

PRIVACIDAD, MERCADO E INFORMACIÓN*

Ronaldo PORTO MACEDO JÚNIOR**

RESUMEN: El concepto operativo más frecuentemente utilizado por la dogmática jurídica en el tratamiento del derecho a la privacidad e intimidad alude a la idea de libertad negativa, como se evidencia en este texto. Sucede, no obstante, que tal idea tomada por un influyente linaje del pensamiento liberal, no presenta criterios claros y medidas consistentes sobre los límites de la libertad de cada uno y, consecuentemente, sobre los límites mínimos de la privacidad que debe ser garantizada a cada individuo. El artículo está a favor de la necesidad de utilizar criterios pragmáticos (y no ideales y principios lógicos) de medición de la privacidad, a partir del *concepto de normalidad*, definido a partir de las reglas de juzgamiento social acerca de lo que es el límite provisorio, adecuado y reflexivo de la medida de lo público y lo privado. A partir de estas reglas se podrá establecer un sistema de regulación de la información en el mercado y sus efectos, pero teniendo en cuenta el derecho a la privacidad.

ABSTRACT: The operative concept most frequently used by legal dogma in dealing with the right to privacy and intimacy, refers to the idea of negative freedom as evidenced in this text. What occurs, however, is that this idea, when adopted by an influential line of liberal thought, fails to provide clear and measured criteria consistent with the limitations of liberty for each individual and, therefore, the minimum limits of privacy which he is to receive. The article is in favor of the need to use pragmatic criteria (rather than logical ideals and principles) for measuring privacy, based on the concept of normality, defined according to the rules of social judgment as to what a provisional, suitable and reflexive restriction between public and private consists of. Based on these rules, a system can be established for regulating market information and its effects while taking the right to privacy into consideration.

* Texto presentado no seminário da SELA (Seminário Latinoamericano de Teoria Constitucional e Política) Mar del Plata, Argentina, agosto de 1998.

** Fiscal en la Justicia del Estado de San Pablo. Presidente del Instituto de Estudios en Derecho y Ciudadanía.

I. PRIVACIDAD Y LIBERTAD

Aunque es posible trazar un origen remoto del concepto del derecho a la privacidad y a la intimidad, su conceptualización actual surge solamente a fines del siglo XVIII, con el desarrollo del concepto moderno de libertad, claramente percibido por Benjamín Constant en su texto clásico *La libertad de los modernos*.¹

El concepto moderno de derecho a la intimidad y a la vida privada se presenta como un derecho a la libertad. La libertad es aquí entendida básicamente en el sentido de no impedir, esto es, en cuanto derecho a hacer lo que le parece, de estar sólo, de no ser incomodado, de tomar decisiones en la esfera privada sin la intervención estatal. Esto incluye la libertad sexual, la libertad de actuar libremente en el interior de su domicilio, la libertad de revelar las conductas íntimas y la libertad a la identidad.

Es dentro de un marco ideológico liberal, en el cual el Estado llega a ser visto como un “enemigo”, donde se forma el moderno concepto de privacidad. Antes de evaluar su validez actual, cabría analizar algunas de las características de esta formulación en el horizonte ideológico liberal clásico (Locke, Mill, Constant, etcétera).

Los pensadores liberales clásicos arriba mencionados y los “nuevos liberales clásicos”, especialmente Friedman y Hayek, procuran establecer una relación directa entre libertad de mercado y privacidad. El acceso a las informaciones en el mercado constituye un tema consensual entre los liberales, siendo un elemento fundamental para el buen funcionamiento del libre mercado.

La teoría económica neoclásica ha enfatizado la importancia de que exista un alto grado de información entre los agentes económicos, para viabilizar el funcionamiento óptimo en el mercado.² El aumento de informaciones sobre productos, proveedores y consumidores servirá para un mejor funcionamiento del mercado o, al menos, para la reducción de los costos de transacción envueltos en las operaciones de mercado.³

1 “A Liberdade dos modernos”, *Revista Filosofia Política*, Puerto Alegre, L & PMUNICAMP/UFRGS, 1985.

2 Posner, Richard, *The Economics of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, 1994.

3 Williamson, Oliver, “Transaction Cost Economics and Organization Theory”, en Smelser,

De acuerdo con el paradigma económico neoclásico, cuanto mayor es el número de informaciones que un consumidor puede obtener para orientar sus decisiones, mayor será su grado de libertad para realizar sus elecciones racionales. Para ejemplificar tal idea, podríamos pensar en la mayor libertad que imagina tener hoy el consumidor brasileño por poder comprar carnes, bifés de “chorizo” argentinos o *sirloins* americanos en sus supermercados, en razón de la disminución de las barreras aduaneras para la entrada de tales productos en Brasil. El consumidor brasileño de carnes habría adquirido mayor libertad para consumir, informarse y comparar precios y productos. Él ahora no está sometido a las restricciones de un mercado cerrado que le impedía saborear una buena carne extranjera.

Cabría preguntar: ¿hasta qué punto el mero aumento de información sirve actualmente de elemento para la efectiva ampliación del poder de decisión del consumidor o para un aumento de su conciencia en el momento en que actúa en el mercado? Estudios sobre el concepto de racionalidad limitada (*bounded rationality*) y sobrecarga de información (*overloaded information*) evidenciaron que la ecuación: mayor información = a mayor capacidad de decisión consciente (y por tanto libre) frecuentemente no corresponde a la realidad.⁴

Neil J. y Swedberg, Richard (eds.), *The Handbook of Economic Sociology*, Princeton, Nueva York, Russell Sage Foundation, Princeton University, 1994.

4 Diversos estudios demuestran la desventaja del consumidor pobre con relación al consumidor más rico en cuanto a la posibilidad de obtener mejores productos y servicios. Entre las razones usualmente mencionadas están: 1) El hecho de que la población de baja renta, generalmente, no puede comprar en gran cantidad porque no dispone de una gran suma de dinero, ni facilidades de almacenaje y transporte. La compra en menores cantidades generalmente representa un crecimiento en el costo de los productos; 2) La población de baja renta, generalmente no dispone de automóvil y no puede movilizarse a los lugares de consumo más baratos ni transportar los bienes de lugares más distantes; 3) El pobre generalmente es remunerado semanalmente y tiende a hacer su presupuesto doméstico dentro de limitados periodos de tiempo, lo que impide el tipo de economía alcanzada a través de la inversión a más largo plazo. 4) Los pobres generalmente no tienen conciencia de las oportunidades para asegurar el valor de los bienes y servicios que adquieren. Tal factor se debe generalmente al bajo grado de educación y oportunidades educativas a las que tuvieron acceso. En otras palabras, los costos de transacción acostumbran ser más elevados para la población económica y socialmente menos ventajosa. Sobre el tema, el estudio pionero es todavía el de David Caplovitz, *The Poor Pay More: Consumers Practices of Low Income Families*, Nueva York, Free Press, 1963. Un estudio más reciente que llega a conclusiones parecidas es el de Macneil, Keeneth *et al.*, “Market Discrimination Against the Poor and The Impact of Consumer Disclosure Laws: The Used Cars Industry”, *Law and Society Review*, núm. 13, primavera, 1979; Sullivan, Teresa A. *et al.*, *As we forgive our debtors. Bankruptcy and Consumer Credit in America*, Oxford University, 1989. Sobre

Sabemos también que la globalización económica ha acentuado un proceso, iniciado a fines de los años sesenta, de formación de economías duales marcadas por mercados de consumo y producción segmentada.⁵ Además, el impacto de las informaciones sobre los consumidores más exigentes y de mayor escolaridad es bastante diferente del provocado en los consumidores de baja renta, bajo nivel de escolaridad, ubicados en sectores de la retaguardia productiva y la economía informal. En este caso, el aumento de información poco o nada contribuyó a la formación de una decisión de consumo más libre y consciente.

Entre tanto, el así llamado derecho a la privacidad no se confunde con la garantía de divulgación de la información disponible en el mercado. En otras palabras, tampoco toda la información disponible en el mercado favorece o estimula la defensa de la privacidad en cuanto derecho autónomo. ¿Cuándo y cómo el aumento de información afectaría la privacidad en tanto derecho a la libertad?

Evidentemente, en estos casos nos estamos refiriendo a un sentido bastante preciso de libertad. Se trata del concepto de libertad negativa, por ejemplo, la libertad en el sentido de no estar impedido de vender, comprar o hacer transacciones. Como apunta Milton Friedman:⁶

The basic requisite is the maintenance of law and order to prevent physical coercion of one individual by another and to enforce contracts voluntarily entered to, thus giving substance to "private"... So long as effective freedom of exchange is maintained, the central feature of the market organization of economic activity is that it prevents one person from interfering with another in respect of most of his activities. The consumer is protected from coercion by the seller because of the presence of other sellers with whom he can deal. The seller is protected from coercion by the consumer because of other consumers to whom he can sell.

el tema véase también de Wilhelmsson, Thomas, "Information duties as means of protecting insurance consumers", *AJURIS*, RS, 1998 (anales del Primer Congreso Inter-Americano de Derecho del Consumidor).

5 Cfr. Piore, Michel J. y Sabel, Charles, *The Second Industrial Divide. Possibilities for Prosperity*, Nueva York, Basic Books, 1984.

6 Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago, 1962. Apud Ramsey, Lian, *Consumer Protection Text and Materials*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1989, p. 26.

Para un liberal como Friedman, la libertad debe ser entendida como el no impedimento, la no intromisión, la defensa del espacio no regulado por el Estado. Como señala Isaiah Berlin:

Ser libre en este sentido (libertad negativa) significa no sufrir interferencias de otros. Cuanto más amplia es el área de no-interferencia, más amplia es mi libertad. Esto es lo que los filósofos políticos clásicos de Inglaterra querían decir cuando usaban esta palabra. No se ponían de acuerdo en cuanto a la extensión que podría o debería tener esta determinada área. Supongan, que en las condiciones entonces predominantes no podría ser ilimitada, porque sí así fuera acarrearía una situación en que todos los hombres podrían interferir ilimitadamente en la actuación de los otros; y este tipo de libertad natural llevaría al caos social... En consecuencia, aquellos pensadores presumen que la libre acción de los hombres debería ser limitada por la ley. Pero también presumen, sobre todo los partidarios del libre albedrío, como Locke y Mill en Inglaterra, y Constant y Tocqueville en Francia, que debería haber una cierta área mínima de libertad personal que no debe ser violada, pues si sus límites fuesen invadidos, el individuo pasará a disponer de un área demasiado estrecha para el desarrollo mínimo de sus facultades naturales... De ahí se sigue la necesidad de trazar una frontera entre el área de la vida privada y la de la autoridad pública; dónde debe marcarse esta frontera es cuestión de discutir... *La libertad del tiburón es la muerte para las sardinias* —la libertad de algunos depende de la limitación de otros—. ⁷

Para tal pensamiento, es admisible sacrificar parte de la libertad en cambio de otros valores, como por ejemplo, la justicia o la igualdad. Asimismo, para evitar la desigualdad puedo sacrificar la libertad o parte de ella. No obstante, el sacrificio de la libertad, aunque se haga libremente por justa razón, no representa ningún aditamento a mi libertad individual, por mayor que sea la necesidad moral que lo provocó o la compensación que de ella derivó.⁸ No obstante, es perfectamente admisible, que se afirme, como hace Mill, que para que todos tengan un mínimo de libertad, es necesario que todos sufran restricciones, hasta por medio de la fuerza.

El desafío liberal clásico se constituye en determinar cuál es el mínimo esencial de libertad personal necesario para que no degrademos o ne-

7 “Dois conceitos de liberdade”, en *Quatro Ensaio sobre a Liberdade*, Brasília, UnB, 1981, p. 137.

8 *Ibidem*, p. 138.

guemos nuestra propia naturaleza. Pero, ¿qué es lo que constituye esta esencia?, ¿cuáles son sus patrones mínimos? Para Mill, “la única libertad que merece tal denominación es la de perseguir nuestro propio bien a nuestro modo”. Se trata, pues, de la *libertad de*, por ejemplo, la libertad de hacer algo. Este concepto, con todo, es por demás vago e incapaz de ofrecer una medida sobre cuándo y cómo debiéramos sacrificar nuestra libertad (negativa) en favor de otros intereses y valores.

Ya fue muchas veces destacado que la concepción negativa de libertad no guarda ninguna ligación directa y necesaria con el concepto moderno de democracia.⁹ Es posible pensar en la existencia de un “déspota liberal”, en la medida en que éste resguarde el mínimo esencial de libertad individual. La cuestión sobre los límites de interferencia a que estoy sometido es distinta de aquella acerca de saber quien me gobierna. La cuestión es ahora: ¿quién me gobierna?

El concepto de libertad positiva nace de esta segunda cuestión, relativa al deseo del hombre de ser su propio dueño y hacer que su vida y sus decisiones dependan de sí mismo y no de fuerzas externas. La libertad en sentido positivo significa autonomía, autodominio (como diría Kant: “libertad es obediencia, pero obediencia a una ley que prescribimos a nosotros mismos”).

La cuestión crucial que surge con el concepto de libertad positiva reside en la posibilidad de admitir que la decisión del Estado, tomada con base en la razón, puede estar en contradicción con el deseo y la libertad (negativa) del individuo. En este caso, se podrá afirmar que estos individuos, víctimas de la “falsa conciencia”, serán incapaces de reconocer lo que es mejor para sí mismos y discernir lo que realmente necesitan. No se podrá afirmar, con todo, que no sean libres, aunque su percepción sea una dura y severa restricción de libertad (negativa).¹⁰

Por tal motivo es que se afirma que la concepción positiva de libertad ha permitido mostrar el tema de la libertad a través de la idea de un

⁹ Cfr. Bobbio, Norberto, *Liberalismo e Democracia*, 4a. ed., Brasiliense, 1993; y Lebrun, Gérard, *O que é poder?*, 3a. ed., Brasiliense, 1981, especialmente pp. 74 y ss.

¹⁰ Una feliz síntesis de Berlin: “Una cosa es decir que puedo ser constreñido en mi propio beneficio y que soy ciego además para percibirlo: eso podrá, en aquel momento, ser bueno para mí; en realidad podrá ampliar el fin de mi libertad. Otra cosa es decir que si es para mi bien, entonces, no estoy siendo constreñido porque yo lo desee, esté consciente o no de ello, y que soy libre (o “verdaderamente” libre) cuando mi pobre cuerpo ingenuamente lo rechace con firmeza y luche contra aquellos que, por más bueno que sea, procuran imponerlo con el mayor empeño”: “Dois conceitos...”, *cit.*, nota 7, p. 144.

hombre dividido en dos personalidades. Por un lado, está el controlador trascendente y dominante y, por otro lado, el puñado de deseos y pasiones de ser disciplinado y dominado. Este es la *paradoja de la libertad*.

El tema de la libertad positiva presentado por los pensadores racionalistas también guarda otra dimensión bastante importante. Para racionalistas como Kant y Hegel, el único método para obtener la libertad es el uso de la razón crítica y la comprensión de lo que es necesario y de lo que es apenas contingente. *El conocimiento libera*. Él nos libera, no por ofrecemos posibilidades más amplias entre las cuales podamos hacer nuestras elecciones sino por preservarnos de la frustración de tentar lo imposible.¹¹ La libertad se toma, así, la conciencia de la necesidad, de acuerdo a lo que diría Hegel.

La libertad, en este sentido de auto gobierno racional, se constituye en el método por excelencia para el gobierno de los individuos. Si el Estado debe ser racional, no podría negar que lo que es cierto para mí debiera ser lo correcto para los otros. Los hombres racionales, por respetar los principios de la razón de cada hombre, no deberían sentir el deseo de dominar a los otros. “La libertad es ahora el autodomínio, la eliminación de los deseos irracionales. Libertad no es libertad para hacer lo que es irracional, obtuso y errado. Forzar los yoes empíricos a adaptarse al patrón cierto no es tiranía y, sí, liberación”.¹² En un límite ideal, la libertad coincide con la ley, y la autonomía coincide con la autoridad.¹³

En un cierto sentido, protestar contra las normas que regulan la censura significa decir que entendemos intolerables las restricciones a la libertad porque éstas son necesidades fundamentales de los hombres en

11 *Ibidem*, p. 151.

12 *Ibidem*, p. 154.

13 De acuerdo con lo que señala Berlin: “Solamente la verdadera libertad, y el único modo por el cual puedo aprender la verdad es haciendo, a ciegas y hoy, lo que usted, que sabe me ordena hacer o me constriñe a hacer, con la certeza que solamente así pasaré a tener una visión tan clara cuanto a la suya y seré tan libre como usted”. La verdad es que ya nos alejamos de nuestros fundamentos liberales. Ese argumento, empleado por Fichte en su última fase y después de él por otros defensores de la autoridad, desde profesores de la era victoriana y administradores coloniales hasta el más reciente dictador nacionalista o comunista, es precisamente aquello contra lo que protesta la moralidad estoica o kantiana en nombre de la razón del individuo libre que sigue su propia luz interior. De esa forma, el argumento racionalista, con su presupuesto de una única solución verdadera ha sido llevado (por niveles que, si no válidos desde el punto de la lógica, son inteligibles desde el punto de vista de la historia y de la psicología) de una doctrina ética de responsabilidad individual y de autoperfección individual a un estado autoritario obediente de las directrices de una elite de guardianes platónicos: *ibidem*, p. 156.

una sociedad buena, saludable o normal. Toda sociedad admite la existencia de otros valores más allá de la libertad, que con ella se deben armonizar o equilibrar como la igualdad, la justicia, la felicidad, la seguridad, el orden público, etcétera. Admitir que la libertad es un valor predominante sobre los demás, significa decir que necesitamos encontrar una medida empírica o apriorística para su defensa.

El monismo y la fe racionalista en la existencia de un principio o de una única medida como criterio único siempre constituyó un elemento común al racionalismo moderno. Para un liberal como Isaiah Berlin, el pluralismo, en cuanto admisión de la existencia de valores metafísicamente inconmensurables, pasa a ser un *horizonte más humano*, una vez que reconoce que las metas humanas son muchas y en perpetua rivalidad entre sí:

Presuponer que todos los valores pueden ser valorados según una escala para que sean apenas un caso de inspección determinar cuál es lo más alto, me parece falsificar nuestro conocimiento de que los hombres son agentes libres para representar la decisión moral de una operación que una regla podría, en principio, realizar.¹⁴

II. PRIVACIDAD, MERCADO E INFORMACIÓN: ALGUNOS EJEMPLOS

Es curioso que sea el concepto negativo de libertad, aquel que vemos empleado por la doctrina y jurisprudencia dominantes en Brasil y, en la mayoría de los países occidentales, cuando tratamos temas como el conflicto entre la libertad de prensa y la privacidad, la libertad de mercado y la intimidad o privacidad. En el contexto de tales discusiones jurídicas, la libertad de prensa es defendida como un valor que debe ser garantizado *a priori*, independientemente de las consecuencias y efectos, a partir de la suposición de que su supresión implicará siempre un alto grado de perjuicios y desventajas para aquellos que estuvieran sometidos a un régimen de falta de libertad de prensa.¹⁵ En este sentido, la “buena razón”

¹⁴ *Ibidem*, p. 169.

¹⁵ Cfr. Leite Sampaio, José Adércio, *Direito a intimidade e a vida privada. Uma visao jurídica da sexualidade, da familia, da comunicacao e informacao pessoais, da vida e da morte*, Bello Horizonte, Del Rey, 1998.

recomienda la defensa intransigente de la libertad de prensa y su crítica no constituye sino un capítulo de mala conciencia o “falsa libertad”.

En esta perspectiva, los así llamados derechos de la privacidad, garantizados por legislaciones constitucionales¹⁶ e infraconstitucionales vienen siendo invocados para la tutela de estos intereses de privacidad.

La privacidad y la intimidad aparecen, o bien como concepto de derecho natural moderno (que pueden ser referidos histórica y filosóficamente a los conceptos liberales de derecho a la propiedad y a la libertad),¹⁷ o bien como concepto que gana autonomía dentro de la moderna teoría de los derechos de personalidad, especialmente a partir del trabajo pionero de Warren y Brandeis y a la moderna teoría de los derechos humanos.¹⁸

De la misma forma, los conceptos de libertad de mercado aparecen, dentro de la tradición liberal, intrínsecamente ligados a la doctrina de los derechos naturales de la libertad y de la propiedad. ¿Cómo trazar, entonces, los límites de cada uno dentro de una perspectiva liberal?, ¿cuáles son los límites para el mismo derecho de libertad en cuanto privacidad en una sociedad que garantiza la libertad mercado?, ¿cómo saber si la libertad del tiburón (mercado) no va hasta la muerte de la sardina (privacidad) y viceversa? Esta cuestión nos trae al asunto del ya mencionado tema de la *paradoja de la libertad*. Este tema está en la raíz de la compatibilidad de los principios de libertad de mercado, de control de la información y la protección de la privacidad.

Paulatinamente, se viene desarrollando un nuevo abordaje jurídico útil, también, para la comprensión de estos derechos. Es sobre este segundo aspecto que me gustaría hacer mis comentarios, tomando algunos ejemplos para esta reflexión.

En un reciente artículo sobre el tema, Tércio Sampaio Ferraz Jr. relata una nueva situación vivida por el periodismo en Brasil. Comentando la conferencia del periodista brasileño José Neumane, Tércio informa que

16 Por ejemplo, Constitución Federal de Brasil, art. 5, X, que trata del derecho a la intimidad y a la vida privada.

17 Cfr. Leite Sampaio, José Adércio, *Direito...*, cit., nota 15, pp. 81 y 95.

18 Bastaría recordar, por ejemplo, que el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 dispone: “11 art. 12.1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

entre julio y agosto de 1994 el diario *Folha de São Paulo* (el de mayor tiraje de Brasil) prácticamente dobló su tiraje, pasando de 650 mil a un millón, 100 mil ejemplares; en cuanto a su competidor *O Estado de S. Paulo*, en el mismo periodo, pasó de 450 a 510 mil. La *Folha* tuvo un aumento del 90%, en cuanto el *Estado* llegó a 13%. La razón de tal hecho en gran medida está relacionada a la estrategia de *marketing* adoptada por la *Folha* con la publicación semanal del *Atlas Geográfico de New York Times*. Lo que estaría por detrás de esta estrategia sería un fenómeno más profundo, evidenciador de que la propia información se viene transformando en una mercancía simbólica de la misma naturaleza que el “obsequio” que acompaña el diario. Conforme recuerda Tercio Ferraz, en un nuevo estilo de *fast journalism*, tan bien representado por la *Folha de São Paulo*, “se mezclan productos de *marketing*, servicios para el lector y noticias, de preferencia las revelaciones escabrosas, escándalos y denuncias, capaces de satisfacer la enorme curiosidad del público de la sociedad de consumo”. Al mismo tiempo en que el diario hacía la denuncia (aunque muchas veces sin el debido apoyo en los hechos reales para hacerlo), al día siguiente publicaba el desmentido de aquélla (produciendo así un nuevo titular) vendiendo una imagen de independencia e imparcialidad.

La llegada de esta “nueva” prensa demanda un nuevo tratamiento jurídico del tema de la libertad de prensa. La publicación sistemática de informaciones sobre la privacidad de las personalidades públicas (basta pensar en las flagrantes e intrigas que envolvieron a la princesa Diana) con la exclusiva finalidad de obtener lucro a través de titulares sensacionalistas no podría ser tratado dentro del tradicional conflicto constitucional entre libertad de prensa y el derecho a la privacidad, conceptos metafísicamente inconmensurables, pero sí en el ámbito del derecho comercial. Así, para Neumane, la utilización no autorizada de la imagen debería importar en el derecho de la supuesta víctima de participar de los lucros o recibir indemnización por los perjuicios subsiguientes.¹⁹

Un segundo ejemplo retrata la cuestión de la utilización de la información en la sociedad de consumo. Recientemente, se comienza a discutir sobre el eventual abuso existente en la comercialización de bancos de datos formados a partir de fichas catastrales de los consumidores,

19 Sampaio Ferraz Jr., Tércio, *Libertadade de informacao e privacidade ou o paradoxo da libertadade*, 1997, mimeo.

exigidos en la celebración de contratos diversos (bancos, aseguradoras, administradoras de tarjetas de crédito, etcétera) especialmente en la forma de venta de *mailing list* seleccionados de acuerdo con los intereses comerciales de otras empresas interesadas. La venta de informaciones personales contenidas en un registro, ofrecido de una empresa a otra empresa, ¿configuraría una violación del derecho a la privacidad y demandaría una reparación con base en los principios de privacidad (libertad negativa), constitucionalmente asegurados, o reclamaría una participación y control del consumidor (directo o indirecto) en la utilización de sus datos con finalidad no autorizada?

Existe un tercer ejemplo que también merecería una reflexión. Se trata del derecho al secreto bancario, tema que frecuentemente ha despertado gran interés de los estudiosos del tema de la privacidad. Frecuentemente, se quiere elegir, al menos en Brasil, el tema del secreto de las cuentas (*rendimientos*) al estatus de derecho humano fundamental, garantizado por las cláusulas pétreas de la Constitución federal. Cabría indagar por qué motivo este derecho debe prevalecer sobre el interés de la sociedad en evitar la evasión de recursos o fraudes fiscales. Argumentos de orden económico ciertamente pueden ser invocados en favor del respeto de la privacidad y del secreto, como elementos de estímulo al buen funcionamiento del mercado. Sería equivocado, con todo, imaginar que la garantía de tal derecho reposa exclusivamente en un principio general del derecho fundado en la libertad.

La privacidad (en cuanto libertad negativa) envuelve la idea de que cualquiera es libre para comportarse como quiera. De la misma forma, cualquiera tiene la libertad de información en la medida en que puede comportarse como mejor le parezca sin que nadie tenga que ver con eso.

En tanto, tal dimensión de la libertad a la privacidad, en cuanto concepto negativo (por ejemplo, libertad de no ser víctima de interferencia del Estado) no ofrece ninguna medida o patrón positivo que nos permita saber hasta dónde podemos actuar. ¿Hasta dónde el tiburón podría comer a las sardinas? En este sentido, la libertad es un concepto vacío.

A partir de tal dilema, la dogmática jurídica ha procurado establecer parámetros a partir de la consideración de la finalidad del derecho. ¿Para qué ser libre?, ¿para qué tener libertad de información?, ¿para qué tener libertad de prensa?, ¿para qué tener libertad de secreto bancario?, ¿para

qué tener la libertad de no informar datos personales relevantes, o contrariamente, para qué ser obligados a suministrar datos personales en temas considerados “privados”? El problema que surge aquí es el riesgo de establecer nuevamente un nuevo conflicto entre medidas inconmensurables. Finalmente, ¿cuál es la finalidad que debe prevalecer?: ¿la finalidad de la privacidad individual, entendida como secreto personal o la finalidad del interés social?; ¿pero, habría interés social en la garantía de la privacidad personal, como por ejemplo, el secreto de datos en cuanto a las cuentas?²⁰ Las dificultades para establecer una medida jurídica operacional clara son evidentes en los caminos tomados, recientemente, por la jurisprudencia brasileña, americana y europea sobre el asunto.²¹

Otra posible alternativa para la resolución de este problema sería admitir que el cercenamiento de la libertad debe ser visto, no teniendo en cuenta la finalidad sino en razón del efecto que podría generar en la conducta de los individuos. En otras palabras, la discusión acerca de los límites de la intervención debe superar el plano meramente principista²² y buscar su criterio en los efectos empíricos y sociológicos de la intervención estatal.

Para encontrar un elemento práctico, empírico, en una medida sociológica de intervención estatal, estamos obligados a procurarlo a partir, no apenas de principios generales, *sino de la propia lógica de funcionamiento del mercado y de los medios*. Esta es la solución aconsejada por José Neumane, referida por Tércio Sampaio Ferraz Jr. En vez de buscar elementos para el tratamiento de la libertad personal o la privacidad, en términos de principios éticos, debemos procurar parámetros en una ética de resultados que encuentre en las medidas del propio mercado (por ejemplo, el lucro que una empresa tiene a partir del uso de la imagen de alguien) elementos más seguros y eficaces de protección jurídica. Por tanto, precisamos reconocer que la nueva prensa no se comporta con los mismos patrones de la prensa tradicional, y que la información en la era del *fast journalism* también asume nuevos contornos.

20 Hay varios argumentos de naturaleza económica en el sentido de las ventajas de mantenerse en un sistema de mercado que garantice el secreto: *cfr.* Posner, Richard, *The Economics...*, *cit.*, nota 2.

21 *Cfr.* Leite Sampaio, José Adércio, *Direito...*, *cit.*, nota 15, sobre CEE.

22 Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University, 1977.

También en el ejemplo del secreto de datos e información sobre rendimientos y ganancias, tal vez deberíamos procurar, dentro de una misma ética de resultados, los parámetros para el ejercicio del derecho a la privacidad. Finalmente, esta es la lógica general del derecho social moderno, en cuyo interior la relación entre la privacidad y el mercado debe ser entendida. En el derecho social, la privacidad pasa a ser vista como un derecho a la ciudadanía (y no más del individuo) por ejemplo, al autogobierno, el cual incluye el derecho a delimitar de forma cambiante (normal) lo que constituye la propia privacidad. Finalmente, el propio derecho a la ciudadanía en el ámbito del derecho social se constituye en el derecho a definir lo que son los derechos de la ciudadanía (el derecho a tener derechos).

III. EL DERECHO SOCIAL: NORMALIDAD Y PRIVACIDAD

El derecho social es básicamente un derecho fundado en un proceso dinámico de equilibrio (*balancing*) de intereses a través de una medida de *normalidad* cambiante. La noción de equilibrio implica la idea de escala y contrapeso, el equilibrio es mantenido porque un punto equilibra a otro. La operación es, todavía, problemática, porque a diferencia del mercado —donde existe la medida del precio— es difícil la cuantificación del valor de la libertad y de la justicia. Hay conflictos que importan en valores metafísicamente inconmensurables, como por ejemplo los conflictos entre el derecho de vivienda y el derecho ambiental o los conflictos entre el derecho a la privacidad y la libertad de mercado y las exigencias de eficiencia de los mercados capitalistas. El juicio en término de equilibrio presupone un principio de equivalencia, la posibilidad de determinar el valor relativo de cada valor y, por último de una medida general. La idea de equilibrio presupone un modo de valoración colectiva. En este sentido, implica una socialización del juzgamiento, lo cual se hace a partir de una socialización del juzgamiento.²³

23 Conforme afirma Ewald: "The judgement of balance, in the social law sense, is a *Forme* judgement. Judging in terms of balance means judging the value of an action or a practice in its relationship to social normality, in terms of the customs and habits which at a certain moment are those of a given group. In therefore means judging relatively: the same act may at one lacc be punished, at another not. What furnishes the principle of the sanction is not the intrinsic quality of the act, but its relationship to others: it is the abnormal, the abuse, the excess what goes beyond a certain limit, a certain threshold, which in themselves are not natural but social, and therefore

La sociología se vuelve la rama del conocimiento que permite la determinación de una medida y de un equivalente social para la medición de los valores e intereses y para resolver los conflictos de los subsiguientes. El derecho social tiene como fundamento la sociología y no una filosofía que busque criterios universales y transcendentales de medida. Evidentemente, ahí reside el carácter polémico y explícito e intrínsecamente político del derecho social.

Es evidente que la normalidad siempre parecerá puro arbitrio a los ojos de los liberales radicales como Hayek, Friedman y, tal vez, para el moderado Berlin, que prefiere apelar a un principio de pluralismo y tolerancia. Por fin, ¿cuáles son los límites de normalidad? Dada la propia naturaleza reflexiva de la norma no puede haber una respuesta teórica general para esta pregunta. Es posible, con todo, medir la objetividad de la normalidad con el auxilio de métodos cuantitativos (por ejemplo de costos y de beneficio), estadísticos y encontrar los principios de justicia y equilibrio pragmáticos presentes en las diversas ramas del derecho.

Por último, cabe destacar que en el seno de *Welfare State*, que busca conciliar una lógica económica de mercado con principios distributivos de equilibrio y solidaridad, hay espacios para la coexistencia de reglas de juzgamiento de matriz liberal y de matriz social. Así, en el ámbito de las regulaciones de las relaciones de mercado, el principio de la libertad de comercio y de mercado permanece en vigor, aunque subordinado y atenuado por los principios del derecho social.

Discutir únicamente en el plano de los principios significa continuar discutiendo el argumento liberal, aún lleno de vigor en el clima político actual, en su campo de batalla epistemológico. Es apenas oponer principios individualistas a principios solidarios o comunitarios. Es insistir ingenuamente en el lema “más ética en derecho”, creyendo que el juez “Hércules” sabrá encontrar el “buen derecho”.²⁴ Un análisis institucio-

variable with time and place. Not that the abnormal is amoral or wrong. Quite the contrary; it may be usefui and necessary, like industrial development with its accompanying nuisances. But it introduces a social imbalance which it seems just to compensase for, in terms of a certain idea of equality in the collective distribution of burdens”, en Ewald, Francois, “A Concept of Social Law”, *Dilemmas of Law in the Weifare State*, Berlín, European University Instituto, 1985, p. 68. Véase también Ewald, Francois, *Foucault. A Norma e o Direito*, Lisboa, Vega, 1993; y Ewald, Francois, *L'Etat Providence*, París, Grasset, 1986.

²⁴ Sobre la imagen del “juez Hércules” y del derecho correcto, véase Dworkin, Ronald, *Taking..., cit.*, nota 22, cap. 111.

nal, al contrario, debe preocuparse con la articulación macro de valores y principios con la esfera micro de los problemas concretos y de las formas como estos principios se constituyen y articulan sus efectos. Conforme señala Ewald, la matriz del derecho social no es la filosofía del derecho, en cuanto estudio de doctrinas y principios, pero si la sociología “en la medida en que ésta se constituyó históricamente como crítica de la filosofía y sus abstracciones metafísicas, en beneficio de una aprehensión de los sujetos y grupos sociales que las tomaban en su realidad concreta”.²⁵

Diferente de lo que ocurre con la idea de mercado y con el concepto liberal del libertad negativa, la protección del consumidor y de la privacidad (vista como un derecho a la ciudadanía) se atribuye a una concepción positiva de libertad, a saber, la libertad en cuanto autonomía, y se apoya en la idea de que el individuo no puede ser utilizado como un fin social. Dentro de la perspectiva del derecho del consumidor y de la privacidad, ésta concepción de la libertad en cuanto autonomía, representa la demanda por igual representación del consumidor en relación con otros grupos en el proceso de decisión sobre el grado de información y de riesgo que debe ser tolerado en la sociedad.²⁶ En esta misma dirección, comentando la relación entre el derecho a la privacidad, la libertad de información, Fronsini señala:

En el marco de la civilización tecnológica, el ‘derecho a la privacidad’ se presenta como una nueva forma de libertad personal, que ya no es más la libertad negativa de rehusar o prohibir la utilización de las informaciones sobre la propia persona, pero se convirtió en la libertad positiva de ejercer un derecho a controlar sobre los datos concernientes a la propia persona, que hayan salido de un archivo electrónico público o privado. Esta es la libertad informática: o sea el derecho de controlar (conocer, corregir, quitar o agregar) los datos personales inscriptos en las *tabletas* de un programa electrónico.²⁷

25 Ewald, F., *L'Etat...*, cit., nota 23, p. 451.

26 Véase Dewees, Donald *et al.*, “Policy Alternatives in Quality Regulation”, en Dewees, Donald (org.), *The Regulation of Quality: Products, Services, Workplaces and the Environment*, Toronto, Butterworths, 1983, p. 20.

27 Fronsini, *Bancos de datos y tutela de la persona*, p. 24. *Apud* Leite Sampaio, José Adércio, *Direito...*, nota 15, p. 495.

En la medida en que el derecho contemporáneo va asumiendo un carácter autorreflexivo y procedimental, el proceso de negociación y de balance de tales criterios y límites se toma, también, político; a su vez, la justicia acaba por tomarse un compromiso siempre inestable y sujeto a revisión de intereses organizados.²⁸

Para Stewart y Sunstein:

El concepto de valores comunitarios en la protección del consumidor se refiere básicamente a valores como honestidad, buena fe (*fair dealing*), socialización de los prejuicios, los cuales no son reducibles a los intereses egoístas del individuo, a su eficiencia económica o a la protección de los derechos individuales.²⁹

El debate sobre regulaciones de consumo y la privacidad no puede reducirse a una mera relación de costo y beneficio, también hace referencia, conforme sintetizan Sunstein y Stewart: “a un proceso continuo de decisión sobre cuál tipo de sociedad, la nuestra debe ser —como rechazo al riesgo— cuán solícitos a los vulnerables y cuán deseosos de encontrar recursos a través del mercado y de los controles públicos”.³⁰

IV. CONCLUSIÓN

Como vimos, el derecho a la privacidad nace históricamente asociado a una concepción negativa de libertad. Ésta se confronta con la libertad de mercado mientras que otro principio constitucional describe una situación de conflictos valorativos inconmensurables desde un punto de vista liberal. El concepto de libertad positiva no permite resolver tal conflicto, en la medida en que la autonomía no ofrece una medida jurídica para el equilibrio de conflictos entre los dos principios. Lo que vemos, por lo tanto, es la necesidad de aludir a una lógica de equilibrio de conflictos de carácter pragmático y reflexiva. Asimismo, a veces la solución de conflictos entre intereses se dará a través de la sociabilización de los lucros derivados del uso de informaciones de la vida privada (uso

²⁸ Véase Teubner, Gunther, “Autopoiesis in Law and Society”, *Law and Society Review*, núm. 18, 1984; *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*.

²⁹ Sunstein, R. B. y Stewart, C. R., “Public Programs and Private Rights”, *Harvard Law Review*, núm. 95, 1982, p. 1238.

³⁰ *Idem*.

de registros de bancos), otras veces pasará por el control directo a través de agencias reguladoras estatales o no estatales. La medida de este equilibrio, es cierto, deberá tener en cuenta los cambios del mercado (especialmente los mercados de informaciones) sin fijarse en premisas o principios *a priori* o trascendentalmente definibles.

