



DEMOCRACIA Y DATOS PERSONALES

DEMOCRACY AND PERSONAL DATA

MIGUEL PEZZUTTI

[Profesor adjunto de Derecho Administrativo y secretario del Instituto de Derecho Administrativo, Universidad de la República (UDELAR). Docente en la Maestría en Derecho Administrativo Económico y en la Maestría en Tributación de la Universidad de Montevideo (UM)].

Resumen

El presente artículo analiza tres temas, que corresponden a tres derechos fundamentales de gran relevancia para garantizar el respeto a la dignidad humana: democracia, libertad y protección de datos personales.

Se estudian los elementos de la democracia siguiendo la línea de pensamiento de Luigi Ferrajoli. La libertad se examina a partir de las garantías y los derechos individuales. Con base en las normas europeas y uruguayas, se analiza la relación entre protección de datos personales y democracia. Finalmente, se realiza una reflexión partiendo de tres premisas: lo viejo, lo nuevo y los desafíos.

Abstract

This article analyses three topics, which correspond to three fundamental rights, of great relevance for guaranteeing respect for human dignity: democracy, freedom and protection of personal data. The elements of democracy are studied following the line of thought of Luigi Ferrajoli. Freedom is examined on the basis of individual rights and guarantees. Based on European and Uruguayan standards, the relationship between personal data protection and democracy is analyzed. Finally, a reflection is made based on three premises: the old, the new and the challenges

PALABRAS CLAVE: *democracia, dignidad humana, libertades, protección de datos personales.*

KEYWORDS: *Democracy, Human Dignity, Freedoms, Protection of Personal Data.*

SUMARIO: I. Ubicación del tema. Aproximación a la idea de democracia. II. Democracia y libertad. La cuestión de los derechos individuales y las garantías. III. Protección de datos como derecho y como garantía. IV. Democracia, gobierno y mentira. V. Fuentes consultadas.

I. UBICACIÓN DEL TEMA. APROXIMACIÓN A LA IDEA DE DEMOCRACIA

La vinculación del régimen de protección de datos con los fundamentos del Estado democrático de derecho reclama un análisis en clave moderna de un viejo problema: ¿cómo defender la libertad frente sus turbaciones?, problema en el que se encuentran involucrados por igual los intereses individuales y generales.

Para abordar el tema planteado, es necesario desentrañar el concepto jurídico de democracia. Como afirma Ferrajoli, hay distintos acercamientos al concepto; y, junto con la aproximación jurídica, existen otras, económicas, sociales, psico-antropológicas, etcétera. El eminente pensador italiano entiende que “de todas las posibles aproximaciones la jurídica es, si no la más importante, la previa a todas las otras. Como lo confirma el fracaso de los socialismos reales, debido principalmente, creo, al total desprecio por el derecho y por los derechos que desde su inicio los caracterizó” (Ferrajoli, 2009: 167).

Desde un abordaje meramente formal o procedimental, podría sostenerse que es el sistema en el cual las decisiones residen en el pueblo, el que se manifiesta por sí mismo o mediante la actuación de representantes, designados luego de procedimientos definidos y, por ende, legitimados formalmente para expresar la voluntad popular. Por tal motivo, la visión formal requiere de algunos presupuestos básicos de forma o procedimiento, así como el apego proporcionado o racionalmente adecuado a la regla de las mayorías. Esta aproximación a la idea de la democracia ha demostrado su magnífica suficiencia lógica, pero su falta de operatividad sustantiva.

Al decir de Ferrajoli (2003: 227), la expresión formal es una *conditio sine qua non* de la democracia, necesaria pero no suficiente. Aparecen con ello ciertos límites o perfilamientos sustanciales al concepto de democracia formal y, por ende, una alteración de las reglas que la gobiernan .

El primer límite sustantivo consiste en la identificación de una zona de resistencia al principio de las mayorías. Ese ámbito está constituido por aquello indecible, y en él no hay interés general —por ende, legitimidad— en consagrar la reducción de esferas jurídicas individuales por la manifestación colectiva. Existe, así, un ámbito de derechos o garantías no limitables, aun mediando decisión de las mayorías. Esto se expresa en la existencia de ciertos derechos fundamentales que no pueden ser restringidos, ni siquiera mediando decisión de las mayorías, porque implicaría privar a las minorías de estas prerrogativas básicas y connaturales a la existencia humana. Lo mismo sucede con la restricción de las garantías democráticas esenciales, puesto que su ausencia consagra una verdadera autocracia formalmente legitimada, una negación de la democracia fincada en presupuestos básicos de la democracia misma, que se subvierte y construye sobre cimientos aparentemente legítimos pero viciados.

En este punto cabe prevenirse del uso abusivo que se ha hecho de la idea de democracia sustancial como contraria o, peor aún, superadora de la democracia formal, con lo cual se llega a negarla en sus postulados esenciales.

Se asiste a un discurso basado en la idea de que la democracia no es votar periódicamente, lo cual conduce luego a la falacia de que existen democracias sin elecciones libres y abiertas, ni las manifestaciones formales de la voluntad popular, porque esos sistemas garantizan algunas prestaciones a los habitantes.

En realidad, no hay democracia sustancial sin democracia formal, porque también en esto las sustancias se satisfacen en las formas.

Una visión sustantiva de la democracia implica considerar la participación formal como garante de un estándar de respeto por todas y cada una de las voluntades que integran una comunidad democrática. Esta concepción asume una postura de respeto al otro como ser libre y con dignidad y le confiere relevancia a sus decisiones.

Como afirmaba Cagnoni (1989: 25), la fraternidad —base del fenómeno democrático— implica reconocer a los demás como otro libre, y que subsiste en sí mismo y como un verdadero “yo mismo”, persona también igual en dignidad. Ello implica reconocerle como persona y, por ende, *a priori*, le confiere dignidad de tal. Así se completa la idea democrática en la dignidad, que se alcanza, con su raíz moral, en la fraternidad, libertad e igualdad.

En ese concepto, lo central en la idea democrática sigue siendo la persona. Por ello, la democracia implica un doble ámbito de respeto: el de las mayorías, como regla decisoria de principio, y una garantía de las minorías en la zona de lo indecible. En esta última estarán los ámbitos nucleares de los derechos fundamentales, y entre ellos los políticos o civiles vinculados a la pertenencia de los órganos manifestantes de la voluntad popular (en nuestro ordenamiento el derecho a participar en el “cuerpo electoral”, órgano innominado que manifiesta, entre otras, la función constituyente).

Por lo dicho, la idea de democracia no se agota en la posibilidad de decidir, sino en la de ser partícipe de la decisión de manera libre y, al mismo tiempo, de ser objeto de protección —efectiva— en zonas donde la decisión mayoritaria no habrá de ingresar, so pena de afectar un ámbito irreductible de integridad humana.

En este punto me permito identificar una zona primaria de lo no decidible, constituida por las reglas de la naturaleza humana. En este punto, no exento de desafíos conceptuales, interesa el derecho a conocer y decidir de acuerdo a la verdad. Los hechos no son objeto de definición democrática ni modificables por las reglas de la mayoría, porque los hechos son lo que son (García, 1991: 31). Para decirlo de un modo gráfico: la ley de la gravedad no se somete a referéndum.

Ello no impide que, por razones de convivencia, sea frecuente que se adopten determinados efectos para esas realidades, o incluso se admitan negaciones convencionales de tales realidades, para darles un tratamiento consensuado, siempre que ello no implique la privación de derechos que, por naturaleza, son inherentes a la persona humana. Pero lo que resultará democráticamente reglado por las mayorías será lo que se interprete respecto de ciertos hechos de la naturaleza o sus consecuencias jurídicas, nunca de los hechos mismos o su negación, cuando se involucran derechos inherentes a la persona humana.

Esas cuestiones se manifiestan con particular intensidad en algunas de las preguntas más frecuentes del derecho, como ¿desde cuándo se es persona?, o ¿cuándo comienza la vida?. Se pueden generar ficciones jurídicas para determinar los efectos jurídicos de lo que se denomina personalidad civil, pero lo que definitivamente no se podrá es negarle la existencia a ciertos hechos si estos ocurren y se asocian a la inherencia humana. A partir de ello, si de esos hechos surgen consecuencias jurídicas derivadas de tal inherencia, no podrá desatendérselas sin incurrir en una vulneración de situaciones jurídicas protegidas a priori. Tal es, a mi juicio, la clara solución que revela el art. 72 de la Constitución uruguaya cuando reconoce la existencia de derechos de jerarquía constitucional, aun cuando no sean recogidos expresamente en la Carta, por el solo hecho de ser inherentes a la personalidad humana o a la forma republicana de gobierno.

Esa naturaleza, entiendo, es la que vincula el fenómeno democrático a unos supuestos esenciales para su caracterización: la libertad y el derecho a conocer la verdad y decidir con base en aquella —que constituye su *prius lógico*— son un atributo inherente tanto a la persona como a su dignidad.

De modo similar, Ferrajoli (2003, 36) finca en la autonomía de la voluntad el punto de conexión entre democracia formal y sustancial.¹ Por esto puede con-

¹ Dice Ferrajoli: “Las dos dimensiones de la democracia, la formal y la sustancial, resultan así anudadas, por el paradigma constitucional, a otras tantas clases de derechos fundamentales: los que podemos llamar derechos formales de autonomía —los derechos políticos en la esfera pública de la política y los derechos civiles en la privada del mercado— que aseguran la forma democrática de las decisiones; y los que he llamado derechos sustanciales —los derechos de libertad y los derechos sociales— que aseguran la sustancia democrática de las mismas. Así resulta una concepción de la democracia constitucional como modelo normativo articulado en varias dimensiones, correspondientes a otras tantas clases de derechos fundamentales: la democracia política, asegurada por las garantías de los derechos políticos; la democracia civil, asegurada por las garantías de los derechos civiles; la democracia liberal (o liberal-democracia) asegurada por las garantías de los derechos de libertad; la democracia social (o social-democracia), asegurada por las garantías de los derechos sociales. En este sentido el garantismo, tomado en sus cuatro dimensiones —política, civil, liberal y social, según la clase de derechos garantizados— puede muy bien ser considerado como la otra cara del constitucionalismo y como el presupuesto jurídico de la efectividad de la democracia” (Ferrajoli, 2009).

cluirse que, sin voluntad racional, libre e informada, no hay democracia; y que tampoco la habrá si esa voluntad resulta constreñida, falseada, viciada, pues, sin libertad, no hay voluntad relevante para calificar un estatus democrático.

En resumen, el principio democrático reside en diversos postulados: libertad, decisión de la mayoría e integridad e inherencia de los derechos fundamentales. Jurídicamente, además, ese principio no se agota en un fenómeno fáctico ni en un mandato ético, sino que cumple una función lógica: la garantía de eficacia de los derechos individuales.

II. DEMOCRACIA Y LIBERTAD. LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y LAS GARANTÍAS

Justino Jiménez de Arechaga (1991, :380) manejaba la inescindible relación entre los derechos individuales y las garantías. Afirmaba que aquellos se veían protegidos por estas y que la Constitución uruguaya lo hacía de dos modos.

Por un lado, existe una protección genérica —afirmaba—, y ella alcanza a todos los derechos. Estas garantías serían nueve, y pueden resumirse en los siguientes postulados: i) sistema democrático de gobierno; ii) gobierno representativo amplio; iii) división del poder; iv) subordinación del poder a la constitución; v) jerarquía normativa y primado de la constitución; vi) sistema de control de constitucionalidad de las leyes y de la legalidad de los actos administrativos; vii) sistema de responsabilidad por el ejercicio del poder; viii) reserva constitucional de los derechos fundamentales y su restricción; y ix) subordinación de la vigencia del sistema jurídico al consentimiento, formal, de la comunidad políticamente organizada.

Por otro lado, y junto con las primeras, existen garantías específicas para cada derecho. Ellas son eventuales, adicionales o particularizadas.

Desde su visión, el régimen democrático y representativo constituye una garantía de derechos individuales. El autor referido decía que el establecimiento de un sistema democrático republicano “impide que la voluntad de un solo hombre pueda dictar la ley para el grupo, lo que facilitaría la arbitrariedad”. La estructura de un gobierno representativo amplio, por su parte, permite “a todos los grupos de opinión exponer con eficacia su criterio acerca de los problemas de interés común. Con ello se evita el resentimiento de las tendencias minoritarias, fuente de malestar político” (Jiménez de Arechaga, 1991: s/p).

La Constitución uruguaya también consagra, como garantía propia del régimen democrático, la libertad de conciencia moral del trabajador, de suerte que la dependencia laboral —al igual que cualquier otra— no pueda afectar el ámbito de lo íntimo, donde reside el germen de la libre decisión.

En este sentido, anticipo que, a mi juicio, la protección de los datos personales constituye un derecho y una garantía del individuo en el régimen democrático para el ejercicio de los derechos del ciudadano.

III. PROTECCIÓN DE DATOS COMO DERECHO Y COMO GARANTÍA

El Reglamento de la Unión Europea para la Protección de Datos Personales ratifica, en su primer considerando, que “La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental”. Lo propio hace la ley uruguaya N°18.381 en su artículo primero.

No puede sino admitirse que se trata de un derecho fincado en la inherencia humana vinculada con su vida en comunidad.

No escapan de este análisis las dificultades que entraña la caracterización de un derecho como fundamental. Quizás un criterio estricto nos conduzca a la visión como la propuesta por Alexy (1993), para quien son fundamentales aquellos que están reconocidos a la persona en cuanto tal por una regla de derecho, lo que en nuestra Constitución incluye tanto a las normas escritas como a los principios generales del derecho.

Desde una perspectiva formal, Ferrajoli habla de derechos fundamentales para referir todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

No importa en esta definición el contenido del derecho para calificarse como fundamental. Basta que el ordenamiento lo reconozca o adjudique genéricamente a la calidad o *estatus* de persona, para que pueda asociarse a la calidad invocada.

Claro está que la aproximación puramente formal no permite descartar lo que Guastini (2001) denomina *prejuicios positivistas*; pero, aun así, el mérito de esta definición reside en su completo abordaje formal de todos los ordenamientos, cualquiera sea su signo. Por ello, asumido como postulado genérico, resulta admisible en la Constitución uruguaya.

Sin embargo, en el ordenamiento uruguayo habrá de agregarse la adopción dogmática de una estimativa iusnaturalista desde que el art. 72 de la Constitución uruguaya, de manera clara e inobjetable, imbrica de tal modo el derecho a la persona, que existe un vínculo de inherencia que no depende del reconocimiento constitucional o legal, sino que acompaña al individuo en su calidad de tal. El derecho positivo no dice cuáles son, sino que se remite a su existencia, de suerte que, como enseñó Cajarville, ellos necesariamente se derivan de los principios generales del derecho.

Son inherentes en tanto no se pueden desvincular de la persona, de modo que como expresaba Barbagelata (2000: 16), pero, además, en esta corriente estos derechos son connaturales y originarios de la persona y, en rigor, no requerirían siquiera de reconocimiento estatal o, al menos, no podría negárselos por la circunstancia de no estar mencionados en el derecho positivo.

La primera consecuencia de esta calificación es que no requieren de una norma expresa que los reconozca, pues ellos “son” desde que se trata de una persona. Por tanto, no reclamarían la calidad de irreversibles, puesto que ya poseen una estabilidad apriorística.

La segunda consecuencia es que su operatividad, en cuanto regla de principio, tiene una fuerza expansiva. En caso de duda, habrá siempre de optarse por la solución legítima que protege al derecho fundamental.

Así, pues, la calidad de fundamental asocia al derecho indisolublemente con la calidad de persona, postulado que reconoce una “inherencia” respecto de la persona humana, y por ello, propio de su dignidad (Delpiazzo, 2018: 35).

La idea de dignidad, a su vez, reconoce una esfera de respeto a las decisiones y voluntades, puesto que ellas son consecuencia necesaria de lo humano, y no meras reacciones instintivas.

Nino afirmaba que:

El principio de dignidad de la persona, que prescribe que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento, parece ser tan básico que resulta casi vacuo como directiva de moralidad social. Como vimos, él es incompatible con el hecho de que también se tome seriamente en cuenta, por ejemplo, a los efectos distributivos, el color de piel de la gente. Pero su importancia como directiva de moralidad social se da por defecto: en la medida en que adoptemos ese principio y no tengamos justificación para adoptar otros principios que prescriban tomar también en consideración propiedades diferentes de las personas, como la de su color de piel o su grado de inteligencia, entonces la directiva que él establece importa un ingrediente fundamental de una concepción liberal de la sociedad. Asumiendo que no puede la adopción de principios que prescriban tomar en cuenta otras propiedades de los individuos, de la adopción de este principio de dignidad de la persona surge la ilegitimidad de instituciones o medidas que discriminen entre los hombres -p.ej., a los efectos de la distribución de recursos o de la asignación de penas- sobre la base de factores que no están sujetos a la voluntad de los individuos (Nino, 1989: 288).

Así, siendo que la dignidad de la persona se vincula con el derecho a ser tratada según sus propias decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento, debe entenderse que incluye necesariamente la libertad de generar tales decisiones, adoptarlas, y asumir la consecuente responsabilidad de dicha adopción.

Siguiendo con Nino, podemos referir la autonomía de la persona en los siguientes términos:

...siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Éste es el principio que subyace al principio más específico y menos fundamental que veda la interferencia estatal con conductas que no perjudican a terceros; tal interferencia es objetable en tanto y en cuanto ella puede implicar abandonar la neutralidad respecto de los planes de vida y las concepciones de excelencia personal de los individuos (Nino, 1989).

Nótese que lo que se predica del Estado también es predicable, y aun con mayor intensidad lo que se predica respecto de las interferencias de terceros que no tienen la legitimidad especial que posee el Estado para interferir cuando ello se deriva de la calidad de gestor principal del interés general y mediante las formas establecidas en la Constitución.

Una vez que se aprecian estos conceptos, puede concluirse, sin dificultades, que nuestra concepción de democracia participa de los postulados liberales contruidos desde el hontanar de la dignidad humana. Estos han sido reconocidos en la carta constitucional en materia política y de gobierno porque la Constitución asume que la dignidad humana y la autonomía son fundamento suficiente de la libertad e intrínsecamente asisten a toda persona.

Esa libertad es solo limitada en cuanto a su goce por la existencia de una decisión propia autolimitante o de una regla con jerarquía —fuerza y valor, o si se quiere dotada de regularidad, validez y eficacia formal, suficiente que se fundamente, a su vez, en los reclamos del interés general (art. 7 de la Constitución)—. En otras palabras, el goce de la libertad, como derecho solo, se restringe por el propio ejercicio de la libertad de asumir una restricción (contrato, convención, etc.) o por una regla aprobada conforme el procedimiento previsto para validar la Constitución o la ley.

La libertad se desenvuelve en distintos ámbitos del quehacer humano (interior o exterior, social, jurídico o político) y se manifiesta como una verdadera garantía para el goce de los derechos. Por ello se erige en un derecho y garantía de otros derechos si entendemos la garantía como una herramienta que posibilita la efectividad de una situación jurídica subjetiva, tal y como sostuvo Ferrajoli,² con

² Empleamos esta idea tal y como la manifiesta en *Derechos y garantías* (2017), donde califica las garantías como las formas en que se reduce la “distancia estructural” entre un derecho y su satisfacción, y no necesariamente como lo hace en *Derecho y razón. Teoría del garantismo* (1989), en el que las visualiza como herramientas de contención del poder.

la gráfica imagen de acortar la distancia estructural entre la previsión normativa y su concreción o efectividad.

La Constitución uruguaya eleva la libertad a la categoría de presupuesto del estatus del ciudadano y, por ende, de los derechos que se derivan de la calidad de tal.

El art. 8o de la Carta establece que la suspensión de la ciudadanía procede en siete supuestos. En general, todas las hipótesis de suspensión son consecuencia de la realización o comisión de actos voluntarios, determinados libremente por el sujeto; de modo que la suspensión es una respuesta a la acción decidida por el sancionado. Todas, excepto dos. Estas dos excepciones obedecen a circunstancias naturales, desvinculadas de acciones voluntarias del sujeto; derivan de cualidades intrínsecas del sujeto, y no son consecuencias de sus actos.

Uno de estos dos casos tiene que ver con la edad del sujeto, es decir, no haber cumplido 18 años, lo que no es otra cosa que una inferencia respecto del nivel de madurez o idoneidad en el empleo de la razón para decidir autónomamente. El otro se refiere a la afectación de la razón como supuesto del obrar libre, esta vez no como inferencia de lo general, sino, en concreto, el acaecimiento de circunstancias de hecho. Así lo reconoce el art. 8o al disponer que “La ciudadanía se suspende: 1º) Por ineptitud física o mental que impida obrar libre y reflexivamente”.³ Esta es una medida formal tuitiva de la validez de la voluntad orgánica que se configura en el “cuerpo electoral”.

Libertad, reflexión y razón son, dicho de modo de muy sumario, presupuestos del ejercicio de derechos propios de la ciudadanía y, al mismo tiempo, de la validez y eficacia de los actos del cuerpo electoral si consideramos que estos son la consecuencia de aquellos.

Por otra parte, la ley consagra garantías en el mantenimiento de la libertad de decisión y establece la represión de conductas que tiendan a menoscabar ese

³ Las causales por las que se suspende la ciudadanía en la Constitución uruguaya son las siguientes: 1º) por ineptitud física o mental que impida obrar libre y reflexivamente; 2º) por la condición de legalmente procesado en causa criminal de que pueda resultar pena de penitenciaría; 3º) por no haber cumplido dieciocho años de edad; 4º) por sentencia que imponga pena de destierro, prisión, penitenciaría o inhabilitación para el ejercicio de derechos políticos durante el tiempo de la condena; 5º) por el ejercicio habitual de actividades moralmente deshonrosas, que determinará la ley sancionada de acuerdo con el numeral 7º del artículo 77; 6º) por formar parte de organizaciones sociales o políticas que, por medio de la violencia, o de propaganda que incitase a la violencia, tiendan a destruir las bases fundamentales de la nacionalidad; 7º) por la falta superviniente de buena conducta, exigida en el artículo 75.

Se consideran tales, para los efectos de esta disposición, las contenidas en las secciones I y II de la presente Constitución. Estas dos últimas causales solo regirán respecto de los ciudadanos legales. El ejercicio del derecho que otorga el artículo 78 se suspende por las causales enumeradas precedentemente.

ámbito; de modo que, si se pierde la libertad de reflexión por circunstancias externas, deberán operar las garantías consagradas para restituirla.

Aun cuando no pueda ser eje del presente análisis, anticipo un problema relevante para clarificar el concepto de libertad de opción, ya que la opción presupone la apreciación de medios para adoptarla o correr con las consecuencias, que no siempre son iguales en todos los individuos. Nino (1989: 222) reflexiona sobre el punto del siguiente modo:

Esto plantea la cuestión de si el valor de la autonomía implica preeminentemente el valor de la capacidad de optar por diversos planes de vida o preferencias o el valor de la capacidad de satisfacer planes de vida o preferencias formadas. Se podría decir que ambas capacidades son valiosas y que, en el caso de un mismo individuo, no son incompatibles, ya que los recursos que expanden una capacidad expanden, en general, también la otra. Pero en el caso de distintos individuos tales capacidades sí pueden ser incompatibles, puesto que los recursos que necesita un individuo para satisfacer una preferencia cara pueden reducir el "menú" de preferencias posibles de otros individuos, aun cuando sus preferencias presentes no requieran esos recursos. Frente a este dilema, la mayoría de los autores liberales como Rawls, Dworkin y Ackerman, se pronuncian por jerarquizar el valor de la capacidad de optar por diversos planes de vida o preferencias sobre el valor de la capacidad de satisfacer las preferencias adoptadas. Ellos sostienen que en una concepción liberal los individuos deben ser responsables por la elección de planes de vida y la adopción de preferencias, y no ver esa elección o adopción como un hecho del que son víctimas y que el Estado y los demás individuos deben compensar con recursos adicionales, como si se tratara de una disminución física o intelectual que sí es necesario suplir de esa forma (Rawls, 1982: 165; Dworkin, 1981: 19; Ackerman, 1981).

En este marco, la libertad de decidir, como fundamento del esquema de democracia formal y sustancial, se manifiesta en unos presupuestos básicos:

- a. La ausencia de constricción o interferencia externa;
- b. La presencia de una información que se presume, o aspira a ser completa, respecto de circunstancias y condicionantes;
- c. Unos fines personales y colectivos individualmente apreciados por quien decide, sin perjuicio de que exista un componente de valor social en tal apreciación;
- d. La utilización de la razón o un juicio personal de idoneidad como vinculante necesario en la decisión, como medio frente a la información obrante y los fines perseguidos.

Este planteo teórico se manifiesta en la esfera de lo deseable, sin embargo, difícilmente opera fácticamente en estado puro.

El advenimiento de las nuevas tecnologías, particularmente la capacidad de operar y procesar ingentes cantidades de datos de los individuos, permite perfilar acciones concretizadas —*tailor made*— para condicionar su voluntad.

IV. DEMOCRACIA, GOBIERNO Y MENTIRA

A) LO VIEJO

Maquiavelo (1981: 152) recomendaba al gobernante actuar como zorra y también como león; lo primero para conocer las trampas y lo segundo para destrozar a los lobos. Los leones —decía— no entienden sus propios intereses. El príncipe prudente “no puede ni debe mantener fidelidad en las promesas, cuando tal fidelidad redunde en perjuicio propio”. “Si los hombres fueran todos buenos, este precepto no sería bueno, pero como son malos y no observarían su fe con respecto a ti, tú tampoco tienes que observarla con respecto a ellos”. “Los hombres son tan simples y se someten hasta tal punto a las necesidades presentes, que quien engaña, encontrará siempre quien se deje engañar”.

Más adelante, Kant⁴ sostendrá luego una postura radicalmente opuesta. La mentira es, simplemente, una declaración intencionadamente falsa dirigida a otro hombre, sin que se requiera la intención de dañar o perjudicar, ya que siempre es perjudicial. Por ello siempre afecta a otro hombre o a la humanidad en general, pues hace inutilizable la fuente de su derecho. Esto ocurre incluso con la mentira “bondadosa”. Concluye que existe siempre el deber de decir la verdad o hacerse responsable de la mentira.

En ambas aporías hay un ámbito complejo de desentrañar: se ha sostenido que existen mentiras necesarias por razones que se pretenden fincar en fines elevados. Sería la idea platónica de la “noble mentira” aquella que se necesita no ya para el bien egoísta del gobernante, como justifica Maquiavelo, y que no respondería la aparentemente inocente proposición altruista de Kant.

⁴ La postura de Kant reflejada en *Sobre un presunto derecho de mentir por filantropía* es respuesta a una polémica con Constant aparentemente alentada por este, quien antes había sostenido, sin nombrarlo directamente sino como “un pensador alemán”, lo siguiente: “El principio moral según el cual es un deber decir la verdad, si se tomase de manera aislada e incondicionada, haría imposible toda sociedad. La prueba de ello la tenemos en las muy inmediatas consecuencias que ha extraído de este principio un filósofo alemán, quien llega a afirmar que sería un crimen la mentira dicha a un asesino que nos preguntase si un amigo nuestro, perseguido por él, se había refugiado en nuestra casa”. La historia de este contrapunto figura en un interesante trabajo de Dulce María Granja Castro y Eduardo Charpenel Elorduy, llamado “Kant y escandaloso tópico de la prohibición de mentir: una lectura alternativa desde la filosofía del derecho”, disponible en <https://doi.org/10.5944/endoxa.29.2012.5309>.

La mentira es, en política, mucho más que una declaración que busca el engaño. Se presenta antes como un vicio en la formación de la voluntad democrática. Ella opera por acción, pero también por omisión, mediante el silencio de quien, debiendo hablar, no lo hace o proporciona una información parcial, incompleta. Algunas veces, incluso, emerge en una forma más peligrosa: mediante la conformación de un estado de convicción que parece ser el resultado de una reflexión del propio engañado, pero a la cual se habrá llegado por el estímulo de disparadores inconscientes, provocados deliberadamente por terceros que buscan la reacción preconcebida.

Ese fenómeno convive desde siempre con la política. La manipulación que se deriva del estímulo de un miedo irracional o infundado es una de las herramientas más frecuentemente empleada como orientadora de la voluntad ciudadana.⁵

La existencia de un enemigo imaginario que gana poder o ataca primero⁶ constituye un relato que se cuenta por cientos en la historia del hombre, y bien puede justificar una invasión reclamada por la integridad nacional o la defensa de la identidad.

Fácil es, por ende, un frecuente recurso de la manipulación por temor, incluso aquel que no se conoce conscientemente por el temeroso.

B) LO NUEVO

¿Qué es lo que ha cambiado para generar una alarma renovada o una intensificación en la preocupación antes reseñada? Creo que no hay nada nuevo en la tentación de apelar a nuestros miedos u otros factores inconscientes. Lo que irrumpe ahora es la capacidad de detectar y procesar nuestros flancos débiles —estimulando nuestras decisiones irracionales, emocionales, subconscientes—, de una forma masiva pero personalizada, en manejo de datos, en términos de “customización” para el resultado. Todo al mismo tiempo.

Antes la incidencia —o el intento— operaba en distintos niveles que podríamos llamar de plano general y plano particular. Ellos difícilmente se mezclaban. En el primero, la publicidad y la política atendían a determinados estratos, dirigían sus mensajes públicos mediante campañas amplias, debatibles en los mismos planos de generalidad por los contendores. Eran verdaderas “bombas

⁵ No puedo sino recordar en este punto la respuesta de mi abuela, quien en 1980 se justificó ante el niño de 10 años que yo era en esa época. Votó a favor de la propuesta de reforma constitucional autoritaria propuesta por el Gobierno militar. La simple pero contundente razón era que le habían dicho que “Si gana él, no van a quitar las jubilaciones”.

⁶ Caso del inventado ataque de un comando polaco a la estación de radio de Gliwice (agosto de 1939), en la Alta Silesia, con la propalación de un mensaje de toma de la estación por parte de los falsos invasores para justificar la respuesta de Alemania.

de napalm” con eslóganes, aun cuando ciertas veces podían tener algo más de selectividad.

Por otro lado, en lo particular, la canalización de la influencia se verificaba en el trato interpersonal, especialmente en comunidades pequeñas que permiten obtener datos de la vida particular de los otros y, con ello, la posibilidad de incidir con una argumentación apropiada para el caso concreto. El operador político intentaría convencer a su conciudadano utilizando la razón, pero también los datos que obraban en su conocimiento mediante la apelación, por ejemplo, a las injusticias del sistema jubilatorio impuesto por el gobierno, a sabiendas de que el interlocutor estaba tramitando una jubilación infructuosamente, o los costes de vida para el vecino cuya hija estaba por contraer matrimonio.

Las nuevas tecnologías y la globalización han venido a aportarnos nuevos y complejos puntos de análisis, aunque el problema de fondo seguirá siendo el mismo.

El *affaire* Cambridge Analytica y la participación de Facebook con el presumible uso político de datos personales colectados por esta (independientemente de la cuestión de su legitimidad formal) permiten reparar en cuán avanzados son los medios para identificar temores o preocupaciones, generar perfiles de personalidad y mapear estas cuestiones. Según parece, nos encontramos frente a un verdadero punto de inflexión en relación con las herramientas empleables y su trascendencia.

Varios aspectos se presentan como relevantes en esta cuestión y ofrecen un interesante plano de debate en torno a los viejos principios jurídicos que han gobernado nuestras instituciones por largo tiempo. Estos se refieren a:

- a. La forma consensuada en que muchos datos fueron colectados, lo que nos coloca frente a la duda sobre la validez de un consentimiento condicionado por factores sociales muy intensos, a los que retornaré párrafos más abajo;
- b. La forma inconsulta de coleccionar datos de terceros y su relación con la eficacia de las vías de control, en apariencia contradictoria con los principios de gobernanza;
- c. La utilización para un fin diverso del que se había anticipado la colecta;
- d. El “maquillaje” con aspectos académicos para inducir a la entrega de los datos;
- e. La vinculación con grandes redes sociales colectoras de cantidad y calidad de datos;
- f. La posibilidad tecnológica de procesar los datos y generar retroalimentaciones;

- g. La idoneidad para inducir la generación de efectos o conductas predictibles con altas tasas de acierto;
- h. La posición de los gobiernos y los gobernantes hacia este tipo de conductas, y su posibilidad de transformarse en respuestas eficaces frente a fenómenos globales.

Muchos de los caminos que emprendemos para buscar respuestas adecuadas que superen esas amenazas parecen resultar en un punto muerto o en la irremediable asunción de un determinismo fatalista. “El mundo es lo que es”; “existen fuerzas demasiado poderosas como para que las podamos variar a una escala diminuta”; “los gobiernos ya no gobiernan, sino que son las grandes corporaciones multinacionales las que fijan sustancialmente las reglas”; “si regulamos la tecnología, retrasamos el progreso”. Todos escuchamos reflexiones pesimistas o desalentadoras como estas.

En buena medida, algunos autores señalan problemas reales y las dificultades identificadas para encontrar soluciones apropiadas o justas. Rodrik (2011: 245) habla de un *trilema* que involucra objetivos generalmente deseados por los gobiernos del siglo XXI: i) la integración de los mercados, ii) el mantenimiento de la soberanía nacional y iii) la democracia. Con base en su análisis, existen opciones que solo pueden satisfacer a dos de estos objetivos o reclamos, pero ninguna alternativa que cumpla los tres al mismo tiempo. Por ende, quizás en mente de algunos tomadores de decisiones, el sacrificio pueda ubicarse en la esfera de lo democrático.

Creo útil la invocación de esa tesis, incluso sin compartirla completamente, para reforzar la idea de que las personas o los Estados se enfrentan a un escenario de constantes opciones aparentemente adversativas, lo que los pone a prueba frente a una decisión central: ¿qué es aquello a lo que estamos dispuestos a renunciar? Lo cierto es que existe un fenómeno creciente de tecnificación globalizada en el que las personas valoran dos objetivos en principio difícilmente compatibles: pertenecer o integrarse a la comunidad tecnológica mediante el acceso a redes o programas que corren sobre ellas y mantener su intimidad o la restricción del acceso a sus datos personales.

Visto desde una perspectiva jurídica liberal clásica —basada, principalmente, en la autonomía de la voluntad y de los acuerdos entre sujetos libres y capaces—, simplemente se observará personas que asumen que, para obtener una cosa, deben dar otra, por lo que nada habrá de objetarse.

Sin embargo, entiendo que el problema central reside en dos puntos frecuentemente mencionados de manera conjunta, pero que deben analizarse por separado:

Por un lado, el condicionamiento social o económico que puede afectar la libre elección de ingreso o requerimiento de una tecnología y, con ello, la propensión a revelar información personal a cambio. No hablamos de información que no debió revelarse, sino de aquella que legítimamente puede solicitarse, procesarse y disponerse mediante consentimiento, pero que es fruto de un consentimiento condicionado por circunstancias externas determinantes, de suerte que debilitan la autonomía.

Por otro, el empleo de información personal otorgada legítimamente, pero procesada y empleada a modo de *boomerang*, de suerte que puede perfilar la identidad de un sujeto más allá de lo que él mismo percibe y usarse para condicionar su conducta, es decir, restringir su propia voluntad o libertad o conducirlo a un determinismo creado fuera de su conciencia. Las dos cuestiones mencionadas se perciben muy claramente en la lógica de algunas aplicaciones o redes sociales. Estas presentan problemas que antes se vinculaban a fenómenos del mundo físico, pero que hoy se han traducido a los términos de un mundo digital.

Pensemos, incluso desde una lógica *prepandemia*, en la forma en que socializan los jóvenes. Por muchos años, las plazas, las instituciones de enseñanza, los clubs o centros de baile, los cafés o los centros comerciales eran los sitios comunes de encuentro. No estar en esos lugares implicaba para un joven, de algún modo, la imposibilidad de socializar en su total y completa dimensión. ¿Qué habría dicho un joven de la década de los años 80 si lo único que le cobraban por entrar en una conferencia telefónica con todos sus amigos era el acceso a un álbum de fotos, o en la tolerancia frente a algunos folletos que llegaban a su casa?

Hoy el ticket de acceso imprescindible a ciertas formas de pertenencia es la apertura a información personal. No podré estar en Instagram si no permito que determinada parte de mi intimidad sea conocida, especialmente por quien gestiona la plataforma y sus socios comerciales.

En cierto modo deberíamos preguntarnos si, para algunos sectores de la población, el compartir datos personales es una opción libre en toda su dimensión o, en realidad, se trata de una necesidad impuesta por las reglas de convivencia social. Cabrá preguntarse cuáles son los paradigmas de acceso a datos personales, más allá de la presunción formal de capacidad y libertad. Quizás estemos replicando por millones una ceguera generalizada que es aprovechada por lazarillos ávidos de encontrar las oportunidades que gotean de esta nueva realidad.⁷

⁷ No puedo sino recordar el pasaje en que el Lazarillo de Tormes se aprovecha del ciego, haciéndole pensar que se acurruca de frío en sus pies, cuando, en realidad, está tomando el vino desde el agujero que hizo en el vaso y que ha tapado con cera sin que la víctima lo aprecie. “Yo, como estaba hecho al vino, moría por él, y viendo que aquel remedio de la paja no me aprovechaba ni valía, acordé en el suelo del jarro hacerle una fuentecilla y agujero sutil, y delicadamente con una muy delgada tortilla de cera tapanlo, y al tiempo de comer, fingiendo haber frío, entrábame entre las piernas del

La reacción del Reglamento de la Unión Europea al consagrar en su art. 5 la idea de “minimización de daños” parece ser adecuada. A partir de esto se puede inferir que los pedidos de datos personales realizados por los desarrolladores de aplicaciones a los usuarios que desean acceder a ellas deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. Ello resulta corroborado, además, por el art. 7.4, que establece “Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato”.

Incluso, desde una perspectiva más compleja, cabe preguntarse si la sociedad moderna ha ingresado en una fase en la comparación de los valores en juego y, finalmente, ha terminado por rendirse a la renuncia de la intimidad en aras de la novedad tecnológica.

Esto no es otra cosa que la aplicación de lo que se conoce en el modelo económico como “curva de la indiferencia”, en virtud de la cual se explica la propensión a considerar satisfactoria la pérdida en una variable en favor de la ganancia obtenida en otra (por ejemplo, estar dispuesto a sacrificar la propia libertad ambulatoria y tolerar las detenciones para averiguar qué tanto y cuánto esto aumenta suficientemente la seguridad como para justificar el sacrificio).

Existe también una imperceptible tendencia a aceptar una pérdida de intimidad en tanto existe una satisfacción —o percepción de satisfacción— incremental de un deseo mediante el acceso a un bien o servicio. Quizás, debe reconocerse, esto solo se justifique a causa de la ignorancia de los costes ocultos. Pero subyace la pregunta de si es aceptable dejar que todo siga de este modo o es necesario algo más de control.

C) EL DESAFÍO

Del mismo modo en que los Estados se adaptaron a la división del poder político para garantizar los derechos individuales y encaminaron la fragmentación del poder económico con las reglas de la protección de la competencia y defensa del consumidor para defender los derechos individuales en el mercado, hoy tocaría el tiempo de dividir el poder tecnológico para que no se vuelva contra las bases del

triste ciego a calentarme en la pobrecilla lumbre que teníamos, y al calor della luego derretida la cera, por ser muy poca, comenzaba la fuentecilla a destilarme en la boca, la cual yo de tal manera ponía que maldita la gota se perdía. Cuando el pobreto iba a beber, no hallaba nada: espantábase, maldecía, daba al diablo el jarro y el vino, no sabiendo qué podía ser. No diréis, tío, que os lo bebo yo —decía—, pues no le quitáis de la mano”.

sistema de derechos y garantías que constituye la base del sistema democrático.

La reacción punitiva es una vía, pero la globalización y las escalas económicas de los jugadores resultan factores desafiantes. La multa más grande que aplicó jamás la *Federal Trade Commission (FTC)* hasta 2020 tuvo por sujeto pasivo a Facebook y se derivó del escándalo del manejo de datos con la participación de Cambridge Analytica. El monto ascendió a 5000 millones de dólares, cifra superior al producto interno bruto (PIB) anual de, al menos, 35 países. Para comprender la efectividad de esta sanción y las dudas que despierta el mecanismo, basta un dato: las acciones de la empresa sancionada, al cierre de la jornada bursátil del mismo día en que se aplicó la sanción, experimentaron un incremento del 2% (Pozzi, 2019: s/p).

Eso no implica renegar de la relevancia del medio punitivo como manifestación del poder de policía. En Uruguay, la Resolución 105/15 de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP) tipifica como falta muy grave el “tratar los datos personales, violentando los principios y garantías consagradas en la Ley No. 18.331, cuando con ello se impida o se atente contra el ejercicio de los derechos fundamentales”, lo cual resulta racionalmente sustentable, aunque no necesariamente suficiente.

Sin correcciones, es probable que no sean suficientes los esfuerzos por desestimular la manipulación electoral de la información basada en datos personales que condicione las decisiones de los ciudadanos.

Ese desafío, además, supera los límites de los Estados y requiere de un esfuerzo coordinado a nivel global, porque el fenómeno es global. Sin este esfuerzo conjunto, entrará en duda el supuesto fundante del sistema democrático: el obrar libre y reflexivo del ciudadano.

VI. FUENTES CONSULTADAS

- Ackerman, B. (1981), *Social justice in the liberal state*, Londres, Yale University Press.
- Alexy, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Barbagelata, A. (2000), *Derechos fundamentales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria (FCU).
- Cagnoni, J. A. (s/a), *Estado social y democrático de derecho*, Montevideo.
- Delpiazzo, C. (2018), “Dignidad humana y principio ‘pro hómīne’ en los litigios sobre derechos humanos”, *Revista de Derecho Público*, núm. 54, Montevideo, FCU.

- Dworkin, R. (1981), "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, núms. 3 y 4, John Wiley & Sons.
- Ferrajoli, L. (2003), "Sobre la definición de 'democracia'. Una discusión con Michelangelo Bovero", *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 19, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- (2009), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, 4^a ed.
- García de Enterría, E. (1991), *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas.
- Guastini, R. (2001), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-unam.
- Jiménez de Arechaga, J. (1991), *La Constitución Nacional*, t. I.
- Maquiavelo, N. (1981), *El príncipe*, Barcelona, Bruguera.
- Nino, C. S. (1989), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2^a. ed., Buenos Aires, Astrea.
- Rawls, J. (1982), "Social Unity and Primary Goods", A. Sen y B. Williams (editors), *Utilitarianism and beyond*, New York, Cambridge University Press.
- Rodrik, D. (2011), *The Globalization Paradox. Democracy and the future of the world economy*, Londres, W. W. Norton and Company.