

La popularidad de la privacidad

Jed Rubinfeld *

Nos hemos reunido aquí para hablar de privacidad. Para aquellos que la han escuchado en años pasados, esta conferencia ocupa un lugar preciado: un lugar donde las fronteras se cruzan, se descubren amistades, se refuerzan los lazos profesionales, y las ideas brotan a la vida. Pero esto significa que hacia el fin de semana, nosotros habremos instalado una cierta imposibilidad, una cierta paradoja dentro de la privacidad, la cual será el tema de mis comentarios hoy.

No me refiero al conocido problema de que todo aquello que llamamos “privado”, desde la propiedad privada hasta nuestros pensamientos privados, es siempre una “construcción social”, determinada por el mundo exterior y público que el concepto de privado intenta excluir. No: el problema al que me refiero es anterior a éste.

Nos encontramos aquí para hablar de privacidad. Nos encontramos abiertamente, nos juntamos, emergiendo de nuestras vidas privadas, para hablar de privacidad. Casi no nos encontramos en público, porque Mar del Plata no es un lugar muy público, y aquí ya hay una lección que no debemos olvidar, que la privacidad puede ser comprada, que el mercado que amenaza a la privacidad, también la conforta, haciéndola disponible para aquéllos que pueden permitirse el lujo de pasarse un retiro de fin de semana en un lugar de playa. Así es que nosotros nos hemos comprado un poco de privacidad este fin de semana, lo suficiente como para escaparnos de nuestras vidas privadas y recrear las condiciones de nuestra comunidad.

La privacidad como condición de comunidad: la privacidad será para nosotros, este fin de semana, eso que perseguimos en común, eso que nos mantiene juntos en una empresa común. En la moderna filosofía política, la privacidad ha tenido siempre esta función pública. La privacidad demarca una zona de individualidad, pero al hacerlo, le da nombre a un valor profundo y frecuentemente sostenido, uno de los pocos valores genuinamente difundidos que proveen un lazo compartido de comunidad en nuestro fragmentado cuerpo político. Entonces he aquí una contradicción, un rompecabezas: privacidad se relaciona con el valor de la individualidad, con lo personal dentro de lo político; y, ¿cómo puede la individualidad, cómo puede la soberanía y el aislamiento de lo individual, suministrar los lazos de una comunidad genuina?

Con esta pregunta se abre toda una problemática: la problemática de pueblos, de la identidad popular, en el moderno estado democrático. El hombre moderno está privatizado: como consumidor, como votante, aún como creyente religioso. Es un individualista, un individualista celoso y ardiente. Bien, ¿ha, entonces, de sorprender que en nuestro tiempo la mismísima idea de “el Pueblo”, la mismísima existencia de un pueblo, se haya comenzado a ver como una “coronación”, una peligrosa y engañosa mistificación? Pues, ¿cómo puede haber algo así como una comunidad, un pueblo, de individualistas?

* Abogado, Associate Professor, Yale Law School, 1990-94; Profesor 1994; B.A., Princeton, 1980; J.D., Harvard, 1986.

Sin embargo, aquí estamos agrupados, casi no en forma privada, ni pública, sino comunalmente, alrededor de un compromiso común con la privacidad. Estamos tratando, entonces con el problema no de la privacidad como una construcción social, sino de la sociedad como una construcción de la privacidad, el problema de cómo una identidad popular o colectiva, se puede forjar alrededor del valor de la privacidad. Este es el rompecabezas, la contradicción que voy a explorar hoy, que podríamos denominar el problema de la popular-idad^(*), donde esta popular-idad indica no sólo el atractivo popular de la privacidad, sino también su función contradictoria de producir identidad popular al mismo tiempo que proclama el valor de la identidad individual. Espero mostrar que resolver esta contradicción, no nos requerirá que abandonemos nuestro compromiso con la privacidad, pero sí repensarlo, abandonar parte de lo que hemos considerado máspreciado en ello, para adquirir un sentido más fuerte, completo y claro acerca de qué es lo que queremos decir por privacidad y qué es lo que queremos de la privacidad.

Comencemos más metódicamente con el significado de “privacidad”. De privacidad y no de lo privado. Permítanme dejar a un lado, al menos por ahora, la entera distinción entre “privado” y “público”, que es tan difusa y variada ya que “privado” se puede referir tanto a las cosas más exclusivas y menos expuestas, como a las más públicas de las actividades y entidades, siempre y cuando no sean actividades estatales, o entidades estatales (así, una “fiesta privada”, en inglés, puede ser tanto un exclusivo evento social como General Motors). Focalicemos en cambio en algo un poco más definido: en “privacidad” y, más específicamente, en el “derecho a la privacidad”.

El “derecho a la privacidad” tiene dos significados principales. Podríamos incluso decir que hay dos derechos de privacidad, que juntos proveen el doble sujeto-substancia de esta conferencia. Primero, el derecho a la privacidad se refiere al tópico del próximo panel: la idea de una autonomía individual; de los individuos y su derecho fundamental a tomar determinadas decisiones importantes por ellos mismos ¿Qué decisiones? Esta es una cuestión debatida: quizás aquéllas de naturaleza vital, o quizás aquéllas que simplemente no hagan daño a los demás. Volveré sobre esta cuestión luego.

En segundo lugar, el derecho a la privacidad se refiere a un interés informativo, que será el tema de algunos paneles hoy más tarde y mañana, un interés en mantenerse uno mismo, o ciertos hechos acerca de uno, fuera de la vista del público. Los micrófonos policiales amenazan nuestra privacidad *informativa*. Las leyes que prohíben el aborto, bajo la ley de los EEUU, violan el derecho a la privacidad en su sentido de protección de la autonomía.

¿Cuál es la relación entre esos dos derechos a la privacidad? Los comentarios legales convencionales (al menos en EE.UU.) no ven demasiada relación entre ellos¹. En realidad, el concepto de “privacidad” se dice que es

(*) Nota del Traductor: el término inglés original es popular-ity

1. Ver, por ejemplo, Henkin, “Privacidad y Autonomía”, 74 *Columbia Law Review* 1410, páginas 1424-25, 1974; comentario, “Una taxonomía de lo privado, santuario, y decisión”, 64 *California Law Review* 1447, páginas 1466- 69, 1976.

correcto sólo en el contexto informacional: “privacidad” es un nombre inapropiado, nos dicen, cuando nos referimos a la autonomía individual².

Pero estos dos derechos de privacidad están estrechamente ligados. Imaginen, si quieren, el Panóptico de Bentham³, su prisión modelo, donde cada pulgada de los pabellones de los presos era observada desde un eje central, como el famoso análisis de Michel Foucault. En esta imagen totalitaria (que podríamos sustituir por muchas otras, por ejemplo, el *1984* de George Orwell), los dos significados principales del derecho a la privacidad despliegan su conexión, correspondiendo cada una a una de las dos formas principales del poder estatal que se ejercen: primero, el poder de vigilancia, un poder que penetra los más diminutos detalles de las vidas de los individuos, y segundo, el poder de la estandarización, mediante el cual todos somos llevados a comportarnos de modo parecido. Foucault nos recuerda que una explosión de técnicas de recolección de información acompaña la emergencia de un estado moderno, y que esa recolección de información sobre los individuos es el prelude necesario para controlarlos, para estandarizarlos⁴.

Desde este punto de vista, es casi correcto concebir la autonomía individual bajo el título de privacidad. En realidad podríamos decir que los dos derechos de privacidad capturan, respectivamente, dos aspectos esenciales de la autonomía individual: autonomía *decisional* (de decisión) y autonomía *informacional* (de información). Privacidad es el nombre de un espacio: el espacio en el que nace la individualidad, el espacio en el que la identidad habitual es capaz de formarse y florecer aparte de la vida de la política. Un lugar así requiere dos diferentes libertades: no sólo la libertad de tomar determinadas decisiones importantes por uno mismo (autonomía decisional), sino también, la libertad de mantener ciertos aspectos de la vida de uno fuera del ojo del público (autonomía informacional). Un cierto grado de refugio del escrutinio público y la censura pública es necesaria si los individuos van a ser individuos, si van a tener que tener la capacidad de resistir las potentes e invariables demandas públicas de conformidad.

Reconstruido de este modo, el derecho a la privacidad debería tocar una cuerda profundamente familiar. Libertad de pensar y de tomar sus propias decisiones, libertad de la hostil mirada de la censura pública, todo en servicio de la individualidad: esta constelación de conceptos sustenta miles, probablemente decenas de miles, de textos en la tradición liberal. Veamos ahora uno de esos textos, quizás el más famoso: *On Liberty*. Una nueva lectura del gran trabajo de Mill es necesaria hoy, no sólo porque los valores de la privacidad y de la individualidad son elaborados allí con fuerza canónica, sino también porque, a pesar de haber sido extrañamente despreciados, ciertas contradicciones obvias complican este texto, contradicciones que merecen

2. Ver por ejemplo Paul Freund, Discurso en el American Law Institute, 23 de Mayo de 1975, citado en *American Law Institute*, 42-43, 1975.

3. Para más información acerca del Panóptico, ver Janet Semple, *La prisión de Bentham, un estudio del panóptico*, 1993.

4. Ver Foucault, Michel, *Disciplina y castigo. El nacimiento de la prisión*, traducción de A. Shedan, 1979. Para más acerca de la concepción del poder en la era moderna ver Foucault, Michel, “La historia de la sexualidad: una introducción”, páginas 81-102, en Foucault, Michel, *Dos conferencias, poder, conocimiento, entrevistas selectas y otros ensayos*, 1972-1977, 78, 87.

un escrutinio mucho mayor que el que han recibido y las que nos llevará nuevamente al problema de la popularidad de la privacidad.

Las primeras palabras en *On Liberty* son un epígrafe, tomado de Von Humboldt, informándonos que “el gran principio rector, hacia el cual cada argumento desplegado en estas páginas converge directamente, es la esencial importancia del desarrollo humano en su más rica diversidad”⁵. La “esencial importancia” de la “diversidad” humana: Mill va a volver repetidamente a este tema⁶ ¿Por qué?

Todo en *On Liberty*, desde el epígrafe al párrafo final, está dominado por un espectro: el espectro de la uniformidad, de la estandarización popular. Esta pesadilla es capturada por Mill, en una explosión espléndida de etnocentrismo, por el país de China. “Tenemos una advertencia ejemplificadora” escribe, “en China, donde el acatamiento es el “ideal”, donde cada uno es parecido, y donde cada uno ha permanecido “estacionario” en este ser parecido “por miles de años”⁷ (“si van a ser mejorados, debe ser hecho por extranjeros”⁸). Inglaterra, nos advierte Mill, está en peligro de convertirse en “otra China”⁹. Los ingleses ya han comenzado a “parecerse unos a otros” asombrosamente¹⁰. Hay un “despotismo de la costumbre” a través del cual lo “público” se empeña para hacer que cada uno se conforme al estándar aprobado”¹¹. Toda Europa está cayendo presa de esta estandarización, Europa como un todo está “decididamente avanzando hacia el ideal chino de hacer a todos parecidos”¹².

¿Qué es responsable de esta orientalización de la civilización del hombre blanco? Es nada más y nada menos que el iluminado espíritu de “filantropía” moderna, “liberalismo” y “democracia”. Sí, todas esas cosas son criticadas por su nombre en *On Liberty*.

En las primeras páginas del libro, Mill cuenta la historia de como el “liberalismo europeo” había creído que la democracia, cuando se consiguiera finalmente, pondría fin a toda tiranía¹³. “Con el tiempo, sin embargo”, escribe Mill, “una república democrática vino a ocupar una gran porción de la superficie terrestre” (la historia es sobre EE.UU.) como “una de las más poderosas” naciones del mundo. La democracia se convirtió en “un gran hecho concreto”, que reveló una verdad que ha permanecido

5. Mill, John Stuart, *On Liberty*, 1859, en “On Liberty and Considerations on Representative Government”, Oxford, 1946, citando a Wilhelm Von Humboldt: *La Esfera y los Deberes del Gobierno*. Y a Von Humboldt, a quién Mill va luego a elogiar por su eminencia “tanto como sabio como político”, y por ser (...) “muy poco” para ver discernido el valor crucial de la “originalidad”, de la “individualidad”, “del vigor individual y...” *op. cit.* en páginas 50-51, citando a Von Humboldt, nota 11-13. Mill defiende la libertad de expresión y de pensamiento (...) de las “ventajas” de “una diversidad de opiniones”, *op. cit.* en página 40. El imperio de Europa está “en deuda con sus (...) de carácter y cultura”, *op. cit.* en página 64. Y de “innombrable importancia” es “la diversidad en la educación”, *op. cit.* en página 95.

6. Mill, John Stuart, *op. cit.*, página 64.

7. Mill, John, *op. cit.*

8. Mill, John, *op. cit.*

9. Mill, John, *op. cit.*, página 65.

10. Mill, John, *op. cit.*, páginas 62-63.

11. Mill, John, *op. cit.*, página 65.

12. Mill, John, *op. cit.*, páginas 2-3.

13. Mill, John, *op. cit.*, página 3.

“encubierta” todo el tiempo: que un “gobierno popular era una cosa sobre la que sólo se soñaba”¹⁴.

¿Qué verdad? “Se ha percibido ahora que algunas frases como ‘auto-gobierno’ y ‘el poder del pueblo sobre sí mismo’” (Mill pone estas frases en comillas) “no expresan la verdad del caso”. El “pueblo” (más comillas) no es una realidad, no es una unidad, sino una falsa máscara escondiendo el hecho actual de división y subyugación: “las ‘personas’ que ejercen el poder” no necesariamente son las mismas personas que aquéllas “sobre el cual éste es ejercido”. El auto-gobierno popular es una ficción: “el auto-gobierno del que se habla” (otra vez comillas) “no es el gobierno de cada uno por sí mismo, sino el de cada uno por todo el resto”¹⁵.

Con estas formulaciones, el liberalismo decisivamente se sacude los grillos de “el Pueblo”, se libera de las trenzas del Republicanismo con el que las Revolución Francesa y Americana se han entrelazado, y proclama su compromiso con el individualismo con el que ahora la identificamos. En estas formulaciones, Mill no va a hablar de “un” pueblo, el genuino artículo colectivo, sino de “el” pueblo. El artículo indefinido inglés, *el*, es por supuesto ambiguo en número, no diferenciando el singular del plural; y nuestra palabra “pueblo” (*people*) es igualmente ambigua, siendo utilizable tanto en el singular como en el plural (el pueblo puede significar en inglés *un* pueblo particular, o puede operar simplemente como el plural de “persona”). Pero Mill no es ambiguo: su “el ‘pueblo’” es definitivamente plural; su pronombre es “ellos” y su cópula es “son” (“el poder de las personas sobre *ellos mismos*”; “las ‘personas’ que ejercen el poder” no necesariamente *son* las mismas personas que aquéllas “sobre el cual es ejercido”). No hay una cosa, en la introducción de Mill de *On Liberty*, tal como “*un* pueblo”. La frase “*un* pueblo” sería una mistificación pura; no “expresaría la verdadera condición del caso”. Los individuos existen, sólo ellos son capaces de auto-gobernarse. Las ‘personas’, colectivamente, no lo son. No hay un “yo” popular que pueda gobernar por sí; hay sólo personas, algunas ejerciendo poder sobre otras.

Y de ahí que, argumenta Mill, para finalizar la vieja historia, el llamado “poder de las personas sobre sí mismas” no terminó con toda forma de tiranía, sino que, al contrario, ha hecho posible “la tiranía de la mayoría”¹⁶.

Esta tiranía no sólo es ejercida por actores del estado y otras “autoridades públicas”. Eso sería un “vulgar” concepto erróneo, al que se le escaparía el nuevo y real peligro que crea la democracia¹⁷. Porque “cuando la sociedad misma es el tirano”, se convierte en una nueva forma de despotismo que va más allá de todas las “sanciones legales”¹⁸. Hay, hoy día, una “tiranía social” que, y aquí Mill anticipa a Foucault, es “más formidable” que la mera “tiranía del magistrado”, porque “deja menos vías de escape, penetrando mucho más profundamente en los detalles de la vida”, penetrando en “el alma misma”¹⁹.

14. Mill, John, *op. cit.*, página 3.

15. Mill, John, *op. cit.*, página 4.

16. Mill, John, *op. cit.*

17. Mill, John, *op. cit.*, páginas 4-8.

18. Mill, John, *op. cit.*, página 4.

19. Mill, John, *op. cit.*

Esta es “la tiranía de la opinión y el sentimiento prevalectes”²⁰. “En nuestros tiempos, desde la clase más alta hasta la más baja, cada uno vive bajo la mirada de una censura hostil y temida”²¹.

Esta “mirada” hostil, tal como la del panóptico de Bentham, o el *Big Brother* de Orwell, monitorea no sólo las vidas públicas de los individuos, sino también aquello que hacen en sus propios hogares, con sus propias “familias”²². Este despotismo de las costumbres destruirá la Grandeza de Inglaterra²³. Y aunque no destruye a los individuos, los “mutila”, tal como Mill aclara suficientemente, echando mano a otro recurso del imaginario chino. La tiranía social busca pulverizar la “individualidad”²⁴ y tullir por compresión, como “el pie de una dama china, cada parte de la naturaleza humana que sobresalga”²⁵.

La intensidad del lenguaje de Mill puede ser sorprendente, pero esta abundancia de la historia de *On Liberty* debería ser intensamente familiar: la declaración de la soberanía individual, la supremacía de la individualidad, y la insistencia en el derecho de los individuos de diferir con la opinión pública. Igualmente familiar debería ser la prescripción de Mill, su solución al problema de dónde es que la autonomía termina y la jurisdicción de la sociedad comienza. Su solución es por supuesto el principio de actos de “autoconsideración”: “el Individuo es soberano”, él escribe, sobre toda “conducta que sólo afecte a sí mismo”²⁶. Para justificar la interferencia, “legal o social”, una persona debe estar involucrada en una conducta “dañosa hacia otros”²⁷.

Todos conocemos los gastados argumentos alrededor de esta proposición. Si yo llevo a cabo una acción que Ud. encuentre inmoral, ¿no le causa mi acción un dolor, el dolor de la ofensa moral? Mill mismo invoca ésta y toda otra objeción obvia. Pero él se mantiene incólume en su respuesta: para que la acción de una persona caiga en la jurisdicción de la sociedad, debe haber “daño directo a otros”; debe haber “daño definitivo, o el riesgo de un daño definitivo”. Porque sin la presencia de un daño directo, las consecuencias son demasiado menores, un mero “inconveniente”, como para decir que los intereses de otros, o los intereses de la sociedad en su conjunto han sido “perjudicialmente afectados”²⁸.

No se preocupen: no tengo intención de continuar estos viejos argumentos. Yo quiero simplemente mantener unidas las dos mitades de *On Liberty*, su diagnóstico y su prescripción. Porque cuando éstas dos mitades se unen, encontramos que la completa estructura clásica del argumento cae en pedazos en una serie de tres alarmantes paradojas internas.

20. Mill, John, *op. cit.*, página 54.

21. Mill, John, *op. cit.*

22. Mill, John, *op. cit.*, página 62.

23. Mill, John, *op. cit.*, página 66 (En mayúscula en el original).

24. Mill, John, *op. cit.*, página 62.

25. Mill, John, *op. cit.*, páginas 9-11. Mill agrega, por supuesto, “o, si también afecta a otros sólo con su consentimiento voluntario y verdadero”. Mill, John, *op. cit.*, página 11.

26. Mill, John, *op. cit.*, página 67. “Tan pronto como alguna parte de la conducta de una persona afecta perjudicialmente el interés de otros, la sociedad tiene jurisdicción (...) Pero no hay lugar para dedicar tal jurisdicción cuando la conducta de una persona no afecta los intereses de (más que de sí misma?)”.

27. Mill, John, *op. cit.*, páginas 67-73.

28. Mill, John, *op. cit.*, página 8.

La primer paradoja: ¿qué clase de conducta está involucrada cuando la tiranía de la opinión pública, que Mill cuidadosamente distingue de la tiranía “de los magistrados”, realiza su trabajo? Nosotros sabemos que la “tiranía social” está convirtiendo a Inglaterra en “otra China”. Pero, ¿qué clase de conducta es esta “tiranía social”?

Consiste, precisamente, en una conducta de *auto-consideración*.

La tiranía social no impone fuerza, ni la de las armas ni la del derecho, sobre nadie. Repito: “la tiranía social” no involucra “fuerza física” del modo “que las penalidades legales” lo hacen; consiste solamente en “coerción moral”²⁹. Pero esto significa que la tiranía social no produce “un daño directo”. La coerción moral no produce “daño definitivo”. Censura, “reprocha”, a lo sumo “evita”³⁰. Todo en *On Liberty* está dedicado a hacernos ver que *la expresión de la opinión* (opinión pública) está infligiendo el más grotesco y profundo daño, tanto en la sociedad como un todo, como en el alma de los individuos, y aún no se supone que veamos (Mill mismo quizás no lo ve) que estos daños, ésta “mutilación” de la sociedad y de los individuos, el argumento por el cual el caso de la autonomía individual descansa, el que la mera expresión de opinión, así como otras conductas de “autoconsideración”, no afecta los intereses de otros, o al menos que los efectos de esa conducta son tan “insignificantes”, tan solamente “inconvenientes”, que no se justifica ninguna interferencia.

Por supuesto Mill no pide que los tiranos sociales sean puestos en prisión. El no cae en una trampa tan obvia. Pero el hecho de que él no llame a una regulación legal (o social) de los tiranos sociales sólo confirma el punto. Aquéllos que nos imponen el despotismo de las costumbres están comprometidos ellos mismos en la clase de conducta no regulable que el liberalismo se supone debe proteger. Lo que es floridamente llamado “tiranía social”, lo que es más amenazante para la autonomía individual, de hecho termina siendo un ejercicio de autonomía individual.

Pero este resultado sorpresivo no debería ser tan sorprendente. Hay una razón por la cual la amenaza al liberalismo individual probaría ser, en el fondo, liberalismo individual. El liberalismo, liberalismo individualista, el liberalismo de Mill que tanto admiramos, y que déjenme decirlo directamente, en ningún momento sugiero que lo reemplacemos con alguna clase de alternativa comunitaria, es por sí mismo la fuente de la estandarización que el liberalismo teme. Mill pone este punto tan claro como el día, si uno escucha cuidadosamente lo que él dice ¿En qué aspectos, exactamente, se están pareciendo cada vez más y más los ingleses? Escuchemos la respuesta de Mill:

Comparativamente hablando, ellos [los ingleses] leen las mismas cosas, escuchan las mismas cosas, ven las mismas cosas, van a los mismos lugares, tienen sus miedos y esperanzas dirigidos a los mismos objetos, tiene los mismos derechos y libertades, y los mismos medios para hacerlos valer; el deseo de superación se ha convertido no sólo en el carácter de una clase particular, sino de todas las clases³¹.

29. Mill, John, *op. cit.*, página 54.

30. Mill, John, *op. cit.*, página 65.

31. Mill, John, *op. cit.*, página 4.

Segunda paradoja: John Stuart Mill haciendo sonar una alarma ante la perspectiva de que todos los individuos obtengan “los mismos derechos y libertades, y los mismos medios para hacerlos valer”. John Stuart Mill en *On Liberty*, haciendo sonar una alarma acerca de la cada vez mayor libertad de los ingleses de todas las clases, de “leer las mismas cosas, escuchar las mismas cosas”. Ahora nosotros sabemos quién es responsable “de esclavizar las almas”³² de los ingleses: el delincuente es la libertad de expresión y de prensa. Los “periódicos”, Mill dice en otra parte, son principalmente responsables por llenar las cabezas de la gente con sus opiniones³³. El párrafo entero debería ser citado junto a otro, más familiar a las opiniones de Mill, para ver que notable es. Por ejemplo, discutiendo “el casi despótico poder de los esposos sobre sus mujeres”, dirá Mill, usando un lenguaje casi idéntico, que “nada más se necesita (...) que las esposas tengan los mismos derechos, y que reciban *la protección de la ley del mismo modo*, que todas las otras personas”³⁴. Así el veneno, del mismo modo que Jacques Derrida lo pondría³⁵, es también la prescripción: la expansión de derechos igualitarios, de libertad de expresión y de igualdad de oportunidades, de todo aquello que el liberalismo considera máspreciado, trae consigo la estandarización que el liberalismo más teme.

¿Y no tiene razón Mill acaso en ambos puntos? ¿No es que nuestro individualismo, al mismo tiempo que nos ha dado la libertad de elegir, nos ha homogeneizado? En los supermercados de Estados Unidos, los compradores se pueden dar el lujo de seleccionar 187 diferentes cereales para el desayuno; ahora hay desarrollo humano en su diversidad más rica. Marx hace un comentario en este sentido, no acerca de cereales, sino acerca de religión. La tolerancia liberal de la diversidad religiosa, él argumenta, protege a la religión por medio de su privatización, por medio de hacer la cuestión de Dios una cuestión de conciencia privada, y tiene la consecuencia, entonces, de homogeneizar la experiencia religiosa en la práctica actual³⁶.

Pero si la diseminación de derechos de privacidad y de individualidad ha producido realmente un pueblo homogéneo, entonces llegamos a la tercera paradoja. Escuchen atentamente una vez más, a las palabras de Mill cuando él describe lo que sucede cuando el “ideal chino” se lleva a cabo. Los chinos, escribe Mill, “han tenido éxito más allá de toda esperanza en lo que los filántropos ingleses están trabajando tan intensamente, en convertir a toda la gente en algo similar”³⁷. Para repetirlo: “en convertir a toda la gente en algo similar”.

32. Mill, John, *op. cit.*, página 59.

33. Mill, John, *op. cit.*, página 94 (se enfatiza).

34. Mill, John, *op. cit.*

35. Ver Derrida Jacques, “La farmacia de Platón”, en *Dissemination*, páginas 61-171 (19), sobre la cuestión judía.

36. Mill, John, *op. cit.*, en nota *ut supra*, página 64. “Como la idea de resistir la voluntad del público (...) desaparece cada vez más de las mentes de (...) haber todo apoyo social para la disconformidad (...) todo poder sustancial en la sociedad (...) está interesado en poner bajo su protección opiniones y tendencias diferentes de las del público”, *op. cit.*, página 65.

37. (...) suponga que abandonamos los actos de autoconsideración y adoptemos en cambio el principio de autodeterminación que favorecido por (...) teoría, conmemorado en la Constitución Alemana y expuesta en algunas opiniones de la Suprema Corte de los Estados Unidos. (...) los individuos tienen el derecho a tomar aquellas decisiones que son fundamentales para su auto-definición o su (...) cualquier conducta que el principio de autodeterminación supuestamente

De golpe es *un pueblo* de lo que está hablando Mill: en singular, y sin comillas. A medida que *el pueblo* (plural) en una nación determinada se va “pareciendo uno al otro” cada vez más, *un pueblo* se va haciendo cada vez más real. *Un pueblo* en el soberano nacional singular, surge con la homogeneización del populacho. Lo que significa que el autogobierno popular, que se suponía que era una falsedad (porque no había una cosa tal como *un “pueblo”*), puede convertirse en una realidad potencial después de todo. *Un pueblo* puede tener *una* voluntad, y esta voluntad popular debería ser realizada para gobernar. Pero ésta es precisamente la circunstancia contra la cual Mill nos ha estado advirtiendo: Inglaterra ya está demasiado gobernada, él dice, por la “voluntad del público”³⁸.

Este es el resultado cuando los derechos de la privacidad, el derecho a leer y el de escuchar lo que a uno le gusta, el derecho a perseguir la oportunidad que uno eligió, se convierten en derechos populares, que pertenecen ya no “a una clase particular, sino a todas las clases”. Proclamando la individualidad, la privacidad produce popular-idad. Profesando la ficción de un gobierno autopopular, la insistencia occidental en la libertad, en la libertad individual, crea las condiciones de tal autogobierno, y teme a aquello que ha creado.

¿Qué es lo que vamos hacer con estas paradojas de la privacidad? Ellas no son meras peculiaridades de *On Liberty*. Si yo tuviera el tiempo, podría mostrarles como aparecen y reaparecen a través de la teoría liberal, en el principio de autodeterminación tanto como en el principio de los actos de auto-consideración³⁹; desde el liberalismo de libre mercado de Hayek hasta el liberalismo progresivo de Rawls.

Pero eso sería un aburrimiento. Preguntémosnos en cambio: ¿por qué aparecen estas paradojas y cómo podemos solucionarlas?

Déjenme decir otra vez que no hay escapatoria de estas dificultades utilizando el recurso de abrazar, en lugar del liberalismo, una plataforma republicana, comunitaria o alguna otra plataforma de identidad grupal y de voluntad grupal. Cualquier movimiento hacia una voluntad colectiva nos haría perder totalmente de vista el punto de análisis.

La razón por la que yo digo esto, y la llave a todas las contradicciones que hemos encontrado, residen en la tercera paradoja mencionada más arriba, la de la popular-idad liberal. Así como el liberalismo tiene una concepción particular de la individualidad (de lo que significa para una persona ser un individuo) así también tiene una concepción particular de popular-idad (de lo que significa para una persona ser un pueblo). Tal como nos ilustra Mill, popular-idad en el liberalismo significa homogeneidad popular. La existencia de un pueblo sólo puede ser concebida como una condición de pesadilla, en la que las personas se han transformado en algo tan similar que comparten una voluntad común, antes que poseer voluntades individuales propias. Para el

debe proteger: digamos, homosexualidad. La primer paradoja (...) marcando esta conducta será tan importante para su auto-definición como la conducta misma se supone (...) de aquellos que se comprometen en ello (...) en otras palabras, la tiranía mas condenada como violatoria de la autonomía individual es (...) precisamente, un ejercicio de la autonomía individual por el intolerante.

38. Mill, John, *op. cit.*

39. Mill, John, *op. cit.*

liberalismo, la individualidad es lo opuesto a la popularidad, y un verdadero autogobierno popular puede tener lugar solamente si los individuos hablan a través de una sola mente, con una sola voz (a medida que lo hacen, no puedo resistir el agregar, la posición original de Rawls)⁴⁰.

Pero esto significa que la movida hacia el republicanismo o el comunitarismo, o a la voluntad grupal en general, de ningún modo marca un alejamiento del problema original. Al contrario, el panorama republicano clásico de qué significa para las personas ser un pueblo, es, irónica pero precisamente, lo mismo que la imagen liberal. Para Rousseau lo mismo que para Mill, la voluntad individual y la individualidad son antitéticas a la existencia del pueblo⁴¹. Tanto como Habermas lo expresa, el modelo de comunidad en el pensamiento republicano ha sido siempre el de un pueblo homogéneo, “compartiendo el mismo lenguaje o el mismo origen cultural o étnico”⁴². El liberalismo y el republicanismo, esos dos viejos cansados combatientes, son los dos lados de la misma moneda. Ellos emergen de la misma concepción acerca de qué significa para las personas ser parte de un pueblo: la popularidad es concebida de un modo unívoco, en un modelo de una voluntad colectiva común que se mantiene en una relación antitética con la voz y la voluntad individual.

La solución a las paradojas del liberalismo, y el camino para alejarse del agotador *impass* entre el liberalismo y el republicanismo, yace en encontrar un modo de concebir a las personas y a las políticas que no nos pongan en la situación de elegir entre sujetos autodeterminantes individuales, y un sujeto autodeterminante popular. Y el modo de hacer esto es alejarse completamente del ideal de autodeterminación de la autonomía, del individuo que se determina a sí mismo por su propia voluntad.

Aquellos de ustedes que se hayan adentrado en el masivo trabajo reciente de Habermas sabrán que ha recorrido un curso similar. El liberalismo y el republicanismo, escribe Habermas, están igualmente atrapados por la misma “filosofía de la conciencia”, la misma “filosofía del sujeto”⁴³. En su teoría de la democracia discursiva, la cual “le cede el escenario principal al proceso de opinión política y formación de la voluntad” en la “esfera política pública”⁴⁴, Habermas desea “abandonar la filosofía del sujeto”⁴⁵. Si, según expresa este

40. (...) el argumento de Rawls depende de que cada uno sea y piense de un modo similar (cuando se lo desnuda de sus prejuicios). Tal como Rawls ilustra (...) extrañamente nos quiere - nos necesita- homogéneos. Proyecta un individualismo homogéneo, porque (...) tiene que confrontar con el hecho que su propio régimen de tolerancia choca con la autonomía individual del intolerante (...) auto-definición depende del vivir en una comunidad donde cada uno comparte sus valores). Esta es la razón por la cual la teoría liberal (...) dependiendo la individualidad, tan frecuentemente termina reduciendo la individualidad a un chato denominador común: debemos (...) nosotros debemos ser todos racionales, maximizadores de la riqueza; todos debemos adorar a Dios en la privacidad de nuestras propias.

41. Ver , por ejemplo Rousseau, Jean Jacques, *Contrato Social IV*, páginas 108-109 (tan pronto como “los intereses privados empiezan (...)”, la voluntad general y el Estado mismo rápidamente “van a subsistir sólo de forma ilusoria e inefectiva”.

42. Habermas, Jürgen, *Entre hechos y normas: contribuciones a una teoría del discurso del derecho y de la democracia*, 1996, página 504.

43. Habermas, Jürgen, *op. cit.*, página 301.

44. Habermas, Jürgen, *op. cit.*, página 298, 299, 301.

45. Habermas, Jürgen, *op. cit.*

autor, uno “se desprende de todos estos motivos empleados por *la filosofía de la conciencia*”, “uno no necesita ni concentrar la soberanía en la autodeterminación de un sujeto macro-social, ni hacerlo desaparecer en las estructuras y poderes constitucionales anónimos” que se transforman en necesarias cuando la política es interpretada solamente en términos de “sujetos individuales compitiendo”⁴⁶.

Me reconforta creer que Habermas confirma el destino del argumento que yo he seguido aquí, pero estoy obligado a decir que no pienso que él nos muestre el camino. Es difícil de ver como una teoría de la democracia puede reclamar haber dejado caer todos los “motivos” de la filosofía de la conciencia al mismo tiempo que le da el escenario principal a uno de esos motivos a saber: “la formación de la voluntad” en la “esfera política pública”. Habermas ha mantenido siempre, a través de su gran obra, la prioridad de la voluntad: de “la voluntad pública política”, en realidad “voluntad común”, como él la ha llamado ocasionalmente. Ahora bien, la “voluntad” está siempre, y necesariamente, encajada, en una imagen de subjetividad de algún tópico ya sea individual o macro-social. En consecuencia no puede haber escape de la vieja competencia entre autodeterminación individual o colectiva mientras que nos mantengamos devotos de la voluntad.

Por lo tanto necesitamos una teoría de autogobierno, tanto personal como política, que prescindiera del ideal del gobierno por la voluntad del individuo. Pero, ¿cuál se preguntarán ustedes, es la alternativa a gobernar de acuerdo a la voluntad? ¿Gobernar de acuerdo al antojo? ¿O gobernar de acuerdo a la razón pura? Ninguna: para ver la alternativa, necesitamos ver la temporalidad de la voluntad, la temporalidad del ideal del gobierno por la propia voluntad, ya sea que estemos hablando de un ser privado o de un ser político. Escapar de las paradojas de la privacidad es una cuestión de tiempo.

El ideal de la autonomía, entendida como el gobierno por la propia voluntad, tiene una temporalidad distintiva: está orientada al presente, es despiadadamente tiempo presente. Esta temporalidad de tiempo presente se percibe en el pensamiento político moderno desde sus comienzos, y es parte de toda teoría política que concibe el autogobierno como el gobierno de la propia voluntad, no importa si la voluntad en cuestión es republicana, liberal, democrática discursiva, o aún fascista. Jefferson fue elocuente: “La tierra le pertenece”, le escribió en una conocida carta a Madison, “a lo viviente”⁴⁷. Rousseau, en el Manuscrito de Ginebra, fue más exacto:

“Ahora la voluntad general que debería dirigir al Estado no es la del pasado sino la del presente”⁴⁸.

Como recordarán, Carl Schmitt de un modo similar demandó la expresión “inmediata” de la voz popular⁴⁹. Pero las lecturas más pluralistas de la

46. Habermas, Jürgen, *op. cit.*

47. Jefferson, Thomas, *Los ensayos de Thomas Jefferson*. 1788, 1792, 1895, página 116. Ver también, por ejemplo, Payne, Thomas, *La vida y las principales obras de Thomas Payne*, 251-251, Editorial Foner, 1961. “Cada edad y generación (...) debe actuar por sí mismo, en todos los casos, como las edades y las generaciones que las precedieron” (enfatizado en el original).

48. Rousseau, Jean Jacques, *Acerca del Contrato Social o Ensayo Acerca de la Forma de la República*, (Manuscrito de Ginebra), en R.D.Masters ed. & J.R.Masters traductor, 1978, páginas 157, 168.

49. Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, 1928, página 83.

democracia también mantienen que el “verdadero consenso” de los gobernados “debería ser continuo de los actualmente vivos, sujetos a las leyes, y no de los muertos que las promulgaron”⁵⁰.

La economía moderna revela la misma desviación de tiempo presente, con la inexorable reducción de todos los intereses futuros a su “descontado valor presente”. Y para volver a Habermas, “la dialogística”, o “la teoría del discurso” de la democracia, igualmente “insiste” en un proceso de “formación de voluntad democrática” que no “obtiene su fuerza legitimante del pasado”, sino solamente de expresiones de voluntad democrática *presente*⁵¹.

Permítanme también observar que la teoría constitucional de Estados Unidos ha sido elaborada enteramente dentro de esta concepción de tiempo presente de autogobierno democrático. Recuerden lo que Alexander Bickel llamó la “dificultad contramayoritaria”⁵². Esta “dificultad” comienza con el cargo usual de que la ley constitucional es “antidemocrática” por que deliberadamente minimiza la voluntad de las mayorías representativas en un “aquí y ahora”⁵³.

Así es que la entera problemática presentada por la llamada dificultad contramayoritaria tiene su premisa en la idea de que el autogobierno democrático consiste, presuntivamente, idealmente, en el gobierno por la voluntad presente de los gobernados.

Esta temporalidad del aquí y del ahora se metió profundamente en la cultura moderna. Vivir en el presente (por la voluntad presente) reafirma no solamente el ideal moderno de libertad política, sino también el ideal moderno de la libertad personal. El “hombre infeliz”, escribió Kierkegaard, “nunca es presente para sí mismo”, diluyéndose constantemente en el pasado o en el futuro, siempre “recordando o esperando”⁵⁴.

Cada uno de los programas contemporáneos de autoayuda le dice al hombre moderno que viva en el presente, que viva para el presente. Seguramente si la psicología comienza con Freud, debemos recordar la visión decisiva con la cual Freud revolucionó el estudio de la infelicidad: la enfermedad mental consiste en vivir aferrado al pasado. El punto de la cura era y es el permitir al paciente que viva en el presente.

Vivir en el presente: ¿qué queremos decir? ¿qué clase de imagen de libertad humana es ésta? En la primer página de su novela actual el autor de “El libro de la risa y del olvido” le hace preguntar a una mujer a su marido cómo puede ser que los occidentales, tan preocupados por su seguridad, manejan a velocidades espeluznantes en las autopistas, al parecer sin miedo. El marido le contesta, describiendo una imagen de un hombre moderno una motocicleta:

“¿Qué puedo decir? Puede ser esto: el hombre abalanzado sobre su motocicleta puede focalizar solamente el instante presente de su vuelo; queda atrapado en un fragmento de tiempo cortado entre el pasado y el futuro; (...)

50. Dahl, Robert, *La democracia y sus críticos*, 1989, página 50.

51. Habermas, Jürgen, *Entre hechos y normas: contribuciones a una teoría del discurso del derecho y de la democracia*, 1996, página 278.

52. Bickel, Alexander, *La sección menos peligrosa*, 1963, páginas 16-17.

53. Bickel, Alexander, *op. cit.*, página 17. La revisión judicial “empequeñece la voluntad de los representantes del pueblo de aquí y de ahora”; esa es “la razón (...) que se puede formular acerca de lo antidemocrático de la revisión judicial”.

54. Kierkegaard, Soren, *Tal o tal*.

está en un estado de éxtasis; en ese estado no es consciente de su edad, de su mujer, de sus hijos, de sus preocupaciones, y entonces no tiene miedo, porque (...) una persona liberada del futuro no tiene que temer”⁵⁵.

Nada que temer: ese es el eslogan del hombre que vive en y para el momento. Pero este hombre, Kundera nos aclara, es un fugitivo: vive escapando de su propia vida; vive “en vuelo”. Como no tiene “nada que temer”, termina siendo temeroso de su futuro y de su pasado a los cuales quiere olvidar. El grado de su velocidad atestigua la intensidad de su voluntad de olvidar: “[Una] persona que quiere olvidar (...) empieza inconscientemente a aumentar su velocidad (...) el grado de la velocidad es proporcional a la intensidad del deseo de olvidar”⁵⁶.

El postmodernismo es en este aspecto el más modernista de todos. La “estrategia postmoderna de vida”, para citar una de sus más lúcidas frases, es: “La determinación de vivir un día a la vez (...) y olvidarse del pasado para recluirse en el presente. En resumen, cortar el presente por ambos lados, para (...) achatar el flujo del tiempo en un presente continuo”⁵⁷.

Aquí sólo es extraordinario que esa aspiración no reconoce lo anticuado que es, como su imagen se ha reflejado por décadas en el deshauiciente mensaje sonriente (“¡vive un solo día a la vez!”), desesperanzado consumismo que nosotros, afortunados occidentales, conocemos y amamos tanto.

Lo que necesitamos ver en todo este presentismo a nivel de lo personal y político, es la privatización última: la del tiempo mismo. Nosotros privatizamos el presente y somos privatizados por él. El presente es nuestra propiedad privada (“la tierra pertenece a los vivientes”), pero si el presente es nuestro, entonces el futuro no lo es. Es el futuro de algún otro; es el dominio privado de algún otro. Jefferson fue una vez más explícito sobre este punto. “Los americanos que están vivos hoy en día”, escribió, “deberían mirar en el futuro de América precisamente como miran hoy a una nación extranjera”. Parecemos no haberlo percibido pero “una generación es a otra lo mismo que una nación independiente es a otra”⁵⁸.

De este modo, la modernidad de tiempo presente, la temporalidad del gobierno por la voluntad de los gobernados, destruye la posibilidad misma de la identidad política y del autogobierno político, y esto necesita referirse a una entidad intergeneracional extendida temporalmente como la nación. Contrariamente quizás a las intenciones de Jefferson, la temporalidad del presente solamente puede arrojar a los individuos nuevamente a sus propias vidas privadas, prescindiendo de toda autoridad en el futuro. Tocqueville percibió esto perfectamente:

“No solamente la democracia hace que cada persona olvide a sus ancestros, sino que también oculta a sus descendientes (...); lo arroja nuevamente por

55. Kundera, Milan, *Lentitud*, 1996, páginas 1-2.

56. Kundera, Milan, *op. cit.*, página 39.

57. Bauman, Zygmunt, *Post modernidad y sus disgustos*, 1997, página 89, (énfaticado en el original).

58. Jefferson, Thomas, *Los trabajos de Thomas Jefferson*, Julian Boyd ed., 1958, páginas 392, 395, carta a Madison, del 6 de setiembre. Dada la ortografía deberíamos hablar de una “independendancia” Jeffersoniana, la cual (...) indicaría el juego de una diferenciación tanto temporal como espacial dejando así otro (...) quizás aún un plagio -hecho mucho tiempo antes por un americano (reconocidamente bajo la influencia parisina).

siempre sobre sí mismo y al final lo amenaza con confinarlo enteramente dentro de la soledad de su propio corazón”⁵⁹.

Si rechazamos categóricamente la ley del pasado, también debemos rechazar todo esfuerzo por proyectar nuestra propia ley en el futuro. Pero toda ley, especialmente las leyes constitucionales, deben ser proyectadas al futuro. La ley debe ser siempre formulada en el tiempo futuro o, como dice Derrida, en futuro perfecto: una decisión tomada hoy en día sería derecho sólo si se aplica y se mantiene, y si se sigue manteniendo también el día de mañana⁶⁰ (esta fue la visión de Holmes cuando definió el derecho como una profecía). La temporalidad de tiempo presente de la libertad moderna no tiene lugar para una ley a través de la cual una sociedad luche para realizar una visión del futuro, y no tiene interés en tal ley.

De aquí la apatía política del hombre moderno y la futilidad de la escuela dialogística de la democracia. Si la voluntad presente es suprema, tenemos pocos motivos por interesarnos en la “esfera política pública”; viviremos más y más para el presente, en la soledad de nuestras vidas privadas. O transformaremos la esfera pública en un dominio del desempeño privado, un dominio de la actuación, antes que de la verdad o la justicia.

Hacer un llamado para finalizar el gobierno por la voluntad es, entonces, llamarnos a intentar el reino del tiempo. Nuestra libertad consiste no en un momento de acción sin trabas bajo la voluntad presente, sino en una vida que vive, en el tiempo, compromisos de nuestra propia acción. Está usted, aquí y ahora, haciendo aquello que más desea en este momento? Yo desearía que fuera así, pero lo dudo. Usted más bien esta viviendo compromisos prolongados en el tiempo, tanto personales como profesionales. Una persona nunca está libre en el presente; él nunca es lo que es en el presente. Si nosotros somos libres, nuestra libertad tiene lugar en el tiempo, cuando vivimos con y para los compromisos que nos hemos forjado para nosotros mismos.

Pero debemos distinguir rigurosamente esta libertad del ideal de autodeterminación, privada o política, porque de otro modo nos encontraremos zambullidos de cabeza en todas las paradojas que estamos tratando de resolver. Nadie es lo que es por su propia elección. Ninguno de nosotros, por separado o juntos, podemos hacer que nuestras vidas o nuestro mundo se ajuste a nuestra propia voluntad. En la medida en que lo intentamos, necesariamente entramos en conflicto con otros que están tratando de hacer lo mismo; conflictos que no pueden ser resueltos, entonces, apelando al concepto de autonomía o autodeterminación.

Pero a pesar de estas limitaciones impuestas sobre nosotros por la historia, la biología, y la sociedad, de todos modos debemos tener la libertad, si somos afortunados, de darle un significado a nuestras vidas, de elegir nuestros propios fines, de ser los autores de nuestros propios compromisos vitales, ya sea que estos compromisos sean con principios, con tareas, con familias, o con alguna otra cosa de nuevo. La sociedad no viola esta libertad esencial cuando se vuelve inaccesible para nosotros alguna conducta que consideramos

59. Tocqueville, Alexis, *Democracia en América*, volumen II , capítulo 2.

60. Ver, por ejemplo, Derrida, Jacques, “La fuerza del derecho: el fundamento místico de la autoridad”, en *Cardozo Law Review*, 1990, páginas 965, 993.

fundamental para nuestra felicidad o autodefinición, o algunas acciones que deberíamos haber elegido, si nuestro deseo presente, o nuestra autonomía individual, fueran todo lo que importa. El estado viola esta libertad solamente cuando limita y dirige nuestras vidas tanto que en realidad nos ha dominado, cuando nos ha convertido en meros instrumentos políticos. Este pensamiento abre la posibilidad de un liberalismo sin autonomía individual, un compromiso con la inviolabilidad individual que no se condice con las paradojas del ideal de la autodeterminación individual. Volveré a esta posibilidad, y a lo que implica para el derecho a la privacidad, en un momento.

Déjenme volver, sin embargo, al terreno de la libertad política, y realizar algunos comentarios acerca de cómo aparecerá esa libertad cuando sea despojada del ideal de una voluntad colectiva que busque gobernar aquí y ahora. El reemplazo de ese ideal será el de un pueblo peleando por vivir, a lo largo del tiempo, de acuerdo a sus propios y fundamentales compromisos legales y políticos. En esta concepción, hay una cosa tal como un pueblo, pero debido a que el ideal de una voluntad común ha desaparecido, no se necesita mantener la homogeneidad popular. Esta concepción de la popularidad no rechaza solamente la conveniencia de una voluntad común; también rechaza el ideal de la “Voz del Pueblo”, el ideal, pieza clave de la teoría política moderna, desde Rousseau hasta los demócratas dialogísticos actuales, de ciudadanos agrupándose, aquí y ahora, para expresar su voz suprema, deliberativa y popular.

La popularidad está ligada, en cambio a la escritura. Un pueblo existe en esta concepción siempre que las personas vivan bajo un orden legal común durante un largo periodo de tiempo. Y este pueblo captura su libertad no a través de la lucha por realizar en todo momento su voluntad común (la que no existe), sino por la lucha para atrapar las riendas de su orden legal; para conmemorar en la ley o en el derecho sus compromisos, incluyendo, especialmente, sus compromisos constitucionales, y vivir de acuerdo a esos compromisos bajo la ley y a lo largo del tiempo.

No voy a intentar completar este panorama más detalladamente hoy, sino que voy a concluir enumerando tres de sus implicancias y expectativas.

Primero, la idea de un autogobierno popular extendido a lo largo del tiempo nos exige que renovemos nuestra afirmación acerca de las naciones y sus batallas por la independencia. El nacionalismo es rechazado ampliamente hoy en día, y ha sido por supuesto la fuente de atrocidades colosales. Pero la comunidad universal de la razón liberal es una ficción, tanto como, o más que, los sueños de pureza racial o étnica que han sido las plataformas sobre las que se perpetraron las más grandes abominaciones en nombre del nacionalismo. Deberíamos ser los campeones del nacionalismo *político* en contraposición al *etnonacionalismo* (por nacionalismo político debemos entender el proyecto en que las naciones, como agentes políticos, sin aspirar a la pureza étnica o a cualquier otra clase de voluntad común homogénea, buscan ser las autoras de sus propios compromisos fundamentales). Y así como debemos recelar de los peligrosos romances del nacionalismo, debemos también estar alertas sobre el peligro que la nueva economía internacional significa para la independencia nacional y en consecuencia a nuestra libertad política. Una obediencia servil a los imperativos de una “economía global” saboteará toda expectativa de autogobierno de una nación.

Segundo, la idea de un autogobierno popular prolongado en el tiempo resuelve la famosa dificultad contramayoritaria del constitucionalismo. Ya que esta dificultad, tal como se hizo notar antes, depende del pensamiento relativo a que la democracia consiste en el gobierno a través de la voluntad presente de los gobernados. Pero si el autogobierno está necesariamente extendido en el tiempo, si es -y debe ser- la lucha de un pueblo para mantenerse apegado en el tiempo a sus propios compromisos fundamentales, entonces el derecho constitucional no es para nada contrademocrático. Es la democracia, en el tiempo.

Esto no significa que las constituciones deberían estar abiertas a la revisión de las mayorías. Al contrario, una revisión así sería contrademocrática. El dominio de la mayoría no es democracia; lograr la voluntad del pueblo aquí y ahora, si es que hubiera tal cosa, no sería democracia. Tampoco es democracia la autoridad de la mayoría más derechos individuales universales. Democracia es el esfuerzo de una nación por ser la autora, a través de las generaciones, de su propio orden legal. Esto significa que debe haber una política constitucional no una política que se esfuerza por permitirle expresar a un pueblo la voluntad mayoritaria en un momento determinado en el derecho constitucional, sino una política que se esfuerza en permitirle expresar a un pueblo en su derecho constitucional los compromisos fundamentales de la nación. La redacción de una constitución debería ser un proceso democrático oneroso. Debería ser difícil de realizar; debería llevar tiempo e implicar un gran apoyo mayoritario. Pero debería ser parte de la vida política de cada nación democrática.

Tercero, y finalmente, déjeme volver a la privacidad. He dicho que el derecho a la privacidad debería ser despojado del ideal de la autonomía individual. Precioso como este ideal puede parecer, el análisis que he seguido nos indica que debemos aprender a arreglarnos sin él. En realidad nuestra discusión acerca de Mill nos indica que nadie cree en él.

Para aclarar aún más este punto, déjeme llamarles la atención sobre una asimetría peculiar en el modo en que nos referimos a los dos derechos de privacidad, una asimetría que la discusión de Mill acerca de la tiranía social como contraposición a la tiranía legal desnuda. Cuando nos referimos a la autonomía *informativa*, estamos reconociendo completamente amenazas sociales o *privadas* a nuestra privacidad. En verdad la ley parece ser más complaciente en este punto con los actores *estatales*. Así en los Estados Unidos, el Fiscal Especial Starr puede alegremente forzar a un padre a atestiguar sobre la vida sexual de su hija, puede alegremente grabar conversaciones privadas, siempre y cuando cumpla ciertos requisitos probatorios. Pero una parte privada nunca podría grabar secretamente las conversaciones de otras personas. (En realidad la parte privada, Linda Tripp, cometió un delito cuando secretamente grabó su *propia* conversación con Mónica Lewinsky, un delito que sin embargo los fiscales han elegido no querellar). En otras palabras, reconocemos, tal como van a discutir algunos de nuestros panelistas más tarde, la amenaza que puede significar una parte privada a nuestra autonomía informativa⁶¹.

61. El reconocido ensayo de Derecho Americano de 1890 que le ha dado nombre e ímpetu al derecho informativo a la privacidad (...) que fuerzan una publicidad indeseada sobre otros individuos. Ver Louis Brandeis y Charles Warren, "The Right of Privacy", *Harvard Law Review*,

Pero cuando se trata de autonomía *decisional*, el derecho a la privacidad es medio ciego: ve solamente la amenaza que representan los actores del estado. Cuando el gobierno le prohíbe a una mujer realizarse un aborto, su derecho a la privacidad está siendo violado. Pero si los factores del mercado hacen lo mismo, colocándolo fuera del alcance de sus posibilidades económicas o aún, supongamos, amenazando con despedirla de su trabajo si lo realiza, no hay tal violación. Uno puede demandar a un particular por violar su autonomía informacional. Pero no hay un curso de acción contra un particular por violar su autonomía decisional.

Ahora si nosotros estuviéramos comprometidos genuinamente con la autonomía decisional de un individuo, este estado de las cosas estaría equivocado y Mill, quien como hemos visto antes, reconoció el poder insidioso de la tiranía privada, tendría absolutamente la razón. Pero esta ceguera parcial es indispensable. Para ver porqué, veamos un solo ejemplo mas, referido a la libertad de religión. Una ley forzando a los niños a atender misa en una iglesia particular sería la más flagrante intervención posible en lo que pensamos que corresponde al dominio particular. Pero las familias, las madres y los padres, fuerzan a sus niños a asistir a misa en una iglesia o templo determinado todos los días. No podemos prescindir de lo que es llamado la doctrina de la acción del estado en los Estados Unidos; por que sin ella deberíamos concluir que los padres consagran religión en sus casas cada día.

El ejemplo es uno pequeño, pero ilustra un punto fundamental. La privacidad informacional individual es un concepto lógico y poderoso. Esta es la razón por la cual podemos accionar legalmente contra las intrusiones actores particulares y/o públicos. Pero el derecho a la privacidad como una autonomía decisional individual, entendida como una autodeterminación o autodefinición individual, es una quimera. No existe.

De lo que realmente estamos en contra cuando estamos en contra de la consagración de una religión, o de otros intentos del estado para que nos conformemos a un estándar particular, no es la violación de la autonomía individual. Contra lo que nos rebelamos es contra el poder totalitario del estado. Estamos contra esto por que un estado totalitario es aquél que ha tratado de terminar el proyecto prolongado en el tiempo a través del cual buscamos que el estado sea el instrumento de nuestros compromisos políticos fundamentales. Un estado totalitario es aquél que intenta, por contraste, revertir esta relación: hacer que los individuos sean meros instrumentos, intenta ser el autor de la vida de sus ciudadanos.

Un principio antitotalitario o de anti-instrumentalización, que nos devuelve a nuestro punto inicial Foucauldiano, resuelve las paradojas de la privacidad. Un principio antitotalitario no se imagina que los individuos puedan o deban vivir de acuerdo a su propia voluntad. Más bien niega al estado el poder de estandarizar a sus ciudadanos, de adueñarse y ocupar sus vidas extendidas temporalmente del mismo modo que fuerza a una mujer a ser madre en contra de su voluntad. Por adueñarse de la vida de alguien, no quiero decir meramente

4, 1890, páginas 189 y siguientes. Más tarde Brandeis, como un juez de la Corte Suprema de Justicia, escribió un importante dictamen en el cual "el derecho (...) hizo su primera aparición como un derecho constitucional (Olmstead).

quitarles una libertad preciada como muchas leyes dicen. Quiero decir forzar efectivamente a una persona a vivir un rol particular, a lo largo del tiempo, de acuerdo a una elección que es del estado.

Alguno de ustedes han escuchado o leído relatos acerca de la diferencia entre el derecho clásico liberal a la privacidad y el derecho antitotalitario a la privacidad⁶². El derecho a decidir por uno mismo que ocupación seguir debería ser visto como uno fundamental, si es que nosotros creemos en la autonomía decisional individual, o si creemos en el derecho de autodeterminación individual. Pero por supuesto el estado tiene derecho a ponerte una serie de límites: ladrón, abogado (si podes pasar las pruebas relevantes) operador de cable de televisión (si tenés la suerte suficiente de lograr la concesión de la franquicia monopólica por parte del gobierno). En estos y muchos otros modos el estado rutinariamente te previene de definirte a vos mismo tal como desearías. No hay un derecho fundamental para ejercer la ocupación de tu elección. Pero ahora imaginen al estado dictando una ocupación para cada uno de nosotros. Usted, dice la ley, será un plomero; Ud. un doctor; Ud. un político. Aquí el estado ha cruzado un límite categórico; ahora busca un control totalitario sobre tu vida. La ley que prohíbe el robo no se hace cargo, no dirige o dicta positivamente, el futuro de la vida de nadie. Pero el estado no debe imponer sobre nadie una ocupación.

De un modo similar, una ley prohibiéndole a las personas que tengan mas de un niño le va parecer a muchos una intrusión fundamental en sus vidas privadas y en su autonomía individual. Pero no va a violar el derecho antitotalitario a la privacidad, por que esta ley no va a dirigir positivamente o hacerse cargo del futuro de nadie. En contraste, una ley requiriéndole a una mujer a tener un niño es una sustancial violación de este derecho (para no cometer un error, la maternidad es una ocupación).

La libertad humana, en realidad el ser humano, está extendida irreductiblemente en el tiempo. Esa es la razón por la cual el estado que se adueña de nuestro tiempo nos convierte en meros instrumentos y en lo opuesto de ser ciudadanos. Pero esto es también la razón por la que debemos tratar de controlar el tiempo en el nombre de la libertad. Esta es de una importancia particularmente decisiva hoy día, en la medida en que el sol parece asomar a una nueva era ¿Cuáles son nuestras ambiciones para el próximo milenio o para los próximos 50 años? #Mas aún, para los próximos 5? Aparte de aumentar los indicadores económicos usuales, parecería ser que no tenemos ningún otro. Existe en el exterior hoy día la sensación de haber llegado al fin de una época, y por lo tanto de no tener hacia donde ir.

Nosotros, los que vivimos hoy en día, tenemos un poder históricamente inimaginado para cumplir nuestros sueños, ¡si solo tuviéramos sueños! El hombre moderno no tiene futuro. Vivamos para ver ese cambio.

62. Para un mayor detalle, ver Jed Rubenfeld, "El Derecho a la Privacidad", *Harvard Law Review*, 102, 1989, página 737.