

J. COHEN SOBRE LA PRIVACIDAD

*Eduardo Rivera López**

En “Privacidad, Pluralismo y Democracia”, Joshua Cohen desarrolla una visión sensata acerca de la privacidad, una idea controvertida y, en alguna medida, difícil de definir.¹ Comienza con la distinción entre dos áreas en las que la privacidad parece ser importante. Una es el área formal, el ámbito público, respecto del cual el punto es si debe existir o no un derecho a la privacidad protegido e impuesto por la ley (particularmente, por el derecho constitucional). La otra es el área informal, el ámbito cultural, respecto del cual la cuestión es acerca de convenciones de privacidad: en qué medida debemos, como una cuestión de decencia, respetar las decisiones privadas y la información de otros y evitar las intromisiones. La visión de Cohen es anti escéptica respecto del primer aspecto: defiende un derecho a la privacidad robusto como una cuestión de derecho constitucional, y funda tal defensa en su teoría de la democracia deliberativa. Por el contrario, sostiene una visión más bien escéptica de la privacidad como convención informal. En este sentido, argumenta en contra de Thomas Nagel, quien recientemente ha sostenido una clase de “liberalismo cultural”, que implica un robusto deber de reticencia.²

En este comentario, me concentraré en dos puntos principales. Primero, afirmaré que el argumento de Cohen a favor del derecho constitucional a la privacidad, que está basado en su concepción de la democracia deliberativa, está en tensión con nuestro entendimiento común acerca de lo que es la privacidad. Segundo, y más importante, afirmaré que ambos, Cohen y Nagel, están en parte en lo correcto y en parte equivocados en cuanto a nuestros deberes informales de respetar la privacidad. Haré hincapié en una importante distinción que hace Cohen que, en mi opinión, nos permite concebir a la privacidad informal de una forma diferente y más rica.

* La traducción fue realizada por María Clara Bouchoux y revisada por Eduardo Rivera López.

¹ J. Cohen, “Privacy Pluralism and Democracy,” en J.K. Campbell, M O'Rourke y D. Shier (comps.), *Law and social Justice*. Cambridge (Mass.), MIT Press 2005.

Las citas de este trabajo hacen no hacen referencia a la versión publicada del texto sino a un manuscrito revisado por el autor.

En castellano: J. Cohen, “Privacidad, Pluralismo y Democracia”, *Revista de Teoría Jurídica Argentina de la Universidad Torcuato Di Tella*, Vol. 6 Nro. 1, noviembre de 2004, en http://www.utdt.edu/departamentos/derecho/publicaciones/rj1/pdf/RJ_vol61b.pdf. En las siguientes notas, todas las páginas se referirán a este trabajo, primero la página de la versión en castellano y luego la de la versión en inglés.

² T. Nagel, “Concealment and Exposure”, en *Concealment and Exposure and Other Essays*. Oxford: Oxford University Press. Citado en Cohen p. 14-15 / p. 18-19.

I.

Comencemos por considerar a la privacidad como un derecho protegido por normas legalmente ejecutables, promulgadas en una democracia deliberativa constitucional. En este nivel político formal, la privacidad tiene dos aspectos que Cohen distingue acertadamente: lo que él llama “privacidad del derecho de daños” y la “privacidad constitucional”. El primer tipo de privacidad consiste en el “interés en evitar la revelación de cuestiones personales”.³ Se refiere al derecho a que cierto tipo de información acerca del individuo no sea accesible al público. El segundo tipo de privacidad debe entenderse como el derecho que protege “el interés en la independencia al tomar cierto tipo de decisiones personales”.⁴ Ésta es, en mi opinión, una distinción importante, y la retomaré en la segunda sección, cuando discuta la privacidad informal.

Cohen se centra sólo en el segundo aspecto del derecho a la privacidad, es decir, el derecho a tomar cierto tipo de decisiones personales de forma independiente. El problema que Cohen debe enfrentar es que su visión de la democracia parece, a primera vista, insuficiente para justificar derechos no políticos (es decir, más allá de aquellos derechos necesarios para asegurar la deliberación). Cohen afirma que decir que hay ciertas esferas (como la familia, el matrimonio, etc.) privadas y que *por ello* deben ser protegidas es esencialmente engañoso, porque estas esferas son producto de acuerdos sociales que pueden ser objeto de críticas. Estaríamos presuponiendo lo que queremos probar. Por lo tanto, debemos proceder al revés: primero ofrecer un buen argumento para proteger cierto tipo de decisiones y *luego* declarar a esta serie de decisiones como la esfera privada.

Ahora bien, ¿qué tipo de argumento se debe dar para identificar las decisiones que ameritan protección? Cohen piensa que el conjunto de decisiones que deben ser protegidas por un derecho a la privacidad es definida por el peso de las razones que las respaldan, tal como son interpretadas por la filosofía comprensiva de vida del individuo⁵. De esta forma, el aborto sería protegido como un caso de derecho a la privacidad, porque el tipo de razones que usualmente avalan la decisión de abortar (o no) son esenciales a la filosofía de vida que la gente sostiene: el significado de la

³ Cohen, p. 1/p. 1.

⁴ Cohen, p. 9 /p. 12.

⁵ Véase Cohen, p. 10 /p. 12

existencia humana, el misterio de la vida humana, etc. Lo mismo vale para la vida sexual: Cohen dice que el tipo de relaciones íntimas que tenemos moldea un sentido de nuestra identidad.

Esta forma de definir la privacidad seguramente evita la estipulación arbitraria de ciertos ámbitos como privados, pero tiene dos problemas. El primer problema es más que nada formal. Es que la versión de Cohen no puede distinguir los derechos a la privacidad de otras libertades no-políticas. De hecho, el argumento de Cohen a favor de la privacidad es exactamente el mismo que su argumento a favor de todos los derechos no políticos (libertades religiosas, morales y de expresión no-política). En todos los casos, nos encontramos con el derecho de tomar ciertas decisiones personales libres de coerción. Si debemos distinguir a la privacidad de otras libertades personales, debemos ofrecer algunas características del tipo de decisión que está en juego en este caso. Decimos que en el caso de decisiones acerca del aborto, suicidio asistido, o vida sexual (los ejemplos de Cohen) la privacidad está en juego, pero no es así en el caso de decisiones acerca de la religión, expresión de ideas, etc. Sin embargo, la distinción entre estos distintos ámbitos sigue siendo oscura, porque en última instancia, se fundan en el mismo tipo de razones.

No creo que éste sea un problema muy importante. En la concepción de la democracia deliberativa de Cohen, cada ejercicio del poder estatal debe emanar de razones que puedan ser compartidas por todas las posturas políticamente razonables. Cuando no se da este tipo de consenso, hay fuertes razones para permitir que la gente siga sus propias convicciones. Estas decisiones deben permanecer no reguladas por normas legales coercivas y, al mismo tiempo, los valores subyacentes a estas decisiones no deben ser impuestos a otros coercivamente. Una vez que aceptamos esto, la distinción entre distintos tipos de decisiones sigue siendo convencional.

Sin embargo, hay un segundo problema que es, tal vez, más importante. Cohen pone énfasis en la importancia fundamental de las razones que apoyan las decisiones y en el peso de esas razones. Los derechos a la privacidad dependen de las razones que subyacen a las decisiones. Pienso que esta forma de entender la privacidad no se condice con nuestro entendimiento común. Es verdad que los derechos a la privacidad conciernen decisiones importantes sobre temas en los cuales no hay acuerdo razonable, y que son de importancia fundamental para las personas. Los *temas* son importantes, pero no necesariamente las razones que apoyan la decisión misma. El peso de las razones sobre las que las diferentes filosofías de vida apoyan decisiones relevantes

puede ser muy distinto, y eso no debería afectar el grado de respeto por los derechos. Si existe un derecho al aborto fundado en la privacidad, debería conferirse *cualquiera* sea la razón por la cual la mujer quiera someterse al aborto. No se necesitan razones fundamentales. Si consideramos que la decisión de someterse a un aborto es privada, entonces debemos permitir que una mujer interrumpa su embarazo aunque lo hiciera para prevenir la frustración de sus próximas vacaciones. Pero si nosotros “permitimos que las ideas políticas de importancia sigan el peso de razones dentro de márgenes razonables”,⁶ como dice Cohen, entonces deberíamos hacer que el permiso para abortar dependa del peso de las razones que la mujer tenga para ofrecer. Pero la privacidad precisamente significa que no le preguntamos por qué quiere tomar semejante decisión o cuán pesado sería para ella la decisión de continuar su embarazo. Lo mismo vale para la vida sexual. Lo que es importante para nosotros es el *tema* (la vida sexual) sobre el cual creemos que se aplica el derecho a la privacidad. Las razones por las cuales alguien adopta decisiones sexuales, como ser homosexual o heterosexual, o tener relaciones sexuales con tal o cual persona, son irrelevantes. De hecho, las razones pueden ser completamente triviales. La privacidad consiste, precisamente, en *no* preguntar por esas razones.

II.

Consideremos ahora el segundo tema acerca de la privacidad y la discusión de Cohen sobre la provocativa posición de Thomas Nagel. Al leer a ambos autores uno no puede evitar pensar: ¡ambos deben tener razón! Ambos están en lo correcto en cierto sentido. Nagel parece estar en lo correcto al defender una virtud de cortesía que impide el uso de información privada para evaluar la competencia para puestos públicos. También parece estar en lo correcto en enfatizar el peligro de homogeneización e hipocresía. Pero Cohen también parece estar en lo correcto en señalar la tendencia de este tipo de liberalismo cultural en legitimar el *status quo* y evitar todo tipo de crítica social.⁷

Si ambas posturas fueran incompatibles, sólo podríamos satisfacer una a expensas de la otra, o, como mucho, llegar a algún tipo de compromiso inestable. Pero creo que no son incompatibles. Para ver por qué, me gustaría recordar la distinción de

⁶ Cohen, p. 11/ p. 13.

⁷ Véase Nagel, art. cit, p. 25; Cohen, p. 16 / p. 20-21.

Cohen acerca del derecho a la privacidad en el nivel político formal. Un sentido de la privacidad, entendido como un derecho que debe ser protegido por normas legales ejecutables, es el derecho a que cierta información íntima no esté disponible para otros (privacidad del derecho de daños). El otro es el derecho a tomar cierto tipo de decisiones arraigadas en nuestras concepciones comprensivas de la moral, la religión o la filosofía (privacidad constitucional). Ambos sentidos son relativamente independientes, en el sentido de que un ordenamiento legal puede proteger un interés y no el otro. Por ejemplo, la ley puede permitir las relaciones homosexuales, sin protegerlas de la exposición pública. O la ley podría prohibir este tipo de relaciones pero, al mismo tiempo, garantizar su secreto.

Pienso que una distinción similar (aunque no idéntica) debe hacerse en la esfera cultural informal. Tanto Cohen como Nagel hablan de la privacidad en este nivel como si fuera una sola cosa. Creo que esto es engañoso. Trataré de explicar por qué.

Un aspecto de las normas informales de reticencia y respeto de la privacidad concierne a la información personal. Aun cuando el acceso a este tipo de información esté restringido por normas legales ejecutables de privacidad (privacidad del derecho de daños), la presión social puede hacer que sea imposible mantener esa información en privado. En este sentido, las normas informales de privacidad son estrictamente paralelas a las formales. Llamaremos a este aspecto “Privacidad informacional”.

Otro aspecto de este tipo de convenciones concierne a la valoración crítica de valores sustanciales. Aun cuando el derecho a tomar decisiones personales arraigado en nuestra filosofía de vida esté garantizado por normas legales de privacidad (privacidad constitucional), la presión social puede hacer que sea imposible escapar la discusión crítica sobre estas decisiones personales. En este segundo sentido, la virtud de la privacidad se vería entorpecida, como sostiene Nagel, “al tratar de obtener un entendimiento común” y al discutir temas controversiales de religión, moral, estética o valores personales. Llamaremos a este aspecto “reticencia a la crítica”.⁸

Mi opinión es que, si el derecho a la privacidad está protegido por normas legales y, más aún, normas informales de cortesía que respetan la privacidad informacional, entonces la reticencia a la crítica ya no es necesaria. Y hasta puede ser dañina.

⁸ Véase Nagel, art. cit, p. 23-24; Cohen, p. 14 /p. 18.

La mayoría de las preocupaciones de Nagel acerca de la exposición de asuntos personales se relaciona con la privacidad informacional: la difusión pública de información íntima de personas en particular (usualmente personajes públicos, como Bill Clinton, jueces, legisladores) y el uso de esta información por la prensa y los medios. Y la mayoría de las preocupaciones de Cohen acerca del *status quo* y la ausencia de crítica social, están relacionadas con el segundo aspecto de la privacidad: la reticencia a la crítica.

Ciertamente, ambos aspectos del liberalismo cultural no son totalmente independientes, de modo que defender a uno y rechazar el otro puede obligarnos a hacer difíciles compromisos entre ellos. Pero tal compromiso no es teóricamente inestable porque es conceptualmente claro. El peso relativo de cada aspecto depende del valor en particular que esté en juego. No es casual que el tema favorito de Nagel a lo largo de su ensayo sea el sexo, porque es difícil ejercer críticas y discusiones sobre el sexo sin, al mismo tiempo, exponer nuestras preferencias sexuales. Pero eso no tiene que ser así necesariamente, aun en este caso. Rechazar la reticencia a la crítica no lleva necesariamente a frustrar la privacidad informacional. Depende de cómo se hace la crítica. La privacidad informacional pone restricciones en cómo se puede efectuar la discusión pública informal: podemos discutir el estatus moral del adulterio sin personalizar el tema en Clinton o quien fuera.

Creo que hay argumentos independientes para, por un lado, traducir la privacidad del derecho de daños en privacidad informacional en el nivel informal y, por el contrario, no hacer lo mismo con la privacidad constitucional.

La lógica de la privacidad del derecho de daños, el no-acceso a cierto tipo de información acerca de las personas, es igual a la lógica de la privacidad informacional en la esfera de las convenciones sociales. Si la gente sabe algo de mí que no quiero que sepan, es igual que lo sepan por haber infringido la ley o por haber infringido convenciones sociales. En ambos casos, están invadiendo mi privacidad. Por el contrario, la lógica de la privacidad constitucional (la libertad de tomar cierto tipo de decisiones sin la intromisión coercitiva del estado) *no* es la misma que la lógica de la reticencia a la crítica. En mi opinión, los derechos a la privacidad, como otras libertades no-políticas, deben ser el *producto* de la crítica y discusión social, el producto de observar que no estamos de acuerdo en cuestiones fundamentales y, por lo tanto, debemos dejar estas cuestiones libradas a la decisión individual.

Es verdad que, en el caso de tomar juicios o decisiones personales independientes, la presión social también puede ser intrusiva y sofocante. Y, si en el nivel político formal el liberalismo político impone fuertes restricciones en el tipo de razones aceptables, podemos preguntar: ¿por qué no pensar que las mismas restricciones deberían imponerse informalmente en el ámbito cultural?

Con respecto a esto, estoy en desacuerdo tanto con Cohen como con Nagel (y también con Rawls) acerca de un punto importante. Ambos asumen que el pluralismo razonable de concepciones comprensivas implica que, como sostiene Cohen, “no podemos, en ningún caso, esperar que haya un acuerdo en estas cuestiones”.⁹ Y Nagel dice: “debemos parar de intentar obtener un entendimiento común en esta área [se refiere al sexo pero se aplica también a otras cuestiones fundamentales] y permitir que la gente no se comprenda mutuamente, bajo el abrigo de convenciones de reticencia”.¹⁰ De modo que ambos piensan que el pluralismo y el desacuerdo son inevitables. Y lo son. Pero creo que una característica fundamental de toda concepción comprensiva racionalmente defendida es que *aspire* a ser verdadera y, por lo tanto, sea aceptada por toda persona racional. Esta aspiración excluye, en mi opinión, tanto al escepticismo como al dogmatismo, y debe entenderse más bien como una forma de falibilismo. No entiendo cómo un católico y un ateo pueden discutir acerca de la existencia de Dios si son escépticos acerca de llegar a la verdad y, por lo tanto, escépticos de llegar a algún tipo de acuerdo. Por supuesto, sabemos que llegar a la verdad o a un acuerdo no es más que una idea regulativa, y que, de hecho, no será satisfecha. Pero lo mismo ocurre en la ciencia cuando de llegar a la verdad se trata. Sin embargo, el objetivo o aspiración de llegar a la verdad es lo que impulsa la empresa científica.

Si fuéramos escépticos acerca de llegar a un acuerdo y convencer a otros, entonces Nagel tendría razón en el sentido de que la crítica social no tendría razón de ser. El mero hecho de testimoniar o presentar mis pensamientos sería sólo una manera de molestar a los demás sin ninguna otra ambición. Pero, por otro lado, Nagel no podría explicar por qué respaldamos ciertos valores en particular o una concepción de lo bueno, salvo como una cuestión de gusto.

Si, en cambio, somos dogmáticos, no podemos justificar ningún tipo de tolerancia liberal para con aquellos que no piensan como nosotros. Si todos están

⁹ Cohen, p. 7 / p. 8.

¹⁰ Véase Nagel, art. cit, p. 23. Citado en Cohen, p. 14 / p. 18

dogmáticamente seguros de estar en lo correcto, entonces la crítica social tiende inevitablemente a colapsar en una lucha por la dominación.¹¹

El punto medio es, insisto, algún tipo de falibilismo. Pero el falibilismo requiere crítica y se interesa esencialmente en comparar las visiones propias contra las rivales. Entonces, la privacidad como reticencia a la crítica es incompatible con el falibilismo.

Para resumir: ¿debe la privacidad ser parte de nuestras normas informales de cortesía? Mi respuesta es: depende. Si nos referimos a evitar que la presión social revele características de nuestra vida más íntima o a evitar el uso de esta información con fines públicos, entonces mi respuesta es sí. Si, en cambio, nos referimos a evitar la presión de discutir y revisar críticamente nuestras propias concepciones de la religión, la moral, o temas filosóficos, entonces mi respuesta es no. Nuestras decisiones fundamentales deben estar protegidas; pero no debemos estar protegidos de los desafíos culturales.

¹¹ Defiendo esta posición falibilista en E. Rivera López, “De la racionalidad a la razonabilidad. ¿Es posible una fundamentación epistemológica de una moral ‘política’?”, *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Vol. 29, Nº 86, 1997 (53-81).