

LA "UNI-DI-VERSALIDAD"¹ DE LOS DERECHOS HUMANOS: CONFLICTOS ENTRE DERECHOS, CONCEPTOS DE DEMOCRACIA E INTERPRETACION JURÍDICA

Rodrigo Uprimny

Profesor Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia

Según los distintos documentos internacionales de derechos humanos, existe una indisociable interdependencia entre el goce de los derechos humanos y la democracia, pues sólo hay democracia si los derechos de las personas son respetados y, a su vez, el respeto de tales derechos presupone la existencia de una organización social y política democrática. Igualmente, tales documentos plantean que los derechos humanos forman una unidad, pues son interdependientes, integrales y universales, de suerte que no es admisible que se desconozcan unos derechos so pretexto de salvaguardar otros. Así lo señalan con claridad, y además con hermosas palabras, la propia Declaración Universal, los pactos internacionales y los documentos finales de las dos conferencias mundiales de derechos humanos, a saber la Declaración de Teherán de 1968 y la de Viena de 1993. Por ejemplo, los considerandos de los pactos internacionales de derechos humanos recuerdan que "no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos." Por su parte la Declaración de Teherán proclama que "los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles" y, según la Declaración de Viena, la democracia, el desarrollo y los derechos humanos son "interdependientes" y "se refuerzan mutuamente"².

Esta visión "holista" o "integral" de los derechos humanos y la democracia, como la denominan algunos autores³, constituye hoy la filosofía política dominante en las entidades internacionales y en la mayoría de los movimientos de derechos humanos. Personalmente considero que ella encarna unas aspiraciones justas y valiosas en la medida en que muestra la unilateralidad de aquellas interpretaciones que ya sea reducen la democracia al respeto de los derechos civiles y políticos, o ya sea destruyen las libertades políticas en nombre de la búsqueda de la igualdad social. Sin embargo, debemos evitar que esa concepción integral, acertada y arriesgada en sus aspiraciones, se convierta en una filosofía ingenua, incapaz de dar cuenta de la complejidad y las tensiones de los derechos humanos, la democracia y sus relaciones pues podría pensarse que, conforme a esta visión, la unidad de los derechos humanos y su relación con la democracia son un hecho evidente y no problemático, cuando la realidad es totalmente diferente.

De un lado, no sólo la democracia dista de ser un concepto unívoco⁴ sino que sus relaciones con los derechos humanos no han sido pacíficas. Así, la democracia es en principio una filosofía sobre el origen legítimo de la soberanía, por lo cual admite un poder sin límites, siempre y cuando se fundamente en la voluntad popular, mientras que los

¹ Espero que en el curso del artículo, el lector entienda el significado que le atribuyo a este neologismo.

² Ver, por ejemplo, los párrafos 8, 12, 30 y 31 de la Parte Operativa I de la Declaración de Viena.

³ Ver, por ejemplo, Antonio Augusto Cançado. "Democracia y Derechos Humanos: el régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de Derecho" en Rafael Nieto Navia (Ed). **La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos**. San José: OEA, Unión Europea, 1994, pp 529 y ss.

⁴ Ver, por ejemplo, Giovanni Sartori. ¿Qué es la democracia? Bogotá: Altamira, 1994, pp 3 a 25.

derechos humanos nacen como limitaciones a esa soberanía, pues tienen inicialmente un contenido liberal e individualista. Por ello, para ciertas versiones democráticas radicales, los derechos humanos son obstáculos inaceptables al ejercicio de la soberanía popular⁵, mientras que ciertas visiones liberales de los derechos humanos temen los riesgos de opresión mayoritaria ligada a la ideología democrática, por lo cual plantean la necesidad de morigerarla con elementos en apariencia no estrictamente democráticos, como el poder regio defendido por Benjamin Constant⁶, el control judicial de constitucionalidad establecido en la independencia estadounidense⁷, y los propios derechos constitucionales, que son por esencia instituciones contramayoritarias⁸.

De otro lado, la unidad y universalidad de los derechos humanos es más una aspiración que un punto de partida. En efecto, a pesar de que los derechos humanos son pensados como fórmulas integrales para una convivencia democrática universal, lo cierto es que ellos incorporan tradiciones diversas y valores disímiles, de suerte que no sólo es difícil que puedan ser satisfechos simultáneamente sino que, además, su implementación mecánica podría vulnerar ciertas especificidades culturales.

En ese orden de ideas, es un error tratar de soslayar el estudio de los conflictos inherentes a la noción de derechos humanos y sus complejas relaciones con la democracia, puesto que ello puede implicar equívocos graves, no sólo a nivel teórico sino aun en la dinámica política, al generarse un aparente consenso en torno a la importancia de la protección de ciertos valores, consenso que precisamente se rompe en los momentos críticos cuando las tensiones se hacen manifiestas. Esto es aún más evidente en el campo judicial, pues la conversión de los derechos humanos en derecho positivo convierte en ineludible el reconocimiento de los conflictos, las ambigüedades y las contradicciones de los derechos humanos. En efecto, esta positivización implica difíciles problemas interpretativos, pues los jueces y las instancias internacionales de protección deben resolver, en un tiempo limitado y con un material probatorio no siempre contundente, casos concretos, en donde distintos valores y derechos humanos pueden entrar en conflicto. El funcionario no puede entonces escudarse en la presunta interdependencia y complementariedad entre los derechos humanos pues, en muchas ocasiones, y contrariamente a lo sostenido por los documentos internacionales, el tribunal sólo puede proteger el derecho de una persona A

⁵ Por ejemplo, para Rouseeau, el gran teórico de la soberanía popular, el individuo no puede pretender tener derechos contra la voluntad general, ya que el pacto social confiere al cuerpo político un poder absoluto sobre todos sus miembros. Ver **Le Contrat Social**, II, 4.

⁶ Ver Benjamín Constant. **Principios de Política**. Buenos Aires: Americalee, 1943. En el capítulo segundo, este liberal defiende la idea de una monarquía constitucional pues considera que la técnica de la división de poderes es insuficiente para controlar la arbitrariedad estatal, por lo cual sólo el poder regio, como poder supremo pero nulo, es capaz de evitar los excesos de los poderes activos, y por ello es necesario para asegurar la libertad individual.

⁷ En el célebre numeral 78 del **Federalista**, la defensa del control judicial efectuada por Hamilton tiene claramente un sello contramayoritario, pues la presenta como una "excelente barrera contra el abuso y las opresiones del cuerpo representativo", que es necesaria para proteger la forma limitada de gobierno y los derechos de la persona.

⁸ Ver, por ejemplo, Ronald Dworkin. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1984. Según este autor, los derechos constitucionales, en el sentido riguroso del término, son cartas de triunfo contra las mayorías y la persecución del bienestar colectivo, ya que sólo se puede decir que una persona A tiene derecho a hacer una conducta X si la mayoría no puede evitar que A realice X, aun cuando la mayoría considere que la realización de X disminuye su bienestar.

limitando el derecho concurrente de una persona B. Un ejemplo corriente de estos conflictos es el que tuvo que resolver la Corte Constitucional de la República Federal de Alemania. Una casa editorial pensaba reeditar el libro de Klaus Mann, *Mefisto*, que se refiere a la carrera del entonces ya fallecido director teatral Gustav Grudgens, a quien considera un prototipo del traidor, por cuanto había abandonado todas sus convicciones liberales a fin de congraciarse con los jerarcas nazis. La Corte tuvo que decidir si la reedición del libro constituía una transgresión tan grave a la dignidad y al derecho a la intimidad de Grudgens y de su hijo adoptivo, derecho protegido por la Constitución, como para justificar la prohibición de la venta de la novela, restringiendo así la libertad de expresión artística, también garantizada por la Constitución⁹. En un caso de estos resulta prácticamente imposible proteger un derecho sin limitar el goce del otro.

Este artículo intenta entonces analizar algunas de las tensiones en torno al problema de la interdependencia entre los derechos humanos y la democracia, para lo cual me pareció útil presentar brevemente algunos casos judiciales que ponen en evidencia tales conflictos, y mostrar cómo las soluciones adoptadas por los tribunales corresponden, en muchas ocasiones, a distintas nociones de democracia. Sin embargo, mi finalidad no es refutar la llamada concepción “holista”, que personalmente acepto, aun cuando no comparto su denominación¹⁰, sino mostrar que ella no constituye un punto de partida no problemático para el desarrollo de la democracia y de los derechos humanos, sino que más bien encarna un programa ético, político y jurídico a construir.

La resolución práctica de estos casos en donde se enfrentan distintos derechos humanos y diversas concepciones de democracia puede ser útil para una reflexión interdisciplinaria, pues estoy convencido de que la ética, la filosofía política y el trabajo judicial pueden enriquecerse mutuamente. Así, la filosofía puede ayudar a los practicantes del derecho a esclarecer los presupuestos, no siempre explícitos, de sus discursos y decisiones, mientras que el trabajo judicial y la riqueza casuística del derecho pueden mostrar al filósofo y al discurso ético general la importancia de las particularidades de los casos en la discusión en torno a valores abstractos. En efecto, John L Mackie afirmó alguna vez que la “ética era el primo pobre de la jurisprudencia” debido a la riqueza de argumentos en casuística y en criterios de diferenciación de que dispone la ciencia del derecho. Pero, como lo ha señalado Ulfid Neumann, la ciencia del derecho tiene mucho que aprender del primo pobre, por lo que respecta a la administración de su fortuna, ya que la ética la

⁹ Para una presentación de este caso, ver Donald P Kommers. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Durham : Duke University Press, 1989, pp 309 y ss.

¹⁰ Entiendo que quienes califican esta concepción de holista simplemente lo hacen por cuanto insisten en la necesidad de tomar en su conjunto todos los derechos humanos y relacionarlos con una visión compleja e integral de democracia. Comparto esa pretensión. Mi objeción a la utilización de este calificativo es de carácter semántico. Según respetables tradiciones antropológicas y filosóficas, la palabra holismo está asociada a visiones organicistas de la sociedad, en donde hay una primacía política y axiológica del todo (la sociedad) sobre las partes (las personas), la cual se opone al surgimiento del individualismo en la modernidad. Estas concepciones holistas me parecen incompatibles con una visión de la sociedad fundada en los derechos humanos puesto que, conforme a ésta, la dignidad de las personas no puede ser sacrificada en nombre de objetivos sociales, por lo cual me parece que hablar de una concepción "holista" de los derechos humanos tiene algo de contradictorio y puede conducir a confusiones. Por ello tal vez resulte mejor denominar esa concepción como una visión "integral" de los derechos humanos, un calificativo que es no sólo menos rebuscado sino también menos cargado de connotaciones ideológicas.

aventaja en cuestiones vinculadas con la justificación y sistematización de los argumentos¹¹.

Como es obvio, el artículo no pretende efectuar una presentación exhaustiva de los casos más importantes que plantean esos conflictos sino resaltar algunos que me parecieron interesantes para ese diálogo interdisciplinario. Ahora bien, una posibilidad sería centrarse en algunos problemas clásicos de conflictos entre derechos humanos. Por ejemplo, podría uno trabajar casos relacionados con la oposición entre universalismo axiológico y relativismo cultural, pues los pactos de derechos humanos pretenden ser universales, pero a su vez reconocen la diversidad cultural y la autodeterminación de los pueblos. Un obvio dilema surge: ¿Cómo respetar la diversidad cultural, sin que ello implique tolerar el desconocimiento de valores que se consideran universalmente válidos? A su vez, ¿cómo defender esos valores sin caer en posiciones etnocentristas que conduzcan a una suerte de imperialismo cultural?¹². O también podríamos analizar decisiones judiciales relacionadas con la tensión entre derechos provenientes de distintas concepciones políticas ya que, según muchos análisis, el concepto contemporáneo de derechos humanos y de constitucionalismo social pretende ser la síntesis de tradiciones que no han tenido siempre unas relaciones muy pacíficas, como el liberalismo, la democracia y el socialismo¹³. Sin embargo, considero que la filosofía política ha trabajado con bastante

¹¹ Citados por Ernesto Garzón Valdés. Derecho, ética y política. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. pp 12-13.

¹² La discusión sobre este problema ha sido muy intensa. Ver, por ejemplo. Fernando Savater. Ética como amor propio. Madrid: Mondadori, 1988. O Jesús González Amuchastegui. "Derechos Humanos: Universalidad y Relativismo Cultural" en Rafael Nieto Navia. (Ed) La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos. San José: OEA, Unión Europea, 1994. Igualmente ver Boaventura de Sousa Santos. **De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la post-modernidad**. Bogotá: Uniandes, Siglo del Hombre, 1998, capítulo 10. En el capítulo tercero de mi trabajo la Dialéctica de los derechos humanos en Colombia. Bogotá: FUAC, 1992, intenté una respuesta a esos difíciles interrogantes, para lo cual concebí a los derechos humanos como mínimos éticos, que deben permitir un diálogo entre las culturas. Ahora bien, un hecho interesante es que algunos tribunales, como la Corte Constitucional en Colombia, han tenido que enfrentar y resolver casos concretos en donde se reproduce esa tensión entre la protección de los valores universales y el respeto a la especificidad cultural, tal y como lo explico nuestro posteriormente en el punto IV c) de este artículo.

¹³ Son las clásicas tensiones entre la protección de la libertad negativa o autonomía individual de los liberales, la defensa de la soberanía popular propia de la tradición democrática, y la búsqueda de la igualdad material de la tradición socialista. Estas tensiones corresponden a su vez a distintas nociones de democracia. La bibliografía en este campo es inmensa. Ver, por ejemplo, Angelo Papachini. Filosofía y derechos humanos. Cali: ciudad y democracia, 1995, capítulos cuatro a seis. Igualmente Rodrigo Uprimny. La dialéctica... Loc-cit, capítulo dos. Ahora bien, es interesante constatar que esas tensiones han tenido también fuertes repercusiones judiciales. Por ejemplo, durante las primeras décadas de este siglo, la Corte Suprema de los Estados Unidos, con base en la cláusula del debido proceso sustantivo, anuló gran parte de la legislación social, pues consideró que violaba la libertad contractual. El caso más célebre, por cuanto dio inicio a este proceso, fue el de *Lochner v New York* de 1905, en donde la Corte anuló una ley de ese Estado que limitaba la jornada de trabajo a diez horas diarias, con lo cual la jurisprudencia dio preferencia al liberalismo económico sobre los criterios de las mayorías, el pluralismo económico y la búsqueda de la igualdad social. El voto disidente de Oliver Holmes que llegó a ser famoso, señaló que la cláusula del debido proceso no constitucionaliza la filosofía social de Herbert Spencer, ya que "la constitución no pretende adoptar una

detalle las implicaciones conceptuales de estos problemas, por lo cual no me pareció que fuera posible hacer en este campo alguna contribución novedosa. En cambio, existe a mi parecer otro conflicto clásico entre derechos humanos, a saber la tensión entre la intimidad, el honor, la libertad de expresión y el derecho a la información, que si bien ha sido muy discutido por la doctrina jurídica, en cambio no ha recibido la misma atención por la filosofía política o la teoría ética. Ahora bien, considero que es un conflicto particularmente interesante, no sólo por las dificultades que genera, sino por cuanto es muy instructivo sobre la forma de proceder de los juristas en la resolución de estos problemas. Por ello el artículo se centra entonces en este análisis, a partir del cual intento extraer algunas conclusiones sobre las posibles enseñanzas que pueden extraerse para la filosofía ética y política del arduo trabajo jurídico en torno a las contradicciones inevitables entre los derechos humanos.

I- UNA COMPARACIÓN INSTRUCTIVA: LAS DIFERENCIAS ENTRE LA JURISPRUDENCIA ALEMANA Y ESTADOUNIDENSE SOBRE INTIMIDAD, HONOR Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

La intimidad, el respeto al honor de las personas, el derecho a la información y la libertad de expresión son valores medulares de las concepciones dominantes sobre la democracia y los derechos humanos. Incluso podría uno decir que son todos derechos que se originan en la tradición liberal, por lo cual se creería que son más fácilmente compatibles. Sin embargo, las tensiones entre estos derechos son permanente e ineludibles, por lo cual no resulta extraño que la mayoría de los tribunales hayan tenido que resolver casos en donde se enfrentan estos valores¹⁴.

Una comparación de la manera como la jurisprudencia alemana y estadounidense han

particular teoría económica, sea ésta paternalista, o de una relación orgánica entre los ciudadanos y el Estado, o del "laissez faire". Sólo en los años treinta, y en especial a partir de los casos *West Coast Hotel Co v Parrish* de 1937 y sobre todo el célebre *U.S v Carolene Products* de 1938, la Corte varió su jurisprudencia y reconoció la posibilidad que tenían las mayorías democráticas de establecer normas diversas para la intervención estatal en los procesos económicos.

¹⁴ Así, para citar sólo algunos ejemplos, encontramos en Alemania, el caso *Mephisto* anteriormente citado, así como los casos *Lelbach y Boll*, que veremos posteriormente, todos resueltos por el Tribunal Constitucional. En Estados Unidos tal vez el caso más célebre es la sentencia de la Corte Suprema *New York Times Co Vs Sullivan* de 1964, pero igualmente importantes son otras decisiones anteriores, como *Abrahams vs United States* de 1919, sobre todo por la opinión disidente del juez Holmes, o posteriores, como *Gertz v Robert Welch Inc* de 1974 o *Hustler Magazine Inc et al v Falwell* de 1988. Igualmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que estudiar esos problemas en diversas decisiones, como en los casos *Handyside* de 1976, *Sunday Times* de 1979 y, en especial, *Lingens* de 1986. Y encontramos también casos muy interesantes en la jurisprudencia argentina, colombiana y española. Eso explica también que la literatura jurídica en este campo sea bastante amplia. En español ver, por ejemplo, el trabajo pionero de Eduardo Novoa Monreal. Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos. Bogotá: Siglo XXI, 1981. Hay igualmente trabajos relativamente recientes y buenos sobre el tema como Pablo Salvador Coderch (Ed). El mercado de las ideas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990; Luis García San Miguel (ed) Estudios sobre el derecho a la intimidad. Madrid: Tecnos, 1992; José Martínez de Pisón Caveró. El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional. Madrid: Civitas, 1993; Muñoz Machado Santiago. Libertad de Prensa y Procesos por Difamación. Madrid: Ariel, 1988.

resuelto estos conflictos puede ser entonces instructiva al respecto, pues en casos relativamente similares han llegado a conclusiones opuestas. Así, en el fallo *Lelbach* de 1973¹⁵, el tribunal constitucional alemán enfrentó el siguiente problema: una cadena televisiva pensaba efectuar la emisión de una película en la cual se informaba sobre el crimen de cuatro soldados ocurrido unos cuantos años antes. Una persona que había sido condenada como cómplice en ese crimen, y que iba a salir libre en algunos meses, consideró que esa película, en la cual se mencionaba su nombre y aparecía su fotografía, desconocía su dignidad y afectaba su proceso de resocialización, por lo cual interpuso el correspondiente recurso judicial. El tribunal prohibió entonces el programa de televisión, pues consideró que en este caso primaban los derechos de la persona ya que se trataba de la repetición de una información de un delito grave, sobre el cual ya no existía un interés actual de información, y que la emisión efectivamente podría afectar la resocialización del condenado. Igualmente, en el citado caso *Mephisto* de 1971, la Corte protegió también la dignidad y el buen nombre de los herederos de Grudgens, por lo cual admitió que la prohibición del libro era legítima, y ello a pesar de que Grudgens había sido un personaje público, ya que llegó a ser un actor supremamente conocido durante el Tercer Reich. Según ese tribunal, no es posible que la Ley Fundamental, que hace de la dignidad su valor supremo, permita que una persona sea degradada o menospreciada, incluso después de fallecida, pues la dignidad no cesa con la muerte, por lo cual no era admisible que bajo el pretexto de una obra de arte, la memoria de una persona pudiera ser afectada¹⁶. También es ilustrativo el caso *Boll* de 1980¹⁷. Durante la época álgida del terrorismo, Henrich Boll demandó a un periodista que había sugerido que este conocido escritor había justificado el terrorismo político debido a ciertas declaraciones que había hecho sobre el Estado alemán. Según Boll, sus frases habían sido falseadas y citadas fuera de contexto. La Corte Suprema no concedió la indemnización pues consideró que si bien la cita era incorrecta, se trataba de una interpretación razonable de las declaraciones de Boll acerca el grado de corrupción del Estado alemán, por lo cual el comentario periodístico debía ser protegido en nombre de la libertad de expresión. Sin embargo, el Tribunal Constitucional revocó el fallo y condenó al periodista, pues consideró que la intimidad y el honor implicaban que una persona tenía derecho a ser citada correctamente, por lo cual era deber de los medios informativos precisar cuando estaba emitiendo una opinión sobre una declaración y cuando estaba citando textualmente.

En cambio, en Estados Unidos, las cortes, en casos similares, han llegado a conclusiones opuestas¹⁸. Para empezar, en general en ese país se presume que es inconstitucional toda intervención estatal, ya sea administrativa o judicial, que impida la publicación de cualquier información u opinión, por lo cual estas restricciones previas a la libertad de expresión están excluidas, salvo casos totalmente excepcionales relacionados con la

¹⁵ Para un interesante análisis del fundamento argumentativo de este fallo, ver Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp 95 y ss, y pp 164 y ss. Ver igualmente Donald P Kommers. Op-cit, pp 414 y ss.

¹⁶ Ver Donald P Kommers. Op-cit, p 428.

¹⁷ Ibidem, pp 419 y ss.

¹⁸ Para una presentación de algunos de los casos más relevantes de la jurisprudencia estadounidense en relación con la libertad de expresión, ver Pablo Salvador Coderch (Ed). El mercado de las ideas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp 253 y ss, y pp 309 y ss. Igualmente ver Christopher Wolfé. La transformación de la interpretación constitucional. Madrid : Civitas, 1991, pp 249 y ss, y 339 y ss. Geoffrey Stone et al. Constitutional Law (3 Ed). Boston : Little, Brown and Company, 1996, pp 1073 y ss. Y obviamente el inevitable texto de Lawrence Tribe. American Constitutional Law. (2 Ed), 1988.

seguridad nacional¹⁹ Es entonces casi imposible que en Estados Unidos un tribunal prohíba en forma previa una publicación para proteger el derecho a la intimidad o al honor de una persona, pues ni siquiera en casos en donde se podría afectar el derecho a un proceso justo de un acusado son admisibles esas restricciones. En efecto, en el caso *Nebraska Press v Stuart* de 1976, la Corte Suprema anuló, por violar la libertad de expresión, una orden de un juez que, con el fin de no afectar la imparcialidad del jurado, prohibió, durante el juicio, la publicación de información periodística sobre eventuales confesiones del acusado de un horrible crimen múltiple. Según la Corte, esas órdenes judiciales sólo son admisibles cuando exista certeza sobre la afectación del debido proceso por la publicación, y no haya otras medidas alternativas para enfrentar el riesgo, exigencia muy difícil de satisfacer.

La jurisprudencia estadounidense es pues muy reacia a impedir la publicación de un libro o la emisión de un programa para proteger a un individuo, ya que considera que tal proceder podría afectar profundamente la libertad de expresión. Por ello los conflictos entre el honor, la intimidad y la libertad de expresión se han resuelto cuando la justicia civil o penal ha tenido que determinar, con posterioridad a la publicación, si hubo o no calumnias y difamaciones, a fin de establecer las correspondientes penas e indemnizaciones. E incluso en relación con las eventuales sanciones posteriores, la jurisprudencia ha tendido a proteger al máximo la libertad de expresión, como lo veremos a continuación.

Por ejemplo, en el fallo *Sidis* de 1940, la Corte Suprema de Nueva York estudió el caso de una persona, *Sidis*, que había sido un niño prodigio en 1910, y había entonces adquirido notoriedad pública, pero quiso abandonar esa fama, por lo cual se retiró a un empleo poco conocido. Sin embargo, en 1937, un periódico lo volvió a la mirada pública pues, sin su consentimiento, narró su historia y los detalles de su vida actual, un poco tortuosa, con lo cual *Sidis* perdió todos sus esfuerzos por volver al anonimato. El afectado demandó entonces al periódico por difamación, pero perdió el caso, porque la Corte Suprema de Nueva York consideró que el interés del público en los problemas de los personajes notorios era legítimo, por lo cual no se podía prohibir la publicación de esa información. El supuesto de la argumentación de la Corte era entonces que quien había sido un personaje

¹⁹ Ver el caso *Near v Minneosta* de 1931, en donde la Corte señaló que sólo un riesgo inminente de grandes proporciones podría justificar una censura de esa naturaleza. Con un criterio similar, en el llamado caso sobre los papeles del Pentágono de 1971, la Corte negó una petición del gobierno de que se prohibiera la publicación por unos diarios de documentos sobre la guerra del Vietnam, que podrían comprometer los esfuerzos bélicos y diplomáticos de los Estados Unidos pues, según la opinión mayoritaria, el daño producido, si bien era probable, no era inminente. Esto no quiere decir, obviamente, que la Corte Suprema haya sido siempre una gloriosa defensora de la libertad de expresión, pues en muchas ocasiones admitió que amenazas muy hipotéticos justificaran graves restricciones a esta libertad. Así, en *Abrahams vs United States* de 1919, con el voto disidente de Holmes y Brandeis, ese tribunal admitió que se condenara a varios años de prisión por conspiración a unos inmigrantes rusos, cuyo único delito fue distribuir unos panfletos en donde llamaban a una huelga general contra la participación de Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial, pues consideraban que era un intento por acabar la Revolución Rusa. Igualmente, durante la época del macartismo, la Corte admitió, en *Dennis v United States* de 1951, con el valeroso voto disidente de Black y Douglas, que se condenara a varios años de prisión a los líderes del partido comunista, por cuanto éstos defendían el derrocamiento del gobierno de los Estados Unidos. Lo más grave fue que el tribunal admitió la condena, a pesar de que no existía ninguna prueba de que los acusados hubieran realizado alguna actividad práctica encaminada a lograr sus objetivos.

público, quedaba entonces sujeto a que mucho tiempo después se revelaran detalles, incluso deshonrosos, de su vida privada, con lo cual no sólo se establecía la imposibilidad de dejar de ser objeto de las miradas ajenas, sino que prácticamente se daba razón al exagerado aforismo según el cual, las personas públicas no tienen vida privada, como contrapartida a que las personas privadas no tienen vida pública.

Igualmente, en el caso *New York Times v Sullivan* de 1964, la Corte Suprema Federal negó que un servidor público pudiera obtener una indemnización por afirmaciones que un medio de información hubiera hecho sobre su conducta oficial, incluso si éstas eran inexactas, salvo si probaba, con claridad convincente ("convincing clarity"²⁰), que la publicación se efectuó con dolo o real mala intención ("actual malice"), esto es, agrega la sentencia, "con pleno conocimiento de que la información era falsa o con imprudente negligencia ("reckless disregard") sobre su veracidad". Como vemos, es supremamente difícil para un funcionario público en Estados Unidos obtener una indemnización por una publicación relativa a sus funciones, pues la exigencia probatoria establecida por la Corte Suprema equivale, según muchos comentaristas, a una cuasi inmunidad de los medios en estos casos. Luego ese tribunal extendió esa protección de la libertad de expresión en relación con todas las figuras públicas²¹, y estableció explícitamente que estas personas no podían tampoco obtener ninguna indemnización por burlas o sátiras que se hicieran en contra de ellas, incluso habiendo habido mala intención de parte de los caricaturistas. Así, un editor pornográfico, Larry Flint, editor de la revista *Hustler*, publicó una sátira contra Jerry Falwell, un reverendo nacionalmente conocido en los Estados Unidos²². La revista retrató al reverendo como un hipócrita alcohólico que había tenido relaciones sexuales con su madre, pero aclaraba que se trataba de un parodia. Falwell obtuvo en una corte estatal una indemnización por los daños emocionales que le causó la publicación, pero la Corte Suprema revocó la decisión y absolvió a Flint, pues consideró que la sátira, que por esencia es burlona y unilateral, es un elemento esencial del lenguaje político. Según la sentencia, si bien algunos podrían considerar malintencionada esa sátira, no por ello dejaba de estar garantizada constitucionalmente pues, como lo había señalado esa Corte en el fallo *Garrison* de 1964, "la protección de la primera enmienda recae incluso sobre quienes hablan o escriben motivados por odio o por mala intención".

La Corte Suprema incluso extendió las exigencias probatorias de "*New York Times vs Sullivan*" de real mala intención (actual malice) a las publicaciones sobre personas privadas, si se trataba de un asunto de "interés público o general". Por ejemplo, en *Rosenbloom v Metromedio* de 1971, la Corte aplicó ese standard a un caso en donde la persona no era un personaje conocido, ni un funcionario público, pues consideró que existía un interés de la prensa justificado en la información, el cual prevalecía sobre la intimidad o el honor del afectado.

Como vemos, si bien los casos alemanes y estadounidenses no son idénticos, son semejantes en aspectos centrales y, a pesar de ello, las soluciones son diferentes. Así el tribunal alemán prohíbe, en forma previa, un libro sobre un personaje voluntariamente público en su momento (como el actor Grudgens) o una emisión en televisión sobre alguien que se vio involucrado en asuntos delictivos sobre los cuales en general se admite

²⁰ Esto significa una carga probatoria grande para el servidor público, pues si bien la Corte no impone el criterio extremo de los casos criminales (evidencia más allá de toda duda razonable), sí establece una exigencia más importante que en los casos civiles ordinarios, en donde basta la evidencia preponderante, esto es, que haya más elementos probatorios en favor de las tesis del actor que en contra de ellas.

²¹ Ver los casos de 1967 *Curtis Pub Co v Butts* y *Associated Press v Walker*.

²² Ver el caso *Hustler Magazine Inc v Falwell* de 1988, relatado en la película *Larry Flint*.

que la sociedad tiene derecho a estar informada (en el caso *Lelbach*), por cuanto concluye que ya no hay un interés real que justifique una divulgación informativa que lesiona a los afectados. Igualmente, el tribunal alemán admite el derecho a indemnización de un conocido personaje como *Boll*, por cuanto había sido mal citado por un periodista, sin que el escritor hubiera debido comprobar una intención maliciosa de parte del medio, y a pesar de que el novelista voluntariamente había participado en esos debates políticos. En cambio en Estados Unidos no sólo se admiten publicaciones y emisiones similares, pues toda acción gubernamental destinada a evitar, en forma previa, la emisión de una información o una opinión se presume inconstitucional, sino que, para una figura pública resulta incluso muy difícil obtener indemnizaciones por difamación con posterioridad a las publicaciones, ya que las exigencias probatorias sobre mala intención son muy difíciles de cumplir.

Esta diferencia de criterios entre el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Suprema de los Estados Unidos no es excepcional sino que parece expresar una diversa valoración de los elementos en conflicto por parte de estos tribunales, tal vez los jueces constitucionales con mayor reconocimiento y trayectoria en el mundo entero. En cierto sentido, en Estados Unidos los jueces tienden a conferir una mayor importancia a la libertad de expresión, incluso a riesgo de afectar la intimidad y el honor de las personas. En cambio en Alemania, la práctica del tribunal constitucional parece responder a una tendencia contraria, esto es, a una maximización de la protección de la intimidad y la dignidad de las personas, incluso a riesgo de restringir la libertad de expresión y limitar el derecho a la información más allá de lo que un juez estadounidense consideraría admisible.

II- DOS CONCEPCIONES DIVERSAS: LA DEMOCRACIA COMO GOBIERNO DEL PUEBLO Y DE LA OPINIÓN PÚBLICA O COMO ORDEN DE VALORES CENTRADO EN LA DIGNIDAD HUMANA.

Esta diversa ponderación de los derechos en conflicto no debe ser atribuida al capricho hermenéutico de los dos tribunales sino a la existencia de distintas concepciones sobre la democracia y el sentido del constitucionalismo en los dos países. Así, en Estados Unidos la democracia es más una forma de gobierno íntimamente ligada a la libertad de expresión, a tal punto que en ese país la democracia ha sido muchas veces concebida como un gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, según la conocida definición de Lincoln en su discurso de Gettysburg en 1863²³, en donde los asuntos colectivos deben entonces ser debatidos por la opinión pública y ante la opinión pública. Es pues en gran medida un gobierno de la opinión pública, por lo cual el constitucionalismo es ante todo una garantía del proceso democrático. De allí la importancia que los estadounidenses asocian al debate público, al libre mercado o intercambio de las ideas, como lo expresara el juez Oliver Holmes, ya que, según sus célebres palabras, "el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento puede tener de ser aceptado en la libre competencia del mercado"²⁴, por lo cual toda restricción a la libertad de expresión tiene que ser absolutamente excepcional, esto es, únicamente en los casos en que exista un riesgo

²³ Ver Samuel Elliot Morrison. **The Oxford History of the American People**. New York : Mentor Book, Tomo 2, p 469.

²⁴ Se trata de su voto disidente en el caso *Abrahams v United States* de 1919. Este criterio sobre la importancia del libre flujo de las ideas en la democracia y en la búsqueda de la verdad, minoritario en ese fallo, se convirtió en doctrina esencial de la jurisprudencia del tribunal supremo en décadas posteriores, en especial durante la Corte Warren. Por eso ese pasaje es frecuentemente citado, incluso en las decisiones más recientes. Ver, por ejemplo la amplia referencia que se hace en el caso *Hustler Magazine Inc v Falwell* de 1988.

inminente de un peligro mayor²⁵. Esto es claro en el propio texto de la Constitución de Filadelfia, que establece en la primera enmienda una protección muy fuerte a la libertad de expresión, que ha sido por ello considerada por la Corte Suprema como una de las libertades fundamentales y preferentes del orden constitucional²⁶. La Corte Suprema ha incluso señalado que, como cierto grado de abuso es inseparable del uso de cualquier cosa, la democracia debe admitir la existencia de un cierto exceso en la libertad de expresión y de prensa, pues cualquier intento por evitar las extralimitaciones se traduciría en una grave restricción al libre flujo de ideas, opiniones y afirmaciones, que es esencial al proceso democrático y a la búsqueda de la verdad²⁷. En cambio, las nociones de intimidad, privacidad y dignidad humana no han ocupado históricamente un lugar tan importante en el derecho público estadounidense, a tal punto que la constitución ni siquiera las menciona de manera explícita sino que simplemente garantiza que no se podrá privar a una persona de su libertad sin el debido proceso legal (Enmiendas IV y XIV) y protege a los ciudadanos contra registros arbitrarios (Enmienda V). Por ello la Corte Suprema se ha visto obligada a crear jurisprudencialmente los derechos a la intimidad y a la privacidad, como derechos no enumerados pero que se desprenderían tácitamente de la zona de penumbra de la protección de las personas contra registros arbitrarios²⁸.

En Alemania la situación es diversa. La Constitución de Bonn es producto de la reacción contra el nazismo, el cual no sólo había cometido atrocidades extremas contra la dignidad humana sino que, además, había llegado al poder por medios democráticos, pues Hitler había ganado las elecciones de 1933, y luego había utilizado el artículo 48 de la Constitución de Weimar sobre estados de excepción para transformar un régimen democrático en un Estado totalitario. Por ello, la actual constitución alemana tiene frente al

²⁵ Ver el caso *Shenck V United States* de 1919, en donde Holmes formula la doctrina del “clear and present danger”, según la cual una restricción a la libertad de expresión sólo es constitucionalmente admisible si “las palabras son de tal naturaleza y usadas en tales circunstancias que ellas sean capaces de crear un peligro claro e inminente de aquellos males sustantivos que el Congreso tiene el derecho de prevenir”.

²⁶ Esta noción de “libertades preferentes” se desarrolla a partir del fallo *Carolene* de 1938, en donde la Corte desarrolla un doble estándar para el estudio de la constitucionalidad de las leyes, con el fin de permitir la intervención social del Estado en materia económica pero sin que ello implique el abandono de la protección de las libertades personales no patrimoniales. Esta tendencia se consolida en el caso *Jones v Opelika* de 1942, en donde la Corte señala expresamente que las libertades de cultos y de expresión ocupan un lugar “preferente” en relación con los derechos patrimoniales y las libertades económicas. Por ello la jurisprudencia de ese país establece un test “débil” para el análisis de las medidas económicas, pues señala que en estos casos sólo se puede declarar inconstitucional una ley que persiga un fin prohibido o constituya un medio manifiestamente irrazonable para alcanzar un objetivo ilegítimo. En cambio, en el caso de las libertades preferentes, el control constitucional debe ser estricto, por lo cual, en general sólo se puede limitar la libertad de expresión si la restricción es necesaria para alcanzar un fin estatal que debe ser imperioso.

²⁷ Ver en especial los casos *New York Times v Sullivan* y *Hustler Magazine v Falwell*.

²⁸ Ver el caso *Griswold v Connecticut* de 1964, en donde la Corte Suprema anula una ley de ese Estado que prohibía el uso de anticonceptivos incluso por parte de personas casadas. Según esa sentencia, si bien la constitución no consagra en forma expresa un derecho a la privacidad o a la intimidad, este derecho se encuentra implícito en la zona de penumbra de otros derechos expresamente señalados, en especial la protección de la cuarta enmienda contra registros irrazonables. Según el tribunal, la única forma de aplicar la ley de Connecticut era permitiendo registros incluso en la alcoba marital, lo cual era totalmente irrazonable.

texto de Filadelfia dos características distintivas que conviene destacar. De un lado, confiere un papel central a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de las personas, que son entonces la base del ordenamiento jurídico alemán. Así, no por casualidad la Constitución de Bonn establece en su primera frase que "la dignidad de la persona humana es inviolable", cláusula que, según el Tribunal Constitucional alemán "expresa el más alto valor de la Ley Fundamental, que confiere la substancia y el espíritu a todo el documento."²⁹ De otro lado, e íntimamente ligado a lo anterior, la Constitución establece lo que la doctrina ha denominado una "democracia militante", esto es, un régimen en donde se prohíbe la utilización de los procedimientos constitucionales para destruir los valores fundacionales del propio orden constitucional, a saber la dignidad humana y los derechos de la persona. Por ello no sólo la Carta de Bonn señala que la cláusula de la dignidad humana y los derechos fundamentales son normas pétreas, esto es, que no pueden ser reformadas ni siquiera por el propio procedimiento de reforma constitucional³⁰, sino que además ordena, en su artículo 21, la prohibición de los partidos y movimientos políticos contrarios al "orden democrático libre", lo cual llevó a que en los años cincuenta el tribunal constitucional hubiera decretado la disolución de los partidos comunista y neonazi, así como la confiscación de sus propiedades³¹.

En síntesis, en Estados Unidos la democracia es, desde el punto de vista constitucional, primariamente un proceso de gobierno por los ciudadanos y por el pueblo, por lo cual el control constitucional pretende ante todo asegurar la continuidad misma del proceso democrático. Así, según Ely, uno de los autores que más ha defendido esa visión procedimental del texto de Filadelfia, "la Constitución originariamente estaba dedicada principalmente -es más, debería decir en forma abrumadora- a preocupaciones de procedimientos y estructuras, y no a la identificación y preservación de valores sustantivos específicos"³². No es pues extraño que en 1787 primero se hubiera adoptado el texto orgánico de la constitución, en donde se definía la forma de gobierno y los mecanismos de participación política, y sólo posteriormente, y por presión de los opositores al texto, se hubieran incorporado las primeras diez enmiendas, en donde se establecen los derechos de la persona, en los cuales la libertad de expresión ocupa un lugar preponderante, pues es la que mejor se articula con la visión de la democracia como un gobierno del pueblo por medio de la opinión pública³³. En cambio, en Alemania, la democracia es a nivel constitucional un orden político fundado en la dignidad de la persona, a tal punto que el propio tribunal constitucional ha defendido una visión axiológica de la constitución. En efecto, desde el fallo Luth de 1958, ese tribunal ha señalado, de manera reiterada, que el capítulo sobre derechos fundamentales contiene un "orden objetivo de valores" que se realiza en la vida política, ya que los derechos fundamentales no son únicamente derechos subjetivos sino principios objetivos del

²⁹ Citado por Donald P Kommers. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Durham : Duke University Press, 1989, p 305.

³⁰ En efecto, el artículo 79 que consagra el procedimiento de reforma constitucional excluye cualquier modificación al artículo 1º que consagra la inviolabilidad de la dignidad humana y la fuerza vinculante de los derechos fundamentales.

³¹ Ver *Ibidem*, pp 223 y ss.

³² John Hart Ely. **Democracy and distrust. A theory of judicial review**. Cambridge : Harvard University Press, 1982, p 92.

³³ Es más, casi que se puede decir que la libertad de expresión era uno de los pocos derechos que prácticamente se encontraba reconocido en la parte orgánica del texto originario de Filadelfia, cuando el artículo III, sección tercera establece que la traición "consistirá únicamente en tomar armas contra los Estados Unidos o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda o socorro". En efecto, esta norma implica que la crítica al gobierno no puede nunca ser considerada traición. Ver John Hart Ely. *Op-cit*, pp 92 y ss.

ordenamiento jurídico que se aplican en todos los ámbitos del derecho y por ende irradian las relaciones privadas. Es más, el tribunal ha incluso establecido jerarquías entre esos valores, dando el lugar dominante, como principio último, a la dignidad humana. Por ello, como dicen Ackerman y Rosencranz, podríamos calificar ese régimen como una especie de "fundamentalismo constitucionalista", pues el pueblo está subordinado a los valores constitucionales, y en especial a los derechos fundamentales, que no puede modificar³⁴.

Esta centralidad de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, que prevalecen incluso sobre el propio proceso político democrático, explica entonces que el tribunal constitucional alemán tienda a proteger el honor y la intimidad cuando entran en conflicto con la libertad de expresión, ya que, según ese tribunal, para que exista realmente la dignidad de la persona debe haber un "ámbito esencial absolutamente protegido de la vida privada", el cual no puede ceder ante ningún otro derecho o interés colectivo³⁵. En cambio, la importancia de la opinión y del flujo de ideas, como requisitos de una democracia abierta y efectiva, explican que la opción hermenéutica en Estados Unidos haya tendido a ser la opuesta, esto es, la protección de la mayor libertad de expresión, incluso a riesgo de legitimar algunos abusos contra la intimidad y el honor de las personas.

Lo anterior podría explicar que en Estados Unidos, en forma recurrente, surjan corrientes teóricas que se oponen a toda jurisprudencia fundamentada en valores sustantivos, por cuanto ella implicaría un predominio de la argumentación ética de los jueces sobre el procedimiento democrático. De allí no sólo la importancia que tiene periódicamente el llamado "originalismo" en ese país, según el cual los jueces deben atenerse al texto y a la voluntad histórica de los padres fundadores, y sólo pueden invalidar leyes que contraríen las reglas constitucionales así inferidas³⁶, sino también el éxito académico que han tenido

³⁴ Ver Bruce Ackerman y Carlos Rosencranz. "Tres concepciones de la democracia constitucional" en VV.AA. Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates No 29, 1991, pp 15 y ss.

³⁵ Citado por Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p 107.

³⁶ Según estos enfoques, el originalismo permite además armonizar el control constitucional con la idea de un proceso democrático de gobierno por el pueblo. En efecto, si se atienden estrictamente a la voluntad constituyente, esto es, al texto o a la clara voluntad de los "padres fundadores", los jueces, al anular una ley, no están contradiciendo la voluntad popular e imponiendo su criterio sobre los legisladores. Por el contrario, esa anulación lo único que hace es ratificar una voluntad popular superior encarnada en la constitución, la cual prima sobre los deseos de las distintas mayorías históricas. El control judicial de las leyes no es entonces incompatible con la democracia sino que puede ser considerado un elemento esencial de la misma. Esa es la justificación originaria de Hamilton en el Federalista No 78, cuando señala que la posibilidad de que los jueces anulen las leyes "no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última antes que por las primeras". Una argumentación muy similar es adelantada por el juez Marshall en el fallo *Marbury v Madison* de 1803. Por ello, esta justificación del control constitucional, que se basa en la mayor cualificación de la voluntad popular constituyente ha sido definida como la defensa clásica del mecanismo. Ver Christopher Wolfé. La transformación de la interpretación constitucional. Madrid: Civitas, 1991, pp 107 y ss. Como es obvio, el presupuesto de esta argumentación es que los jueces, al ejercer el control constitucional, se limiten a interpretar

otras teorías, que si bien no acogen el originalismo, también se oponen a toda interpretación fundamentada en valores sustantivos. Tal es el caso del trabajo de Ely sobre “democracia y desconfianza”³⁷, de gran éxito en los últimos años, pues según este autor, la función central del juez constitucional no es la de decidir problemas éticos sino la de ser un guardián del proceso democrático, que debe mantener libres los canales de participación y proteger a aquellas minorías aisladas y estigmatizadas, las cuales, por su propia naturaleza, se encuentran subrepresentadas en el proceso de decisión mayoritaria. En cambio, en Alemania, si bien el tribunal sostiene que adhiere a una visión clásica de la interpretación, lo cierto es que tiende a asumir más abiertamente una jurisprudencia de valores, incluso a veces con cierto tinte iusnaturalista. Por ejemplo, en el fallo sobre ciudadanía de 1968³⁸, la Corte sostuvo que las leyes nazis que, por razones racistas, privaban de ciudadanía a los judíos que hubieran emigrado, no fueron derecho ni siquiera durante la época nazi, a pesar de haber sido normas expedidas regularmente por el Estado y aplicadas por los jueces, ya que esas disposiciones “contradicen tan evidentemente principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o aceptar sus consecuencias jurídicas, dictaría no derecho en vez de derecho”.

III- LA BÚSQUEDA DE ENCUENTROS: LAS NOTABLES APROXIMACIONES DE LAS DISTINTAS JURISPRUDENCIAS SOBRE LOS CONFLICTOS DERIVADOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Conforme a lo anterior, podríamos simplemente concluir que las diferencias en las soluciones dadas por los tribunales alemanes y estadounidenses a los conflictos entre libertad informativa, honor e intimidad simplemente reflejan la diversa concepción de democracia que fue constitucionalmente adoptada en esos países. Esto significaría entonces que esos fallos judiciales son diferentes, pero que podrían ser correctos en sus contextos, por cuanto la verdad de una decisión jurídica únicamente dependería de su adhesión a una determinada tradición cultural y a una cierta voluntad política contenida en la constitución. De esa manera daríamos razón a todos aquellos que, desde perspectivas decisionistas o comunitaristas critican a los derechos humanos y su pretendida unidad y universalidad como un mito, un “disparate en zancos”, como decía burlescamente Bentham, o una mentira en la cual hoy creemos, así como en otras épocas las personas también imaginaron que los unicornios y las brujas poblaban el mundo, tal y como ironiza MacIntyre³⁹. En efecto, esa diversidad de tendencias jurisprudenciales pareciera indicar que el enfrentamiento entre esos valores y derechos no puede ser resuelto racionalmente, ni con base en criterios universales, pues la solución sólo adquiere sentido dentro del marco de una tradición cultural -como lo sostiene el comunitarismo-, o es simplemente la consecuencia de una decisión contingente por medio de la cual los redactores del texto constitucional o los propios jueces constitucionales confieren arbitrariamente prevalencia a alguno de esos valores.

En principio ese escepticismo es sano, con el fin de evitar una actitud ingenua frente a los

estrictamente la voluntad histórica de los constituyentes, tal y como ésta se expresa en el texto constitucional y en los antecedentes del mismo. Y eso es “originalismo”. Para una defensa contemporánea y radical de este enfoque, ver Robert Bork “The original understanding” en Susan Brison y Walter Sinnott Armstrong. Contemporary Perspectives on constitutional interpretation. San Francisco : West Wiew Press, 1993, pp 47 y ss.

³⁷ Ver John Hart Ely. Democracy and distrust. A theory of judicial review. Cambridge : Harvard University Press, 1982

³⁸ Para una presentación de estos casos de tinte iusnaturalista, ver Robert Alexy. El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa, 1994, pp 15 y ss

³⁹ Ver Alasdair MacIntyre. Trás la virtud. Narcelona : Grijalbo, 1987, p 95.

difíciles problemas que plantean las inevitables contradicciones entre los distintos derechos humanos y las diversas concepciones de democracia. Sin embargo, como veremos, la propia práctica jurisprudencial pone en cuestión la pretendida incomunicabilidad entre esas distintas tradiciones políticas. En efecto, una vez resaltadas las diferencias entre la jurisprudencia alemana y estadounidense, conviene efectuar el camino inverso, con el fin de mostrar también las impactantes y asombrosas convergencias de estos países -y en general de gran parte de la jurisprudencia- en este campo.

Así, es cierto que en Alemania la jurisprudencia confiere *prima facie* una protección preferente a la intimidad frente a la libertad de expresión. Sin embargo, esa prevalencia no es absoluta. En efecto, a pesar de que aparentemente establece que la dignidad -y la intimidad que le está asociada- siempre prevalecen cuando entran en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, lo cierto es que el tribunal constitucional alemán ha admitido que estos valores pueden ceder en determinados casos, que no son excepcionales. Para ello el tribunal ha distinguido entre aquellas situaciones en que se afecta a la intimidad de una persona por desprecio hacia ella, de aquellas otras en donde esta injerencia no es motivada "por una desconsideración o subestimación de la persona humana"⁴⁰ sino por razones esenciales para la protección de otros derechos y del propio orden constitucional. Así, en el caso *Lelbach*, la sentencia aclaró que frente a un crimen actual, existe un legítimo derecho de la opinión a conocer los hechos, por lo cual, en general, en estos eventos no puede el delincuente invocar su intimidad para impedir una publicación sobre los acontecimientos, ya que en una democracia debe haber una amplia libertad de prensa para que exista una opinión pública informada. Lo que en este caso específico justificaba entonces la prohibición de la emisión era no sólo la ausencia de un verdadero interés general en la información, pues el delito había ocurrido varios años antes, sino además que la divulgación del programa podría tener graves efectos sobre la resocialización del condenado.

De esa manera, y con el fin de facilitar la ponderación entre la intimidad y otros derechos y valores constitucionales concurrentes, la jurisprudencia alemana ha distinguido diversas esferas de la intimidad y la autonomía personales, de suerte que en ellas el grado de protección constitucional es diverso⁴¹. Así, la esfera más íntima corresponde en general a los pensamientos o sentimientos más personales que un individuo sólo ha expresado a través de medios muy confidenciales, como cartas o diarios estrictamente privados, y es según el tribunal constitucional un ámbito intangible de la dignidad humana. La garantía en este campo es casi absoluta, de suerte que sólo situaciones o intereses excepcionalmente importantes justifican una intromisión. Luego encontramos la esfera privada en sentido amplio, que corresponde a la vida en ámbitos usualmente considerados reservados, como la casa o el ambiente familiar de las personas, en donde también hay una intensa protección constitucional, pero hay mayores posibilidades de injerencia ajena legítima. Y, finalmente, el tribunal habla de la esfera social o individual de las personas, que corresponde a las características propias de una persona en sus relaciones de trabajo o públicas, en donde la protección constitucional a la intimidad y a la autonomía es mucho menor, aun cuando no desaparece, pues no se puede decir que se puede informar sobre todo lo que una persona hace por fuera de su casa, sin violar su intimidad.

La existencia de diversas esferas de intimidad explica entonces que en los ámbitos más

⁴⁰ Ver al respecto, Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p 106 y ss.

⁴¹ Ver Pablo Salvador Cordech. Op-cit, pp 344 y ss. Robert Alexy. Teoría de los derechos... Loc-cit, pp 349 y ss. Eduardo Novoa Monreal. Op-cit, p 47.

públicos y políticos, en donde se debaten asuntos que interesan al conjunto de la ciudadanía, la protección a la libertad de expresión y de información es mucho mayor y tiende a predominar sobre los intereses privados. Así, en el citado caso Luth, el Tribunal Constitucional introdujo la concepción de la constitución como un orden objetivo de valores precisamente para defender la importancia de la libertad de expresión en todos los campos del derecho⁴². En efecto, el señor Luth había pedido a los distribuidores y productores filmicos alemanes que boicotearan una película de un director llamado Harlan, que había realizado obras antisemitas durante el régimen nazi. Sin embargo la justicia civil ordenó a Luth que se abstuviera de continuar con esos llamados, o debería indemnizar los daños que pudiera ocasionar a los productores de la película, por lo cual Luth acudió al Tribunal Constitucional, el cual concluyó que la orden judicial había desconocido la libertad de expresión. Para el tribunal, la decisión de los jueces civiles era equivocada pues habían analizado el asunto como un conflicto puramente privado entre Luth y Harlan, con lo cual desconocieron que Luth no estaba defendiendo un interés particular sino que, con su petición de boicot, estaba tratando de influir en la opinión pública en un asunto de interés general, como es la relación de Alemania Federal con su pasado nazi. Por ello, concluye la sentencia, cuando está en juego la formación de la opinión pública en un asunto que interesa a la comunidad, los intereses económicos individuales deben ceder a fin de permitir una amplia discusión pública en la materia. Y en tal debate, señala explícitamente el tribunal, “quien se sienta herido por la declaración de otra persona, puede replicar públicamente. La opinión pública, al igual que la opinión personal, se forma únicamente a través del conflicto de opiniones libremente expresadas”⁴³. No estamos pues tan lejos del libre flujo de ideas defendido por la jurisprudencia estadounidense.

Igualmente, en el caso Boll, el Tribunal Constitucional no sólo enfatizó la importancia de la libertad de expresión para el proceso democrático sino que específicamente señaló que no se podía exigir de los medios informativos que siempre dijeran la verdad. Según ese fallo, “un exagerado énfasis en el deber de decir la verdad, con la correspondiente imposición de fuertes sanciones, podría restringir e incluso anular a los medios pues, debido a los riesgos irrazonables en que se verían envueltos, se inhibirían de cumplir sus funciones, en particular como mecanismos de control contra abusos gubernamentales.”⁴⁴ Sin embargo, la sentencia reconoció una indemnización en favor de Boll, por cuanto consideró que exigir a los periodistas citar correctamente a sus fuentes no representaba una gran carga, mientras que las referencias inexactas pueden tener efectos desastrosos, no sólo para la dignidad de los afectados, sino incluso para el propio debate democrático, pues generan percepciones erróneas en el público. Por consiguiente, la base esencial del tribunal era la distinción entre la opinión de un periodista y la afirmación de un hecho. El periodista hubiera podido opinar que, según su criterio, las tesis de Boll legitimaban el terrorismo, lo cual hubiera permitido una réplica del escritor, dentro de un abierto debate democrático sobre el tema. La sentencia concluía entonces que “la libertad de expresión no justifica que uno presente una interpretación de una compleja declaración de la persona criticada como si fuera una cita directa y sin aclarar que se trata de la propia interpretación del crítico”⁴⁵.

⁴² Por ello este caso es considerado como uno de los antecedentes más importantes sobre el llamado efecto horizontal o frente a terceros de los derechos fundamentales, esto es, que tales derechos no sólo regulan la relación entre las autoridades y los ciudadanos, sino que también se proyectan a las relaciones entre los propios particulares.

⁴³ Citado por Donald Kommers. Op-cit, p 375.

⁴⁴ *Ibidem*, p 420.

⁴⁵ *Ibidem*, p 421

En otros casos, el Tribunal Constitucional alemán ha ido aún más lejos en la protección del libre debate político, pues ha admitido que expresiones en apariencia injuriosas que un representante de un partido efectúa contra otro partido en muchos casos son perfectamente admisibles, pues constituyen en realidad opiniones y no afirmaciones fácticas. Así, en una campaña política para el parlamento europeo, un candidato socialista calificó a la Unión Social Cristiana (USC) de Baviera como el “NPD de Europa”. Ahora bien, el NPD es un partido alemán de extrema derecha, considerado como “neonazi”. La USC acudió entonces a la justicia civil, que prohibió al candidato socialista volver a utilizar esa expresión contra la USC, pero el Tribunal Constitucional, en la decisión *Slur* de 1982⁴⁶, anuló la orden judicial por considerarla violatoria de la libertad de expresión. Según el tribunal, era claro que el candidato socialista estaba expresando en forma metafórica su punto de vista sobre la USC, por lo cual se trataba de una opinión que gozaba de protección constitucional. Además, agregó la sentencia, los jueces civiles no tuvieron en cuenta que las personas involucradas tenían carácter político, y “una persona que voluntariamente se expone a la crítica pública abandona parte de su esfera íntima protegida”, lo cual es aún más claro con los partidos políticos que están sujetos a “soportar incluso observaciones cáusticas consideradas con razón como injuriosas por cualquier partido democrático”.

Como vemos, la jurisprudencia alemana no anula la libertad informativa en función de la defensa de la dignidad, la intimidad y el honor de las personas, a pesar de que en principio confiere un mayor peso a estos últimos valores, prevalencia que sin embargo disminuye notablemente en el debate político. En ese mismo orden de ideas, en Estados Unidos, la protección preferente de la libertad de expresión no ha implicado tampoco la destrucción de la intimidad y del honor de las personas. Así, la Corte Suprema ha señalado que no todas las expresiones gozan de la misma protección constitucional⁴⁷ ya que, por ejemplo, ésta es máxima en relación con el debate político, menor en el caso del lenguaje comercial, en donde se admiten mayores restricciones, y no opera para determinados tipos de expresiones, como el lenguaje obsceno⁴⁸. Ahora bien, en relación con los problemas privados de personas privadas, la jurisprudencia estadounidense ha sido clara en señalar que no goza de protección constitucional una expresión difamatoria, esto es, la publicación de hechos relativos a una persona o grupo de personas, y que lesione su reputación y dignidad, ya sea porque se trate de hechos falsos -con lo cual se viola el derecho al honor-, o ya sea porque siendo verdaderos puedan constituir una intromisión a su intimidad⁴⁹. En estos casos, los tribunales han aceptado en muchos Estados -sin que la Corte Suprema se oponga por razones de constitucionalidad- las reglas sobre indemnización del Common Law que consagran prácticamente una responsabilidad objetiva, puesto que si el afectado muestra la naturaleza difamatoria de la publicación, corresponde a quien la publicó, si quiere escapar a la sanción, probar la veracidad de la información, o que no había habido invasión de la intimidad⁵⁰.

⁴⁶ *Ibidem*, pp 389 y ss.

⁴⁷ Ver del caso *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders* de 1985.

⁴⁸ Sobre las mayores posibilidades de regulación de las expresiones comerciales, ver por ejemplo *Board of Trustees of State University of New York v Fox* de 1989. Sobre la polémica ausencia de protección constitucional al lenguaje obsceno, ver *Roth v United States* de 1957 y *Miller v California* de 1973.

⁴⁹ Una buena presentación de esta problemática en el derecho español y en Estados Unidos en Pablo Salvador Corderch. El mercado de las ideas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp 19 y ss.

⁵⁰ Ver, por ejemplo, el caso *Dun v Bradstreet* de 1985, en donde la Corte Suprema consideró que un reporte erróneo sobre la quiebra de una persona efectuado por una

Igualmente, en el caso *Gertz* de 1974, la Corte modificó parcialmente su posición en relación con las personas privadas, y señaló que frente a ellas, incluso si el asunto es de interés público, la protección al honor y a la intimidad de la persona es mayor, por lo cual para obtener una indemnización el afectado no tiene que demostrar la clara mala intención (actual malice) de quien lo difamó, sino que le basta probar simple negligencia. Según la Corte, si bien el interés público puede justificar las informaciones sobre estos asuntos, las personas privadas son más vulnerables y tienen menor acceso a los medios para controvertir las declaraciones en su contra, todo lo cual justifica una mayor protección. Además, en relación con los personajes públicos, la jurisprudencia ha señalado que éstos conservan, aun cuando limitados, sus derechos a la intimidad y al honor, que gozan de una cierta protección judicial. Así, la tesis del caso *Sidis* de la Corte Suprema de Nueva York, según la cual un personaje que había adquirido notoriedad pública quedaba condenado a estar bajo las miradas ajenas, incluso muchos años después, no es aceptada por otros tribunales de ese país. Por ejemplo, la Corte Suprema de Mississippi, en forma que parece más razonable, estableció, en el caso *Newsom v Henry* de 1983, que una persona que ha sido figura pública puede, con el paso del tiempo, volver a ser un particular, al menos en relación con los hechos ocurridos una vez que ha abandonado el escenario público⁵¹.

Finalmente, en varios casos, la Corte Suprema ha aceptado que se puede regular, en forma relativamente amplia, el contexto de tiempo, modo y lugar en el cual se puede ejercitar la libertad de expresión, siempre y cuando tales regulaciones de contexto o modales sean neutras frente al contenido de los discursos, ya que todos ellos son iguales ante la Constitución⁵². La Corte Suprema ha distinguido entonces entre distintos “foros” o espacios en donde las personas expresan sus ideas y hacen circular informaciones, ya que las posibilidades de reglamentación modal a la libertad de expresión son diversas según los ámbitos. Así, en los foros públicos, como las calles o los parques, el examen constitucional es más estricto, pues sólo es admisible aquella intervención que no sólo sea necesaria para la satisfacción de un interés estatal significativo sino que además deje abiertos otros canales para la expresión del discurso. En los foros semipúblicos, como las escuelas o las bibliotecas, las regulaciones pueden ser mayores, por lo cual el examen constitucional es menos intenso, y la Corte admite la constitucionalidad de restricciones que se encuentren razonablemente ligadas a la obtención de un interés estatal legítimo. Finalmente, en los foros privados, las regulaciones pueden ser muy amplias. Como vemos, esta distinción pretende, entre otras cosas, proteger la intimidad de las personas y de los hogares frente a las posibles injerencias de los discursos ajenos⁵³.

agencia de crédito a cinco de sus suscriptores no era un asunto de interés público, por lo cual podía ser considerado como una difamación.

⁵¹ Ver Pablo Salvador Cordech. *Op-cit*, p 311

⁵² Ver el caso *Cohen v California* de 1971, en donde la Corte plantea la igualdad entre todos los discursos. El caso *Chicago Police Department v Mosley* de 1972 es un buen ejemplo de una regulación de contexto que no es neutral frente al contenido, y que por ende es inconstitucional. La Corte anuló una norma municipal que prohibía, durante las horas de clase, toda manifestación cerca de las instalaciones escolares, salvo aquellas relacionadas con disputas laborales en los colegios. Según la Corte, esta reglamentación no era neutral pues establecía cuáles asuntos podían ser discutidos en las instalaciones oficiales.

⁵³ La jurisprudencia sobre la regulación modal en los distintos foros es muy amplia. Ver, entre otras, las sentencias *Schneider v State* de 1939, *Beard v City of Alexandria* de 1951, *Flower v United States* de 1972.

Como vemos, el honor y la intimidad de las personas no están entonces siempre subordinados a las exigencias de la libertad informativa y de expresión, pues si bien es muy difícil en Estados Unidos obtener una orden judicial para impedir una publicación difamatoria -como sí ha sucedido en Alemania-, lo cierto es que la amenaza de cuantiosas indemnizaciones juega en ese país un efecto disuasivo considerable. Además, las regulaciones del contexto en que se emite un discurso también tienen como finalidad esencial la protección de la intimidad. Por ejemplo, en el caso *Frisby v Schultz* de 1988, la Corte admitió que era constitucional que se prohibiera una manifestación de grupos antiabortistas en frente de la residencia de un médico que practicaba interrupciones de embarazo. Según la sentencia, si bien los andenes y las calles son “foros” públicos, la regulación era legítima para proteger la intimidad hogareña ya que los manifestantes mantenían a su disposición otros medios de protesta. Esto significa que en el derecho estadounidense, de todos modos la privacidad, la intimidad y el honor gozan de protección constitucional, por lo cual la libertad de expresión o el propio proceso político no pueden llegar a anularlos. Es más, en los años sesenta y setenta, al final de la Corte Warren y durante el inicio de la Corte Burger, el derecho a la privacidad, de creación jurisprudencial en el caso *Griswold* de 1964, adquiere una gran relevancia, pues es concebido no sólo como la protección de la intimidad en estricto sentido, esto es el derecho de una persona a estar sola y libre de miradas ajenas, sino incluso de la autonomía, esto es de la capacidad del individuo a tomar las decisiones esenciales sobre su propia vida. Así, en nombre de la privacidad, la Corte protegió, en el caso *Eisenstadt v Baird* de 1972, el derecho a la autonomía reproductiva y, específicamente en el caso de la mujer, este derecho sirvió de sustento a la polémica decisión de *Roe v Wade* de 1973, en donde se consagró el derecho de la mujer a abortar en el primer trimestre de embarazo.

Como vemos, la diversa concepción de democracia y de orden constitucional en Estados Unidos y Alemania no impide que existan notables convergencias en las jurisprudencias de estos países en relación con la colisión de derechos estudiada. Así, en vez de mecánicamente hacer triunfar en todos los casos uno de los derechos en conflicto, los dos sistemas judiciales han buscado la mayor coexistencia de la libertad informativa y la protección al honor y a la intimidad de las personas, para lo cual han establecido una serie de distinciones jurisprudenciales -como la estadounidense entre personas públicas y privadas, o entre los diversos “foros”, y la alemana entre las distintas esferas de protección a la intimidad- que permiten armonizar esos valores, o en caso de conflictos irresolubles, evitan que se sacrifique en forma desproporcionada alguno de ellos en función de la preservación del otro. Esto significa que estos tribunales no han establecido una jerarquía absoluta y para todos los casos entre las libertades en conflicto sino que han desarrollado lo que la doctrina denomina una prevalencia *prima facie* pero no una superioridad definitiva de un derecho sobre otros. Así, una preferencia *prima facie* del derecho A sobre el derecho B simplemente indica que en caso de que estos valores entren en colisión, el juez debe decidir con base en el derecho A, salvo si las particularidades del caso confieren un mayor peso relativo a B. Las prevalencias *prima facie* juegan entonces, a nivel de la argumentación en torno a derechos y valores, el mismo papel que juegan las presunciones en el plano probatorio, puesto que indican al juez que debe decidir el asunto de determinada manera, salvo si aparece demostrado lo contrario. Estas supremacías iniciales establecen entonces cargas de argumentación y de esa manera esbozan un orden en las soluciones, pero no contienen determinaciones definitivas⁵⁴. Así, la preferencia que el tribunal constitucional alemán reconoce a la intimidad -como expresión de la dignidad

⁵⁴ Sobre la distinción entre prevalencia *prima facie* y prevalencia absoluta o definitiva, ver Robert Alexy. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” en **Derecho y razón práctica**. México : Fontamara, 1993, p 19. Ver igualmente su texto **Los derechos fundamentales**. *Loc-cit*, pp 152 y ss.

humana- no implica que ésta siempre prevalezca sobre la libertad informativa. Y por su parte, el lugar dominante que ocupa la libertad de expresión en el constitucionalismo estadounidense no anula la protección a la privacidad de las personas.

Ahora bien, a pesar de la diversidad de lenguajes, esas distinciones y formas de razonamiento tienen pretensiones comunes, pues buscan la mayor coexistencia posible entre esos derechos. Por ello no es extraño que, a pesar de las innegables oposiciones que subsisten entre las jurisprudencias de esos dos países (ver supra I), existen también notables convergencias en las soluciones en los conflictos entre estos derechos. Es más, en cierto sentido, estas convergencias se han internacionalizado, pues no sólo la doctrina sino también otros tribunales constitucionales y las cortes internacionales de derechos humanos han recogido algunas de las construcciones conceptuales de la jurisprudencia alemana y estadounidense.

Así, en forma esquemática, podría decirse que la Convención Europea de Derechos Humanos tiende a asumir el modelo alemán, mientras que la Convención Interamericana adopta el modelo estadounidense. Esto se manifiesta en el hecho de que el artículo 13-2 del Pacto de San José, con excepción de la posibilidad de censurar los espectáculos públicos para salvaguardar la moral de los menores, excluye toda otra forma de restricción previa, pues señala que el ejercicio de la libertad de expresión y de información “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”. En cambio, el artículo 10 de la Convención de Roma no sólo no prohíbe expresamente la censura sino que tácitamente la admite, pues establece que la libertad de expresión podrá ser sometida “a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.” Esta diferencia ha sido expresamente destacada por la Corte Interamericana⁵⁵ y por la Comisión Interamericana⁵⁶ como un elemento hermenéutico muy significativo, pues pone en evidencia el lugar preferente de la libertad de expresión en el sistema interamericano, en el cual parece inadmisibles que un juez prohíba la publicación de un libro o un artículo para proteger el honor o la intimidad de otra persona. Así, en el caso “Martorell”, la Comisión Interamericana analizó la siguiente situación: el señor Martorell publicó un libro en la Argentina titulado “Impunidad diplomática”, sobre las circunstancias que condujeron a la partida del ex Embajador argentino en Chile. El libro debía ser comercializado también en Chile pero, a partir de una solicitud de unas personas que se sentían injuriados con el

⁵⁵ Ver Corte Interamericana. Opinión Consultiva OC-5/85 sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, especialmente el Párrafo 50, en donde ese tribunal señala que “la comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”.

⁵⁶ Ver Comisión Interamericana. Caso Martorell v. Chile, Caso 11.230 de 1997, en especial el párrafo 56, en donde la Comisión precisa que la prohibición de la censura “existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma”.

texto, los jueces chilenos prohibieron su divulgación, en decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de ese país. El señor Martorell acudió entonces ante la Comisión Interamericana, que concluyó que Chile había violado la libertad de expresión al establecer una censura previa. En cambio, en el ámbito europeo, en principio pueden ser admisibles ciertas restricciones previas, por lo cual la Corte Europea no considera que la censura sea en sí misma un violación de la Convención de Roma.

Sin embargo, a pesar de esas diferencias, existen notables convergencias en las doctrinas elaboradas por estos dos tribunales de derechos humanos. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos, si bien no excluye *per se* la censura previa, ha tendido a aceptar la pertinencia de las soluciones y de los criterios adelantados por la jurisprudencia estadounidense, por lo cual ha protegido vigorosamente la libertad de expresión, sobre todo en el campo político. La decisión más significativa es la sentencia de 1986 sobre el asunto Lingens⁵⁷, un periodista que había sido condenado en Austria por haber difamado al canciller Kreisky, a quien había criticado en forma muy fuerte por su comportamiento favorable a dirigentes políticos que tenían un pasado muy ligado al nazismo. La Corte de Estrasburgo favoreció a Lingens y estableció que Austria debía indemnizarlo. El fallo comenzó por precisar que los hombres políticos -como un canciller- si bien no están desprovistos del derecho a la honra, están sujetos a una posibilidad mayor de crítica que los particulares, debido a la importancia que tiene la libertad de prensa en una democracia, a fin de que la opinión pública pueda “conocer y juzgar las ideas y actitudes de sus dirigentes”. Por ello, señaló la Corte, la necesidad de proteger el honor de los políticos debe ser “ponderada con los intereses que derivan de la libre discusión de las cuestiones políticas.” El contenido de la información y el contexto en el cual ésta se expone adquieren entonces particular trascendencia dentro de esta ponderación, ya que permiten determinar los pesos relativos de los derechos en conflicto. En este caso, la balanza se inclina en favor de la libertad informativa, pues se trata de una crítica a un canciller, por asuntos propios de su cargo, y en un ambiente electoral. Luego el tribunal señaló que era necesario distinguir entre la formulación de opiniones y la afirmación de hechos relativos a una persona, ya que las primeras no pueden ser demostradas. La prueba de la verdad es entonces irrazonable en el caso de opiniones. Por consiguiente, la exigencia de la ley austríaca de que el periodista debe probar la verdad como causal de justificación de una expresión en apariencia injuriosa puede ser válida en relación con la afirmación de hechos, pero es irrealizable cuando se trata de opiniones. Por ende, concluye el tribunal, como nadie cuestionó la veracidad de los hechos en los cuáles Lingens basaba sus críticas, ni su buena fe, en el fondo se lo sancionó por emitir una opinión sobre la conducta del canciller, con lo cual se violó la libertad de opinión garantizada por el Convenio de Roma.

En el plano nacional, también existen importante convergencias doctrinales en la manera como los distintos tribunales constitucionales solucionan estas tensiones normativas, puesto que los buenos jueces evitan consagrar jerarquías absolutas entre los derechos en tensión, pues a lo sumo establecen prevalencias *prima facie*, con lo cual han tendido a desarrollarse tres alternativas diversas: (i) el modelo estadounidense que confiere una prelación *prima facie* a la libertad de expresión; (ii) la solución alemana que otorga, en principio, primacía a la dignidad y a la intimidad; (iii) y una opción intermedia, basada en un equilibrio, sin preferencias previas, entre la libertad de expresión, el derecho a la información y la intimidad, por lo cual se desarrollan criterios de solución para cada caso, sin otorgar prelación a uno de los dos derechos en tensión. Veamos algunos ejemplos:

⁵⁷ Ver Fallo Lingens del 8 de julio de 1986, No 103. Para una presentación general y sugestiva de estos casos y de la metodología interpretativa de la Corte Europea, ver François Ost. “Originalité des méthodes d’interprétation de la Cour européenne des droits de l’homme” en Mireille Delmas-Marty. **Raisonnement la raison d’Etat**. Paris : PUF.

En Argentina⁵⁸, es clara y explícita la influencia estadounidense, pues incluso se citan casos y doctrinas de ese país. Sin embargo, existe entre los argentinos tal vez una mayor preocupación por la protección de la intimidad en relación con los personajes públicos. Así, en el caso Balbín, la Corte Suprema admitió la indemnización contra una revista que había publicado una foto de Ricardo Balbín en una sala de terapia intensiva poco antes de morir. La Corte Suprema argentina precisó que la vida privada de una persona pública, como lo era el señor Balbín, puede ser divulgada "en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general". Esto significa que estos personajes conservan "un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión", por lo cual la publicación de una foto en esas circunstancias era una violación de la intimidad que debía ser indemnizada.

En España, también es clara la influencia de los criterios del caso Sullivan de la Corte Suprema de Estados Unidos y del caso Lingens del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁹.

En el caso colombiano⁶⁰, ha habido una fuerte influencia del modelo alemán, que ha llevado a la Corte Constitucional a defender, en numerosos casos, la primacía genérica del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información (Sentencias T-414 de 1992 y T-611 de 1992). Con base en tal criterio, el tribunal prohibió (sentencia T-293/94) un libro que divulgaba informaciones sobre un divorcio en donde había habido graves desavenencias entre los cónyuges, por cuanto consideró que era una intromisión en la vida privada familiar que, además, podía fuertemente afectar el libre desarrollo de los niños. Sin embargo, posteriormente (sentencia SU-056/95), ese tribunal decidió ampliar la protección a la libertad de expresión y de creación artística, y se negó a prohibir un libro, a pesar de que hacía afirmaciones, posiblemente injuriosas, sobre unos particulares, con el argumento de que el periodista se había limitado a reproducir lo que era de "conocimiento popular" en la zona, por lo cual no había habido violación a la intimidad. En decisiones posteriores, la Corte Constitucional colombiana ha oscilado entre los tres modelos, sin llegar a definir una dogmática verdaderamente adecuada, pues en determinados casos ha tendido a ignorar que la divulgación de informaciones tiene riesgos para la intimidad y el honor de las personas⁶¹, mientras que en otras ocasiones ha restringido de manera

⁵⁸ Como ejemplos, ver los casos de la Corte Suprema Argentina Pérez de 1963 y Ponzetti de Balbín de 1985, recopilados en Jonathan Miller et al. **Constitución y derechos Humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1991, Tomo 2, pp 959 y ss

⁵⁹ ver del Tribunal Constitucional las sentencias STC 6 de 1988, STC 107 de 1988 y STC 51 de 1989

⁶⁰ Para una presentación y análisis crítico de esta evolución jurisprudencial, ver Catalina Botero. **La tutela frente a los medios de comunicación**. Bogotá: mimeo, 1997. La presente discusión de la jurisprudencia colombiana debe mucho a ese texto y a mis conversaciones con la autora, aunque no tenemos puntos de vista totalmente coincidentes.

⁶¹ Ver la sentencia C-087 de 1998, en donde la Corte concluyó que la exigencia de la tarjeta de periodista para poder ejercer esa profesión violaba la libertad de expresión. Según mi criterio, la decisión es correcta; sin embargo, algunos apartes de la justificación me parecen erróneos, por cuanto se basan en concepciones absolutistas. Así la Corte tiende a reducir todos los riesgos de la libertad de expresión y de información a condiciones mismas de funcionamiento de la democracia, por lo cual no parecería posible, desde la democracia, establecer límites al ejercicio de ese derecho. Esta tesis puede ser admisible en relación con la expresión de opiniones, que en principio no debe tener restricciones, pero es discutible con la divulgación de informaciones, pues todos

inaceptable el derecho a la información de la sociedad sobre asuntos públicos de personajes públicos⁶². De esa manera, según algunos críticos, la jurisprudencia colombiana no ha diseñado todavía “parámetros claros que sirvan para trazar la línea entre las decisiones judiciales que verdaderamente constituyen protección a la dignidad de la persona humana y aquellas que, sin más, constituyen restricciones arbitrarias a la libertad de expresión.”⁶³ Con todo, en algunos eventos, la Corte Constitucional colombiana ha tendido a afinar sus criterios, de suerte que existen decisiones recientes sobre el tema que parecen abrir una vía propia, bastante interesante, en donde esta Corporación busca la mayor cohabitación posible entre estos derechos. El ejemplo más ilustrativo es la sentencia T-066 de 1998, que trata de la divulgación por la Revista Semana de un informe de inteligencia militar que sindicaba a varios alcaldes de ser auxiliares de la guerrilla. En esta providencia, la Corte logra una interesante combinación de los criterios del caso Sullivan de Estados Unidos con la protección del buen nombre frente a al excesivo poder que tienen los medios de comunicación en las sociedades contemporáneas. Así, de la jurisprudencia estadounidense, la Corte toma la idea de que libertad de prensa es un elemento fundamental para la existencia de la democracia, por lo cual concluye que “en los conflictos entre el derecho a la información y los derechos a la intimidad, la honra y el buen nombre, en casos relacionados con personas y hechos de importancia pública, prevalece *prima facie* el derecho a la información.” Sin embargo, la sentencia se distancia frente al modelo estadounidense del “libre mercado de las ideas”, por cuanto considera que en la actualidad, existe una enorme concentración de la propiedad en los medios de comunicación, por lo cual “muchas opiniones no puedan ser expresadas, en desmedro del pluralismo, un requisito básico de la democracia”. Esto implica además un riesgo para las personas del común, que se encuentran inermes frente a ese desmedido poder de los medios, por lo cual la Corte admite una mayor intervención judicial que en el modelo estadounidense, sobre todo en relación a la protección de la imparcialidad de los medios. La Corte reformula entonces los criterios del caso Sullivan, y concluye que si bien no se puede exigir a un medio probar la verdad de las afirmaciones, es válido reclamarle equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes, de tal manera que “la condición de veracidad se cumple si el medio demuestra que obró diligentemente en la búsqueda de la verdad y que fue imparcial en el momento de producir la noticia.” Con tal criterio, la Corte concluyó que la Revista Semana había vulnerado el derecho al buen nombre de de los

los regímenes democráticos admiten ciertas cortapisas en este campo, precisamente para proteger otros derechos, como el honor, la intimidad e incluso el debido proceso. Por ello, según mi parecer, el punto decisivo era que la exigencia de tarjeta profesional limitaba desproporcionadamente la libertad de expresión y de información, por lo cual la norma acusada era inconstitucional, pero tal conclusión no excluye ciertas restricciones que pueden llegar a ser admisibles.

⁶² Así, en la sentencia T-696 de 1996, la Corte consideró que la televisión había violado la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia del abogado del Presidente Samper, por cuanto había divulgado el texto de una nota escrita que, en pleno debate en el Congreso, el abogado había dirigido a Heyne Mogollón, quien era el encargado de adelantar la investigación contra el Presidente. Esta decisión me parece equivocada, pues los medios estaban transmitiendo información sobre un personaje público, en relación con un asunto público, de un hecho que había ocurrido en el Congreso, que es el recinto público por excelencia de la democracia. Además, el interés de los medios era legítimo, pues simplemente trataban de determinar si existían o no componendas entre el Presidente y sus jueces. Finalmente, no se trataba de una nota entre el abogado y su cliente sino entre el abogado y el investigador judicial, comunicación que no tiene ningún privilegio constitucional. Por ende, un escrito que una persona circula en esas condiciones no puede ser asimilado a una correspondencia.

⁶³ Catalina Botero. **Op-cit**, párrafo 10.

alcaldes, pues no había confrontado, de manera equitativa, la información proveniente de los servicios de inteligencia militar, por lo cual ordenó al medio efectuar la correspondiente rectificación.

Los anteriores ejemplos muestran que, con el fin de lograr la mayor coexistencia posible entre la intimidad, el honor, la libre expresión y el derecho a la información, los mejores tribunales en general admiten que no es posible determinar en abstracto y para todos los casos cuál de esos valores triunfa cuando existe un conflicto, sino que es necesario tomar en cuenta distintos aspectos para llegar a una decisión correcta. Así, los criterios centrales de la decisión son la diferencia que existe entre emitir opiniones y afirmar hechos, la distinción entre distintas esferas de intimidad de las personas, el carácter público o no de la persona afectada, la existencia o no de un interés general en la divulgación de la información, el grado de afectación de la intimidad en relación con la importancia que puede tener la información para un libre debate democrático sobre asuntos colectivos, el carácter injurioso o no de la información revelada, el contexto o “foro” en el cual es manifestada la opinión o es revelado un hecho, los tipos de discursos, pues merecen mayor protección aquellos que se refieren a los debates esenciales de la vida colectiva, etc. Estos elementos, a pesar de las divergencias naturales que subsisten entre los distintos órdenes nacionales y las diversas concepciones de democracia, han permitido, poco a poco, una importante concordancia de aspectos centrales en la solución de los casos.

IV- ALGUNAS CONCLUSIONES

Esta convergencia relativa de la jurisprudencias sobre los conflictos entre la dignidad humana y la libertad de expresión e información me parece instructiva, ya que muestra que los buenos jueces, al enfrentar estos difíciles problemas normativos, han sido capaces de evitar tanto el fundamentalismo ético como el relativismo extremo y el simple decisionismo, con lo cual la argumentación jurídica ha logrado rehabilitar un cierto uso de la razón en los problemas prácticos. Además, e íntimamente ligado a lo anterior, esta evolución jurisprudencial tiene interesantes implicaciones sobre la manera como podríamos repensar la democracia y la universalidad de los derechos humanos.

a- Una razón jurídica gradual y reflexiva.

No deja de ser notable que, a pesar de partir de preferencias iniciales opuestas, por la posición dominante de la libertad de expresión en Estados Unidos, y el carácter casi absoluto de la dignidad y de la intimidad en Alemania, lo cierto es que los dos tribunales han evitado caer en una “tiranía de los valores”, según la exitosa expresión que Carl Schmitt tomara de Hartmann. Y hablamos de exitosa expresión pues gran parte de las modernas teorías de la interpretación constitucional se plantean precisamente como una tentativa por lograr la coexistencia plural de principios, lo cual es una negación al absolutismo, y por ende a la tiranía de cualquier valor⁶⁴. En cierto sentido, la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos parece tomar como una de sus directivas el consejo de algunos filósofos contemporáneos, para quienes es necesario “abandonar la complacencia fanática de los absolutos excluyentes y entrenarse en la cordura de lo relativo y lo posible.”⁶⁵

El dispendioso trabajo por establecer detalles y distinciones entre los casos no ha sido

⁶⁴ Ver, por ejemplo, Robert Alexy. **Teoría de los derechos... Loc-cit**, pp 152 y ss. Igualmente Gustavo Zagrebelsky. **El derecho dúctil**. Madrid: Editorial Trotta, 1995, pp 122 y ss.

⁶⁵ Fernando Savater. **Sin contemplaciones**. Bogotá: Ariel, 1994, p 28.

entonces un capricho de los jueces sino que es la manera como los tribunales han evitado que una preferencia inicial por un determinado derecho se traduzca en una jerarquía absoluta del mismo, capaz de arrasar con todos los derechos y valores concurrentes, ya que ello significaría el fin del pluralismo, que es un hecho irreductible de la modernidad. La razón práctica contemporánea debe aceptar que uno de los datos de las sociedades humanas es la existencia de una pugna de valores entre concepciones de vida diversas, ya que no sólo es imposible evitar la lucha entre los dioses, de la que hablaban Weber y Dostoyevski, sino que, además, no parece deseable hacerlo. "Quien se cree portador de la verdad siempre estará tentado de erigir un despotismo ilustrado y obligarnos a la felicidad."⁶⁶ La diversidad de valores debe asumirse entonces como uno de los problemas esenciales en la construcción de un orden político y de una práctica judicial democrática⁶⁷. Por ello, y para asegurar el pluralismo, los distintos tribunales constitucionales y cortes de derechos humanos han recurrido, de manera bastante generalizada, a una metodología común, a saber, la ponderación, el sopesamiento o el balanceo entre valores en conflicto, la cual ha sido objeto de intensas reflexiones y debates a nivel de la teoría de la interpretación constitucional⁶⁸. La idea central de esta forma de argumentación es que es necesario admitir la existencia de conflictos entre distintos derechos y principios constitucionales, pero que esas oposiciones no deben llevar a anular, a nivel abstracto, algunos de los derechos o de los principios, puesto que todos siguen siendo válidos e importantes para la preservación de la democracia y la protección de la dignidad humana, por lo cual el llamado "contenido esencial" de los derechos concurrentes debe ser protegido⁶⁹. El juez debe entonces intentar resolver el caso, en lo posible, satisfaciendo las exigencias normativas derivadas de los derechos en conflicto, en virtud del llamado principio de armonización concreta o concordancia práctica⁷⁰, pero si ello no es posible,

⁶⁶ Norbert Lechner. **La conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado**. Santiago : FLACSO, p 157.

⁶⁷ La evolución de Rawls es significativa en este aspecto pues, según sus propias palabras, el elemento esencial que explica los cambios entre su primer gran libro, la teoría de la justicia, y su obra más reciente, el liberalismo político, es el reconocimiento de los problemas que plantea a la estabilidad de una democracia constitucional el inevitable pluralismo. La pregunta clave según Rawls es entonces la siguiente: ¿cómo puede existir una sociedad justa y estable de personas libres e iguales, pero que se encuentran profundamente divididas por concepciones religiosas, políticas y filosóficas incompatibles pero todas razonables? Ver John Rawls. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993, Introducción

⁶⁸ La bibliografía es muy extensa. Ver, entre otras, las obras citadas de Alexy, Dworkin, Tribe y Zagrebelsky.

⁶⁹ La idea de "contenido esencial" de los derechos fundamentales fue desarrollada inicialmente por el Tribunal Constitucional alemán, lo cual es explicable, no sólo por la importancia de la dignidad humana en ese ordenamiento constitucional, sino además porque la Ley Fundamental de Bonn señala expresamente en su artículo 19 que en ningún caso se puede desconocer la esencia de ningún derecho fundamental. A pesar de que es una noción que suscita polémicas, pues existen diversas concepciones sobre su sentido y alcance (Ver por ejemplo Antonio Perez Luño. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 1995, pp 312 y ss), lo cierto es que una categoría de enorme éxito internacional, pues ha sido retomada por otras constituciones, como la española, y por otros tribunales, como la Corte Europea de Derechos Humanos o la Corte Constitucional colombiana. Ese prestigio tiene una explicación por la función que cumple esta noción, ya que en lo fundamental la protección del contenido esencial de los derechos permite la coexistencia de valores y principios potencialmente conflictivos

⁷⁰ Ver Konrad Hesse. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid, Centro de Estudios

debe establecer, teniendo en cuenta las características del caso concreto, cuál derecho tiene precedencia sobre los otros. Por ejemplo, el tribunal puede concluir que en el caso específico confiere mayor peso a la intimidad que ha entrado en conflicto con la libertad informativa, y por ende prohíbe una determinada emisión televisiva o la publicación de un libro. Sin embargo, y eso es esencial, esa decisión no implica que siempre habrá prioridad de la intimidad sobre la información, pues en otro caso, el tribunal puede llegar a la solución contraria si concluye que las circunstancias específicas confieren mayor peso al derecho a la información. Se trata entonces, según la terminología de ciertos autores y de los propios órganos judiciales, de una relación de preferencia condicionada, y no abstracta o absoluta⁷¹, pues la decisión con base en uno de los principios no depende de su primacía en todos los eventos de conflicto, sino de su mayor peso relativo en el caso concreto.

En ese sentido me desafortunada la forma como Novoa Monreal propone su solución para enfrentar la tensión entre la intimidad y la libertad informativa⁷². Según este autor, en caso de conflicto, la libertad de información siempre prima, por su carácter social, frente al derecho a la intimidad, que es de naturaleza individual, pues el interés general debe prevalecer sobre el interés particular. Esta argumentación es equívoca, tanto desde el punto de vista conceptual como metodológico. De un lado, el autor asimila derecho individual e interés particular, con lo cual anula la eficacia específica de los derechos constitucionales, que son precisamente instituciones contramayoritarias, como bien lo han señalado autores como Dworkin y Rawls. En efecto, si por “interés general” se entienden los beneficios de la mayoría, y los derechos individuales son caracterizados como “intereses particulares”, es obvio que la tesis de la primacía del interés general equivale a la destrucción de los derechos de la persona en nombre de la persecución de objetivos colectivos. De otro lado, este autor pretende establecer una regla rígida, y bastante mecánica, de prevalencia abstracta de un derecho frente al otro, lo cual en la práctica no opera, como lo ha mostrado la evolución de la jurisprudencia en el derecho comparado, o conduce a una tiranía de ese valor incompatible con una visión integral de los derechos humanos. Por ello no es extraño que el propio autor, en el fondo consciente de que esta “solución”, aplicada literalmente, conduce a resultados inaceptables, pues provoca la destrucción de la intimidad, se vea obligado a introducir distinciones que niegan el sentido mismo de su solución general. En efecto, Novoa termina por sostener que esa primacía sólo opera cuando el derecho de información “es invocado y ejercido en una forma que satisfaga todas las exigencias que derivan de su naturaleza y fines”, por lo cual no podría un periodista divulgar “noticias que nada significan para el interés de los demás, porque corresponden a aspectos de la vida íntima de algún individuo”, los cuales, “de ordinario”, no interesan a la sociedad⁷³. De esa manera, en el fondo, este autor está señalando que es necesario siempre ponderar estos derechos en conflicto frente a las especificidades del caso concreto. Simplemente Novoa Monreal, un poco dentro del espíritu del constitucionalismo estadounidense, está estableciendo una preferencia inicial o *prima facie* por la libertad informativa, lo cual no es en manera alguna incompatible con la idea de ponderación, ni con el reconocimiento del pluralismo valorativo.

La ponderación, como técnica esencial de la resolución de conflictos entre derechos humanos, evita entonces el absolutismo axiológico y protege el pluralismo, pues no

Constitucionales, 1992, p 45.

⁷¹ Robert Alexy. **Teoría de los derechos... Loc-cit**, p 92

⁷² . Ver Eduardo Novoa Monreal. Derecho a la vida privada y libertad de información. Loc-cit, pp 194 y ss.

⁷³ Ibidem, p 195

consagra jerarquías absolutas entre los derechos concurrentes. Con todo, algunos critican esta forma de razonamiento judicial pues consideran que introduce una absoluta indeterminación en la decisión última de los casos, que dependería entonces de la pura discreción judicial. Sin embargo, no sólo no parece existir otra metodología mejor para decidir conflictos prácticos en donde se enfrentan derechos sino que, además, la ponderación no implica que la decisión judicial quede sometida al capricho y al arbitrio del funcionario de turno, por cuanto los tribunales constitucionales, en virtud del respeto al precedente, que no es más que una aplicación a la práctica judicial del principio de igualdad y del criterio kantiano y habermasiano de la universalidad, deberían decidir todos los casos semejantes de la misma forma. En efecto, “dicho en términos kantianos, el buen juez sería aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace”⁷⁴. Y para lograr esa coherencia, los jueces tienen que precisar las razones por las cuales confieren precedencia en un determinado caso a un derecho, con lo cual construyen, poco a poco, criterios prácticos para resolver las tensiones y los conflictos entre los distintos derechos y los diversos principios. Así, esos criterios de precedencia en un caso concreto pueden ser vistos como el supuesto de hecho de una regla general que regula las relaciones entre los principios en tensión y que, una vez tomada la primera decisión difícil, entra a hacer parte del sistema jurídico y debe ser respetada en el futuro, con lo cual los demás casos se vuelven más previsibles. Por ello, como dice Alexy, “la ponderación en el caso particular y la universalidad no son inconciliables”⁷⁵. Un ejemplo lo muestra: antes de que la Corte Suprema de Estados Unidos decidiera el caso Sullivan, en ese país no era clara la relación entre la libertad informativa, la veracidad y la protección del honor de los personajes públicos. En ese fallo, la Corte Suprema no sólo decide el asunto concreto sino que fija una regla general sobre como se resuelve esa tensión normativa, con lo cual, hacia el futuro, la dificultad del tema disminuye considerablemente.

El juez debe entonces hacer justicia en el caso concreto pero también debe guardar consistencia con el ordenamiento y el precedente, por lo cual los tribunales constitucionales han construido, con mayor o menor fortuna, distinciones y herramientas de interpretación constitucional, como el principio de proporcionalidad de la jurisprudencia alemana o de la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo, o los distintos "tests" de constitucionalidad elaborados por la Corte Suprema de Estados Unidos, que permiten resolver en forma razonable casos concretos, sin sacrificar por ello la seguridad jurídica en su conjunto. Las limitaciones de espacio no permiten presentar en detalle estas herramientas hermenéuticas. Sin embargo, los casos presentados en los puntos anteriores ilustran sobre su utilización. Así, el fallo *Lelbach* es una típica aplicación del principio de proporcionalidad, pues el tribunal alemán rechaza la emisión televisiva por cuanto concluye que es una invasión desproporcionada en la intimidad de *Lelbach*. Según la sentencia, esa emisión satisface muy poco el derecho a la información, ya que el delito ocurrió mucho tiempo atrás, mientras que afecta profundamente la dignidad del condenado, pues la publicación de su foto y su nombre dificulta en forma grave su resocialización. Por su parte, la Corte Suprema de Estados Unidos utiliza tests o estándares diversos para examinar la constitucionalidad de las regulaciones de tiempo, modo y lugar de la libertad de expresión, pues el examen constitucional es muy estricto en relación con toda limitación en los foros públicos, debido a su importancia para el libre flujo de ideas, mientras que es menos exigente en los foros semipúblicos, y bastante flexible en los foros privados,

⁷⁴ Luis Prieto Sanchís. "Notas sobre la interpretación constitucional" en **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, No 9. Madrid, mayo agosto de 1991.

⁷⁵ Ver Robert Alexy. **Derechos fundamentales. Loc-cit**, p 167.

esto último con el fin de salvaguardar la intimidad de los hogares.

La positivización de los derechos humanos ha hecho entonces más dúctil y más maleable el razonamiento judicial, de suerte que la justicia se ha vuelto más "gradual". Hoy en día, muchas de las decisiones judiciales sobre derechos humanos dependen en gran medida del grado de afectación de los derechos y valores en conflicto, según las circunstancias del caso específico, por lo cual la mayoría de las distinciones relevantes en estos casos son más diferencias de grado, de intensidad, que rígidas oposiciones cualitativas. La interpretación constitucional contemporánea confirma así el criterio del juez estadounidense Oliver Holmes, quien criticaba la jurisprudencia originaria de la Corte Suprema por cuanto ésta se basaba en clasificaciones, en vez de recurrir a distinciones de grado. Por ejemplo, en materia de libertad de expresión política, los análisis constitucionales clásicos intentaban determinar qué tipos de discursos estaban protegidos, por lo cual admitían que las expresiones subversivas eran penalizables en todos los casos. En cambio, según Holmes, en el caso *Shenck v United States* de 1919, la única razón que justifica sancionar un discurso subversivo no es su naturaleza sino que éste cree "un peligro evidente y próximo de que se produzcan males sustantivos", lo cual, agregaba la sentencia, "es un problema de proximidad y de grado". En otra ocasión, en su voto disidente, en el fallo *Panhandle v United States* de 1928, expresamente Holmes criticó la falta de gradualismo de la Corte Suprema durante los inicios del Siglo XIX, pues señalaba que "en aquellos días no se reconocía, como ahora, que la mayoría de las distinciones de derecho son distinciones de grado"⁷⁶.

La gradualidad de la justicia constitucional se expresa también en el hecho de que ni los tribunales ni los documentos constitucionales y de derechos humanos determinan *a priori* y en forma absoluta las soluciones a los potenciales conflictos, sino que la propia práctica jurisprudencial y las discusiones que ella suscita permiten ir ajustando progresivamente los criterios de decisión. La argumentación no es entonces una deducción a partir de un contenido rígido y predeterminado del alcance de los derechos sino, como bien lo señala Perelman, "una constante puesta en relación de experiencias particulares y de conceptos a contenido parcialmente indeterminado, en constante interacción". Además, en esa práctica interpretativa no se excluye el papel de la emotividad, ni del sentimiento moral, ni de la concepción política, ya que la reacción del intérprete frente a los resultados prácticos de su argumentación es un momento importante de la solución de los casos pues, aclara nuevamente Perelman, "el rol decisivo correponde a la experiencia moral de cada uno, ayudada por la regla de justicia que exige un trato igual a situaciones esencialmente semejantes". La argumentación jurídica y moral no se desarrolla entonces "por medio de axiomas y deducciones, sino por medio de un continuo ajuste de las reglas que pueden guiar nuestra acción."⁷⁷

Esta práctica jurídica enfrenta entonces de manera constante la tensión entre las particularidades de los casos y las exigencias de las reglas generales del sistema, por lo

⁷⁶ Para una presentación de esas diferencias, pero con una perspectiva favorable a los criterios tradicionales, ver Christopher Wolfe. *La Transformación...* Loc-cit. pp 263 y ss, y 309 y ss.

⁷⁷ Las citas son de Chaim Perelman. "Scépticisme moral et philosophie morale" en *Droit, Morale et philosophie* (2 Ed). Paris : LDGJ, 1976, pp 85 y 86.

cual su desarrollo se asemeja notablemente al "equilibrio reflexivo" propuesto por Rawls como instrumento metodológico para la discusión ética⁷⁸. En efecto, la argumentación constitucional es en gran medida un permanente ajuste entre las necesarias construcciones teóricas sobre el significado global de los distintos derechos humanos, y los sentimientos y juicios concretos de justicia que provocan las distintas soluciones dadas a los casos específicos. Así, los principios orientan la decisión del caso, pero los jueces no deducen mecánicamente la sentencia a partir de ellos, pues un dictamen judicial contrario a los sentimientos de equidad dominantes en la sociedad resultaría inaceptable, por más de que haya sido el resultado de una impecable deducción lógica a partir de determinadas normas generales. En tales eventos, el juez debe repensar el alcance de las normas relevantes que sirven de base a su argumentación, con el fin de alcanzar una decisión que sea adecuada a las normas pero también al caso específico, esto es, debe lograr una cierta correspondencia o equilibrio entre el sentido de las normas y la justicia del caso.

El contenido de los distintos principios éticos y jurídicos no preexiste entonces a los casos pues, en cierta medida, el significado mismo de las normas generales es un resultado de los asuntos resueltos. Esta es una diferencia central entre el razonamiento ético y la deducción lógico matemática, pues en la segunda, el contenido de los distintos axiomas se encuentra formalmente definido desde que se postula el sistema, de suerte que los distintos teoremas que sean deducidos no alteran en nada el significado originario de los axiomas de partida. En cambio, en un sistema jurídico, los casos son resueltos con base en el significado de las normas generales pero, en función del mecanismo del equilibrio reflexivo, la solución misma de los casos ayuda a delimitar y a ajustar el alcance de los principios. El siguiente ejemplo ilustra lo anterior: el artículo 1º de la constitución colombiana establece que el interés general prevalece sobre el particular. Una aproximación inicial a este principio, que es muy usual, puede ser de un utilitarismo ingenuo, de suerte que se podría pensar que es constitucional toda aquella decisión que favorece los intereses y la felicidad de la mayoría, sobre los intereses y la felicidad de una sola persona. Por tal razón, podría concluirse, que es válido expropiar una casa para hacer una carretera. Sin embargo, ese entendimiento puramente utilitarista de la prevalencia del interés general, que puede ser válido en el anterior caso, resulta inaceptable en otros eventos, pues permitiría, por ejemplo, que se torture a un presunto criminal con el fin de desarticular una banda de peligrosos delincuentes, puesto que se estaría afectando la integridad física de una sola persona pero con el fin de proteger la vida de muchos más. Ahora bien, ese procedimiento investigativo no sólo vulnera nuestra sensibilidad ética sino que, además, desconoce abiertamente la constitución, que prohíbe la tortura y reconoce la dignidad humana y la prevalencia de los derechos de la persona. Por ende, es necesario reformular el alcance de la prevalencia del interés general, intentando combinar, contra toda ortodoxia, algo de utilitarismo y algo de kantismo, en términos que podrían ser así: es legítima una decisión que mejore la felicidad de la mayoría, siempre y cuando con ella no se afecte un derecho fundamental de la persona. De esa manera se logra un cierto equilibrio entre el significado de las normas generales y la solución de los distintos casos, pues el principio de la prevalencia del interés general, tal y como ha sido reformulado, permite no sólo comprender por qué es ilegítima la tortura y por qué es válida la expropiación de la casa sino que, además, orienta la solución de los nuevos asuntos que sean sometidos al tribunal.

Este equilibrio reflexivo entre el caso y las normas generales es necesario, pues de los

⁷⁸ Cf John Rawls. *A theory of justice*. New York: Oxford University Press, 1973, Numerales 9, 20 y 87.

jueces, y en particular de los tribunales constitucionales, se espera no sólo que resuelvan en forma justa los conflictos, sino además que suministren criterios estables que faciliten la cooperación social, al hacer relativamente previsibles las decisiones jurídicas.

La justicia constitucional contemporánea es entonces más artesanal y menos inflexible que la argumentación jurídica, aparentemente deductiva, de otras épocas y otros campos del derecho. Sin embargo, no estamos frente a un retroceso. Por el contrario, de esa manera la justicia en el fondo se ha tornado también más humana, más realista y con mayor transparencia democrática, por cuanto los jueces constitucionales han aprendido a hacer explícitas las bases de sus decisiones. Por ello coincido con François Ost cuando, refiriéndose a la flexibilidad y fecundidad de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, señala al respecto:

“Algunos podrían quizás pensar que una metodología a tal punto flexible y compleja hace definitivamente poco caso al silogismo clásico, lo cual afecta la seguridad jurídica. Por el contrario, pensamos que la introducción, en el razonamiento jurídico, de un cierto número de elementos indeterminados (conceptos a contenido variable, criterios elásticos, método de ponderación de intereses en conflicto, principio de proporcionalidad...) permite asegurar una puesta en obra eficaz y adaptativa de la regulación jurídica, todo lo cual va en beneficio de una transparencia del razonamiento, que contrasta con las pseudo-certezas que pretende generar la lógica binaria clásica de lo verdadero y lo falso, lo permitido y lo prohibido. Para oponerse al “desorden” que los hechos y las prácticas introducen constantemente en el “ordenamiento” jurídico, sólo esa flexibilidad del derecho -reducido en últimas a algunos grandes principios generales- tiene la capacidad de resistir⁷⁹.”

El gradualismo de la interpretación judicial de los derechos humanos, si se quiere su naturaleza artesanal, no significan entonces que estemos frente a una práctica irracional o totalmente relativista. Por el contrario, la experiencia de los tribunales constitucionales muestra que, dentro de ciertos límites, es posible que exista una razón práctica que, por medio de argumentos basados en la actualización a un caso concreto de valores comunes compartidos, logran soluciones razonables, que sean socialmente aceptables y aceptadas. La propia práctica constitucional permite entonces salir de la disyuntiva planteada entre el absolutismo racionalista y el escepticismo decisionista, ya que muestra que entre la razón formal de las matemáticas y el puro decisionismo ético, existe un terreno intermedio muy amplio, que es precisamente el campo de lo razonable, en donde los jueces, como terceros imparciales, valoran y ponderan las perspectivas de personas o grupos que fundamentan sus pretensiones opuestas con base en diferentes derechos reconocidos por el ordenamiento nacional e internacional. De allí la importancia que tiene la motivación de las sentencias como justificación de las decisiones judiciales, pues sólo sentimos la necesidad de justificar aquello que no es puramente racional ni claramente arbitrario. Así, un teorema no se justifica sino que se demuestra, y los caprichos por definición son refractarios a toda justificación. En cambio, el derecho constitucional es uno de esos campos en donde se ve la necesidad y la posibilidad de justificar, mediante argumentaciones, la opción que se toma frente a un problema difícil.

Estas experiencias judiciales rehabilitan entonces un cierto uso de la razón práctica, al menos si se quiere en una forma débil de la misma, por utilizar un lenguaje caro a

⁷⁹ François Ost. *Op-cit*, p 462,

algunos post-modernos. Así, las decisiones judiciales en los casos difíciles no dejan de ser decisiones, y en tal sentido no son deducciones estrictamente lógicas, por lo cual los jueces deben asumir la responsabilidad de las elecciones que efectúan. Sin embargo, el deber de motivar las sentencias, así como la discusión racional que se puede hacer de las mismas, muestra que no estamos en el terreno del puro arbitrio judicial, ya que es posible distinguir razones más o menos fuertes en favor de una determinada opción. Tal vez tenga entonces razón Rawls cuando caracteriza a los tribunales constitucionales como casos paradigmáticos de lo que podría ser el ejercicio de una razón pública en una sociedad pluralista y democrática⁸⁰. Esta razón pública es relativa, ya que no es en sí misma suficiente para solucionar sin discusiones los problemas humanos, por lo cual son necesarias opciones y decisiones, a veces muy dolorosas. Precisamente el derecho existe como fenómeno institucional porque no siempre es posible lograr un acuerdo racional para decidir un conflicto intersubjetivo⁸¹. Con todo, ese uso práctico de la razón debe ser reconocido y dinamizado ya que, como dice el premio Nobel de medicina François Jacob, “el siglo XVII tuvo la sabiduría de considerar la razón como una herramienta necesaria para tratar los asuntos humanos. El Siglo de las Luces y el siglo XIX tuvieron la locura de pensar que no sólo era necesaria, sino suficiente, para resolver todos los problemas. En la actualidad, todavía sería una mayor demostración de locura decidir, como quieren algunos, que con el pretexto de que la razón no es suficiente, tampoco es necesaria.”⁸²

b) Proceso político libre y autonomía personal: el juego de la transparencia pública y la penumbra hogareña.

La convergencia de las jurisprudencias alemana y estadounidense es también interesante en relación con la idea misma de democracia, ya que permite una sugestiva articulación entre la autonomía individual y la autodeterminación colectiva, mediante lo que podríamos denominar el juego de espejos entre la transparencia pública y la penumbra hogareña.

Así, en Estados Unidos, a pesar de la clara opción por el libre flujo de ideas e informaciones, la democracia no es únicamente un proceso político, en donde una opinión pública todopoderosa puede invadir todos los espacios, incluso los más íntimos, ya que en el fondo se reconoce que esa omnipotencia de la mirada ajena anula la autonomía individual. En efecto, todo indica que la libertad no germina en una sociedad que pretenda la transparencia de los individuos y el fin de todos los secretos, pues la persona requiere de ámbitos íntimos en donde pueda, en la penumbra, sin la presión constante de las miradas ajenas, construir proyectos propios de vida. Por ello, como dice Georges Duby, el gran historiador contemporáneo de la privacidad:

“Hay una área particular netamente delimitada, asignada a esa parte de la existencia que todos los idiomas denominan como privada, una zona de inmunidad ofrecida al repliegue, al retiro, donde uno puede abandonar las armas y las defensas de las que conviene hallarse provisto cuando se aventura al espacio público, donde uno se distiende, donde uno se encuentra a gusto, “en zapatillas”, libre del caparazón con que nos mostramos y protegemos

⁸⁰ Cf John Rawls. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993, pp 231 y ss.

⁸¹ Ver Robert Alexy. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales,, 1989, pp 272 y ss.

⁸² François Jacob. **El juego de lo posible. Ensayo sobre la diversidad de los seres vivos**. Barcelona : Grijalbo, 1982, p 132.

hacia el exterior. Es un lugar familiar. Doméstico. Secreto, también. En lo privado se encuentra encerrado lo que poseemos de más precioso, lo que sólo le pertenece a uno mismo, lo que no concierne a los demás, lo que no cabe divulgar, ni mostrar, porque es algo demasiado diferente de las apariencias cuya salvaguarda pública exige el honor⁸³.”

La verdadera autonomía sólo puede entonces florecer si se protegen espacios libres de intromisión ajena, en donde puedan brotar planes personales e individuales de vida. Por ello, la absoluta transparencia destruye la diversidad y provoca una emprobrecedora uniformidad de los comportamientos, las ideas y las personalidades. Pero es más, sin una cierta opacidad en los espacios íntimos, incluso es difícil que se desarrolle una verdadera solidaridad entre las personas, pues el otro no es visto como aquél con quien compartimos dignidad, proyectos e ilusiones sino que aparece como el portador de esa mirada que nos inmoviliza. El otro es el carcelero que coarta nuestra espontaneidad, y nosotros somos a su vez su carcelero. Por ello, como decía Garcin, el personaje de Sartre en “A puerta cerrada”, en tales ocasiones "el infierno son los otros" porque sus miradas nos devoran⁸⁴. Contrariamente a lo predicado por ciertas falsas utopías, la absoluta transparencia a la contemplación del otro no es entonces la realización de la libertad y la solidaridad entre las personas sino todo lo contrario: un paraíso totalitario semejante al descrito por Georges Orwell, en 1984, en donde el valor mismo del proceso democrático pierde su sentido, pues ¿de qué sirve un amplio y libre flujo de ideas si éstas son totalmente uniformes? ¿Qué utilidad puede tener la autodeterminación colectiva si los integrantes del cuerpo social no tienen la capacidad de ser libres en tal proceso? Es más, incluso la "libertad política, por ejemplo a través del voto, requiere una cierta soledad. La gente no vota libremente cuando los demás saben lo que vota. La cabina electoral cumple la función de conservar ese secreto.⁸⁵" Todo esto explica que la jurisprudencia estadounidense haya defendido núcleos inviolables de privacidad, puesto que se ha comprendido que la gran aspiración del poder totalitario es romper la separación entre lo público y lo privado, a fin de someter a todas las personas no sólo a una vigilancia permanente por el poder sino incluso a que cada persona se convierta en el centinela de sus semejantes. No puede existir entonces un proceso político libre y una sociedad democrática si no se garantiza una órbita de secreto y de intimidad a las personas. Por paradójico que suene, sólo si tenemos espacios de soledad, secreto y autonomía, estaremos en capacidad de construir comunidades solidarias, humanas y democráticas.

Por su parte, el constitucionalismo alemán tampoco ha establecido una prevalencia absoluta de la intimidad sobre el derecho a la información, ya que también ha comprendido que sin una discusión abierta y vigorosa sobre los asuntos colectivos, no podemos garantizar aun vigilancia ciudadana sobre los gobiernos, ni una genuina autonomía colectiva, las cuales presuponen la existencia de una opinión pública libre e informada. Lo público es entonces central en la democracia, que precisamente pretende ser un gobierno en público, esto es, transparente, de la esfera pública, esto es, de aquél ámbito en donde se discuten los asuntos que a todos nos conciernen e interesan⁸⁶. Por

⁸³ Georges Duby, Prefacio a Ph Aries. GDuby. **Historia de la vida privada**. Madrid : Taurus, 1987, VolI, p 10.

⁸⁴ Cf Jean Paul Sarte. **Huis Clos**. Paris : Gallimard, 1971, Escena 5, p 92.

⁸⁵ Luis García San Miguel "Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión" en Luis García San Miguel (ed) **Estudios sobre el derecho a la intimidad**. Madrid: Tecnos, 1992, p 20.

⁸⁶ Sobre esta doble dimensión de lo público, ver Norberto Bobbio. **El futuro de la democracia**. **Loc-cit**, pp 65 y ss. Ver igualmente Hannah Arendt. **Condition de l'homme**

ello, y , con el fin de insistir en esa doble dimensión y significación de lo público, no parece exagerado definir a este régimen como el “gobierno del poder público en público”⁸⁷.

La transparencia y la publicidad de los debates sobre los asuntos de interés general cumple entonces en la democracia finalidades esenciales. Así, la publicidad racionaliza la discusión colectiva y la hace más receptiva a los distintos intereses y opiniones en la sociedad, con lo cual las deliberaciones producen resultados más adecuados y aceptables. Pero la transparencia de lo público es incluso necesaria para la propia justicia de las decisiones, ya que existen argumentos y motivos que pueden invocarse a puerta cerrada pero que no son admisibles al hacerse públicos, pues su injusticia se vuelve manifiesta. Por ello Kant consideraba que uno de los principios trascendentales del derecho público era el siguiente: "son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados"⁸⁸. La opinión pública en una democracia no debería entonces ser el promedio estadístico de las creencias y preferencias individuales que las personas tienen en privado, sino que, como lo sostienen las actuales concepciones sobre la democracia deliberativa, debe ser una opinión cualificada, que resulta de un debate colectivo vigoroso, el cual puede incluso llevar a los sujetos a modificar sus creencias y preferencias originarias. El proceso político democrático no debe ser un reflejo pasivo de las preferencias preexistentes de los ciudadanos sino una discusión participativa y activa de los ciudadanos en búsqueda de las soluciones más justas a los distintos problemas sociales, todo lo cual requiere la más amplia publicidad de estos debates. Por todas esas razones, la transparencia de los asuntos colectivos aparece como un requisito necesario para que exista un verdadero ejercicio de la autodeterminación colectiva, que es la esencia de la democracia clásica, ya que las personas no podrían participar en la toma de decisiones si no se encuentran informadas sobre los asuntos generales y pueden debatirlos libremente.

Finalmente la publicidad es además uno de los mejores mecanismos de control a los eventuales atropellos de los gobernantes, ya que el temor al escándalo y a las protestas ciudadanas inhiben a las autoridades de cometer conductas contrarias a los principios que sustentan la legitimidad del orden social. Por ello, como dice Bobbio, el escándalo “es el momento en el que se hace público un acto o una serie de actos que hasta ese momento se habían mantenido en secreto y escondidos, en cuanto no podían ser hechos públicos porque, si esto sucedía, tal acto o serie de actos no hubieran podido ser realizados”⁸⁹. La discusión pública de los asuntos colectivos juega entonces funciones morales, epistemológicas, de control de los abusos gubernamentales y de autodeterminación social tan importantes, que es perfectamente explicable que tengamos que admitir algunos riesgos de abuso de la libertad de expresión en los debates políticos si queremos asegurar una democracia estable y viable.

Ahora bien, la experiencia histórica también ha demostrado que sin un control democrático a los gobiernos, es muy difícil proteger la intimidad y la autonomía de las personas frente a los gobiernos y a las miradas ajenas. La transparencia de la esfera pública y la autodeterminación colectiva son entonces un requisito para preservar la penumbra de los hogares y las esferas de privacidad en donde las personas construyen

moderne. Paris : Calman Lévy, 1983, pp 89 y ss.

⁸⁷Norberto Bobbio. **El futuro de la democracia**. Bogotá : Fondo de Cultura Económica, 1994, p 65.

⁸⁸Emanuel Kant. **La paz perpetua**. Madrid: Tecnos, 1985, Segundo Apéndice, p 61.

⁸⁹Norberto Bobbio. **El futuro de la democracia**. **Loc-cit**. 1994, p71.

sus proyectos individuales. Como lo señala en forma hermosa Hannah Arendt :

“El dominio público, mundo común, nos reúne pero igualmente nos impide, por expresarlo de esa manera, caer los unos sobre los otros. Lo que hace que la sociedad de masas sea tan difícil de soportar no es principalmente el número de personas ; es que el mundo que hay entre ellas no tiene el poder de reunir las, de ligarlas, ni de separarlas. Extraña situación que evoca una sesión de espiritismo en la cual los participantes, víctimas de un pase mágico, vieran de pronto desaparecer la mesa, con lo cual las personas sentadas las unas en frente de las otras no estarían ya separadas, pero tampoco entrelazadas por nada tangible⁹⁰.”

Parece entonces que existe un juego de diferenciaciones y complementariedades entre las zonas de penumbra hogareña y la transparencia de los debates públicos. Por ello, como lo ha planteado Hannah Arendt, lo público y lo privado no están gobernadas por los mismos principios, sino que responden a orientaciones diversas, ya que la distinción entre esas esferas “equivale a la diferencia entre lo que debe y puede ser mostrado -lo visible- y lo que puede y debe ser ocultado.⁹¹”. Lo público debe estar gobernado por la igualdad en la participación, la transparencia y la verdad, pues constituye aquel espacio en donde se discuten los asuntos que nos interesan a todos. En lo privado operan otros principios, ya que aquí la situación sólo atañe a una persona o a unos pocos, por lo cual rige lo que Arendt llama el principio de exclusividad. En este ámbito, que debe entonces estar sujeto a la reserva, buscamos construir las particularidades de nuestra propia vida. Así la transparencia y la opacidad son complementarias : la democracia y la protección de la dignidad humana exigen tanto la luz en la esfera pública, como las sombras en la vida íntima, ya que sólo de esa manera podemos proteger la autonomía, la autenticidad y la libertad de las personas. La aspiración democrática es entonces que los ciudadanos sean verdaderamente soberanos y que puedan entonces ver permanentemente a los gobernantes sin ser vistos por ellos. En cambio, el totalitarismo es precisamente la eliminación de esas distinciones, que termina por conllevar una inversión de los anteriores principios. El secreto se instala en las estructuras de poder, mientras que los individuos son sometidos a la permanente mirada de los otros y de la autoridad. El gobernante logra ver sin ser visto, mientras que el gobernado es visto sin poder ver, con lo cual se destruye al mismo tiempo la esfera de lo público y la esfera de lo privado, la autodeterminación colectiva y la autonomía individual.

Las tentativas de la jurisprudencia por armonizar la luminosidad de la esfera pública con la penumbra de lo privado parece entonces tener como sustrato una concepción de democracia más integral: la democracia constitucional, que no es entonces únicamente la expresión de la soberanía popular, como lo sugería Rousseau, ni un simple mecanismo de garantía de los derechos individuales, como lo querían los liberales clásicos, sino que es una compleja articulación entre soberanía popular y autonomía individual, entre la libertad participación de los antiguos y la libertad independencia de los modernos. En ese sentido puede tener razón Habermas cuando concibe a las constituciones democráticas como “una interpretación y elaboración de un sistema de derechos en los cuales la autonomía privada y pública se encuentran internamente

⁹⁰ Hannah Arendt. *Op-cit*, pp 92 y 93.

⁹¹ . Ver al respecto Celso Laffer. **La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt**. México : Fondo de cultura económica, 1991, capítulo VIII, p 293

vinculadas.^{92,,}

c) La polifonía de la razón jurídica, la uni-diver-salidad de los derechos humanos y el diálogo entre las distintas perspectivas.

Como hemos visto, la interpretación constitucional busca ordenar derechos a veces contradictorios, por lo cual gira en torno a la idea de lograr la unidad dentro de la multiplicidad. En forma sugestiva, algunos autores han caracterizado estas formas de razonamiento como "dialógicas" o "polifónicas" puesto que son un permanente arbitraje y reequilibrio entre valores discordantes y perspectivas enfrentadas⁹³. Recordemos que la práctica judicial tiene una especificidad evidente, y es que los jueces arbitran pretensiones encontradas. En todo debate constitucional, cada una de las partes intenta mostrar la corrección de sus tesis, para lo cual resalta la importancia del derecho que lo protege, así como las limitaciones que se deben imponer al derecho concurrente. La función del juez es entonces poner en perspectiva las propias perspectivas de las partes enfrentadas, con lo cual poco a poco se logra una mejor comprensión del alcance de los derechos en conflicto. De esa manera, al ponderar los derechos en conflicto y preservar el contenido esencial de los principios encontrados, los jueces reconstituyen la unidad de los derechos humanos dentro de una multiplicidad de perspectivas.

Esta argumentación de los tribunales muestra entonces que la unidad de los derechos humanos no existe a priori, pues ella no resulta de una identidad lógica previa de sus diversos componentes, de tal suerte que se pudiese definir a nivel abstracto una concepción integral de derechos de la persona susceptible de respetar el principio aristotélico de no contradicción. La unidad de los derechos fundamentales no es un punto de partida sino un proceso, ya que resulta de un permanente proceso de ajuste entre los diversos valores y perspectivas que ellos encarnan. Y en esta "unificación dinámica"⁹⁴, siempre en curso, el factor esencial es la capacidad de que perspectivas que inicialmente parecían excluyentes puedan alimentarse, mestizarse, y en esa medida complementarse en su diversidad. Así, en los casos analizados, las posiciones basadas en la defensa de la intimidad revelaron los riesgos inherentes a una libertad informativa sin límites, que termina por someter a los individuos a la eterna vigilancia de la opinión ajena, mientras que los defensores del debate democrático mostraron que era necesario aceptar algunos excesos en la información relativa a los personajes públicos, si queremos garantizar un control democrático de los gobiernos por una opinión pública bien informada.

Este modelo judicial polifónico o dialógico puede ser relevante para enfrentar las tensiones entre la defensa del universalismo de los derechos humanos y el reconocimiento del pluralismo cultural, ya que muestra que la unidad de los derechos humanos no debe ser concebida como un a priori lógico ligado a nociones metafísicas, como dios o la naturaleza humana, sino que debe ser fruto de un reconocimiento y diálogo entre las culturas. Por ello es que podría hablarse de la "Uni-diver-salidad" de los derechos humanos, precisamente para defender la idea de que ellos deben ser

⁹² Jürgen Habermas. **Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy.** Cambridge : MIT, Press, 1995, p 280

⁹³ Las expresiones son de Timsit, citado por François Ost. Op-cit, p 463. Aun cuando no utiliza esas denominaciones, la obra de Gustavo Zagrebelsky. **El derecho dúctil...Loc-cit**, está animada por ese espíritu.

⁹⁴ La expresión es utilizada por Jacques Maritain en la Introducción al libro de la UNESCO Los derechos del hombre. México : Fondo de Cultura Económica, 1949, p 21.

pensados como un resultado progresivo de una comunicabilidad entre las diversas culturas, a través de la puesta en perspectiva y la relativización de las mismas, pero sin que ello implique el abandono de la posibilidad de la comprensión crítica de las mismas. La apertura hacia otras civilizaciones, para luego de oír y comprender sus razones y motivos, criticar algunos de sus elementos, no excluye sino que por el contrario es el presupuesto mismo para buscar acuerdos relativos con respecto a asuntos comunes.

En esa medida, la práctica constitucional reseñada muestra las posibilidades de defender perspectivas dialógicas para fundamentar la universalidad de los derechos humanos, ya sea en las formas más abstractas planteadas por los defensores de la ética comunicativa⁹⁵, ya sea por medio del desarrollo efectivo de diálogos interculturales en torno al principio de reciprocidad, o la regla formal de justicia, esto es, a partir de un proceso de mestizaje de los derechos humanos, tal y como lo ha planteado Boaventura de Sousa Santos, quien califica esa experiencia como una hermenéutica diatópica o dialógica⁹⁶. Esta hermenéutica parte de la constatación de que las concepciones de dignidad humana de las distintas culturas son siempre parciales, por cuanto los valores y lugares comunes “de una cultura individual son tan incompletos como la cultura en que se producen, no importa lo fuertes que sean”. Sin embargo, en general esa insuficiencia no se percibe desde la propia cultura. En tal contexto, la finalidad de la hermenéutica diatópica no es “alcanzar la completitud, puesto que este es un objetivo imposible de alcanzar, sino, por el contrario, elevar lo máximo posible la conciencia de la incompletitud recíproca, involucrándose en un diálogo con un pie en cada cultura. Aquí reside su carácter diatópico.⁹⁷” En esa experiencia dialógica, el escrutinio de las debilidades recíprocas de cada cultura, que parte precisamente del reconocimiento del valor de las otras miradas culturales, permite entonces construir ciertos valores multiculturales. Así, son derechos humanos aquellos que una tradición cultural reclamaría para sus propios miembros y debe por consiguiente conceder a los integrantes de otras tradiciones, si espera que los otros le otorguen un tratamiento recíproco. De esa manera, los derechos humanos pueden pretender ser universales y multiculturales pues son el resultado y la condición del diálogo entre las culturas.

Una anécdota personal tal vez ilustre la fecundidad de este enfoque. La constitución colombiana, tal vez una de las más avanzadas en este tema a nivel mundial, consagra no sólo el pluralismo sino que confiere, además, validez jurídica a las decisiones de las autoridades indígenas. Esto plantea un problema interpretativo muy complejo, puesto que esta constitución, dentro de la más clara tradición occidental, reconoce igualmente los derechos humanos clásicos como garantías inalienables de todas las personas, y por ende tales derechos se predicen también de los miembros de las comunidades indígenas. Surgen entonces varios interrogantes: ¿Qué sucede cuando ciertas prácticas indígenas entran en contradicción con los derechos constitucionales de las personas? ¿Son ellas válidas, en función del respeto del pluralismo? ¿O son ellas nulas, por la prevalencia de los derechos constitucionales de los miembros de la comunidad en cuestión?

⁹⁵ En mi trabajo **La dialéctica de los derechos humanos**, **Loc-cit**, pp 87 y ss, y 187 y ss, intento esta fundamentación de los derechos humanos por medio de la ética comunicativa.,

⁹⁶ Para esta concepción de hermenéutica diatópica, ver Boaventura de Sousa Santos. **La globalización del derecho**. Bogotá: UN, ILSA, 1998, pp 193 y ss. Ver también de este autor, **De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la post-modernidad**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Uniandes, p 355 y ss.

⁹⁷ Boaventura de Sousa Santos. **De la mano de Alicia**. **Loc-cit**, , p 357.

Esta discusión jurídica es de gran relevancia práctica, puesto que de ella depende el grado de autonomía de la jurisdicción indígena. En cierta ocasión, en un taller destinado a hacer propuestas en este tema, consideré que la mejor forma de solucionar esa tensión, era reconocer que los derechos constitucionales penales -como el debido proceso, la exclusión de sanciones crueles, etc -constituían el límite al pluralismo y a la autonomía judicial de las autoridades indígenas. Me parecía una solución adecuada, puesto que aparentemente combinaba un amplio reconocimiento a la especificidad cultural con el respeto a un mínimo de valores fundamentales, por su fuerte relación con la dignidad humana. En ese momento, un amigo que ha trabajado varios años como abogado de organizaciones indígenas, me planteó el siguiente interrogante: "¿Entonces usted considera que no se puede admitir que a un indígena que ha sido acusado de robo por la comunidad se le aplique el "cepo" por unos días?". Yo respondí que me parecía inconstitucional, pues el "cepo" es un castigo físico que consiste en amarrar a una persona durante algunos días a la intemperie, por lo cual constituye una pena cruel que podría afectar la integridad física y la dignidad de la persona. Entonces mi amigo me miró irónicamente y exclamó: "Claro, a usted le parece mucho más humano y conforme a los derechos humanos, que a este indígena la autoridad judicial estatal lo detenga, lo juzgue y lo envíe a la cárcel por unos cuantos años." No supe qué responder, puesto que es cierto que, conforme a los tratados de derechos humanos, las largas condenas de cárcel son una pena legítima, mientras que los castigos físicos están excluidos. Pero parece obvio que en el contexto de las comunidades indígenas, el cepo es una pena no sólo menos dolorosa para el indígena que la cárcel, sino que, además, tiene mayores efectos disuasivos y brinda mejores posibilidades de resocialización. Así, en un diálogo con un antropólogo, un indígena defendió la superioridad del cepo sobre la cárcel en los siguientes términos:

*"En la cárcel se está bien, se come bien, se duerme bien; pero, no se ve la familia y se fuma marihuana, basuco, se aprende de homosexual, se aprende de fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de la cárcel no corrige, antes daña. (...) En cambio, en el cepo, cuando el cepo se aplica solo, el castigo es muy corto -12 o 24 horas-, pero es efectivo. La persona no quiere volver a él. Cuando se trata de penas graves, que llevan tiempo, estos tiempos son mucho más cortos que los de la cárcel porque llevan el cepo -nocturno- que sí es de verdad un castigo, pero, durante el día, aunque no se trabaja en lo propio, se está viendo a la familia, a los hijos, se sabe qué les falta, si están enfermos, disponiendo vender alguna cosa, para llevar al hospital, atendiendo. Además, como se trabaja en terrenos de los comuneros, ellos también están siendo advertidos, que si hacen lo mismo, van a tener que pagar igual, que ellos no quieren esto, por eso hacen también trabajar al condenado suavcito, no vaya a ser que cuando les toque el turno a ellos los hagan trabajar duro."*⁹⁸

Ahora bien, esta anécdota es interesante pues desborda el campo personal, como lo muestra la experiencia de la Corte Constitucional colombiana en el tema. Ese tribunal ha debido enfrentar las tensiones entre el respeto a los derechos de la persona y el reconocimiento del pluralismo en varios fallos y ha tenido una evolución significativa que bien vale la pena reseñar. Así, en una primera decisión

⁹⁸ Carlos César Perafán y Luis Alejandro Azcárate, *Sistema Jurídico Chamí, Proyecto Sistemas Jurídicos Chamí, Guambiano, Tukano y Sikuni, COLCIENCIAS, ICAN, Marzo de 1996 pp. 82-83, citado por la Corte Constitucional. Sentencia T-349 de 1996,*

(sentencia T-254 de 1994), la Corte defendió la primacía de los derechos fundamentales individuales sobre el pluralismo, pues estableció que esos derechos “constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares”, por lo cual representan “un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional”. Con tal criterio, esa sentencia concluyó que las autoridades indígenas habían violado el debido proceso de uno de sus miembros, a quien habían expulsado, junto con su familia, del resguardo, luego de encontrarlo culpable de hurto. Según la Corte, la decisión de las autoridades indígenas desconocía la proporcionalidad e individualidad de la pena. Esta sentencia fue criticada por varios antropólogos y juristas, quienes consideraron que la doctrina de la Corte erosionaba el reconocimiento constitucional del pluralismo étnico y de la autonomía de las comunidades, puesto que una aplicación estricta y total de ciertos derechos constitucionales -como el debido proceso o la prohibición de los castigos físicos- puede conducir a la parálisis misma de la jurisdicción indígena, que funciona con otros criterios. Las decisiones posteriores de la Corte parecen recoger esas críticas, pues el tribunal varía parcialmente su jurisprudencia. Así, la sentencia C-139 de 1996 señala que no es cierto que todos los derechos constitucionales representen un límite a la jurisdicción indígena, por cuanto se estaría vaciando el contenido de la autonomía de esas comunidades, con grave perjuicio al pluralismo. Según, la Corte, “para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural. De lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta”. Ese giro hermenéutico de la Corte en favor del pluralismo es aún más claro en la sentencia T-349 de 1996, en donde el tribunal afirma que “sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural”, por lo cual, la regla para el intérprete cuando determina el alcance de la jurisdicción indígena debe ser **“la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas** y, por lo tanto, la de la **minimización de las restricciones** a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía.” Por ende, según la Corte, sólo son admisibles las restricciones a la autonomía de estas autoridades si se trata de una medida que sea estrictamente necesaria y proporcionada para salvaguardar un interés de superior jerarquía. Con base en ese estándar, la sentencia concluye que cuando una comunidad indígena juzga a uno de sus miembros, los límites de las autoridades “sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.” Y ese núcleo de derechos intangibles incluye únicamente, según la Corte, la legalidad de las penas, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, por cuanto sólo frente a tales valores “puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural” y tales derechos “se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado.” Con base en tal criterio, la Corte ha admitido la procedencia de ciertos castigos físicos en las comunidades indígenas, como el cepo (Sentencia T-349 de 1996) o los fuetazos (Sentencia T-523 de 1997), siempre y cuando éstos se desarrollen dentro de ciertos contextos culturales que los justifican. Así, en relación con el fuate aplicado por la comunidad Paez, la Corte concluyó que la medida era válida, no sólo porque “el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse

como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo” sino además, por cuanto ese castigo no representa una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque “esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad.”

Esta evolución jurisprudencial es notable no sólo por el esfuerzo de la Corte Constitucional colombiana por comprender la lógica interna de funcionamiento de la administración de justicia indígena, sino también por cuanto, en el fondo, existe en la postura de ese tribunal un reconocimiento de las debilidades del sistema de justicia penal occidental. En efecto, la inhumanidad de las cárceles colombianas y su ineficacia preventiva y resocializadora subyacen a la argumentación de la Corte pues constituyen uno de los argumentos decisivos para admitir la legitimidad de ciertos castigos de las comunidades indígenas, que en un primer momento pueden parecer inaceptables, como el cepo o el fuate.

El anterior ejemplo ilustra la fecundidad de la búsqueda de una apropiación transcultural de los derechos humanos. Así, la perspectiva indígena muestra la crueldad, y tal vez la irracionalidad de las penas de prisión, mientras que la tradición occidental podría también cuestionar ciertas formas autoritarias de control social de las comunidades tradicionales. En tal contexto, una discusión y diálogo entre estas culturas tal vez permita no sólo un mayor reconocimiento del otro sino también que avancemos a la estructuración de sistemas judiciales más humanos.

Estas prácticas de diálogo intercultural para construir la universalidad de los derechos humanos pueden ser extendidas a todos los ámbitos ya que el derecho a la diferencia cultural, para tener algún sentido, significa que todas las culturas - tanto aquellas que asumen la forma de estado nacional como las minorías nacionales dentro de un mismo país- deben tener ese derecho, lo cual implica el reconocimiento de normas transculturales y universalizables que constituyan el marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones. Paradójicamente, sólo reconociendo normas para toda la humanidad se puede pensar en una verdadera tolerancia a la diversidad cultural. Pero sólo aceptando la diversidad cultural podremos realmente reconocer la igualdad de todos los seres humanos y construir una universalidad de los derechos humanos, que no sea sinónimo de una uniformización empobrecedora de las culturas sino de un enriquecimiento dentro de la diversidad. Y en eso consiste lo que llamo la “uni-diver-salidad” de los derechos humanos, que es a mi juicio una forma posible para defender la universalidad de los derechos humanos conservando la riqueza y diversidad de las distintas opciones culturales y personales.

En este campo, como en tantos otros, las reflexiones coincidentes de los científicos y los poetas me parecen pertinentes, y con ellas quisiera terminar. Así, según el biólogo Jacob, “la vida humana siempre conlleva un diálogo continuo entre lo que podría ser y lo que es, entre lo posible y lo real”. Por ello, según este científico, “muchas de las actividades humanas, las artes, las ciencias, las técnicas o la política, no son sino formas específicas, cada una con sus propias reglas, de

practicar el juego de lo posible.⁹⁹” Ahora bien podríamos considerar que los derechos humanos constituyen uno de los más hermosos juegos de lo posible que hemos inventado, pues son una aspiración a la fraternidad y a la igualdad dentro del reconocimiento de la inevitable diversidad. Por ello, como dice Jacob, la igualdad se ha “inventado precisamente porque los seres humanos no son idénticos. Si fueron tan parecidos como los gemelos univitelinos, la idea de igualdad carecería de interés. Lo que le confiere su valor y su importancia es precisamente la diversidad de individuos, sus diferencias en los campos más diversos. La diversidad es una de las grandes reglas del juego biológico.¹⁰⁰” Concluye hermosamente este autor, “la diversidad es una manera de afrontar lo posible. Funciona como una especie de seguro para el porvenir.” En el fondo, lo mismo expresa un poeta como Joan Manuel Serrat , cuando canta:

Puede que a ti te guste o puede que no
pero el caso es que tenemos mucho en común.
Bajo un mismo cielo, más o menos azul,
compartimos el aire
y adoramos el Sol.

Los dos tenemos el mismo miedo a morir,
idéntica fragilidad,
un corazón,
dos ojos, un sexo similar
y los mismos deseos de amar
y de que alguien nos ame a su vez,

Puede que a ti te guste o puede que no
pero por suerte somos distintos también.
Yo tengo una esposa, tú tienes un harén,
tú cultivas el valle,
yo navego la mar.

Tu reniegas en swajili y yo en catalán...
Yo blanco y tú como el betún
y, fíjate,
no sé si me gusta más de ti
lo que te diferencia de mí
o lo que tenemos en común.

Te guste o no
me caes bien por ambas cosas.
Lo común me reconforta,
lo distinto me estimula.

⁹⁹ François Jacob. *El juego de lo posible. Ensayo sobre la diversidad de los seres vivos*. Barcelona : Grijalbo, 1982, pp 12 y 13.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp 128 y 129.