

“No se lo digas a nadie” ¿Se puede vender el derecho a la privacidad en el mercado?

Alfredo Bullard *

*“Dejad que la verdad se enfrente a la falsedad;
¿Quién ha visto que la verdad saque la
peor parte en un encuentro libre y abierto?”*

John Milton

1. INTRODUCCIÓN

Los mercados necesitan de información para operar eficientemente. Así, un sistema que asigna los recursos económicos por medio de millones de decisiones atomizadas de personas y empresas interactuando por medio de transacciones e intercambios, requiere que para que estas decisiones conduzcan a resultados eficientes y generen auténtico bienestar, los agentes que las toman cuenten con información adecuada.

En el mercado, la asignación de recursos será eficiente en la medida que las personas puedan identificar qué es bueno para ellas y tomen decisiones consistentes con tal objetivo. Pero la identificación de qué es bueno para uno depende de la cantidad de información con que cuente ese uno para evaluarlo.

Sin embargo, señalar que son los mercados los que generarán la necesidad de información para la toma de decisiones eficientes y adecuadas, (es decir, acciones consistentes con los fines que se persiguen), es algo que se puede decir de cualquier sistema de decisión, incluso de aquéllos que prescinden del mercado para asignar recursos.

Los sistemas de economía dirigida o planificada, que se orientan a asignar los recursos mediante decisiones de funcionarios públicos, tampoco pueden operar sin información. Estos funcionarios requieren conocer una serie de datos para tomar decisiones consistentes con sus fines.

Es más, esos sistemas posiblemente tengan que ser más invasivos de la vida de las personas para obtener información, pues para decidir lo que es bueno para la población requieren saber qué es lo que la población quiere o siente. Ello explica la clara relación entre sistemas de economía dirigida y la existencia de aparatos estatales que tienen por finalidad obtener información, no sólo sobre aspectos económicos, sino sobre otras esferas de la vida personal, incluyendo las ideas y creencias de las personas¹.

* Abogado, profesor de derecho la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Principal del INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual).

1. Esto es aún más claro en sistemas que prescinden de la democracia como forma de establecer el sistema político. Así, no basta tener información económica, sino información sobre las ideas de las personas a fin de poder controlar y defender el sistema de gobierno existente.

Por otro lado, el derecho a la privacidad plantea la necesidad de establecer límites sobre lo que se puede saber y difundir de las personas. Ciertas esferas de la llamada vida privada deben quedar fuera de los sistemas de información, permitiendo a las personas sustraerlas del conocimiento de terceros. Y nuevamente la privacidad no sólo se vincula con la existencia de sistemas de información dirigidos a desarrollar mercados, sino que se vincula a la existencia de sistemas de información dirigidos a sustentar mecanismos de decisión pública.

El presente trabajo persigue establecer algunas reflexiones sobre la difícil relación que se establece entre la privacidad y la necesidad de obtener información para una mejor asignación de los recursos existentes.

2. CUANDO JUSTOS SE CASAN CON PECADORES**

Cuando una persona desea establecer una relación de pareja con otra la información disponible es un elemento indispensable para escoger con quién relacionarse o eventualmente casarse. Si uno analiza como funciona el “mercado de matrimonios” descubrirá la importancia que tiene la información en el mismo.

La decisión de contraer matrimonio es compleja y con resultados dramáticos. Es una decisión que puede hacer la diferencia entre la plena realización del ser humano o el fracaso absoluto.

Una de las claves para el éxito o fracaso de una relación de este tipo es la información disponible. Conocer los hábitos de la potencial pareja, sus gustos y preferencias, sus antecedentes en relaciones similares, su conducta sexual o incluso su nivel de ingreso, son elementos que son determinantes en la toma de decisiones dirigidas a establecer relaciones sentimentales.

Ello explica que las personas suelen pasar por periodos de conocimiento mutuo relativamente largos que permiten ir conociendo esa información, lo que se ve complementado con averiguaciones que suelen hacerse sobre los antecedentes y características de la persona en cuestión a través de amigos o personas que tengan vínculos en común. Nótese que prácticamente toda la información relevante es considerada tradicionalmente información privada, y por tanto su acceso suele estar restringido por las normas que protegen la privacidad de las personas.

Si existieran bancos de datos en los que pudiera contarse con toda la información necesaria para escoger a la mejor pareja, la información ofrecida tendría sin duda demanda. Quizás los índices de divorcios o de matrimonios infelices se reducirían. Los costos de búsqueda de la pareja ideal disminuirían y podría mejorarse la calidad de las decisiones que se tomen sobre el particular. Se evitaría así que justos se casen con pecadores, o simplemente que se escoja como pareja precisamente a un pecador con plena conciencia de ello.

Generar estos bancos de datos con todos los detalles necesarios, probablemente nos llevaría a un enfrentamiento evidente con las normas de

** El título de esta sección ha sido tomado del artículo de Mario Reggiardo (“Cuando justos se casan con pecadores”, *Iust et Veritas* N° 15, páginas 165-182) Si bien trata de un tema totalmente distinto, me parece un título sugerente para esta sección.

protección a la privacidad. Obtener información sobre la conducta sexual o sobre el resultado de relaciones amorosas anteriores evidentemente implicaría realizar investigaciones que invadirían lo que de ordinario consideramos la intimidad de las personas. Incluso información sobre los niveles de ingreso o las preferencias en comidas u otro tipo de gustos difícilmente pueden obtenerse sin un nivel importante de invasión a lo que las personas consideran su esfera privada.

Nótese que existen incentivos para que ciertas personas oculten información que pueda ser considerada por otros como negativa. Si muchas personas consideran que ciertos rasgos o características no son deseables, la persona en cuestión encontrará que se devalúan las posibilidades de conseguir una pareja. Por ello posiblemente usará a la privacidad para reforzar una apariencia inexacta o incompleta de lo que es en realidad. Con ello otras personas podrían cometer errores serios que los conduzcan a resultados no deseados. Si a ello añadimos que los costos de una segunda transacción son altos en un mercado como el del matrimonio (divorcio, separación de los hijos y búsqueda y celebración de un nuevo matrimonio), veremos lo importante que puede ser la información en ese mercado.

La disyuntiva es entonces difícil de solucionar. Por un lado está la necesidad de mejorar la información disponible para la toma de decisiones matrimoniales (o de pareja en general) y por otro la necesidad de restringir el nivel de invasión a la esfera privada y la difusión de información considerada dentro de dicha esfera.

La situación en el mercado no es muy distinta. Los mercados necesitan información que ayude a “no casarse con pecadores” o simplemente a elegir mejor qué es lo que nos conviene. Mucha de esta información suele ser pública, pero otra parte suele ser incluida dentro de la esfera privada de los seres humanos. Posiblemente una persona que no puede manejar adecuadamente sus relaciones familiares por tener un carácter explosivo sea un mal relacionista público y por tanto conocer el trato que un candidato a dicho puesto da a su familia nos ayude a decidir a quién contratar. Conocer la historia de crédito de una persona puede implicar bucear en su vida pasada, a pesar de que ello nos ayudaría a evaluar a quién prestarle dinero. Saber el récord criminal de una persona ayuda a evaluar si debe o no ser nuestro socio en un negocio, pero muchas leyes establecen límites para acceder a dicha información.

Así, las normas y principios de protección a la privacidad nos conducen a reducir la información existente a pesar que ella pueda ayudarnos a tomar mejores decisiones. ¿Qué beneficios sociales o económicos se derivan de respetar la privacidad de las personas y a su vez qué costos se derivan de tal respeto? ¿Cómo resolver las contradicciones entre la necesidad de poder decidir mejor y la necesidad de garantizar el derecho a contar con una esfera privada?

3. ¿QUÉ IMPLICA LA PRIVACIDAD?

La privacidad es un concepto complejo. Uno siempre tiene la impresión de que bajo dichos términos se está en realidad agrupando una serie de cosas totalmente diferentes que van desde no ser visto desnudo, poder tomar desayuno en la soledad del propio hogar, hablar por teléfono sin ser escuchado por terceros, hasta ocultar información sobre nuestro pasado, nuestro historial de crédito o nuestra conducta criminal.

Así, bajo el concepto de privacidad se agrupan una serie de situaciones y problemas muy diversos entre sí, en los que identificar el factor común no es tarea sencilla.

Sólo para fines del presente trabajo vamos a hacer una clasificación que posiblemente nos lleve a una sobresimplificación del problema. La simplificación es una licencia que nos tomamos para poder hacer una explicación dentro de los límites que nos impone el espacio disponible para el presente trabajo. Esta clasificación divide la problemática de la privacidad en básicamente dos aspectos: (1) el derecho a estar solo y (2) el derecho de una persona a que ciertos datos del pasado (o del presente) no sean revelados o difundidos sin su consentimiento o a personas distintas a quienes autorizó.

a. El derecho a estar solo

Así han definido muchos la privacidad. Según esta acepción el ser humano tiene el derecho a mantener un espacio (temporal y físico) libre de la intromisión de los demás. Es pues la posibilidad de excluir a los otros de estar en algún lugar y en algún momento en que uno no desea que estén. El ejemplo típico es la intimidad del hogar. Pero existen otras situaciones similares como la posibilidad de no ser visto desnudo, de conversar por teléfono libre de intervenciones o interferencias ajenas, el poder ir a un restaurante o a un hotel sin tener que preocuparse de que los periodistas lo siguen o le toman fotografías, etc.

b. El derecho a que cierta información no sea revelada

La privacidad no se agota, sin embargo, en la protección de un espacio temporal y físico, sino también en que cierta información no sea revelada o difundida. Por ejemplo, se prohíbe en ocasiones la difusión de los antecedentes criminales de una persona cuando éstos son muy antiguos en el tiempo. Algo similar suele ocurrir en las normas respecto al historial de malos créditos. Otros casos son la reserva sobre el contenido o magnitud del patrimonio de una persona o información sobre ciertos aspectos de su conducta anterior o presente.

Nótese que muchas veces ambos aspectos se fusionan. La protección de un ámbito temporal y espacial puede estar vinculada a impedir la obtención y divulgación de cierta información. Así, lo que se quiere evitar es que cierta información sobre la intimidad de una persona pueda ser fácilmente aprehendida y usada por terceros. Por su parte, la protección de la información sobre la vida de una persona puede tener que vincularse precisamente con la posibilidad de estar realmente solo, pues sin perjuicio de que no exista una invasión física del espacio íntimo, hay una invasión de una serie de elementos intangibles que nos crearían una situación similar a la de ser visto mientras uno está desnudo.

La división que hacemos tiene claros fines instrumentales, a fin de poder identificar cuáles son las funciones que desarrolla la intimidad como derecho².

2. Esta distinción no es nueva y no es más que una derivación, simplificada, de otras distinciones hechas por diversos autores. Así, por ejemplo, Morales Godo, *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, Grijley, Lima, 1995, páginas 110-114, señala como los tres elementos conceptuales que conforman la privacidad (1) tranquilidad, definida como

4. EL DERECHO A ESTAR SOLO

El aislar un espacio físico y temporal de la intromisión de otros es, sin duda, el contenido más obvio del derecho a la privacidad. Como dice Friedman, se asume que toda persona necesita un “santuario”, toda persona necesita un espacio³. La razón por la que es importante reconocer el derecho no aparece, sin embargo, tan obvia a primera vista. ¿Por que la posibilidad de que las personas sean dejadas solas constituye un principio que requiera tutela jurídica?

Nótese que la posibilidad de ser dejado solo no es un derecho que exista desde tiempos inmemoriales. Por el contrario, parecería ser un derecho relativamente reciente (quizás no superior a uno o dos siglos). La posibilidad de ser dejado solo implica una cierta forma de organización social y una forma de organización del área urbana o habitacional que no ha sido común a toda la historia de la humanidad. Las estructuras tribales y las formas de organización comunitaria no reflejan un sistema preocupado por la privacidad de las personas. Incluso en la Europa del siglo XIX era difícil entender una forma de organización de la vida social que privilegiara a la privacidad como un valor absoluto⁴.

Uno podría, sin embargo, abordar la idea del derecho a ser dejado solo a partir de la teoría de los derechos de propiedad.

Si uno entiende a la autonomía privada como la capacidad de autolimitar, por medio de manifestaciones de voluntad, nuestra propia libertad, descubrirá que ese concepto no es siquiera imaginable si es que no se le reconoce a quienes ejercen dicha autonomía una esfera privada dentro de la cual pueda desenvolverse fuera de intromisiones. Así, cuando una persona, mediante el ejercicio de su autonomía privada, decide trabajar como empleado en una empresa por ocho horas diarias, sujetándose a una estructura jerárquica, acepta indirectamente ceder parte de su tiempo y su espacio a un tercero a cambio de una retribución. No sólo se compromete a prestar un servicio, sino en ceder o

el derecho a ser dejado solo y tranquilo o “ser dejado en paz”, (2) autonomía, entendida como la posibilidad de tomar decisiones en las áreas fundamentales de nuestra existencia y (3) control de información, que implica la posibilidad de mantener ocultos algunos aspectos de la vida privada, y por otro lado la posibilidad de controlar el manejo y circulación de información confiada a terceros.

Así, uno puede apreciar que la tranquilidad y la autonomía son en realidad las dos caras de ser dejado solo, es decir, dejar un espacio y un tiempo para que las personas hagan con su vida lo que les plazca, libres de interferencias no admitidas. Por su parte, el llamado “control de información” constituye la posibilidad de excluir del conocimiento o difusión la información propia que no nos interesa que circule.

3. Friedman, Lawrence M., *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*, Harvard University Press, 1990, página 180.

4. En el derecho norteamericano el término privacidad fue recién acuñado en un famoso artículo escrito por Samuel Warren y Louis Brandeis en 1890 en el *Harvard Law Review* titulado “The Right to Privacy”, Vol. IV, No. 5, 1890. Allí hablaron del “derecho a ser dejado solo, a dejar la vida personal en privado y en secreto. Se dice que el artículo se originó en la compleja situación que tuvo que enfrentar Warren al estar casado con la hija de un famoso senador, de apellido Bayard, lo que lo sujeto a una persecución de la llamada “prensa amarilla”, Morales Godo, *op. cit.*, páginas 94-95. Richard Posner comparte una opinión similar sobre el carácter relativamente reciente de la privacidad como derecho, señalando que no existía en sociedades primitivas o incluso en sociedades relativamente avanzadas como la Romana, un concepto de privacidad similar al que hoy conocemos, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, páginas 276-278.

relativizar parte de su derecho a mantenerse (durante dichas ocho horas) fuera del alcance de ser visto por los demás.

De la misma manera como no es posible que exista un mercado de automóviles sin que existan derechos de propiedad sobre los mismos, no es posible que exista una capacidad de disponer del propio tiempo y la posibilidad de excluir a los terceros de un espacio físico, si no se reconociera a los particulares la privacidad como un derecho. El reforzamiento de este derecho da a nuestro tiempo y espacio valor económico.

Un ejemplo que muestra claramente el punto es la posibilidad que nos da la privacidad a no ser visto desnudos sin nuestro consentimiento. Ello evidentemente es algo que la mayoría de nosotros, dentro de los valores de la sociedad occidental en la que vivimos, consideraríamos vergonzoso, y por tanto posiblemente nos neguemos a ser invadidos en el espacio y el tiempo que ocupamos en esa condición (por ejemplo, cuando tomamos una ducha).

Sin embargo, mucha gente vive o se mantiene gracias a la retribución que recibe a cambio de mostrarse desnudos frente a otros.

Nótese que no pretendemos afirmar que el derecho a no ser vistos desnudos contra nuestra voluntad se ha concedido al ser humano para permitir que los *strippers* cobren una remuneración o permitir el desarrollo de industrias de pornografía. Es quizás todo lo contrario: se ha concedido para que las personas puedan decidir estar solos, precisamente para tomar autónomamente la decisión de no ser vistos cuando estamos sin ropa. Si no tuviéramos ese derecho, no podríamos decidir actuar autónomamente en ese campo.

Así, si una persona decide que quiere descansar o hacer una siesta o, simplemente, mirar el techo de su casa, es por que esas actividades le generan un cierto nivel de bienestar. Para tomar esas decisiones las personas comparan el bienestar obtenido con el que le brindarían otros posibles usos de su derecho a usar su tiempo y su espacio de manera exclusiva incluyendo situaciones donde admiten o desean la presencia de otros. Quien decide trabajar lo hace porque considera que ello le brinda más bienestar que descansar o irse de paseo. Las decisiones las tomará en función del costo de oportunidad de cada una de las alternativas que tiene para usar su espacio y su tiempo. Pero si no podemos excluir a los demás del espacio y tiempo que elegimos para descansar, entonces no hay costo de oportunidad en descansar porque deja de ser una opción.

Si asumimos que cada uno es el mejor juez de lo que le conviene, veremos que nadie mejor que uno para decidir qué hacer con su tiempo y con su derecho a estar solo. Si no existiera la privacidad en su acepción de escoger estar solo, entonces el tiempo y el espacio privados no tendrían costo de oportunidad, no serían objeto de una opción personal. En otras palabras, no existiría autonomía privada ni libertad de elección.

Así, los seres humanos usamos esta posibilidad de excluir a los demás de cierto espacio o tiempo de manera diferente (lo que quizás explique todo el bagaje de situaciones diversas protegidas por la privacidad). A veces lo usamos porque no podemos descansar si hay otras personas presentes. Otras veces usamos ese espacio para desarrollar actividades que nos avergüenzan o que no queremos que los demás conozcan, como ocurre con ir al baño, estar desnudos o tener relaciones sexuales. En ocasiones separamos ese espacio para trabajar libres de interferencia o para poder jugar con nuestros hijos. No hay un uso único ni un valor específico

disfrutado en ese tiempo y ese espacio. Como en los derechos de propiedad no es preocupación del sistema cómo se usa, sino dejar al titular decidir qué hacer (siempre que no se estén afectando derechos de terceros).

No queremos que se entienda que esta posición no considera que la privacidad tiene todo un contenido valorativo. Es precisamente lo contrario. Son los valores individuales y las preferencias de las personas los que le dan mayor o menor valor al propio espacio privado. La mayoría de nosotros tenemos casas cuyos muros no son transparentes o nos bañamos lejos de la vista de terceros, o jugamos con nuestros hijos fuera del alcance de los demás porque consideramos importante para nuestro desarrollo personal el mantener toda una esfera de actuación fuera del dominio público. Nos sentimos más cómodos, nos sentimos más seguros o simplemente tenemos menos vergüenza, guardando parte de nuestra vida bajo la esfera privada.

Incluso ocultamos ciertos actos que serían objeto de sanción moral por una sociedad, fuera del alcance de los demás precisamente para evitar dicha sanción, porque es la única manera en que nos sentimos libres de actuar realmente y de ser autónomos con nuestro tiempo. Así, negocios como los de las llamadas telefónicas eróticas o la vida sexual desordenada, o el ver películas pornográficas, es algo de lo que excluimos a los demás precisamente para poder tener la libertad de hacerlo.

La privacidad es pues a la autonomía lo que los derechos de propiedad son a la libertad de contratación.

La privacidad entendida como el “derecho a estar solo” incorpora así al mercado un bien muy importante: nuestro espacio y nuestro tiempo. Nos hace “propietarios” del lugar que ocupamos y del tiempo que vivimos, y con ello nos permite organizar lo que hacemos y lo que no queremos hacer, liberándonos incluso de presiones morales o sociales que no queremos sufrir para sentirnos libres de actuar según lo que nos parece debemos o queremos hacer.

De no existir la privacidad, nuestro tiempo y nuestro espacio se convertirían en bienes comunes, y por tanto estarían sujetos a las externalidades a las que queda sujeto todo bien común. Existirían una serie de *free riders* que podrían usar nuestro tiempo y nuestro espacio a su antojo y con ello colocar sobre nosotros costos que queremos evitar. Si uno no tuviera el derecho a no ser visto desnudo en contra de su voluntad, entonces no solo los *stripers* perderían un buen negocio, sino que nosotros perderíamos el bienestar o la comodidad que estar solos en la ducha nos genera, dado el bagaje de elementos culturales y sociales que tenemos incorporados en nuestra forma de ser.

Estar solo no es sino otra forma de entender la facultad de excluir que nos da la privacidad, facultad que le da a nuestro tiempo y a nuestro espacio privados un valor en términos de bienestar y nos hace dueños de nuestro destino. Así podremos escoger descansar de la manera que nos provoque, entretenernos de la manera que mejor nos distraiga o comportarnos de la manera que nos genere mayor placer. Pero eso implica que la privacidad se ejerce también cuando admitimos compartir lo privado con los demás o cuando renunciamos a la privacidad de la misma manera como el derecho de propiedad se ejerce cuando vendemos nuestra casa. Así, la exclusión de los terceros del ámbito privado es el aspecto estático de la privacidad y la admisión de terceros al espacio y tiempo privados o la renuncia a la privacidad son los aspectos dinámicos de dicho derecho.

La teoría de los derechos de propiedad nos permite además entender por qué existen situaciones excepcionales en las que lo privado debe de ser conocido y las personas podrían no poder ejercer plenamente su derecho a estar solos. Una investigación policial que permita detectar y sancionar un delito cometido dentro de la esfera inicialmente privada de las personas (por ejemplo, haciendo una investigación dentro de una casa o interfiriendo una conversación telefónica con mandato judicial) se explica porque se está usando un bien privado de una manera que genera externalidades a terceros (los daños del delito) y por tanto justifican levantar la protección de la privacidad de la misma manera como no admitimos el atropello de un peatón como un uso legítimo de un automóvil de propiedad de una persona.

Bajo la concepción de la privacidad que hemos descrito, ésta no es sólo un derecho explicable en términos filosóficos o psicológicos como un valor bueno de acuerdo con la naturaleza humana, sino como una institución económicamente eficiente y que maximiza el bienestar existente en nuestra sociedad y permite un mejor uso de los recursos escasos.

Dentro de esta acepción, la privacidad no sólo no entra en contradicción con el mercado, sino que es un derecho plenamente consistente para el desarrollo del mismo. Es la forma como se incorpora al mercado el tiempo y el espacio controlado por las personas, eliminando la existencia de bienes públicos sobre dicho espacio o tiempo, y con ello dando coherencia al reconocimiento de la privacidad dentro del mercado.

Una forma de entender esta problemática es analizando la situación que rodea a la privacidad de las personas llamadas públicas, como los artistas, actores o políticos. Sin duda la información sobre la vida de estas personas tiene un valor en el mercado. Mucha gente ve programas de televisión o compra publicaciones en las que se difunde información sobre aspectos de la vida privada de la gente pública. Existe una demanda de información por parte de la gente que este tipo de programas o publicaciones tienden a satisfacer⁵.

Por su parte, las personas públicas reclaman siempre el respeto a cierta esfera de privacidad e incluso invierten importantes recursos en establecer sistemas que la protejan (guardaespaldas, casas con medidas especiales, cuartos más seguros en los hoteles, vehículos especiales, etc.), lo que demuestra que asignan a dicho espacio privado un valor económico que se refleja en parte en los recursos invertidos para preservarlo incluso más allá de las medidas que ya la ley les concede para protegerse⁶.

5. Esto no descarta la existencia de valor de mercado de la vida privada de la gente común y corriente. Por ejemplo, el rating de los llamados *talk shows* en los que se muestran aspectos de la vida privada de ciertas personas comunes y corrientes es una clara muestra de ello. Muchos de los participantes en esos programas reciben pagos por participar, es decir, venden parte de su privacidad que, a su vez, el medio de comunicación vende por medio del rating del programa. Sin embargo, es evidente que la vida privada de la gente común tiene más sustitutos en el mercado que la de las personas públicas, lo que explica el mayor valor de mercado de la privacidad de las personas más conocidas respecto de las personas menos conocidas.

6. Si la protección legal dada por el sistema jurídico a la privacidad fuera realmente efectiva, entonces los privados famosos no deberían invertir tantos recursos en protegerla. Sin embargo, es un bien en que los costos del sistema de "enforcement" son elevados precisamente por el nivel de interacción que se da entre los seres humanos, que hace de la construcción de "paredes permanentes" una actividad difícil de cumplir.

La explicación de la defensa de su privacidad tiene varias aristas. En primer lugar, tiene que ver con la posibilidad de utilizar la privacidad para generar intercambios valiosos en el mercado. El manejo de la privacidad concede un derecho de exclusiva sobre la información que la propia persona posee sobre su vida y actividades. Esa información tiene un valor económico que puede ser vendida o transada en el mercado porque la gente puede demandarla y estar dispuesta a pagar por ella⁷. Un artista puede cobrar por una entrevista o reservar dicha información para escribir sus memorias y poder venderlas a mayor precio. Nótese que la conducta de la persona pública en este aspecto no difiere substancialmente de la del periodista que obtuvo la misma información mediante una investigación. El periodista tratará de guardar la información obtenida como “privada” a fin de apropiarse del valor otorgado a la “primicia”. Esto le permite obtener un valor por dicha información que de ser pública no permitiría la apropiación de dicho valor.

En términos sencillos, la privacidad sería, desde esta concepción, una alternativa o sustituto a derechos de propiedad intelectual sobre la información referida a la vida privada. Es, como los secretos industriales o comerciales, una forma de protección imperfecta a cierta información que puede ser considerada valiosa. Así, no existe legislación entre las que conocemos, que reconozca una “patente” o “derecho de autor” sobre la información relativa a la vida propia. Pero el derecho ha creado un sistema alternativo (aunque menos perfecto) para darle a esa información un cierto nivel de protección a través de la protección del secreto personal y la vida privada.

Incluso existen formas indirectas de “venta o valorización de lo privado” diferentes, como controlar esa información y darle un valor agregado mayor a la imagen o prestigio de la persona evitando que se descubran aspectos que harían bajar dicho valor, por ejemplo una conducta sexual considerada deshonrosa por las personas o ciertos hábitos poco populares que desacreditarían a la persona pública, como el maltratar a una mascota o insultar a su esposa⁸.

Pero el argumento es incompleto y no muestra la arista más importante. Hasta aquí se parece al argumento incompleto de permitir excluir a los terceros de la desnudez propia para permitir a los *stripers* ganar dinero con ello.

La arista más importante es el valor asignado por la propia persona a los usos alternativos de su privacidad. Para el propietario de una casa el valor de uso puede ser más importante que el valor de mercado. Es decir que la gente no sólo tiene casa para venderla, sino para usarla, y el derecho de exclusiva que se concede persigue garantizar no sólo la posibilidad de que la venda cuando quiera, sino de que la use para vivir o para desarrollar un negocio. Lo mismo pasa con la privacidad. Si bien existen esferas privadas en las que sería muy valioso admitir la entrada de terceros dispuestos a pagar por ella, las personas que podrían venderla deciden no hacerlo. Quizás el Presidente de un país podría

7. Es de destacar como se vincula, cómo ya se señaló anteriormente, el derecho a “ser dejado solo” con el de controlar la divulgación de cierta información privada. El “ser dejado solo” se convierte así en un mecanismo de defensa que permite hacer viable el control de cierta información que puede ser conservada en privado o vendida para ser hecha pública.

8. Como es fácil apreciar, ello guarda estrecha vinculación con el control de información sobre lo privado, tal como se desarrolla más adelante en el presente trabajo.

vender muy caro la posibilidad de que lo fotografiasen mientras se baña. Pero no lo hace por que valoriza el uso de su privacidad por encima de lo que el mercado pueda valorar una invasión a la misma. El bañarse solo (o con la presencia de las personas que él escoja) genera más bienestar que el dinero que podría recibir por renunciar a dicha esfera privada (sea por que tiene vergüenza o por que usa el tiempo del baño para reflexionar sobre las siguientes medidas de su gobierno).

Acciones como descansar, distraerse, reunirse con los amigos o la familia, ver televisión, ir al baño o leer un libro generan un bienestar individual que refleja el valor de uso del “bien” privacidad. Ese bienestar es socialmente eficiente si los beneficios que genera son mayores a los que generaría a terceros el poder acceder al espacio privado de la persona. Esa persona puede escoger entre ambas alternativas, es decir, entre vender su privacidad o mantener el uso privado de ella. El hecho de que no la haya vendido refleja que el mercado no ha generado un precio que le brinde un bienestar mayor al que le da el uso exclusivo de su espacio privado. Ello demuestra que el uso privado es socialmente más eficiente que la invasión pública a dicho espacio, como el hecho de que uno viva en su casa y no la venda refleja que el valor de uso para el titular se encuentra por encima del valor de mercado de la misma. Si la privacidad no existiera el valor de ese uso privado sería una pérdida de eficiencia económica (sin perjuicio de la pérdida valorativa que solemos percibir como la más evidente).

Siendo que todos los seres humanos tenemos una predisposición a guardar parte de nuestra esfera privada para nosotros y quizás un grupo reducido de personas (la familia o los amigos), ello explica la eficiencia de la asignación de un derecho a la privacidad⁹. Así se preserva la privacidad para garantizar que las personas puedan escoger entre su valor de cambio o su valor de uso de la misma manera que se preserva la propiedad para venderla o usarla.

5. EL DERECHO A QUE CIERTA INFORMACIÓN NO SEA REVELADA

La protección de la esfera privada no se agota, sin embargo, en el derecho a “ser dejado solo”. Muchas veces no se requiere una invasión física a un espacio en un momento dado para que se hable de una vulneración a la privacidad. El uso y difusión de información sobre una persona, sobre lo que hizo, lo que fue o lo que es, sin perjuicio de que su obtención no requiera afectar la “soledad” de las personas, puede estar protegido por distintas leyes y normas.

La información bancaria, la tributaria, el historial de crédito, los antecedentes criminales, el récord laboral o cualquier otra información

9. El uso de un ejemplo que analiza la privacidad de las personas públicas ayuda además a comprender mejor el valor económico de la privacidad. Sin perjuicio de que el “derecho a estar solo” se reconoce a todas las personas, es evidente que su valor económico es mayor en relación a las personas públicas. Ello por la simple aplicación de la ley de la oferta y la demanda: muchas personas se interesan en esa información y solo pocas pueden proporcionarlas. El poder ver lo que un artista famoso hace en su tiempo libre vale bastante más de lo que hace uno de los millones de personajes anónimos que pasamos por el mundo. Hay bastante más personas pretendiendo ver a Jack Nicholson cuando sale de una filmación de las que pretenden ver a Juan Pérez cuando sale de un largo día de trabajo en su oficina. Ello explica porque los casos más comunes de violación de la privacidad o en los que se discute judicialmente la violación de ese derecho sean aquéllos en los que están involucrados personas públicas.

imaginable sobre una persona, podría generar problemas si es utilizada de manera que la ley considera inadecuada y es difundida sin la autorización del interesado o a personas o de manera distinta a como él autorizó.

El problema aquí es que mucha de esta información es especialmente relevante para la toma de decisiones de terceros que podrían ser ineficientes o inadecuadas (o simplemente equivocadas) si es que no está a disposición de tales terceros. Este aspecto de la privacidad, referido al control en la difusión y uso de información relevante (a pesar que para su obtención no sea de pronto necesario invadir la “soledad” de las personas), se acerca más a la problemática de evitar que “justos se casen con pecadores”, o por lo menos que si quieren casarse con ellos lo hagan con pleno conocimiento de causa.

Es interesante ver como hay un tratamiento totalmente diferente a la información disponible en mercado que no involucre la imagen de personas naturales. Nadie discutiría que las empresas productoras de bienes deben ser muy transparentes con la información que deben poner en el mercado sobre ellas y sobre sus productos o servicios. Si un automóvil tiene una característica que implique un riesgo o que genere un costo adicional al consumidor, no se admitirá que el fabricante calle u oculte la información relevante alegando una suerte de privacidad comercial. La publicidad engañosa esta penada, sea esta derivada de afirmaciones u omisiones que lleven a una representación equivocada por parte de los consumidores¹⁰. Nadie consideraría inadecuado y menos ilegal difundir información sobre el historial de productos defectuosos de una empresa a pesar que se trate de información muy antigua. Sin embargo, las personas sí podemos, al interactuar con los demás, ser ambiguos u omitir información o negarnos a contestar preguntas que afecten la imagen que los demás tienen de nosotros. Podemos incluso mentir, sujetándonos sólo a sanciones morales, pero no a sanciones legales contra dichas mentiras.

En pocas palabras, se admite la posibilidad no sólo de crear una imagen falsa o incompleta de lo que somos, sino incluso de que se sancione a quienes pretenden difundir una imagen nuestra que se asemeje más a la realidad de los hechos¹¹. Podemos así cuestionar incluso la verdad sobre lo que hacemos o sobre lo que fuimos, si es que se considera que dicha verdad es parte de nuestra esfera privada de actuación¹².

Es difícil entender por qué admitimos un tratamiento diferente para la información personal que el que admitimos para la información que involucra a bienes y servicios ordinarios. En ambos casos las ineficiencias derivadas de la falta de información son evidentes. En el caso de los bienes y servicios podríamos tener gente comprando o contratando por bienes o servicios que

10. Por ejemplo el artículo 4 de la ley de publicidad peruana (Decreto Legislativo 691) establece que *“Los anuncios no deben contener informaciones o imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta”*.

11. Esto es lo que Posner llama “la protección legal de la cara que presentamos al mundo”. *Overcoming Law*, página 531.

12. Esto se aprecia claramente en el hecho de que las normas que protegen el honor reconocen dicha protección incluso en los casos en que dicho honor se vea afectado por la difusión de afirmaciones y hechos verdaderos.

no hubiera comprado o contratado si hubiera sabido toda la verdad. En el caso de la información personal tenemos gente interrelacionándose con otra cuando no lo hubieran hecho (al menos en los mismos términos) de haber contado con la información relevante. Así, le daremos crédito a gente de dudosa confiabilidad, nos casaremos con personas con carácter incompatible o contrataremos trabajadores que no reúnan realmente las características adecuadas¹³.

Por ejemplo, se admite, en términos generales, que información sobre condenas recientes por la comisión de crímenes sea puesta a disposición de la gente que lo requiera. Sin embargo, pasados algunos años se considera que dicha información no puede ser revelada sin el consentimiento de la persona involucrada. La ley parecería tener por lógica establecer un balance entre la necesidad de brindar información y el mantener cierta información como privada. La lógica parece clara. Información reciente sobre la conducta criminal de un ciudadano nos puede brindar información relevante sobre la posible conducta futura y la confiabilidad de esta persona. Conforme la información se remonta a tiempos más antiguos, menos relevante será, pues, la falta de condena posterior nos indicaría que posiblemente la persona ha recapacitado y ha cambiado su forma de vivir. Por ello, revelar dicha información sería inconveniente porque afecta la privacidad.

13. Es curioso como esta diversidad de tratamiento no se agota en el tema de la privacidad, sino que se extiende a otros campos como el de la actuación política, donde mentir no es sancionado de la misma manera como se sanciona en los mercados de bienes más convencionales a la mentira. Como señala Ronald H. Coase, "El Mercado de los Bienes y el Mercado de las Ideas", *Revista de Estudios Privados*, No. 1, páginas 123-124:

"¿Cual es la visión general que quiero examinar? Es aquella que sostiene que en el mercado de los bienes la regulación gubernamental es deseable, mientras que en el mercado de las ideas, la regulación gubernamental es indeseable y debe ser estrictamente limitada. (...) Los políticos, cuyas acciones algunas veces nos duelen, están en sus discursos más allá del reproche. Es una curiosa característica de esta actitud considerar la publicidad comercial, la que a menudo sólo es una expresión de opinión y podría, por ejemplo, pensarse protegida por la Primera Enmienda, como parte del mercado de bienes. El resultado es que se considera deseable regular (o incluso suprimir) la expresión de una opinión en una publicidad que, si fuera expresada en un libro o en un artículo, estaría completamente fuera del alcance de la regulación gubernamental. (...) Lo paradójico es que la intervención gubernamental que aparece como tan dañina en una esfera de actividad, se vuelve beneficiosa en otra. La paradoja se hace aún más sorprendente cuando notamos que en los tiempos presentes, normalmente aquellos que presionan más fuertemente por una aplicación de la regulación gubernamental en otros mercados, son los más ansiosos de fortalecer las prohibiciones de regulación gubernamental contempladas en la Primera Enmienda en el mercado de las ideas".

Es difícil entender la diferencia entre la sinceridad comercial y la sinceridad política y luego entender como ello se extiende a la sinceridad (o falta de sinceridad) sobre la vida privada. Quizá se pueda derivar de otra idea expuesta por el propio Coase, op. cit., página 125:

"El mercado de las ideas es aquél en el cual el intelectual conduce su comercio. La explicación de esta paradoja radica en el interés propio y la propia autoestima. Esta última lleva al intelectual a magnificar la importancia de su propio mercado. Que otros deban ser regulados parece natural, particularmente si muchos de los intelectuales se ven a si mismo regulando".

Siguiendo la misma línea de argumentación, quizás los intelectuales se preocupan de la privacidad porque les concierne directamente. El control sobre la información privada le da al intelectual un valor agregado a su imagen, la que podría verse afectada si su vida privada pudiera ser hecha pública sin capacidad de controlarlo. Lo que los demás piensen del intelectual es muy importante para que su credibilidad se refuerce. Y en el mercado de la intelectualidad la credibilidad es un elemento fundamental. Por el contrario en el mercado de otros productos o bienes, el intelectual se siente más cómodo sabiendo toda la información relevante, propugnando una mayor intervención para obtenerla.

Pero el argumento no es tan claro. ¿Por qué es parte de la privacidad información antigua y no-información nueva si precisamente es la más reciente la que más puede afectar la imagen de la persona? Por otra parte parecería querer protegerse a las personas de juicios o razonamientos poco racionales de quienes requieren la información. Si el hecho de que alguien cometió un delito hace 15 años no es relevante para establecer si conviene contratar a alguien como cajero de un banco ¿por qué no dejar a quien contrata dicha decisión? ¿Por qué decidir por él o, lo que es peor, quitarle elementos para decidir?

Una posible explicación es que el Derecho asume que las personas actúan irracionalmente por que tienen aversión al riesgo. Así, tienden a sobredimensionar riesgos reducidos por temor a la magnitud absoluta del mismo si es que se concretara. Si bien una persona que no ha robado en 15 años tienen poca probabilidades de regresar al mal camino, es posible que quien esté evaluando su contratación tema que ese reducido riesgo se torne en realidad y el daño pueda ser importante. En ese caso, más que hablar de un problema de privacidad estaríamos hablando de la protección a las personas contra decisiones irracionales de los demás al querer interrelacionarnos con ellos. Se parecería entonces a un sistema que establece reglas similares a las que protegen a ciertos grupos contra la discriminación, es decir, contra ciertos tipos de prejuicios.

Posner señala esta posible explicación; sin embargo señala que la misma no puede ser justificada en términos de mercado. Así, para este autor, si los ex convictos son buenos trabajadores pero la mayoría de empleadores lo desconocen, los pocos empleadores que lo saben estarán en posibilidad de contratarlos pagando sueldos más reducidos gracias a las condiciones de oferta y demanda creadas por el prejuicio de la mayoría. Ello permitirá a los empleadores no prejuiciosos obtener una ventaja competitiva frente a los que discriminan a ex-convictos. Ello, en una sociedad descentralizada y competitiva llevará a que las discriminaciones irracionales sean sancionadas por el mercado y con ello habrá incentivos para que estas conductas irracionales desaparezcan sin necesidad de recurrir a la acción del sistema jurídico¹⁴.

Otra posible explicación sería brindar a otros una segunda oportunidad. Así, pasado un cierto tiempo en el que se asume que el riesgo que el ex-delincuente reincida en su conducta criminal, el Derecho asume que debe protegerse a las personas del juicio (eventualmente razonable) que lleve a discriminarlo en una contratación. En tal supuesto el sistema jurídico estaría creando una suerte de sistema de subsidio cruzado en el que los particulares deben de asumir los costos de las eventuales reincidencias de antiguos delincuentes a fin de permitir que aquellos ex-delincuentes que no reincidirán tengan una nueva oportunidad.

14. Posner, Richard, *The Economics of Justice*, página 235. Para sustentar su afirmación Posner cita el caso de los productos japoneses que por años fueron objeto de grandes prejuicios por parte de los consumidores que los consideraban de mala calidad. Sin embargo, el proceso competitivo y la calidad real de los productos japoneses corrigieron los prejuicios usando para ello el propio interés individual de los consumidores inicialmente prejuiciosos. Como el mismo señala:

No existe evidencia que en general las personas sean menos racionales sobre que tan lejos llevan su búsqueda por empleados, esposas y amigos de lo que son en actividades de mercado tradicionales. (...) Esto sostiene la tesis de que dejar a las personas hacer sus propias determinaciones sobre que tanto peso dar a hechos que desacreditan a la gente y que las personas tratan de ocultar”, página 237.

Nótese el efecto que ese esquema puede tener en todas las demás personas. La falta de información genera incertidumbre. La incertidumbre puede ser visualizada como un costo al sistema de toma de decisiones. Si una persona decide contratar a un cajero de banco, la falta de información sobre los antecedentes delictivos de presuntos candidatos puede afectar las posibilidades de acceder al puesto a personas que no cometieron, sin embargo, ni una infracción de tránsito. La sombra del riesgo de contratar a alguien con tendencias a delinquir, a falta de información sobre ese aspecto, se extiende sobre todas las personas, sobre todo si asumimos que los individuos son adversos al riesgo.

La consecuencia es que quien tenga que decidir la contratación tendrá que recurrir a elementos distintos que le brinden alguna certeza. Por ejemplo, buscará entre personas de conducta intachable y sobre las cuales se tengan elementos de juicio que brinden mayores garantías. Se buscará cajeros con experiencia de años, personas de reconocida reputación o ex-sacerdotes. Ello reduce la oferta disponible de candidatos (elevando posiblemente los salarios que tengan que pagarse y con ello el costo de los servicios bancarios) y afecta las posibilidades de conseguir trabajo de ciertos grupos que si bien no pueden exhibir grandes pergaminos que garanticen su honestidad, nunca han sido condenados por un delito ni han tenido problemas con la justicia, aunque ello no se puede saber. En pocas palabras, se está externalizando el costo del problema, que termina siendo asumido por personas que nunca estuvieron en la cárcel, para favorecer a quienes estuvieron en la cárcel hace mucho tiempo¹⁵.

El problema se torna aún más complicado cuando la información en discusión puede referirse a otros aspectos como la conducta sexual del individuo. Así, información que permita identificar a homosexuales puede generar una serie de discriminaciones consideradas no razonables contra candidatos a cajeros de banco, sólo por el prejuicio que quien contrata podría tener contra los homosexuales¹⁶. Aquí regresa el argumento de si corresponde al Derecho proteger a las personas contra las decisiones libres pero irracionales de los otros¹⁷.

El tema de la información disponible para la toma de decisiones adecuadas puede entonces entrar en contradicción con la idea de proteger la esfera privada. La pregunta que surge entonces es cómo establecer un límite razonable entre ambas necesidades (la de información frente a la generada por la privacidad).

15. Problemas similares se presentan respecto a la información sobre el historial de crédito de una persona o el hecho que haya quebrado o sido declarado insolvente hace mucho tiempo. El problema podría ser identificado como la protección de los deudores antiguamente morosos contra las decisiones irracionales de los bancos o la creación de un subsidio a consecuencia del cual los deudores sin historial de morosidad terminan asumiendo el costo del riesgo de los morosos con historial antiguo.

16. Y ello se complica aún más si la información sobre una conducta sexual determinada es relevante, como podría ocurrir por ejemplo en la contratación de un maestro de escuela si es que uno de los candidatos tienen antecedentes de haber acosado sexualmente a sus alumnas o alumnos.

17. Esta es la misma pregunta que se coloca detrás del tema de la discriminación por razón de sexo o raza. En el fondo si una persona discrimina a un candidato a un puesto sólo por el color de su piel esta en realidad usando un criterio que no guarda relación con su capacidad para cumplir con las obligaciones y requerimientos del puesto. Podría así estarse excluyendo a un candidato importante, quizás al mejor, solo por un prejuicio racial. La prohibición a discriminar por raza se daría entonces para proteger a las personas contra decisiones irracionales generadas por prejuicios que la sociedad considera absurdos.

6. PRIVACIDAD Y COSTOS DE TRANSACCIÓN

Sin duda, la definición legal que se adopte sobre la privacidad tendrá una influencia directa en los costos de transacción que se den en una sociedad. La elevación de estos costos de transacción relativizarán la capacidad del mercado de internalizar o corregir externalidades por medio de las decisiones de los agentes económicos. La asignación de costos no nos conduciría entonces, necesariamente, a una solución eficiente. En resumidas cuentas, la definición e importancia que la sociedad dé al derecho a la privacidad influirá en cómo funcionarán los mercados y en cuánto bienestar pueden generar éstos.

Lo curioso es que, por un lado, una de las acepciones de la privacidad nos conduce a una mejor corrección de los costos externos al cumplir una función análoga a la que desarrollan los derechos de propiedad. Así, el “derecho a ser dejado solo”, a excluir a los demás de un espacio y tiempo determinado dedicado a lo privado, evita que se generen externalidades por un uso excesivo o invasivo del espacio y tiempo ajeno, de la misma manera que una asignación adecuada de derechos de propiedad permite la generación de adecuados incentivos para invertir y utilizar racionalmente los bienes. Ello hace posible que los individuos puedan tener una actividad en la que sus propias decisiones los conduzcan a niveles mayores de bienestar. Esto a su vez reduce los costos de transacción para asignar como recurso económicamente escaso la esfera de actuación privada.

Pero, por otra parte, la acepción de la privacidad referida al control de la información disponible nos conduce en dirección contraria. Al reducir los niveles de información disponibles socialmente el control de la información por parte de quien alega la vulneración de su privacidad puede conducir a elevar los costos de transacción y con ello a que se generen externalidades, y de ese modo, parte de los costos de la actividad de las personas no sean asumidos por quienes los generan. Así, el costo de la incertidumbre generada por la falta de información considerada privada afecta a todos y no sólo a aquellos beneficiados por mantener oculta cierta información.

La paradoja se hace aún más compleja cuando uno nota que en parte el derecho a “ser dejado solo” tiene por efecto reducir la información disponible. Sería mejor decidir sobre asuntos que involucren las cualidades de las personas si pudiéramos acceder libremente a su esfera privada y tomar de ella la información necesaria (por ejemplo, cómo trata una persona a sus hijos en el hogar). Por otra parte, la cantidad de información disponible sobre nosotros mismos afecta nuestro derecho de exclusiva sobre lo que somos y lo que constituye nuestra esfera privada de actuación.

Si uno regresa sobre la idea de la función de los derechos de propiedad, puede sostenerse que la privacidad persigue asignar el recurso tiempo-espacio de una manera eficiente. Sin embargo, no debería permitirse que la privacidad sea utilizada para externalizar ciertos costos derivados del no uso de información relevante que puede ser considerada privada.

Bajo este aspecto lo que interesa es preservar un derecho de exclusividad pero sin permitir que el mismo pueda ser utilizado para generar externalidades a terceros por la vía de incrementar los costos de transacción a niveles tales que ya no sea posible que el mercado haga una asignación correcta de recursos

escasos. Así, información como el historial delictivo, los antecedentes de crédito o la historia laboral deberían estar a disposición de las personas. No queda claro en tales casos cuál es el beneficio que genera la reserva de ese tipo de información distinto a permitir una representación inexacta de la imagen de una persona, lo que induce a que se cometan errores al juzgarse sus cualidades y capacidades¹⁸.

Nótese, sin embargo, que es un presupuesto necesario que la información disponible sobre estos aspectos sea veraz y exacta. De lo contrario se elevarían los costos de transacción por la mala información existente, con un efecto incluso peor que el omitir información en el mercado. Así, si una persona con un historial de crédito impecable aparece como moroso en el sistema de una central de riesgo, entonces el sistema legal debe corregir la información inexacta.

Si bien podrían encontrarse razones para dar a deudores morosos o a ex-presidarios una segunda oportunidad, el problema y la injusticia de un sistema amplio de protección a la privacidad que permita ocultar tal información es que el costo de brindar tal ayuda es asumido por todos los demás, y en particular por quienes cuidaron su crédito y respetaron la ley toda su vida.

7. MERCADO Y MALA DEFINICIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD

En ocasiones se crítica al sistema de mercado porque en su funcionamiento se violan frecuentemente derechos vinculados a la privacidad de las personas. Así, se critica a la prensa amarilla y la demanda que ésta satisface como un ejemplo típico. Se menciona también el caso de quienes venden, quizá motivados por su situación económica, su privacidad permitiendo la instalación de cámaras que filmen su vida diaria. Se dice que los sistemas de información derivados de tarjetas de crédito o antecedentes de crédito, son mal usados por el sistema, difundiendo información privada de manera inadecuada.

Sin embargo, la mayoría de problemas vinculados con la violación de la privacidad están en realidad referidos a una mala definición de los derechos de propiedad sobre lo privado. El uso inadecuado de la información o la invasión de periodistas en la vida privada son consecuencia de derechos mal definidos. Basta acudir a una discusión sobre los alcances de la privacidad para ver lo abstracto y difícil que es definir sus límites.

Imaginemos que se dijera que dejar las llaves en el encendido de un automóvil o la puerta con el seguro abierto pudiesen ser interpretados como una donación¹⁹. Así, quien pasara por allí podría interpretar que el propietario consintió para que se lo llevaran el auto. Si ello ocurriera, la propiedad privada sobre los automóviles se diluiría en esa posible interpretación. El resultado

18. Posner, Richard, *The Economics of Justice*, página 248, es aún más radical al juzgar este aspecto de la privacidad al señalar que los secretos industriales y comerciales en la actividad empresarial merecen una mayor protección legal, en términos generales, que la que brinda la privacidad a la información privada. Para este autor la protección a los secretos empresariales es una forma de permitirle al empresario apropiarse del beneficio social que genera, mientras que los secretos personales parecerían estar más dirigidos a ocultar factores que desacreditan a las personas.

19. Esto incluye una serie de variantes como dejar la ventana entreabierta, dejar el auto estacionado en un descampado toda una noche, dejar la llave sobre la mesa de un restaurante, etc.

sería un mayor desarrollo de mercado de automóviles robados (o cuasi robados por una forzada interpretación de la existencia de consentimiento para que se los lleven los autos). La sensación que habría es que el mercado no asigna correctamente la propiedad. Pero el error de esa interpretación es que el problema no está en el mercado sino en la definición inadecuada o imprecisa de los derechos de propiedad.

Nótese que con la privacidad ocurre algo similar. La definición de sus límites y su contenido es imprecisa tanto en las leyes como en la jurisprudencia. Discusiones como si dejar la puerta abierta de la casa implican haber renunciado a la privacidad son comunes en estos casos. Se discute si el estar en un espacio público implica una renuncia a que se guarde reserva sobre todo lo que ocurre en él o si el haber dado la información en una encuesta autoriza publicarla²⁰. De hecho, la privacidad muestra mucho de los males o problemas que muestran otros derechos imprecisamente definidos, como los secretos industriales o comerciales. Pero el problema está en la imprecisión, no en el mercado. Así, el trabajo está por definir mejor el alcance de estos derechos y no por prohibir su funcionamiento en el marco de un sistema de mercado.

8. CONCLUSIÓN

El mercado necesita de la privacidad para operar, pues ella permite definir el ámbito de actuación de la autonomía privada. Pero una mala definición de la privacidad nos puede conducir a elevar innecesariamente los costos de transacción y a colocar costos en quienes no tendrían por que soportarlos.

Por ello, considerar que existe una contradicción teórica o práctica entre mercado y privacidad sólo se explica en una mala comprensión de las funciones que la privacidad debe desarrollar. Quizás la privacidad sea la titularidad más importante del sistema jurídico, pues ella es la base de la definición de lo que es una persona, y a partir de ello se constituyen y organizan todas las demás titularidades (propiedad incluida). Pero a su vez extender a la privacidad más allá del ámbito de lo que se necesita para definir qué es la autonomía privada y la libertad de elección es convertir ese derecho en una barrera para el propio desarrollo de las personas.

El “no se lo digas a nadie” puede llevar implícito la creación de falsas representaciones acerca de cómo son las personas. Ello puede ser importante para el desarrollo de otras personas. Por eso, al definir la privacidad debe

20. En una ocasión asistí a una discusión académica en la que se debatía si la fotografía de alguien orinando en la calle estaba protegida por el derecho a la privacidad y por ello no podía ser publicada. Para alguno de los profesores que discutían el tema el hecho de orinar en la calle implicaba ya una renuncia a lo privado. Para otros cualquier acto de este tipo estaba protegido y la fotografía no podía publicarse. Incluso se sostuvo que si la persona orinaba en la calle porque por un apuro no pudo llegar a un lugar privado estaba protegido, mientras que si lo hacía simplemente por flojera estaba renunciando a su privacidad. Variantes de la discusión giraban en torno a si estaba o no ebrio, pues de no estarlo había actuado con conocimiento de causa y con plena voluntad, supuesto no aplicable a una persona ebria. Con ese tipo de discusión no es difícil entender porque cuesta tanto definir el alcance del derecho a exclusión que se deriva de la fotografía de alguien orinando en público. Si esa definición estuviera hecha de manera adecuada, el mercado funcionaría libre de la generación de externalidades.

considerarse no sólo los derechos de quien quiere presentar “su mejor cara”, sino los derechos de quiénes se perjudican cuando esa cara es en realidad careta o máscara que oculta una realidad distinta, y que conduce al error y a la pérdida de bienestar social. Como dice Milton, en tal circunstancia, es mejor dejar que la verdad se abra paso, aunque no todos estén conformes con dicho resultado.