan información valiosa para comprender el fenómeno de la privacidad en Chile. Estos perfiles logran dar cuenta del discurso de quienes más interactúan con conceptos y fenómenos de la privacidad que los ciudadanos no necesariamente tematizan en su diario vivir.

Para analizar las entrevistas se recurrió a la técnica de análisis de contenido, utilizando el apoyo del software Atlas Ti.

2.2. Resultados

Recordando que el objetivo principal de esta investigación -como se señala en las páginas iniciales del documento- consiste en indagar sobre las percepciones de los actores del sistema penal chileno sobre el concepto de privacidad y su interacción con él en el ejercicio de sus distintas funciones, el análisis de las entrevistas se enfocará en dos categorías principales: a) definiciones sobre la privacidad y sus justificaciones y b) el biopoder como justificación para la transgresión de la privacidad.

2.2.1. Nociones generales sobre privacidad

Un primer elemento común a todos los discursos es que la privacidad aparece como un bien jurídico bastante apreciado y, en varias ocasiones, asociado a un derecho tan importante como la libertad. Ahora bien, lo anterior no quiere decir que no existan matices, ya que efectivamente se advierten diferencias importantes entre los entrevistados. Destaca, además, el hecho de que la privacidad sea considerada como una condición fundamental para el desarrollo de la personalidad:

“Entonces, a lo que voy, es a tal nivel la protección de la intimidad, que nadie puede vulnerarla, salvo situaciones excepcionales; y las situaciones excepcionales está, por ejemplo, que un juez otorgue una autorización judicial para ese caso en concreto” (Académico).

“La privacidad la distingo, la relaciono directamente con la intimidad, con actos propios, con libertad” (Defensor).

“La privacidad, en sentido amplio, es uno de los derechos más inherentes a la persona humana, que dice relación con la esfera más íntima de cada uno de nosotros y que se manifiesta en diversos aspectos como, por ejemplo, el resguardo de los pensamientos de cada uno y como esos pensamientos y esas...pueden irse traduciendo en algunos actos concretos, que uno tiene la expectativas que se mantengan a buen recaudo y que terceros no puedan acceder a él sin la voluntad de uno” (Académico).

“Pero más que la privacidad, yo creo que el concepto base es la libertad, es decir, que derechos tengo yo de elegir determinadas cosas y entre ellas si pongo especial, elegir qué parte de mi vida la hago privada y qué parte de mi vida la hago pública” (Abogado litigante).

Si bien hay consenso respecto a la importancia que entraña la privacidad, las definiciones sobre la misma varían bastante. Así, es posible encontrar discursos inclinados hacia teorías subjetivistas y otros hacia teorías objetivistas, sin embargo, en ninguno de los casos se advierte una postura única, lo que nos acerca a la unión práctica entre objetivismo y subjetivismo mencionado en el apartado teórico.

Así, una defensora pública sostiene las siguientes dos opiniones respecto a la privacidad. La primera dice relación con una definición subjetivista, ya que se señala que quienes determinan los límites de la esfera de resguardo son las mismas personas mediante sus acciones y decisiones. La segunda opinión se basa en una concepción mucho más objetivista, puesto que el espacio privado

aparece determinado a priori, con independencia de las personas. Ahora bien, es importante señalar que en la entrevista hay solo una mención de este último, lo que da cuenta de una marcada inclinación hacia la idea de que las personas tienen la capacidad de controlar los límites de la privacidad:

“Lo que pasa es que yo defino mi esfera de resguardo. Si yo dejo la ventana abierta, no puedo pensar que no me van a mirar. Como te digo, uno construye su esfera de resguardo. Si yo quiero andar por la calle con una reja alrededor para que nadie me mire, podría construirlo, pero ¿se usa? No. Y las personas, tú ves que andan tapadas o abrigadas, por sus creencias, hasta los pies. Tiene que ver con ese manejo de la esfera de resguardo” (Defensora).

“Si te fijas, hay una esfera de resguardo cuando estoy dentro de mi casa, que es mi castillo, con todas sus reglas y fortalezas, y está la otra esfera de resguardo -que creo que es la más desnuda de todas- que es lo que somos nosotros cuando estamos en la calle, en la vía pública, hasta dónde otro puede llegar a intervenirlos” (Defensora).

Cabe señalar que también es posible identificar discursos en la relación contraria, es decir, con una gran cantidad de menciones vinculadas a una concepción objetivista de la privacidad y con menos de carácter subjetivista. Por ejemplo, se menciona que:

“Yo creo que eso efectivamente es un criterio, porque normalmente las conductas que se consideran parte de la vida privada tienen lugar en espacios cerrados” (Fiscal).

Podría parecer que esta es una distinción con un interés puramente académico, sin embargo, no es así, ya que las prácticas derivadas de cada postura –subjetivista y objetivista- no revisten poca importancia. Así, alguien que se incline hacia una concepción subjetivista debiera estar a favor de una legislación que promueva un mayor control de las personas sobre sus datos personales, que les permita decidir qué cosas hacer públicas y qué cosas no. Del otro lado, una persona inclinada hacia una teoría objetivista estará de acuerdo en que sin importar la circunstancia, las personas siempre contarán con una esfera de resguardo. En este sentido, la protección estaría dada desde la superestructura jurídica, desplazando el rol de las personas.

Teniendo en consideración esto, vale la pena mencionar que quienes se inclinan más hacia una concepción subjetivista de la privacidad son los defensores públicos. En el caso de los académicos y fiscales se observa una complementariedad entre ambas visiones.

Defensores públicos

Al analizar en detalle la visión que tiene cada uno de los miembros de este grupo, se advierten ciertos rasgos comunes y diferentes al resto de los entrevistados, que permiten sostener que el hecho de ejercer el cargo de defensor se encuentra asociado a una determinada concepción y valoración de la privacidad que se halla más allá de los discursos convencionales de los demás entrevistados. Dicho de otra forma, el ser “defensor público” da pie a la elaboración de discursos singulares.

En primer lugar, en cada uno de los discursos se observa un aprecio ostensiblemente alto respecto al derecho a la privacidad. Se señala en innumerables ocasiones que el derecho a la privacidad solo debería ser afectado bajo circunstancias muy específicas y con delitos con pena alta. Esta opinión contrasta con la realidad, pues a juicio de los entrevistados, el derecho a la privacidad es afectado ilegítimamente a diario por parte de los organismos persecutores del Estado, dentro de los cuales Carabineros es sindicado como el principal responsable.

Vale destacar las menciones sobre privacidad en un sentido crítico. Si bien estas son más bien escasas, no dejan de ser importantes, puesto que dan cuenta de un malestar –quizás escondido– que existe entre los distintos entrevistados. Así, una defensora, con respecto a la venta de datos, señala lo siguiente:

“Claro, y como te digo, se venden los paquetes de bases de datos de una compañía a otra en perjuicio del cliente” (Defensora).

Otros dos defensores, respecto a su desacuerdo con la venta de datos personales, declaran:

“Eso para mí es una mariconada, porque en definitiva el sistema hace que sea tan engorroso el ejercer mi derecho de sancionar al tipo que vendió mi información. Por ejemplo, no sé, soy del club ‘El vasito feliz’, están mis datos, mi correo electrónico, todo, y yo no se lo doy a nadie más, y después [están] llamándome de no sé qué ofreciéndome un crédito” (Defensor).

“Y Facebook se mete a todo, porque ellos tienen acceso a todo, digamos. Para ellos no existe privacidad. Eso es tan así que el chat de Facebook un niño dijo que quería matar al presidente de Estados Unidos y al otro día apareció la CIA acá. Y es real, es absolutamente real. Apareció la CIA acá” (Defensor).

“O sea yo creo que Facebook es millonario por la venta de información. No por otra cosa. Venden información. No es por la publicidad. Saben todo de ti, tu edad, qué es lo que haces y hay gente que se dedica a

eso y después te venden información. Te llegan cosas que te empiezan a ofrecer, cuestiones extrañas” (Defensor).

Cabe mencionar que opiniones de este tipo aparecen con mucha mayor frecuencia en los discursos de defensores que en los demás entrevistados. Una posible hipótesis para explicar la inclinación más crítica de este grupo es que, al estar cotidianamente del lado de quienes sufren afectaciones ilegítimas a los derechos vinculados con la privacidad, han desarrollado mayor sensibilidad respecto a este tema. Ahora bien, es importante señalar que en ningún caso se advierte lo que Fuchs denomina privacidad en sentido socialista (2011), sino más bien atisbos de crítica a la desigual distribución de este derecho. No se observa entonces una elaboración de una definición de privacidad distinta a la de origen liberal, sino únicamente algunos elementos que dan cuenta de un malestar con respecto al estado actual de cosas.

El hecho de que este grupo sea el que presenta mayor cantidad de menciones de este tipo no implica que no aparezcan en otros entrevistados. Así, un fiscal sostiene: “Hay una [gran] cantidad de bases de datos dando vueltas con información tuya y mía, entonces saben mucho, y los privados sobre todo” (Fiscal).

Académicos

Un primer elemento que salta a la vista al analizar los discursos de los académicos es que existe bastante más claridad conceptual sobre el tema del derecho a la privacidad que en el resto de los entrevistados. Esto es bastante esperable, considerando su trabajo como docentes. Respecto a este punto, se advierte en estos discursos, a diferencia del resto de los entrevistados, que existe una mayor conciencia respecto a la conexión que existe entre el concepto de privacidad y el actual ordenamiento social. Incluso, en una ocasión se señala que, dado que vivimos en una sociedad capitalista, la esfera privada asume una forma específica, la cual sería muy diferente en una sociedad socialista. Es así que siguiendo Fuchs, en este grupo de entrevistados se encuentra más presente un examen histórico de la privacidad.

Un segundo elemento compartido es que todos tienen muy claro que el derecho a la privacidad, al igual que todos los derechos consagrados en la ley, no es absoluto, por tanto, su protección y fronteras variarán dependiendo de la circunstancia. De esta forma, aparece constantemente la idea de que ante la colisión de derechos, en ciertas ocasiones, la ley permite legítimamente afectar el derecho a la privacidad de los imputados. La siguiente cita es muy ilustrativa al respecto:

“El proceso penal está diseñado para afectar derechos. Esa es la primera premisa que hay que asumir. El proceso penal es una herramienta que

se usa para la afectación de derechos y busca la afectación de derechos” (Académico).

Si bien los cuatro docentes reconocen que el derecho a la privacidad es importante, el énfasis en su protección no es el mismo. Así, en unos casos se observa un marcado aprecio por este derecho y por ende una gran necesidad de protegerlo, mientras que en otros aparecen opiniones bastante permisivas con respecto a su afectación. Los siguientes dos testimonios dan cuenta de visiones diferentes con respecto a este punto. Se advierte un distanciamiento especialmente importante en lo relativo al Estado.

“No, es absurdo, porque [...] tú tienes ciertos deberes hacia quien te ofrece el espacio virtual, por así decirlo, que no es virtual, se hará en algún lado físico, se almacenan las cosas. Tienes ciertos deberes hacia ellos y ellos tienen ciertos deberes hacia ti. El Estado, en cambio, es una entealequia demasiado poderosa como para entregarlo todo libremente [...] Mi concepción es que si lo abro, cómo te digo, si entrego mis datos a un banco, se lo entrego al banco. No se lo entrego al Estado” (Académico).

“[...] entonces uno pregunta bueno, si las personas están dispuestas a que un tercero con fines comerciales se entere de cada una de sus conversaciones, sus fotografías, etc., y firma esos acuerdos porque quieren usar el sistema, entonces da la impresión de que no tienen mucha expectativa de decir que, con fines de seguridad, que son bastante más relevantes que el ejercicio de libertad de comercio, el Estado no pueda intervenir. Es muy discutible pensar que el Estado no puede intervenir el Internet porque es una calle, y además una calle que no es privada. El mito de que es una calle privada es un mito, porque como usted lo puede ver en China, depende del permiso del Estado, entonces el Estado le da permiso para esa calle” (Académico).

Ante un escenario hipotético en el cual el Estado aparece como controlador de la totalidad de los datos personales vertidos en Internet, en un caso se observa una posición totalmente en contra, mientras que en el otro dicha posibilidad no parece representar mayores problemas. Cabe mencionar que junto con la primera opinión acerca del excesivo rol del Estado, uno de los entrevistados manifestó en innumerables ocasiones su inclinación a entregar más herramientas jurídicas a las personas para proteger datos personales y así extender la esfera de la privacidad, incluso, en espacios públicos. En el caso de la segunda opinión, esta aparece junto a otras que sostienen que ante una colisión de derechos en el marco de una investigación penal, siempre debe prevalecer la persecución por sobre el derecho a la privacidad.

Entre estos dos extremos existe una tercera posición, en la que se observa una valoración moderada por la privacidad.

“Yo no tengo una opinión de todo o nada, o sea yo no soy liberal, entonces no tengo un especial aprecio de la exclusión de terceros. Yo creo hay un espacio público compartido que es más relevante que los espacios privados. Yo creo que si hay espacios privados que deberían ser intangibles para las decisiones públicas. Yo no creo que deberíamos tener cámaras en los hogares ni que el Estado pueda meterse en tu cuenta de mail, pero sí creo que si hay espacios públicos donde sí podría ser razonable que el Estado manifestara control” (Académico).

Es así que dentro del grupo de académicos entrevistados se observan opiniones bastante disímiles con respecto a la importancia que tiene el derecho a la privacidad.

Fiscales

Vale la pena poner sobre relieve dos elementos en el caso de los fiscales, donde existen líneas discursivas no presentes en el resto de los actores.

En primer lugar, hay bastante énfasis en la idea de que el derecho a la privacidad corresponde a un derecho que es disponible, por tanto, renunciable por parte de los sujetos. Cuando ello ocurre, la ley ya no se encuentra en la obligación de proteger a las personas. Esto es especialmente relevante en el caso de las redes sociales, pues se sostiene que justamente en esta situación las personas, luego de haber abierto el acceso a sus datos personales, difícilmente podrían alegar vulneración a su derecho a la privacidad. Dentro de los discursos se hace una comparación entre dicho derecho y el derecho a la vida, señalándose que este último es inalienable, no es renunciable. La ley no permite el suicidio ni su asistencia por parte de terceros, situación que sí ocurre con la privacidad.

“Entonces, el tema de la privacidad es tema en cuanto yo no quiero renunciar a él, pero si yo renuncio [...] sea, yo lo veo así. El Estado no tiene por qué velar por algo tuyo que tú estás dispuesto a renunciar. No estamos hablando de la vida. La vida no es renunciable” (Fiscal).

En segundo lugar, resalta el que se enfatice la idea de que los límites de la privacidad flexibles dependiendo de la situación. Una posible hipótesis para explicar esto es que siendo parte del órgano persecutor del Estado, hayan desarrollado una visión más laxa de este derecho, que les permita operar con mayores grados de libertad. Es importante recordar que la función de la fiscalía es investigar y perseguir delitos, tarea que sería difícilmente realizable sin afectar ciertas garantías constitucionales, aun dentro de los márgenes de acción fijados por la ley. En este sentido, operar con una definición rígida de privacidad es totalmente contrario a la labor de un fiscal.

La ausencia de discursos en el resto de los actores puede deberse a limitaciones de la muestra o bien a particularidades de estos actores, por lo que se trata de un tema que merece una revisión en mayor profundidad.

2.2.2. Percepción sobre la relación entre sociedad y privacidad

Existe un claro pronunciamiento sobre la baja importancia de la privacidad para las personas comunes y corrientes, sobre todo desde los académicos:

“Mi sensación es que no las toman porque les importa un carajo su propia privacidad y mi impresión, y esto es pura elucubración, es que los últimos años la verdad es que hemos pasado de una sociedad reservada a una sociedad exhibicionista” (Académico).

“Lo que yo creo es que la gente cree tener prestaciones de privacidad que no tiene. La gente cree que no la pueden vigilar en la calle, sí la pueden vigilar en la calle. La gente cree que no le pueden controlar el tráfico en Internet si tiene una página web, sí le pueden vigilar el tráfico en Internet” (Académico).

Pero el discurso no se agota en el ámbito de la reflexión de los profesores, ya es posible encontrar la misma idea en otros actores:

“Yo creo que la privacidad es un derecho nuevo, en que yo creo que hay mucha gente que no tiene claridad de que es titular de un derecho de privacidad y, por otro lado, el porcentaje que ya lo ha ido internalizando y reclama y exige positivamente o judicialmente un delito a la privacidad se enfrenta con debate también.” (Fiscal)

2.2.3. Privacidad y espacio público

En relación con este punto, lo que más se advierte es disenso. Ahora bien, pese a la diversidad de opiniones, se distingue cierto consenso con respecto a un punto: el espacio en el que se realizan las acciones influye de manera importante en las expectativas de privacidad que debieran tener las personas, así como en la protección que aquellas tienen por parte de la ley. En lo que no se advierte consenso es en el nivel de dichas expectativas y protección legal.

En vista a simplificar la interpretación, la utilización de tipos ideales resulta bastante conveniente. Es así que, en primer lugar, es posible distinguir una posición en la que las personas deberían perder toda expectativa de privacidad al entrar al espacio público. En segundo lugar, se encuentran aquellos que sostienen que, incluso en el espacio público, las personas debieran conservar una expectativa alta en vistas de mantener ciertos aspectos a resguardo de terceros. Por ejemplo, para algunos entrevistados las cámaras de vigilancia

ubicadas en las calles constituyen una grave afectación a la privacidad, por tanto, se declaran a favor de eliminarlas. En la otra vereda, está la opinión de que al entrar al espacio público las expectativas de no ser grabado no son razonables, ya que todo lo que se encuentre en dicho espacio es de público conocimiento, lo cual hace aceptable el registro audiovisual. Así, mientras para algunos un rasgo fundamental de la esfera pública es el derecho al anonimato, a transitar libremente y a que no queden registradas nuestras acciones, para otros es sinónimo de total transparencia, de modo que el anonimato no es uno de sus rasgos definitorios.

Ahora bien, es preciso señalar que, pese a que los entrevistados toman una de las dos posiciones recién mencionadas, siempre está presente un cierto nivel de ambigüedad, lo que lleva a sostener, en ciertas ocasiones, opiniones contradictorias respecto a la relación que existe entre privacidad y espacio público. Ello es síntoma de que estamos en presencia de una discusión abierta, que no ha sido del todo resuelta. De hecho, incluso dentro del grupo de profesores se advierte disenso, lo que da cuenta de que es este un debate inacabado en la academia.

Al introducir la variable “tecnología e Internet”, las opiniones se tornan aún más confusas y diversas. En general, hay bastante acuerdo en que las nuevas tecnologías influyen en el derecho a la privacidad. El disenso aparece en lo relativo al grado de influencia de aquellas, ya que mientras algunos sostienen que la introducción de nuevas tecnologías ha transformado por completo nuestra idea de privacidad, otros señalan que lo que ha cambiado son solo los modos, no alterando demasiado el concepto mismo ni la agenda legislativa:

“Pero estamos en una situación de riesgo. Estamos cada vez más vulnerables, producto del crecimiento tecnológico. Hoy día tenemos correos electrónicos, computadores, pero el día de mañana van a venir muchas otras cosas y cada vez que surge un elemento tecnológico nuevo, se afecta la intimidad de las personas... La tecnología siempre va a ir permitiendo mayor vulneración de la intimidad. Mientras más tecnología tengamos, más probabilidades de vulneración de intimidad tenemos y, por lo tanto, tenemos que crear legislación que evite que esto ocurra y si ocurre, se sanciona” (Académico).

“En esa medida, las nuevas tecnologías lo que nos dan son nuevos modos de afectación, pero no cambian la agenda conceptual al respecto, sino que dan nuevos casos, nuevos modos” (Académico).

En lo relativo a Internet y espacio público, también se observan opiniones disímiles. Es posible distinguir tres posturas: 1) la idea de que Internet, utilizando el símil de la plaza pública, es un espacio en el cual las personas no debieran

tener más expectativas de privacidad que las que tienen en un parque. Sin embargo, surgen problemas en este punto, puesto que, como se señalaba hace unos momentos, las definiciones de esfera pública en un sentido físico ya son contradictorias, por tanto, concebir a Internet en estos términos es aún más complejo; 2) la noción de que Internet es un espacio privado, ya que usos como el almacenamiento de datos en servidores, el envío de correos electrónicos o las conversaciones a través de chat, son parte de la esfera privada, por tanto, los usuarios tienen la fundada expectativa de que la información vertida quede fuera del alcance de terceros; y 3) Internet, dependiendo de la utilización que se le dé, opera unas veces como espacio privado y otras como espacio público.

A continuación se presentan citas que dan cuenta de cada una de estas tres posturas respecto de Internet:

“Yo creo que sí, debe considerarse un nuevo espacio público, porque es demasiado abierta” (Defensor).

“A estar en una plaza, o sea, es un lugar en el cual, insisto, o sea, yo decido si voy a una plaza o no, yo decido si estoy en Facebook o no. Yo no sé si eso la gente lo dimensiona. Yo creo que hay una exposición. Vine a una plaza, es decir, yo no puedo evitar que la gente me vea. O sea, claro, en las redes sociales hay una serie de filtros. Por eso es una mixtura, pero yo tengo la sensación de que tiene más de público que de privado. Es decir, lo privado es como marginal, porque en definitiva, cómo puedo participar de una red social” (Fiscal).

“Yo tengo la sensación de que la idea de que tú no puedas tener una pretensión de anonimato [en Internet] es errónea. Yo creo que uno debería tener la pretensión de anonimato y es legítimo tener la pretensión de anonimato en Internet” (Académico).

“Si yo estoy, por ejemplo, navegando en la web, entiendo que estoy en un ambiente público. Si yo estoy mandando un correo electrónico de mi correo, yo entiendo que es un ámbito privado. Y así, depende. Si en Facebook tengo abierto a quien quiera entrar y consultar los contactos del contacto del contacto, tengo entendido que estoy en un ambiente público. No sé. Yo creo que depende de eso” (Fiscal).

“Por eso te digo, Facebook no es la calle, Facebook es un edificio que está en la calle.” (Defensor)

Dentro de los argumentos para sostener que en Internet las personas no debieran tener expectativas de privacidad (punto I) está el de que cada una de las acciones que se realizan en la red quedan registradas, lo que implica la

posibilidad de acceder a casi cualquier movimiento o conversación que haya tenido lugar dentro de Internet. El argumento se sostiene, ya que por definición, la privacidad implica la posibilidad de excluir a terceros o, como señala Solove, el derecho a ser dejado solo:

“Existen muchos mitos sobre Internet. De todos esos mitos el principal es el que hemos hablado, de que la Internet es privada, es un canal privado de comunicación. La Internet no es un canal privado de comunicación. Es un canal público, por definición, porque necesita el permiso del Estado para funcionar, como canal. Se parece mucho a las calles. Y en segundo lugar, el funcionamiento, el mecanismo de la Internet es un mecanismo totalmente contra cualquier idea de la privacidad, porque supone la reproducción permanente de lo que se está... y la lectura permanente por parte de aparatos electrónicos” (Académico).

Ahora bien, en la postura contraria se señala que Internet presenta esta característica no debido a su naturaleza, sino simplemente porque se ha decidido que opere de esa forma. Aparece la idea de que la tecnología per se no vulnera la privacidad, sino que es el uso que de ella se hace lo que genera dicha vulneración. En ese sentido, el llamado que se hace es a desnaturalizar la idea de que es imposible que exista anonimato en Internet. Del mismo modo, se señala que es necesario elaborar leyes que protejan a los usuarios respecto a la compra y venta de datos personales por parte de grandes compañías, como Facebook y Google:

“Hay algunos países que han tenido políticas de persecución de proveedores de acceso a Internet que ofrecen sistemas *random* que no dejan registrada la IP que tiene el sistema, por así decirlo, con lógicas difusas de asignación de IP, de tal manera que la IP no es rastreable. Yo sé que en Europa la cuestión fue bastante resistida. Sé que Suiza todavía ofrecía el servicio de acceso a eso, pero lo que es difícil hasta donde se ve, nadie ofrece esa manera de conectarse, por lo tanto el problema no es Internet. Internet permitiría de alguna manera el anonimato en la navegación de Internet” (Académico).

2.2.4. Percepciones sobre el rol del Estado

Igualmente, se evidenciaron dos clases de discursos asociados al rol del Estado en su función supervisora, destacando por una parte el control de la ley y por otra la delimitación de las posibilidades de aumentar atribuciones. No es posible establecer diferencias según la posición en el proceso penal de los actores entrevistados.

El primer caso es posible detectarlo a través de las siguientes citas:

“Si es que deciden golpearse o si es que deciden, porque uno frente al otro

dice no sé qué de su señora, ambos deciden golpearse, ¿o no? y hacen lo que quieren con su cuerpo. Bueno, pero la ley no acepta eso” (Académico).

“Yo no creo que deberíamos tener cámaras en los hogares ni que el Estado pueda meterse en tu cuenta de mail, pero sí creo que si hay espacios públicos donde sí podría ser razonable que el Estado manifestara control” (Académico).

Mientras que los límites necesarios para el Estado pueden ser encontrados en frases como estas:

“La verdad es que yo creo que, por lo menos en Chile, [muchos] no estamos en condiciones a poder ceder nuestra propia vida, nuestra propia intimidad, sobre la base de un supuesto bien común que es el Estado, porque nadie sabe cómo lo va a divulgar y nadie sabe qué tratamiento le va a dar” (Académico).

“No, con lo que hay es suficiente y ya así se vulneran derechos y garantías de los imputados todos los días. Y los imputados podemos ser mañana nosotros. Uno nunca sabe ni está libre. Yo creo que con lo que hay es suficiente” (Defensor).

Es importante destacar que está ausente del discurso una percepción extrema del control estatal, evitando invocar más atribuciones y trayendo al frente regularmente la idea del “hermano grande”.

La idea del control tiene su correlato más tangible en las cámaras de vigilancia. Las cámaras surgen a veces espontáneamente dentro de las conversaciones, con discursos sobre la prevención del delito asociadas a ellas. Esta situación pone en relieve directamente la contraposición entre vigilancia estatal y privacidad, entendida desde la perspectiva del biopoder.

“Y quién le da facultad al Estado, a qué Gobierno, a qué persona, de estar mirando esa camarita para determinar lo que es bueno y lo que es malo” (Defensor).

“Por lo tanto, si a mí me preguntan, no es que se requieran mayores atribuciones de vigilancia por parte del Estado. Yo creo que lo que se requiere es mayor control sobre los órganos que tienen la capacidad de vigilar y por cierto, lo que considero muy miserable, que también estoy muy en desacuerdo, es el uso de video cámaras en el espacio público” (Académico).

“Esa es la función de la video cámara, la vigilancia en espacios públicos. No previene abusos sexuales, no previene homicidios, no previene los

delitos más graves de la sociedad, por lo tanto es una medida esencialmente efectista y el costo que tiene es simplemente un panóptico genérico. En vez de vivir todos en una cárcel, construimos la cárcel en toda la ciudad” (Académico).

Resulta interesante encontrar esta relación tan directa en términos de control estatal y las cámaras de seguridad de las calles, pareciendo ser un tema que han reflexionado en profundidad con anterioridad.

2.2.5. Prácticas en el ejercicio de las funciones del sistema penal

En relación al actuar dentro los distintos perfiles profesionales, encontramos referencias a distintas prácticas y opiniones sobre el ejercicio práctico de la privacidad.

En términos generales, existe cierto grado de acuerdo transversal en que el derecho a la privacidad no debe ser transgredido fácilmente:

“Yo creo que las razones necesarias son necesidades de la investigación y en la ecuación también incluiría del delito a investigar. Esos son los dos criterios determinantes entre nosotros, que son los criterios que rigen actualmente en la ley” (Académico).

“La ley lo dice: tienen que ser delitos graves y tiene que como medio de investigación no existir otra forma de acceder a eso” (Defensor).

“Pero, entonces, a la pregunta, yo creo que el sistema por un lado reconoce ciertas situaciones en las cuales se justifica y está validada la vulneración de la privacidad, y por otro lado sanciona gravemente, en el contexto del proceso penal, cuando la fiscalía niega esa garantía sin autorización judicial” (Fiscal).

En este caso, parece existir acuerdo también en que la ley es lo suficientemente clara para definir las prácticas legales en que se permite vulnerar la privacidad de los imputados.

Por otra parte, el discurso desde los defensores presenta con claridad conflictos en términos del respeto de la privacidad de los imputados. Por ejemplo:

“Pero donde hay poder, el poder se va a ejercer y por consiguiente las policías, los organismos de persecución del Estado, ellos tienen una finalidad que es resolver los delitos y ellos están como en una lucha y los otros se resisten, el otro grupo se resiste y ahí está. Entonces lo que hace el Estado es poder regular esta lucha; pero en esa lucha también hay guerra sucia, hay guerras negras, donde nosotros no vemos, que nosotros miembros del sistema que estamos alejados no lo vemos” (Defensor).

Las policías y los fiscales parecen ser los actores que vulneran la privacidad de los imputados con mayor frecuencia, según estiman los defensores:

“Entonces las vulneraciones de derecho se producen todos los días, es decir, ojalá nunca más les den más facultades. Si las policías tienen mucho poder en la calle, que la gente no lo entiende, porque no conoce, no sabe” (Defensor).

“Tenemos casos de fiscales que han pedido órdenes con datos falsos, hartas cosas. Pero en general los fiscales van un paso adelante, y uno como defensa tiene que ir y tirarle las riendas un poco. ¿Cómo? No podemos nosotros ir y directamente hacerlo, tenemos que ir al juez de garantía y decirle ‘a ver juez, dígame al fiscal que esto no se puede hacer, o está detención es ilegal’” (Defensor).

Se trata de percepciones relativamente esperables, entendiendo el rol de la defensoría en el sistema penal, donde su principal trabajo es atender a cualquier tipo de vulneración a los derechos de los imputados.

2.2.6. Situaciones prácticas

Tal y como se menciona en el apartado metodológico, durante el curso de las entrevistas se realizaron algunas preguntas sobre situaciones en las que se podría o no vulnerar la privacidad de los imputados, según las opiniones de quienes contestaban. La importancia de este ejercicio radica en encontrar las razones detrás de las situaciones que causen algún tipo de disenso en los entrevistados.

A continuación analizaremos las principales razones para considerar que no se requiere una orden judicial en los casos más discutidos:

a) Requerir la información de ubicación de alguien a partir de la triangulación de las antenas de celular que lo rodean:

Los entrevistados que participan en la defensoría son quienes demuestran la mayor cantidad de argumentos para señalar que no se requiere una orden judicial en este caso.

“Pero en principio, y mientras no tengamos una prueba que complemente la personificación de ese aparato en alguien, no tenemos el acierto. Como te digo, hasta cierta parte el fiscal puede pedir todo lo que quiera, pero ya cuando está imputando a personas determinadas, lo que pasa del teléfono para adentro... claro, o sea, tú puedes estar siguiendo a una cosa, pero no necesariamente estás siguiendo a una persona” (Defensor).

“Ahora, que esté parado aquí en la esquina o esté parado en la mitad de la plaza no hay tanta expectativa a mi privacidad. Sí, van a saber dónde estoy, pero mi privacidad no es lo mismo que saber con quién hablé, son diferentes los niveles” (Defensor).

“No hay interceptación de comunicaciones sino que estás en localización.” (Defensor).

Puede notarse que se trata de tres argumentos totalmente distintos, uno respecto a las expectativas de privacidad de las personas, otro sobre que la localización no forma parte de la privacidad y un tercero, un poco más complejo, que señala que se trata de aparatos donde la privacidad de las personas no se extiende.

b) Solicitar direcciones IP:

En el caso del acceso a las direcciones IP, nuevamente son los defensores quienes presentan más argumentos para la ausencia de orden judicial en la diligencia:

“Tú puedes saber qué direcciones IP han accedido a qué sitio, por ejemplo, pero no sabes quién está detrás del teclado” (Académico).

“Y para eso no han entrado a mi casa, no han tenido mi computador. Yo creo que para eso no requieren autorización” (Defensor).

“Yo creo que, en lo abstracto, no, no hay mayores complicaciones. Si el tema es que cómo designamos que esa persona...El acceso desde una IP no da cuenta que fui yo el que ingresó” (Defensor).

En este caso, se trata fundamentalmente de dos argumentos principales: La imposibilidad de individualizar a una persona a través de una dirección IP y la definición de la dirección IP como algo fuera del ámbito privado.

c) Seguimiento policial de una persona con registro fotográfico y bitácora de actividades:

En este caso, la gran mayoría de los entrevistados opina que no se requiere una orden judicial, lo que provoca que no se entreguen justificaciones variadas. Tiende a suceder que cuando las situaciones parecen ser de conocimiento común no deban ser justificadas.

Sin embargo podemos resumir el principal argumento a la relación del espacio público con la privacidad:

“En el mundo de lo público, la esfera de lo público, creo que no requiere

mayor análisis. Distinto es si entramos a lugares privados. Ahí está la protección, porque tú redujiste tu esfera de privacidad, la cerraste más si entraste a lugares privados” (Defensor).

En este sentido, en el espacio público las personas no deberían esperar que sus expectativas de privacidad sean cumplidas.

d) Registro de basura que una persona deja en la calle:

Finalmente, en el caso del registro de la basura, el principal argumento es la definición de la basura como algo fuera del ámbito de la privacidad

“La basura es algo de lo que las personas se desprenden. No, eso no requiere autorización. Cuál es el problema tuyo si botas la basura, la quemas o lo que quieras, pero la botaste en la calle y ya no puedes quejarte.” (Abogado litigante).

“Yo creo que tú lo cediste al dejarla en la calle, en la vía pública. Porque la sacaste de tu esfera, que es tu domicilio en este caso, lo entraste para el público conocimiento, para la retina de cualquiera.” (Defensor).

En este caso, quienes creen que no se requiere una orden judicial entienden que las personas no tienen expectativas sobre la privacidad de sus desechos.

Conclusiones y recomendaciones

Bennett (2011) concuerda con Solove en que el concepto de privacidad pareciera no tener un denominador común en la realidad. Al respecto señala que la privacidad:

“Is not related by a common denominator or core element. Instead, each problem has elements in common with others, yet not necessarily the same element -- they share family resemblances with each other”
(Citado en Bennett, 2011:486).

Las entrevistas con los actores del sistema penal muestran que las hipótesis de Solove y Bennett parecen estar en lo correcto, ya que podemos observar una multiplicidad de factores que los entrevistados denominan bajo el concepto de lo privado.

Efectivamente, a partir de los relatos, es posible concluir que las percepciones de los actores asociados al sistema penal respecto del derecho a la privacidad presentan un carácter diverso. Para algunos, la esfera de la privacidad dice relación con el nivel de control que tienen las personas sobre sus datos personales (teorías subjetivistas). Para otros, dicha esfera está determinada por elementos estructurales que escapan al control de los sujetos (teorías objetivistas).

Los resultados entregan una gran cantidad de justificaciones y definiciones sobre los distintos aspectos contenidos en el concepto de privacidad, entregando un contrapeso factual a la idea de que la privacidad es un fenómeno multidimensional, donde es difícil de encontrar una base común.

Si bien existe consenso respecto al hecho de que la privacidad es un interés valioso, su protección no reviste la misma importancia para todos los entrevistados. Algunos consideran que el Estado debiera contar con mayores atribuciones para controlar datos personales, mientras que otros tienen un aprecio más intenso por la privacidad, de modo que sostienen que es preciso proteger más la privacidad de las personas y quitar facultades al Estado respecto a la posibilidad de controlar.

En lo que se evidencia un mayor disenso es en cuanto a la definición de espacio público y a las expectativas de privacidad que en él debieran tener las personas. Este es un tema de particular volatilidad, ya que la creación de nuevos servicios y aplicaciones que se relacionan de forma diversa con nuestra privacidad hace muy difícil poder llegar a un solo marco común. De todas formas, es posible observar que nuestras prácticas cotidianas de relación con Internet ya han provocado niveles de reflexión en los distintos actores del sistema penal.

La presente investigación ha arrojado evidencia de que para los actores asociados al sistema penal el derecho a la privacidad es algo muy presente y –ciertamente con matices– valorado. En especial, el grupo de defensores públicos muestra un marcado interés en revertir la actual situación de vulneración al derecho a la privacidad que se está cometiendo por parte de las grandes corporaciones privadas y por los organismos persecutores del Estado. Asimismo, aparecen opiniones contrarias a la desigual distribución del derecho a la privacidad, ya que mientras los propietarios de las grandes compañías gozan de total anonimato, la inmensa mayoría de la población es observada constantemente.

Ahora bien, lo anterior no significa que para el común de las personas los derechos vinculados a la privacidad representen algo con importancia. De hecho, varios entrevistados señalan que en general a la ciudadanía no le preocupa ceder su derecho a la privacidad a cambio de utilizar redes sociales como Facebook o sistemas de mensajería como Gmail.

También resultan interesantes las referencias a las cámaras de vigilancia en el caso de Santiago. Sería provechoso analizar en profundidad su efectividad en relación a la prevención y penalización de delitos y sus efectos y percepciones de los chilenos sobre su uso y masificación.

Las preguntas sobre situaciones prácticas entregan indicios de que no existen criterios estandarizados en el sistema penal que sean compartidos por los principales actores. Esta situación podría ser abordada con definiciones específicas sobre los conceptos para otorgar criterios precisos en el trabajo de los actores del sistema penal.

Al finalizar este estudio, que no ha tenido otra pretensión más que ser un primer esfuerzo en el camino al conocimiento sobre el concepto de privacidad, se abren dos líneas claras que merecen el impulso a nuevas iniciativas de investigación. En primer lugar, un estudio que aborde la percepción que tiene el común de las personas respecto al concepto de privacidad y su vinculación con las nuevas tecnologías. En este sentido, queda por investigar las reales expectativas de privacidad de los individuos en Chile a través de un estudio profundo sobre sus percepciones y comportamientos cotidianos.

Una segunda línea de investigación tiene que ver con la naturaleza de Internet en tanto espacio público y/o privado. Un estudio que aborde este tema puede contribuir a comprender de mejor forma la potencialidad de Internet en lo relativo a la formación de opinión pública y a la injerencia en los temas del ámbito de la comunidad política.

Bibliografía

- ARENDT, Hannah. La Condición Humana. Paidós Ibérica. 2005.
- BELLINI, Paolo. "Biopower, Freedom And Control", Metabasis, 2011, Vol I, no I. Disponible en: http://www.metabasis.it/articoli/II/II_Bellini.pdf (última visita: 30 de abril de 2014).
- BENNETT, Colin J. "In defense of privacy: the concept and the regime". Surveillance & Society, 2011, vol. 8, no 4, p. 485-496.
- CASACUBIERTA, David. "Reclaim the backbone: repensar Internet como espacio público". Arte y Arquitectura digital netart y universis virtuales. 2008. Disponible en: <http://www.ub.edu/imarte/investigacions/estudis-teorics/david-casacuberta/reclaim-the-backbone-repensar-Internet-como-espacio-publico/> (última visita: 30 de abril de 2014).
- COLEMAN, Mathew y GROVE, Kevin. "Biopolitics, biopower, and the return of sovereignty". Environment and planning. D, Society and space, 2009, vol. 27, no 3, p. 489.
- ENGELS, Friedrich. El Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Biblioteca Virtual Espartaco. 2012. Disponible en: http://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el_origen_de_la_familia.pdf (última visita: 30 de abril de 2014).
- FOUCAULT, Michel. Historia de la sexualidad: Vol. I. La voluntad de saber. Siglo XXI de España Editores, S.A., 1998
- FUCHS, Christian. "Towards an alternative concept of privacy". JICES 9, 4. Pág. 220.
- GORMLEY, Ken., "One hundred years of privacy", Wisconsin Law Review, Vol. 1992.
- HABERMAS, J. The Structural Transformation of the Public Sphere, MIT Press, Cambridge, MA. 1989
- HARDT M, Negri A. Empire. Harvard University Press, Cambridge, MA. 2000.
- KRISTENSEN, Kasper, et al. Michel Foucault on Bio-power and Biopolitics. 2013. Disponible en: <https://helda.helsinki.fi/bitstream/hand->

le/10138/39514/Kristensen%20Masters%20Thesis.pdf?sequence=3
(última visita: 30 de abril de 2014).

MACPHERSON, Crawford. *The Political Theory of Possessive Individualism*, Oxford University Press, Oxford. 1962.

MOLINARO, Carlos Alberto y RUARO, Regina Liden. "Internet y Estado de Vigilancia (El Desafío de la Protección de Datos)". Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2310267> (última visita: 30 de abril de 2014).

PAPACHARISSI, Zizi. "The Virtual Sphere 2.0: The Internet, the Public Sphere and beyond". En: CHADWICK, Andrew; HOWARD, Philip (eds.), *Routledge Handbook of Internet politics*. Routledge. 2009. Disponible en: <http://www.ciberdemocracia.net/victorsampedro/wpcontent/uploads/2012/12/Papacharissi-The-Virtual-Sphere-Revisited-Handbook.pdf> (última visita: 30 de abril de 2014).

SOLOVE, Daniel J., *Understanding Privacy*. Harvard University Press, May 2008; GWU Legal Studies Research Paper No. 420; GWU Law School Public Law Research Paper No. 420. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1127888> (última visita: 30 de abril de 2014).

TREJO, Raúl. "Internet como expresión y extensión del espacio público". *Revista MATRIZes*. Vol. 2, 2009.

UBAYASIRI, Kasun. "Internet and the public sphere: a glimpse of Youtube". Central Queensland University, 2006. Disponible en: <http://ejournalist.com.au/v6n2/ubayasiri622.pdf> (última visita: 30 de abril de 2014).

VIRNU, P. *Grammar of the Multitude*, Semiotext, New York. 2004

