

A vueltas con el pasado

Historia, memoria y vida

Juan-Lluís Palos

Fernando Sánchez-Costa (eds.)



Universitat de Barcelona

Publicacions i Edicions

Referències bibliogràfiques

ISBN 978-84-475-3710-5

- I. Palos, Joan Lluís, ed. II. Sánchez Costa, Fernando, ed.
III. Sánchez Marcos, Fernando
1. Filosofía de la historia 2. Historiografía 3. Memoria
colectiva 4. Homenajes

© Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona

Adolf Florensa, s/n

08028 Barcelona

Tel.: 934 035 430

Fax: 934 035 531

comercial.edicions@ub.edu

www.publicacions.ub.edu

ISBN

978-84-475-3710-5

DEPÓSITO LEGAL

B-15.238-2013

Gràficas Rey

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN

La publicación de este libro ha recibido la ayuda del proyecto de investigación «Poder y representaciones en la Edad Moderna: la Monarquía Hispánica como campo cultural (1500-1800)», financiada por el Ministerio de Economía y Competitividad del gobierno de España (HAR12-39716-CO2-01).

Queda rigurosamente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra. Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada, transmitida o utilizada mediante ningún tipo de medio o sistema, sin autorización previa por escrito del editor.

La privacidad póstuma*

Antoon De Baets

Aquellos estudiosos que deseen ahondar en la privacidad de los muertos deberían recordar primero algunas cuestiones básicas sobre la privacidad de los vivos. Si bien es verdad que los historiadores tienen derecho a expresar libremente sus puntos de vista acerca del pasado, también lo es que las personas vivas afectadas por sus estudios lo tienen a mantener su privacidad. Ambos derechos, el de la libertad de expresión y el de la privacidad, son fundamentales. Habitualmente se sustentan el uno al otro. De hecho, la protección de la privacidad sostiene la autonomía de las personas y alienta su libre expresión que, a su vez, constituye una fuente de información para los estudiosos. Cuando, sin embargo, ambos derechos entran en conflicto, tienen que ser adecuadamente ponderados. En este conflicto suele prevalecer la libertad de expresión salvo que pueda ser puesto de manifiesto que la mención de determinados hechos del pasado de una persona invade, por ciertos que sean, su privacidad.¹ En estos casos, los estudiosos deberán abstenerse de mencionar estos hechos habitualmente embarazosos. Si no lo hacen los jueces pueden obligarles a ello ya que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto. Ocurre, sin embargo, que con frecuencia las acusaciones a los investigadores por invasión de la privacidad resultan injustificadas porque lo que en realidad buscan proteger no es la privacidad sino otros aspectos como, por ejemplo, la conducta inmoral o ilegal de una persona. Las acusaciones injustificadas tienen un efecto de auto-censura en la libertad de expresión y el debate público acerca del pasado. La percepción de

* Traducido del inglés por Joan-Lluís Palos y revisado por el autor. Este ensayo fue originalmente presentado como contribución al panel «Who Owns History? Sources Past and Present» en el XXI Congreso Internacional de Ciencias Históricas (Amsterdam, 24-8-2010) y en el congreso internacional Privacy and Scientific Research: From Obstruction to Construction (Bruselas, 22-11-2010). Estoy agradecido al filósofo del derecho Bo Zhao por sus comentarios. La mayoría de los casos legales mencionados en el texto se encuentran disponibles en www.concernedhistorians.org. Todos los sitios web mencionados fueron consultados por última vez el 25-2-2013.

¹ El propio pasado es parte integral de la propia privacidad. Véase VOLTO, Fernando, «Legal Personality, Privacy, and the Family», en: HENKIN, Louis (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Nueva York, Columbia University Press, 1981, p. 194; NOWAK, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl am Rhein, Estrasburgo / Arlington (VA), Engel, 1993, p. 295.

que la libertad de expresión y la privacidad son derechos fundamentales que cuando entran en conflicto deben ser equilibrados está ampliamente aceptada cuando lo que está en juego es la privacidad de las personas vivas. En este ensayo nos preguntaremos si esto es también cierto cuando se trata de la privacidad de los muertos.

LA PRIVACIDAD PÓSTUMA Y SU INVASIÓN

La Declaración Universal de los Derechos Humanos define la privacidad y la reputación de las personas (vivas) afirmando que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación».²

Aplicar nociones como la de privacidad o reputación a los muertos puede parecer extraño porque los muertos, en cuanto *antignos* seres humanos, no poseen propiamente derechos humanos. Los vivos y los muertos, aunque forman parte de la misma comunidad histórica, constituyen dos grupos completamente diferentes.³ El problema bien merece una mayor atención porque el grupo de los muertos es mucho más numeroso que el de los vivos. El demógrafo Carl Haub estimó que el total de personas nacidas desde los albores de la especie humana era aproximadamente de 106 billones; de estos, 6 billones están vivos y 100 billones muertos.⁴ Si bien estos 100 billones de muertos no tienen *derecho* a la privacidad y la reputación como los vivos, sí poseen ciertos *rasgos de* privacidad y reputación, algunos de los cuales son una reminiscencia de los de los vivos. Si, por lo tanto, cada uno de los elementos de la definición de privacidad y reputación contenida en la Declaración Universal fuera trasladado para adecuarse análogamente a la situación de los muertos, se podría proponer la siguiente fórmula para definir la privacidad y reputación póstumas:

2 Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; véase también el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Comité de Derechos Humanos, Observación General 16 [Derecho a la Intimidad] (1988). Para el derecho a la libertad de expresión, véase el artículo 19 de la Declaración Universal y artículo 19 Pacto Internacional (las restricciones a este derecho, que incluyen la privacidad, están enumeradas en el artículo 19.3).

3 De BAETS, Antoon, *Responsible History*, Nueva York / Oxford, Bergahn, 2009, pp. III-143.

4 Haub, Carl, «How Many People Have Ever Lived on Earth?», *Population Today*, 30:8 (noviembre-diciembre de 2002), pp. 3-4. Según algunas estimaciones anteriores son 69 billones (en 1960; por Nathan Keyfitz), 50 billones (en 1980; por Arthur Westing), y 96 billones (en 1999; de nuevo por Nathan Keyfitz).

Ningún muerto puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su cuerpo, el duelo que le tributan sus allegados, su lugar de reposo o su legado, ni de ataques a su dignidad y reputación.

La privacidad y la reputación son mencionadas conjuntamente en la Declaración Universal y ambas designadas frecuentemente como derechos de la personalidad.⁵ La frontera entre las cuestiones de privacidad y reputación es en muchos aspectos delgada.⁶ La injerencia en la privacidad puede constituir también injerencia en la reputación, en particular (aunque no exclusivamente) cuando se refiere a hechos falsos o se extraen conclusiones falsas a partir de hechos verdaderos. Además, muchos conflictos de reputación esconden en realidad conflictos de privacidad. De esta estrecha relación se sigue que debe haber también muchas semejanzas entre la privacidad y reputación póstuma. Sin embargo, hay notables diferencias entre ambos, como veremos. Además, la incidencia de los conflictos legales por difamación es mucho mayor que la de los conflictos legales por invasión de privacidad. Consecuentemente, la invasión de la privacidad y la difamación deben ser separadas tanto como sea posible.⁷

Volviendo a la definición, es posible identificar varios tipos de injerencia arbitraria o ilícita de la privacidad póstuma:⁸

- En relación con los cuerpos y lugares de descanso de los muertos encontramos la *intrusión*, que incluye la exposición irrespetuosa de cadáveres, su

5 La reputación es el buen nombre o la fama de una persona. La difamación (calumnia y libelo) es el acto de dañar la reputación de otro. La distinción entre la difamación y el insulto (un término que se refiere a una emoción más que a la reputación) resulta a menudo poco clara en la práctica. El honor es la autoestima de una persona: este concepto no es aplicable a los muertos.

6 PROSSER, William, «Privacy», *California Law Review*, 48:3 (agosto de 1960), pp. 398, 400-401 y 422.

7 Para un ejemplo destacado de reputación póstuma, véase el caso *Mephisto* (que tuvo lugar en Alemania). Las decisiones de los tribunales entre 1963 y 1971 determinaron la prohibición de la publicación de *Mephisto*, la novela satírica de Klaus Mann inspirada en la figura del difunto Gustaf Gründgens (un famoso pero controvertido actor y director de teatro). En 1971 el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) sostuvo que la dignidad del fallecido estaba por encima del derecho del editor a la libertad de expresión y del derecho de la sociedad a disponer de un trabajo de creación. El tribunal dictaminó (ambiguamente) que «resultaría incongruente con [...] la inviolabilidad de la dignidad humana que subyace en todo derecho básico, si una persona pudiera ser menospreciada y denigrada después de su muerte. Consecuentemente, la muerte de una persona no constituye un final para la obligación del Estado [...] de protegerla contra los atentados a su dignidad humana [...] aunque el derecho de la personalidad no puede sobrevivir la muerte».

8 Esta tipología se inspira en PROSSER, «Privacy», *op. cit.*, pp. 383-423, particularmente 389, 408.

mutilación, la interrupción de funerales, la profanación de tumbas y urnas y el rechazo a respetar las últimas voluntades.

- En relación con el legado de los muertos, la *apropiación* (que supone el uso ilegal de su nombre, identidad o imagen) y la *revelación pública* (que incluye la difusión arbitraria de hechos relacionados con la privacidad de los muertos, sin su previo consentimiento en vida o de sus familiares).
- En relación con el duelo, la regivivificación o publicidad denigratoria que supone la puesta en circulación de hechos falsos o especulaciones infundadas acerca del muerto.

Todos estos tipos de invasión pueden ser ilustradas con casos concretos. La intrusión es una violación habitualmente por ladrones de tumbas y criminales de guerra aunque también las excavaciones arqueológicas, la revelación de ritos funerarios secretos por parte de los antropólogos y la exposición de restos humanos en iglesias y museos pueden, en ocasiones, entrar en esta categoría. Se produce una apropiación cuando se aprovecha la fama de celebridades difuntas para ganar dinero. La revelación pública no solamente es un riesgo para historiadores y profesiones aghes sino también para los médicos. Los fotógrafos que toman imágenes de cadáveres tienen que tener en cuenta el riesgo de regivivificación igual que aquellos que maliciosamente difunden hechos falsos o que muestran un desprecio temerario con la verificación de los mismos. El siguiente análisis se limita a los historiadores y se centra en los casos más relevantes para el estudio de la historia: la revelación pública y la regivivificación.

La privacidad de las personas (vivas) es un derecho universal aplicable a todas y en todos los países. Esta recogida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado en febrero de 2013 por 167 países de un amplio espectro cultural cuyo artículo 17 recoge el derecho a la privacidad.¹⁰ Su interpretación puede, por supuesto, variar histórica y culturalmente y reflejarse en términos legales de carácter local. Por extensión, podemos considerar que la privacidad póstuma es también universal.¹¹ Aquí, nuevamente, las diferencias histó-

9 Un país (Liechtenstein) planteó reservas ante el derecho a la privacidad de los extranjeros. Como carotce derogaron, total o parcialmente, el derecho a la privacidad en sus territorios durante periodos de estado de emergencia. Véase <http://treaties.un.org>.

10 Una colección de argumentos que prueban la aceptación universal de la dignidad póstuma (una característica fundamental de los muertos de la que la privacidad póstuma es solo una dimensión empíricamente recuperable) puede encontrarse en DE BAETS, *Responsible History*, op. cit., pp. 119-120 y 124-126.

nicas y culturales son importantes. La conciencia de la existencia de la privacidad póstuma ha sido más débil en el pasado que en tiempos recientes. Desde el punto de vista cultural, cuanto más fuertes son las tradiciones de respeto por los muertos más alta es la consideración por el valor de la privacidad póstuma. Pero, incluso dando por supuestas estas importantes divergencias, todas las tradiciones convergen en un respeto básico por la privacidad póstuma.

LOS JUECES Y LA PRIVACIDAD PÓSTUMA

Para llegar a saber cómo los historiadores deberían conducirse en cuestiones relacionadas con la privacidad póstuma de los sujetos de su estudio, lo mejor es examinar casos legales concretos. Es importante saber cómo los jueces atienden a estas cuestiones para disponer de una base firme sobre la que decidir cómo actuar responsablemente. En general, las jurisdicciones de *common law* aplican la máxima *Actio personalis moritur cum persona* (el derecho de la persona a la acción penal muere con la persona) de manera mucho más estricta que las jurisdicciones basadas en el derecho civil.¹¹ A continuación presentaremos una relación de algunos casos legales incoados contra historiadores en los que la privacidad póstuma desempeñó un papel sustancial.

En 1960, el historiador americano Francis Russell descubrió las cartas de amor escritas por Warren Harding (1865-1923) a su amante antes de ser presidente de Estados Unidos. Cuando comenzaron a circular rumores acerca de su contenido, Russell concedió una entrevista. Su publicación vino acompañada de algunos extractos de las cartas. La familia de Harding, representada por su sobrino, declaró que había sido «irreparablemente dañada» por esta publicación. Denunció a Russell y le reclamaron la confiscación de las cartas y un millón de dólares en compensación por los perjuicios causados. El juez obligó a Russell a eliminar todas las citas literales (unas 2.500 palabras) de su biografía de Harding. La familia reclamó la propiedad de las cartas, que pudo comprar, y las donó a la Biblioteca del Congreso con la condición de que permanecieran selladas hasta 2014. Posteriormente, la intervención de la familia en otra biografía de Harding, escrita por Randolph Downes, llevó a la

11 Véase también NEUENSCHWANDER, John, *A Guide to Oral History and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 36 y 59-60; IRYAMI, Raymond, «Give the Dead Their Day in Court: Implying a Private Cause of Action for Defamation of the Dead from Criminal Libel Statutes», *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, núm. 9 (primavera de 1999), pp. 1097-1099.

supresión de un capítulo entero y todas las referencias a sus actividades extramatrimoniales.¹²

El historiador francés Emmanuel Chadeau salió mejor parado. En 1994 un juez de París dictaminó que Chadeau había actuado responsablemente en su biografía del piloto y escritor Antoine de Saint-Exupéry (1900-1944), incluso cuando sugirió que su misteriosa desaparición final durante un vuelo nocturno fue posiblemente un suicidio encubierto. Durante el proceso, promovido por los ofendidos familiares de Saint-Exupéry, el juez dictaminó también que, sin embargo, Chadeau había divulgado ilícitamente documentos inéditos relativos al piloto sobre los que sus herederos tenían derechos morales y, por lo tanto, la prerrogativa de autorizar cualquier uso que se hiciera de ellos.¹³

Unos años más tarde, en 2001, al historiador suizo Willi Wörtrenng le fue denegada una solicitud de acceso al expediente penal de Martin Schippert (1946-1981), alias Tino, líder y fundador de los Angeles del Infierno suizos. El juez de Zürich dictaminó que no se podía hacer una excepción con Wörtrenng sobre los plazos de apertura de los archivos ya que la biografía de Tino que este pensaba escribir obviamente no estaba en condiciones de garantizar el anonimato de Tino y podía violar sus intereses y los de sus familias, así como los de las víctimas, informadores y testigos. En última instancia, la Corte Federal decidió que el resultado de la biografía no dependía de la información procedente de los archivos penales. Sostuvo que los procesos contra Tino suponían tan solo una instantánea de su vida que proporcionaba una impresión limitada de la misma. El tribunal consideró que por estas razones no quedaban afectadas la libertad de expresión de Wörtrenng ni su libertad académica. Comparado con Wörtrenng la idea de que Tino era «una figura de la historia contemporánea» (lo que en otras jurisdicciones equivaldría a una «figura pública»), pero añadió a continuación que también las figuras de la historia contemporánea tenían derecho a la privacidad. En el caso de Tino, este derecho se había transmitido a sus familiares, pero Wörtrenng no había contactado con ellos para solicitarles el acceso al expediente penal de Tino. La situación hubiera sido muy distinta, afirmó el tribunal, de haber obtenido su permiso y haberse comprometido a no revelar los nombres de terceros.¹⁴

12 RUSSELL, Francis, *The Shadow of Blooming Grove: Warren G. Harding in His Times*, Nueva York, Toronto, McGraw-Hill, 1968, pp. ix, 650-666 y 693; RUSSELL, Francis «A Naughy President», *New York Review of Books*, 29:11 (24-6-1982), pp. 30-34.

13 JEANNENEY, Jean-Noël, *Le passé dans le présent: l'historien, le juge et le journaliste*, París, Seuil, 1998, pp. 132-133.

14 Schweizerisches Bundesgericht, *Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts*, *Willi Wörtrenng versus Präsident des Obergerichts des Kantons Zürich* (2001); Comisión de Venecia del Consejo

El proceso legal más notorio, sin embargo, tuvo lugar en Canadá. En 1993, dos hombres de negocios de Quebec, los hermanos Pierre y Claude Michaud, ofrecieron un contrato al historiador Pierre Turgeon para escribir una biografía de su tío-abuelo Paul-Hervé Desrosiers (1898-1969), que había fundado la empresa familiar en 1933. Turgeon obtuvo acceso a muchos antiguos colaboradores de Desrosiers así como a sus documentos personales. Pero su manuscrito desagradó profundamente a los Michaud por no adaptarse al tipo de historia que esperaban. Pensaron que Turgeon había invadido la privacidad de Desrosiers, insultado su memoria y difamado a sus herederos con alusiones a sus vinculaciones políticas o la práctica de sobornos, favoritismo e, incluso, el cabaldeo con varios primeros ministros. Había mucho en juego. El artículo 35 del Código Civil de Quebec prohibía la publicación de biografías sin el consentimiento de los biografiados o sus herederos aunque más tarde, como consecuencia del asunto Desrosiers, el apartado con la referencia a los herederos fue suprimida. El prolongado pleito fue finalmente sustanciado en 2003 ante el Tribunal de Apelaciones de Quebec que mantuvo cautelarmente la prohibición de publicar el manuscrito que anteriormente había sido dictada. Decidió que el contrato otorgaba a los hermanos Michaud el derecho exclusivo a la publicación del manuscrito y que imponía sobre Turgeon una obligación de confidencialidad. Así pues, le conminó a no publicar la biografía, renunciar a los derechos del autor, y devolver toda la información derivada de las entrevistas y los archivos de Desrosiers.¹⁵

El último caso que deseo mencionar no se refiere, como los cuatro anteriores, a una biografía sino a la utilización de nombres en recuerdo de los muertos. En agosto de 2003, Rosalie Bresser-Dukker emprendió acciones legales contra la Fundación Memorial Digital de la Comunidad Judía en Holanda y su director, el historiador Isaac Lipschitz. La fundación quería publicar en una página web los nombres de todos los judíos holandeses que habían perecido durante la Segunda Guerra Mundial (alrededor de 140.000 que suponían el 75% del total de los judíos holandeses). Esta relación de nombres se completaría con otros datos tales como sus antiguas direcciones, los nombres de los miembros de sus familias, sus ocupaciones, propiedades y una breve nota biográfica. Como niña judía que era Bresser-Dukker permaneció escondida durante todo el tiempo que duró la guerra. Antes de la publicación del sitio web

sejo de Europa SUI-2001-3-007 (27-06-2001) 1P.510/2000: *Wottreng versus the President of the Zurich Cantonal Court* (2001).

15 COUR D'APPEL DU QUÉBEC, *Turgeon versus Michaud* (2003); STEELE, Alexandra, «Once Upon a Time, There Was a Manuscript...» (Montreal, Leger Robic Richard Lawyers, 2003).

había solicitado en vano a la fundación que no incluyera datos de sus cuatro abuelos y sus hijos. Para ello argumentó que la publicación de estos datos violaría la privacidad de sus familiares difuntos y de ella misma a causa del daño psicológico que le ocasionaría. Además, estaba enojada porque no había recibido notificación de la iniciativa de la que llegó a saber accidentalmente, es decir, que su consentimiento como superviviente nunca había sido solicitado. Pensaba que la web no servía a ningún interés público porque los personas mencionadas en ella no eran figuras públicas y consideraba que los registros publicados de judíos en internet recordaban prácticas del tiempo de guerra que más bien parecían dirigidas a provocar el antisemitismo. En modo alguno podía ser considerado un modo respetable de conmemoración. A pesar de estos argumentos, el juez dictaminó que ni la privacidad de Bresser-Dukker ni la de su familia podían considerarse invadidas: ella misma ni siquiera aparecía de modo identificable en la web (ya que había sido mencionada tan solo como «nina superviviente») y muchos de los datos de sus familiares difuntos estaban ya disponibles en otros lugares de internet. Por añadidura, afirmó, resultaba manifiesto que la fundación pretendía claramente honrar a las víctimas, no denigrarlas. Por todas estas razones dio prioridad a la libertad de expresión de la fundación sobre las reclamaciones de privacidad. Sin embargo, instó a esta para que en lo sucesivo investigara las posibles objeciones de familiares supervivientes de uno en uno y cuando estas se plantearan, atemperara sus pretensiones de exhaustividad. En abril de 2005, la web fue publicada bajo el patrocinio del Instituto Internacional de Historia Social.¹⁶

Estos cinco casos se refieren a diversos aspectos de la privacidad póstuma que merecen ser discutidos por partes. Los jueces dictaminaron que las revelaciones acerca de la vida amorosa de Harding, las especulaciones sobre la muerte de Saint-Exupéry, los registros penales sobre las actividades de Tino, las intrigas de Desrosiers y la revelación de los nombres de los judíos holandeses que perecieron en la Segunda Guerra Mundial pertenecían, total o parcialmente, a la esfera de la privacidad y la reputación tanto de los biografiados como sus descendientes. En los casos de Tino y Saint-Exupéry, pusieron el énfasis en el respeto a su privacidad; en el de Desrosiers, en el derecho a la reputación póstuma; mientras que en los de Harding y el Memorial Digital tuvieron en cuenta ambos aspectos. Los historiadores perdieron tres de los cinco pleitos presentados; en el de Saint-Exupéry, Chadeau obtuvo una victoria parcial; mientras

16 RECHTBANK AMSTERDAM (Tribunal de Amsterdam), *Kort Geding Eisersteegen Stichting Dagma Monument Joodse Gemeenschap in Nederland en gedaagde 2* (2003). Compárese con la Corte Suprema de Estados Unidos, *Schuyler versus Curtis* (1895).

que en el del Memorial Digital, la de Lipschitz podría considerarse total. En el caso de Tino, a Wottreng no se le permitió consultar las fuentes de información aunque se le dijo que esto podría cambiar si obtenía el consentimiento de la familia. En el de Saint-Exupéry, a Chadeau se le permitió consultar las fuentes de información pero no divulgarlas. En el de Harding, a Russell se le permitió consultar las fuentes de información pero ni divulgarlas ni citar directamente a partir de ellas. En el caso de Desrosiers, a Turgeon se le permitió consultar las fuentes de información pero no divulgarlas y además, la publicación de su manuscrito quedó prohibida. En los casos de Harding y Desrosiers, los derechos de publicación de las fuentes fueron otorgados en exclusiva a la familia. En el del Memorial Digital, el juez permitió la publicación de los nombres de los muertos pero conminando a los historiadores a contactar previamente con sus familiares y a tener en cuenta su voluntad en caso de que plantearan dificultades. El elenco de factores que intervinieron en estos casos de privacidad póstuma es impresionante. Veamos algunos de ellos.

LA PRIVACIDAD PÓSTUMA COMO PRÁCTICA LEGAL Y MORAL

¿Cómo perciben los vivos *su propia* privacidad póstuma? Las consideraciones sobre la privacidad póstuma y la reputación son tan viejas como la humanidad misma, de modo que las actitudes que de ellas se derivan están profundamente arraigadas. Es una realidad que gran número de personas se preocupan por su propia privacidad póstuma y el modo como desean ser recordadas. Aparte del caso especial de figuras públicas, se puede decir que, en general, la importancia que se le concede a la privacidad y la reputación, incluyendo su condición póstuma, aumenta con el tiempo. El deseo de algunas personas de preparar un legado póstumo adecuado les lleva, al hacerse mayores, a mostrarse ansiosas por proteger su reputación póstuma de modo que combaten tanto como pueden el riesgo de que esta se vea manchada. Esta preocupación por la propia privacidad póstuma comporta a menudo una preocupación paralela por la privacidad de *los otros*. De hecho, cuanto más claramente se percibe que la privacidad póstuma de los otros es invadida con impunidad, tanto más se inquieta uno porque la suya se vea protegida. Y al contrario, una actitud generalizada de respeto por la privacidad póstuma de los demás genera tranquilidad respecto al futuro de la propia.¹⁷

17 Este argumento ha sido desarrollado más extensamente en PARTRIDGE, Ernest, «Posthumous Interests and Posthumous Respect», *Ethics*, 91:2 (enero de 1981), pp. 259-261. Véase también DONNELLY, Mary, y McDONAGH, Maeve, «Keeping the Secrets of the Dead? An Evaluation of the Statutory Fra-

Aunque también son muchos los que no se preocupan por su propia privacidad póstuma y, de hecho, ni siquiera son conscientes de que tal cosa existe, pocos se mostrarían enteramente indiferentes ante la posibilidad de ser difamados después de muertos.¹⁸ Con una actitud que se podría calificar como de autodeterminación informativa (*informational self-determination*) hay quienes toman medidas específicas para influir en el «veredicto de la historia» acerca de sus vidas. Basándose en el derecho de propiedad,¹⁹ bloquean el acceso póstumo a, y la investigación de, sus archivos personales destruyendo o censurando documentos sensibles. Generalmente, las figuras públicas tienen menos margen de destrucción, pero las personas privadas (y las públicas en cuanto privadas) son libres de controlar y manipular sus archivos particulares a su antojo. Sin embargo, son pocos aquellos que purgan sistemáticamente todas las trazas documentales suponiendo que esto sea posible. Algunas estrategias de gestión de la privacidad póstuma más habituales son la escritura de las propias memorias, la designación de un biógrafo autorizado, la otorgación de un testamento detallado con instrucciones precisas para los herederos, la selección de un executor testamentario o la creación de un fondo para actividades de mecenazgo póstumo.²⁰

Los familiares y herederos del difunto suelen desempeñar un papel importante en los juicios acerca de la privacidad póstuma. ¿Por qué? En la vida diaria las relaciones familiares son consideradas esenciales para la protección de la privacidad y, de hecho, la Declaración Universal menciona expresamente a la familia al tratar esta cuestión. Por extensión, es lógico que los herederos,

network for Access to Information about Deceased Persons», *Legal Studies*, 31:1 (2010), pp. 7-8, accede de la importancia de la confidencialidad médica para la sociedad de cara a impedir que los pacientes inhiban de solicitar atención médica.

18 La afirmación de DONNELLY y McDONAGH, «Keeping the Secrets», art. cit., pp. 6-7, según la cual «la mayoría de la gente no hace nada para impedir que la información sobre ellos sea accesible después de su muerte», es aquí cuestionada (a pesar del advenimiento de los nuevos medios de comunicación social). Para explicar el interés por la *reputation* póstuma deben tenerse en cuenta factores adicionales como la preocupación por asegurar el estatus, proporcionar sentido a la vida y combatir la absurdidad del olvido. Véase por ejemplo SCARRE, Geoffrey, «On Carving about One's Posthumous Reputation», *American Philosophical Quarterly*, 38:2 (abril de 2001), pp. 211-213.

19 BREDIN, Jean-Denis, «Le Droit, le Juge et l'Historien», *Le Débat*, núm. 32 (noviembre de 2012), pp. 94-95.

20 Véase también CRAIK, Kenneth, *Reputation: A Network Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 190. Las conclusiones acerca del ámbito de la reputación están en consonancia con este dato: la mayoría de las denuncias contra los historiadores por casos de difamación han sido puestas por personas relativamente mayores (excepto en los casos en los que están implicadas la fama y el poder), lo que da a entender que la importancia concedida a la reputación crece con el tiempo.

DE BAETS, *Responsible History*, op. cit., p. 80.

Habitualmente miembros cercanos de la familia, asuman un papel en la protección de la privacidad de sus difuntos protegiendo sus puntos de vista y ejecutando su voluntad. Habitualmente no desean que los difuntos de su familia sufran daños de ahí que, si consideran que esto ocurre, es normal que muestren su enfado. La ofensa se transfiere a ellos. Sin embargo, si quieren presentar cargos contra la invasión de la privacidad póstuma, ante todo tienen que percatarse de que esta se ha producido. Si reaccionan demasiado tarde pierden la posibilidad de actuar.

Con frecuencia, estos familiares y herederos recurren a estrategias de gestión de la privacidad póstuma que tienden a congelar la imagen deseada, quizá idealizada, del difunto contra la fuerza potencialmente contrarrestadora de la información que se hace disponible póstumamente.²¹ La cuestión es si y en qué condiciones el control de la privacidad que tratan de imponer resulta razonable. Un punto crucial en este debate es que, por motivos diversos, los herederos pueden llegar a malinterpretar disposiciones manifestadas oralmente o incluso por escrito en las últimas voluntades.²² Así, resulta muy habitual que los herederos rechacen todo tipo de críticas sobre la base de que ellos son los que más cercanamente convivieron con el difunto y quienes mejor lo conocieron. Historiadores que durante años se han dedicado a estudiar su vida pueden encontrar muchas dificultades para convencer a sus herederos de que su imagen del difunto es en ocasiones manifiestamente errónea.

Puede ocurrir, finalmente, que la información privada más relevante para los historiadores no siempre esté en posesión de sus familiares. Médicos, profesionales de la salud mental, banqueros, abogados o archiveros son algunas de las personas con acceso a ella. Habitualmente su control sobre tal información dura un tiempo limitado tras el cual se publica o bien se destruye.

El hecho de que muchas personas, así como sus (futuros) herederos, se preocupen en vida de su privacidad póstuma revela la existencia de una práctica social sobre la misma. Ahora bien, ¿se trata también de una práctica legal y moral? Esta es una cuestión importante para los historiadores porque siempre que se produce un juicio sobre la privacidad póstuma, los demandantes pueden plantear la cuestión de cuáles son las normas profesionales de los historiadores al respecto. En caso de que no haya acuerdo sobre estos, el último recurso

21 EYLON, Dafna, y ALLISON, Scott, «The "Frozen in Time" Effect in Evaluations of the Dead», *Personality and Social Psychology Bulletin*, 31:12 (diciembre de 2005), pp. 1708-1717; CRAIK, *Reputation*, *op. cit.*, p. 177.

22 Véase el caso del fallecido escritor GILBERT-LECOMTE, Roger, en: JEANNENEY, *Passé*, *op. cit.*, pp. 134-136; KIEJMAN, Georges, «L'Histoire devant ses juges», *Le Débat*, núm. 32 (noviembre de 1984), p. 114.

son los tribunales. El marco legal proporciona una base mínima de actuación. Si los historiadores quieren ser tomados seriamente tienen que tener claras las reglas legales y morales, aunque no estén formalmente impudados.

Dada la gran diversidad de códigos éticos para uso de historiadores, es difícil hacer una declaración de principios al respecto. Aunque algunos de los aproximadamente dieciocho códigos nacionales existentes aluden a la privacidad de los vivos (por ejemplo en la sección dedicada al modo de realizar entrevistas), ninguno de ellos se refiere, ni siquiera de pasada, a la privacidad póstuma.²³ Esto es algo que contrasta abiertamente con otros códigos como, por ejemplo, el de la profesión médica. Las reglas básicas de la privacidad póstuma están incorporadas en juramentos como el de la Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial que afirma que «en el momento de ser admitido como miembro de la profesión médica [...] prometo solemnemente [...] guardar y respetar los secretos que me han sido confiados, incluso después del fallecimiento del paciente».²⁴

No se trata solamente de reglas de carácter moral. De hecho, algunos códigos legislativos contienen apartados que regulan las acciones legales contra la injerencia en la privacidad póstuma. Así, la intrusión en esta privacidad como actos como la mutilación de cuerpos o la profanación de tumbas está prohibida en todas partes. El Tribunal Penal Internacional, por ejemplo, está capacitado para castigar los «ataques contra la dignidad de las personas fallecidas» que se producen durante los conflictos armados, y una multitud de recursos para la defensa de los derechos humanos por parte de Naciones Unidas y la Cruz Roja aluden a esta misma idea.²⁵ En cuanto a la invasión de la privacidad bajo forma de revelación pública de información sobre el difunto, en muchos países las leyes contienen medidas para la «protección de la memoria de los muertos».²⁶ Aunque estas leyes son frecuentemente objeto de abuso con el fin de ahogar el debate sobre el pasado, el mismo hecho de su existencia mues-

23 Todos los códigos éticos existentes para historiadores están recogidos en www.concernedhistorians.org.

24 Asociación Médica Mundial, Declaración de Ginebra (Ginebra, 1948, última actualización 2006), en Asociación Médica Mundial, *Manual de ética médica* (www.wma.net/es/3publicaciones/ethicsmanual/pdf/ethics_manual_es.pdf; segunda edición; 2009), p. 18. Véase también, American Medical Association, *Code of Medical Ethics: Opinion 5.01 Confidentiality of Medical Information* (www.ama-assn.org; consulta: diciembre de 2000).

25 DE BAETS, *Responsible History*, pp. 165-172.
 26 Discutido por extenso en DE BAETS, *Responsible History*, op. cit., pp. 77-79, 215 n. 24. Al dieciocho países disponen de medidas para proteger la memoria de los muertos contra su difamación y la de sus familiares cercanos. Véase también, GILISSSEN, John, «La responsabilité civile et pénale de l'historien», *Revue Belge de Philologie et d'Histoire*, núm. 38 (1960), pp. 321-329; NERSON, Roger, «Le Reg-

que los asuntos relacionados con la privacidad afectan también a los muertos. Además, en todos los países las leyes sobre la conservación de documentos y la libertad de información estipulan los términos en los que aquellos deben ser custodiados en función de los diversos tipos de datos privados póstumos.

Si bien los códigos éticos y legislativos apuntan a la existencia de una privacidad póstuma, la actuación de los jueces proporciona una imagen mucho más ambigua. En los casos estudiados algunos eludieron claramente la cuestión sobre la existencia de una privacidad póstuma.²⁷ El juez canadiense se centró en la figura del contrato y argumentó que el examen de aspectos relacionados con la privacidad o la reputación póstumas resultaba innecesario. Esta elusión resulta comprensible porque los jueces no son filósofos; su trabajo consiste en solucionar el caso en cuestión, no en responder preguntas acerca de la existencia de la privacidad póstuma. El juez holandés no cuestionó la idea de que los 104.000 judíos que habían sido masacrados setenta años antes y que iban a ser mencionados en la web tuvieran todavía derecho a la privacidad y reputación. Al contrario, al juzgar que la privacidad y reputación de estos muertos *no era* violada porque muchos datos sobre ellos habían sido ya publicados por doquier y porque la intención de la fundación era honrar su memoria, asumió tácitamente que poseían privacidad y reputación. Otros jueces dividieron su atención entre los muertos y sus familiares vivos. El juez suizo argumentó que aunque la protección de los datos personales de Tino «había cesado con su muerte», correspondía a su familia la protección contra la violación de sus derechos. Esta resultaba una posición ambigua porque los derechos o bien cesan o no cesan con la muerte.

A los familiares y herederos se les permite emprender medidas legales en nombre de los muertos, pero el impacto de sus acciones resulta todavía mayor si pueden demostrar que ellos mismos se sienten ofendidos o dañados. Si bien las leyes no se desentienden de los muertos lo cierto es que, aunque ellos sean la causa y el tema de los procesos judiciales, son raramente su objetivo central.

par l'historien de la vie privée de ses personnages», en: *Mélanges offerts au professeur Louis Falletti*, París, Dalloz, 1971, pp. 453-465; BREDIN, «Le Droit», *op. cit.*, pp. 97-98 y 107.

27 Véase también Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Plon*, párrafo 47: «(La) delicada cuestión legal de si el derecho a interponer un recurso relativo a la prohibición de desvelar información estaba contemplado solo en los vivos.» CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, *National Archives and Records Administration versus Favish et al.* (2004): «Es el derecho a la privacidad de los vivos el que se solicita reforzar aquí. Este derecho puede por sí mismo ser en algunos casos violado por una interferencia inadecuada con la persona o la memoria de un familiar difunto, pero es el derecho de los vivos y no el de los muertos el que se reconoce» (citado en *Schuyler* [1895]). UNITED STATES COURT OF APPEALS, *Ellen W. Schrecker, Appellant, versus United States Department of Justice, Appellee* (2003): «[El] interés de privacidad en la no revelación de información identificativa puede desvanecerse con la muerte del individuo».

Ello permite concluir que, tanto si se considera la privacidad póstuma una mera característica pero no un derecho de los muertos como si se considera la invasión de la privacidad afecra tan solo a la esfera de la moral profesional, los problemas legales no pueden ser menospreciados. Más aún si incluimos en el campo de la invasión de la privacidad no solo la revelación pública de información sino también la intrusión, la apropiación y la tergiversación.

La mayor parte de los conflictos legales se plantean con casos de defunciones recientes. Cuando se refieren a difuntos remotos suele tratarse de alguien que ha dejado rastro (por haber sido rico, poderoso o famoso), no de alguien anónimo.²⁸ Estos conflictos resultan hasta cierto punto sorprendentes porque es un principio legal establecido que las figuras públicas (llamadas «figuras de la historia contemporánea» en el lenguaje jurídico alemán) como un Harding o un de Saint-Exupéry, si bien tienen privacidad como cualquier otro mortal, la tienen en un grado mucho menor que los ciudadanos particulares ya que al exponerse voluntariamente en la escena pública decidieron sacrificar una parte de su vida privada.

En todo caso, los jueces deben tener en cuenta que si bien los difuntos fueron figuras públicas, sus familiares afectados por estos conflictos a menudo no lo son. A pesar de este principio sobre las figuras públicas, lo cierto es que en muchos aspectos los líderes políticos fallecidos tienen su privacidad más protegida y no menos. La publicación de biografías con detalles embarazosos de la vida privada de, por ejemplo, el profeta Mahoma (fallecido en 632), el rey Maratha Shivaji (fallecido en 1680), el líder indio Mahatma Gandhi (fallecido en 1948) y el líder revolucionario vietnamita Ho Chi Minh (fallecido en 1969) ha causado serios problemas a sus autores. La vida privada y la reputación de algunos líderes difuntos —como los reyes de Tailandia, el caudillo turco Mustafa Kemal Atatürk (fallecido en 1938) o el ayatolá Jomeini en Irán (fallecido en 1989)— están incluso protegidas por leyes especiales sobre su memoria.²⁹

LA DURACIÓN DE LA PRIVACIDAD PÓSTUMA

De lo anterior se podría colegir que la privacidad póstuma de figuras públicas debería ser más breve que la de las figuras privadas, aunque, con frecuencia,

²⁸ En este sentido, el caso suizo que implicaba a dos personas relativamente desconocidas de

²⁹ Prosser, «Privacy», *op. cit.*, pp. 410-418; Barendt, E., *Freedom of Speech*, Oxford,

University Press, pp. 241-244.

³⁰ De Baets, *Responsible History*, *op. cit.*, pp. 76-77.

ocurre todo lo contrario. En consecuencia, la siguiente cuestión por la que nos deberíamos preguntar se refiere a su duración. Una primera indicación para la respuesta viene dada por las condiciones de almacenamiento oficial de diversos grupos de datos privados algunos de los cuales se conservan después de la muerte.³¹ Los términos de este almacenamiento se suelen expresar en formulaciones del tipo «treinta años después de la fecha de la última entrada para los registros sanitarios»; «ciento cincuenta años después del nacimiento para los registros médicos»; «setenta años después de la fecha de creación para los archivos criminales»; «treinta años después de la muerte para los datos personales»; «supresión de los nombres en las copias de documentos a menos que haya pruebas de que han transcurrido más de cien años del nacimiento o la muerte».³² En el caso norteamericano, la familia de Harding obtuvo el embargo de las cartas de amor escritas entre 1905 y 1920 hasta 2014, lo que significa un siglo. Embargos como este podrían ser considerados excesivos.³³

En general, hay un acuerdo aceptado por muchas jurisdicciones para respetar el sentimiento de los allegados durante el tiempo de duelo por el difunto. Pero más allá de este breve lapso, ¿durante cuánto tiempo debería ser respetada la privacidad póstuma de una persona? Si nos fijamos en casos concretos comprobaremos que en algunos esta fue calculada en meses y en otros en siglos.

Una semana después del fallecimiento del presidente francés François Mitterrand su médico privado publicó un libro revelando que durante sus catorce años en el cargo había mantenido en secreto el cáncer que padecía. El editor fue amonestado y el libro prohibido. El caso llegó a la corte de Estrasburgo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dijo que el libro violaba la obligación de la confidencialidad médica dañando la privacidad y la reputación de

31 Véase por ejemplo BONNICI, Jeanne Pia Mifsud, y CHOONG, Kartina, «Access to the Health Records of Deceased Patients: Why the Law Is in Need of Review», *Computer Law & Security Review*, núm. 25 (2009), p. 159: «Los tribunales han reconocido tres circunstancias en las que la información puede ser desvelada a pesar de la obligación de confidencialidad: cuando la revelación es consentida por el confidente, cuando la revelación es exigida por la ley y cuando hay un interés público que desborda cualquier obligación de confidencialidad debida.»

32 Véase también FLAHERTY, David, «Privacy and Confidentiality: The Responsibilities of Historians», *Reviews in American History*, 8:3 (1980), p. 422; BUNDSGAARD, Inge, «The Selection of Case Files: The Right to Social Memory Versus the Right to Social Oblivion», *Comma*, 47, núms. 1-2 (2000), pp. 173-175.

33 En el año 2005, las bibliotecas que sirven a genealogistas sugirieron que su trabajo podía ser puesto en peligro por una legislación débil sobre el tratamiento de datos. Entre las áreas que causaban preocupación se encontraban la divulgación de los números de seguridad social en registros históricos y el acceso a los registros de nacimiento, matrimonio y defunción. Véase, SEIDELIN, Susanne, y HAMILTON, Stuart (eds.), *IFLA / FAIFE World Report: Libraries, National Security, Freedom of Information Laws and Social Responsibilities*, Copenhague, IFLA / FAIFE, 2005, pp. 338 y 371.

Mitterand y haciendo más agudo el dolor de sus allegados por la pérdida. En pocas palabras, dio a entender que el periodo de duelo no había concluido. Ahora bien, dictaminó también que una vez que la obligación de confidencialidad médica había sido quebrantada se debería tomar en cuenta el paso del tiempo y valorar si una completa prohibición del libro era comparable con el derecho a la libertad de expresión. Diez meses después de su publicación se habían vendido ya 40.000 copias del mismo, su contenido se había difundido a través de internet y había sido objeto de muchos comentarios en los medios de comunicación. En consecuencia, el tribunal decidió que no había motivo urgente que justificara continuar con la prohibición. Dado el carácter público del presidente y a pesar de la confidencialidad debida por el médico, calculó la privacidad postuma en meses y no en años.³⁴

Compararemos este con otros dos casos, distintos pero mucho más problemáticos. En el año 2002 un juez suizo negó al historiador Christoph Schläpfer la autorización para mencionar de los nombres procedentes de los archivos criminales locales en su libro sobre la historia de la homosexualidad. Esta prohibición incluía los nombres de dos homosexuales que habían sido quemados en la hoguera en 1538. Aunque los datos procedentes de los archivos criminales abarcaban periodos muy distintos, el juez afirmó que la revelación de algunos de ellos podría dañar «la integridad psicológica de sus familias», sin establecer distinción alguna y sin tener ni siquiera en cuenta si todos ellos eran conocidos.³⁵ El otro caso se produjo en Taiwán. Aunque se presentó como un caso de difamación postuma, resulta muy instructivo por su consideración

34 TEDH, *Plon*. Véase también BARENDET, *Freedom of Speech*, op. cit., pp. 241-242. El caso *Mephisto* mencionado más arriba fue similar: la obligación de respetar la dignidad de Grundgens disminuyó de nuevo en 1981 sin que causara ningún litigio. Véase RÖSTLER, HANES, «Dignitarian Posthumous Personality Rights – An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law», *Berkeley Journal of International Law*, 26:1 (2008), pp. 154-155 y 175-180. El principio del paso del tiempo fue formado por primera vez por la TEDH en *Lehideux and Isorni versus France* (1998), párrafo 55. En el caso *acercas de una figura pública retirada*, la Corte Federal sostuvo que los historiadores tenían el derecho de publicar hechos habitualmente olvidados sobre el demandante que era «una figura de la historia contemporánea» y que el «derecho al olvido» no existía en este ámbito. Schweizerisches Bundesgericht, *Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Mai 1985* i. S. *Frischknecht und Mitbeteiligte gegen Mitterand* (1985), párrafo 17.

35 NOSER, WALTER, «Richter ouden sich als rückständig», *Beobachter*, núm. 19 (19-9-2002), p. 10. Véase también FRAZER, JAMES, *The Golden Bough*, vol. 2, *Taboo and the Perils of the Soul*, London: Macmillan, 1914 (1.ª ed. 1890), pp. 138-145 y 349-374, particularmente 363-365.

de los aspectos relacionados con la privacidad. En 1976 Guo Shouhua fue acusado por Han Shidao de haber difamado a su antepasado Han Yu, un famoso poeta y ensayista confuciano que había vivido entre 768 y 824 bajo la dinastía Tang. Guo había escrito un artículo afirmando que Han Yu había muerto envenenado a causa de su estilo disoluto de vida con prostitutas. Han Shidao, perteneciente a la trigésimo novena generación de descendientes directos de Han Yu, argumentó que esta afirmación difamaba tanto al poeta como a él mismo. El tribunal dictaminó que la afirmación de Guo no era de interés público y en consecuencia, lo declaró culpable de difamación del muerto. La Corte Suprema de Taiwán confirmó la sentencia.³⁶ En este caso, como en el anterior, la privacidad póstuma fue calculada no en años sino en siglos. La duración media de la privacidad póstuma se puede situar así en algún punto entre ambos extremos. La siguiente tabla resume lo que sabemos:

PERIODO LEGAL EN EL QUE LA PRIVACIDAD PÓSTUMA
PUEDE BLOQUEAR LA REVELACIÓN PÚBLICA

País	Cronología de los hechos (1)	Cronología de los juicios (2)	Tiempo transcurrido entre (1) y (2)	Afecta a una figura pública	Condenado por los jueces
Según algunos casos «típicos» que afectan a los historiadores					
Canadá	c. 1933-1969	1993-2003	24-70 años	sí	sí
Francia	1944	1994	50 años	sí	parcialmente
Holanda	1940-1945	2003	58-63 años	no	no
Suiza	c. 1965-1980	2000-2001	20-36 años	sí	sí
Estados Unidos	1905-1920	1963-1971	43-66 años	sí	sí
Según algunos casos «atípicos» que afectan a los historiadores					
Suiza	1538	2002	464 años	no	sí
Taiwán	768-824	1976	1152-1208 años	sí	sí
Según un caso que afecta a la confidencialidad de los médicos					
Francia	1981-1995	1996-2004	10 meses	sí	sí
Según diversos autores [Estimaciones referidas a particulares, no a figuras públicas] ¹					
John Gilissen (1960)	Las acciones legales pueden ser emprendidas por los familiares hasta en tercer grado. ²				

(Continúa en la página siguiente.)

36 HARTMAN Charles, *Han Yu and the T'ang Search for Unity*, Princeton, Princeton University Press, 1986, pp. 109-115, 283 n. 8, 312-313 n. 223; SHUOREN, Yang, *Methods of Jurisprudence*, Pequín, 1999, pp. 3-8. Investigaciones recientes revelaron que Han Yu ingirió sulfuro contra el beri-beri, la enfermedad de la que probablemente murió; existían también pruebas de que Han Yu tenía dos concubinas.

Según diversos autores [Estimaciones referidas a particulares, no a figuras públicas]

Jean-Denis Bredin (1984) Solamente la historia del siglo xx puede ser objeto de acciones legales?

Irvine London (1984) La privacidad póstuma era inexistente en el siglo xix; empezó a ser considerada solamente en el xx.⁴

Jessica Berg (2001) Es recomendable restringir el periodo de la protección de la confidencialidad: una o dos generaciones después de la muerte del individuo. Teniendo en cuenta el incremento de la esperanza de vida podríamos considerar ochenta o cien años como un periodo razonable?

Kenneth Craik (2009) Testigos directos pueden aportar historias sobre el muerto durante setenta años; las historias de testigos indirectos pueden prolongar este periodo con otros setenta años.⁵

¹ La tabla no considera algunas estimaciones vagas o confusas como Sperling, Daniel, *Posthumous Interest Legal and Ethical Perspectives*, Cambridge University Press, 2008, pp. 41, 84-87, 236-237 y 245-246. Donnelly y McDonagh, «Keeping the Secrets...», *op. cit.*, pp. 8 y 29; Rösler, «Digitalitarian...», *op. cit.*, pp. 182-183 y 203; Smolensky, Kirsten Rabe, «Rights of the Dead», *Arizona Legal Studies Discussion Paper*, núm. 06-27 (marzo de 2009), p. 23.

² Cluisen, «La Responsabilité...», *op. cit.*, pp. 304 y 325.

³ Bredin, «Le Droit...», p. 98.

⁴ London, Irvine, «How It Strikes a Historian», *British Medical Journal*, vol. 288 (14-1-1984), pp. 125-126; también

Lock, Stephen, «A Question of Confidence: An Editor's View», *British Medical Journal*, 14-1-1984, pp. 123-125.

⁵ Berg, Jessica, «Grave Secrets: Legal and Ethical Analysis of Postmortem Confidentiality», *Connecticut Law Review*, 34:1 (otoño de 2001), pp. 110-111.

⁶ Craik, Reputation..., *op. cit.*, p. 174, véanse también pp. 179 y 184.

Según muestra la tabla, resultaría razonable (aunque en modo alguno incontestable) considerar el periodo de respeto por la privacidad póstuma, entendido como la prohibición de publicar datos privados, de unos setenta años o dos generaciones después de la muerte de la persona, transcurridos los cuales esta se desvanecerá. Los casos en los que se prolonga resultan infrecuentes. Como norma general, los comentarios que vulneran la privacidad de los muertos no son (y no deberían ser) susceptibles de ser denunciados ante los tribunales eternamente. Son necesarias tres puntualizaciones. Primera, la regla de las dos generaciones es válida para las personas privadas. La privacidad póstuma de las figuras públicas se cuenta por días y semanas, la de personas privadas en años y décadas. Segunda, la regla se refiere a la privacidad como protección contra la publicación de hechos; otras clases, sobre todo la protección contra la intrusión, pueden ser calculada de otro modo cuando es percibida desde una perspectiva no legal: desde una perspectiva moral puede durar más de dos generaciones; desde una perspectiva profesional puede desvanecerse más rápidamente.

LAS DEFENSAS DE LOS HISTORIADORES

Si nos preguntáramos con qué defensas cuentan los historiadores ante acusaciones de invasión de la privacidad se podría responder que la principal es el transcurso de un lapso de tiempo de dos generaciones. Antes de que este haya transcurrido o si el juez no acepta dicho límite pueden acudir a otras defensas. Como resulta obvio hay uno ante el que no hay acusación posible, el del consentimiento, esto es, la capacidad de probar que el sujeto dio en vida su consentimiento para publicar datos privados, fuera directamente a los mismos historiadores o indirectamente revelándolos él mismo bien fuera por medio de un texto autobiográfico o una entrevista.

Contrariamente a lo que en algunos casos cabría esperar, otras defensas no son tan eficaces. De hecho, la que podría parecer más sólida de todas, la de que lo revelado es verdad, tiene una fuerza limitada. A diferencia de las acusaciones de difamación, ante las que este argumento resulta definitivo, en los casos de privacidad póstuma no lo es ya que no por verdaderas las revelaciones acerca de la vida privada de alguien dejan de constituir invasiones de la privacidad.³⁷ El hecho de que el dato revelado sea cierto no resulta suficiente para armar una buena defensa en caso de denuncia. Claro que si además se prueba que es falso, las posibilidades resultan todavía menores porque entonces el problema de invasión de la privacidad se transforma en un problema de tergiversación. El argumento de que el historiador en cuestión se tomó la molestia de verificarlo (la defensa de debido cuidado) resulta pobre porque si bien, como cualquier persona, los historiadores pueden cometer errores, tienen un especial deber profesional de rigor científico. Además, los jueces no tendrán paciencia con opiniones que esconden especulaciones sin fundamento. Si no carecen de fundamento, la defensa que la opiniones sobre el difunto fueron obtenidas no con malicia o descuido sino con honestidad y como una contribución al debate público (las defensas de comentario, de buena fe y de interés público) es importante pero no necesariamente convincente. Tanto si los hechos son difíciles de probar, como si la distinción entre hechos y opiniones resulta difícil, tanto si la expresión de opiniones goza de mayor protección que la expresión de hechos como si la frontera entre el conocimiento público y privado no siempre resulta clara, los historiadores deben ser conscientes de que en cuestiones de privacidad deben andarse con mucho cuidado.

37 SCHAUER, Frederick, *Free Speech: A Philosophical Inquiry*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, pp. 174 y 176-177.

EQUILIBRAR LOS INTERESES

Profundicemos un poco más en los intereses de los diferentes actores. La privacidad póstuma no es un derecho o un interés de los difuntos, sino tan solo una característica suya ya que estos ni poseen derechos ni tienen intereses.³⁸ Por lo tanto, la cuestión sigue en pie: si no son los mismos muertos mismos, ¿quienes pueden estar interesados en defender su privacidad póstuma?

De entrada, la propia sociedad tiene un interés *general*, ya que si la privacidad póstuma de sus ciudadanos fuera sistemáticamente violada nadie podría tener garantía de que la propia quedara protegida. La voluntad general de dejar archivos personales para la posteridad desaparecería. Ciertos acuerdos sociales como el entierro digno, el respeto de las últimas voluntades o el cuidado del cadáver y de la tumba carecerían de sentido si la gente viera que apenas son respetados o resultan violados burdamente. Caerían rápidamente en desfavor. El hecho de que *son* respetados *sistemáticamente* prueba que las sociedades cuidan de sus muertos. Por lo tanto, los vivos tienen un interés general en la protección de la privacidad póstuma.³⁹

Por otro lado, los familiares y herederos tienen un interés *específico* ya que la revelación de hechos y opiniones acerca de sus difuntos puede perjudicarles en diversos sentidos: el daño sufrido puede surgir por el conocimiento de que la privacidad del difunto fue invadida; por la conciencia de que el difunto ya no puede defenderse a sí mismo; por la sugerencia (falsa o cierta) de que el difunto cuando estaba en vida mintió o escondió un secreto;⁴⁰ por una ofensa causada a su amor y afecto al difunto; por la revelación de una relación embarazosa entre el difunto y un familiar (independientemente de que aquel familiar lo supiera o no). Dadas todas estas posibles razones del daño sufrido, no siempre está claro si el interés principal de los familiares y herederos es la privacidad del difunto o su propia privacidad. Ahora bien, de lo que no hay duda es de que su denuncia tendrá más fuerza si consiguen probar que esta violación les causa un perjuicio directo a ellos ya que al hacerlo permitirán a los jueces sostener algunas cuestiones peliagudas sobre la existencia del derecho a la privacidad.

38 En desacuerdo con aquellos que defienden la existencia de intereses póstumos como, por ejemplo, SPEARING, *Posthumous Interests*, op. cit.

39 En consonancia con PARTLAND, «Posthumous Interests», op. cit., pp. 259-261.

40 En los casos de negación de genocidio, los jueces sostienen habitualmente que quienes lo violentaron la reputación de los muertos y las víctimas supervivientes porque afirman que el genocidio existió implica que sus víctimas mintieron.

póstuma. A fin de cuentas, el dolor de los familiares y herederos es reconocido como un interés fuerte, en particular cuando estos son explícitamente mencionados o señalados en el acto de invasión de la privacidad póstuma.

Veamos ahora la otra cara de la moneda. ¿Quién tiene interés en defender la libertad de expresión sobre el pasado? Por un lado, las sociedades tienen un interés *general* basado en la convicción de que cuanto más se conozca la verdad sobre el pasado mejor para todos, ya que la verdad es un valor básico para el funcionamiento de la vida en común. Además de este valor intrínseco, la verdad tiene también un valor instrumental porque es condición principal para alcanzar muchos objetivos, entre ellos la democracia. La libertad de expresión es, en su sentido más amplio, una de las piedras angulares de una sociedad democrática.⁴¹ Finalmente, hay un interés general en facilitar la investigación científica, incluyendo la de carácter médico e histórico. Aparte de estos intereses generales existen algunos intereses *específicos* de los miembros de la familia del difunto: la revelación de ciertas informaciones les permite saldar cuentas con sus queridos difuntos, decidir si deben reclamar alguna compensación y, finalmente, les capacita para la justa distribución de los bienes del finado.⁴² Por supuesto, hay también un específico interés profesional por parte de los historiadores y otras profesiones relacionadas en revelar la verdad.

Dado que tanto la libertad de expresión como la privacidad son dos derechos fundamentales, los conflictos entre ellas deben resolverse contrapesando los diversos intereses generales y particulares en juego. Se trata de determinar si omitiendo hechos y opiniones sensibles sobre el difunto el beneficio obtenido en términos de privacidad póstuma supera el daño infligido a la libertad de expresión sobre el pasado. O, a la inversa, de decidir si mencionando hechos u opiniones sensibles acerca del difunto el beneficio obtenido en términos de libertad de expresión sobre el pasado supera el daño infligido a la privacidad de los muertos y sus herederos. Habitualmente, la decisión sobre estas cuestiones corresponde a los jueces, pero tiene que ver también con un modo de actuar responsable por parte de los historiadores. Aun cuando no vayan a ser denunciados, estos no deben abdicar del deber profesional y moral de sopesar la libertad de expresión y la privacidad póstuma.

Comparemos el procedimiento de equilibrio entre los vivos y los muertos. Para los casos de privacidad relativos a los vivos este test debe ser ejecutado como un test entre dos intereses de *igual* importancia (no revelar y revelar) du-

41 DE BAETS, *Responsible History*, *op. cit.*, pp. 42 y 68-71.

42 DONNELLY y McDONAGH, «Keeping the Secrets», *op. cit.*, pp. 2 y 15-16.

rante los primeros años con una presunción gradualmente favorable, a medida que transcurre el tiempo, a la revelación. Esto choca con los casos de reputación en los que los intereses no son de igual importancia y en los que el test debería siempre ser decidido con una presunción favorable a la revelación. ¿Por qué los conceptos de privacidad y reputación deberían ser tratados de modo diferente a pesar de su parentesco y solapamiento, más visible en los casos de tergiversación. Ambos derechos están mencionados en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aunque con una sutil diferencia: mientras que cualquier injerencia arbitraria en la privacidad puede ser calificada de difamación, la difamación es el resultado de un perjuicio intencionado, señaladamente un ataque. Cuando leemos la versión de este principio en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos vemos que las diferencias son todavía mayores: para privacidad el estándar es «injerencia arbitraria o ilegal», para reputación es «ataque ilegal». «Arbitrario» es un estándar más amplio que «ilegal». Todo ello significa que la protección es más amplia para la privacidad que para la reputación.⁴³ La razón fundamental de esta diferencia de tratamiento estriba en que la revelación de la verdad en los casos en los que está en juego la reputación no debería ser considerada difamatoria (porque nadie es merecedor de una reputación basada en falsedades), mientras que la revelación de la verdad en los casos en que está en juego la privacidad, especialmente la privacidad de los ciudadanos particulares, además de resultar embarazosa suele ser innecesaria y solo alimenta la curiosidad morbosa de cierta audiencia. Además, las leyes que castigan la difamación son frecuentemente objeto de abuso, lo que produce un enfriamiento de la libre expresión,⁴⁴ mientras que la percepción de que la defensa de la privacidad protege los intereses de las personas y de la sociedad en general, anima la libertad de expresión. La diferencia entre la reputación y la privacidad de los vivos queda reflejada en el modo diverso de equilibrarlas.

Cuando aplicamos estos criterios de ponderación a los muertos debemos hacerlo de un modo mitigado. El equilibrio entre la privacidad y la libertad de

43 DE BAETS, *Responsible History*, op. cit., pp. 124-126 y 131. Véase también BARENDT, *Freedom of Defamation of the Dead*, *Texas Law Review*, 68:7 (1988-1989), pp. 1537-1542.

44 Véase por ejemplo BROWN, Lisa, «Dead but Not Forgotten: Proposals for Imposing Limits on the Privacy of Family», la protección del honor y la reputación es menos comprensiva que la protección hacia otros aspectos legal, mientras que solo los ataques ilegales al honor y la reputación están prohibidos. Es un *a priori* aquí 291: «[I]nterferir en la privacidad, familia, casa y correspondencia puede que no sea ni arbitrario». *Speech, op. cit.*, pp. 244-246, también, p. 63, y NOWAK, U.N. *Covenant, op. cit.*, pp. 291-294 y 305-306.

expresión es menos severo cuando se aplica a los muertos que a los vivos. De la tabla 1 se podría concluir que setenta años o dos generaciones podría ser considerado un tiempo razonable, aunque no incuestionable, de vigencia de la privacidad póstuma, esto es, una zona en la que la revelación de información acerca de los muertos, en caso de que no sean figuras públicas, dependerá de consideraciones sobre la privacidad. Pero hay una diferencia entre la *duración* de la privacidad póstuma y la *duración de la protección legal* de la privacidad póstuma. En sentido ideal, la protección legal no debería prevalecer por (más de) dos generaciones después de la muerte del individuo. Este periodo podría y debería ser mucho más breve porque el equilibrio debería basarse en tres principios. El primero es que para las figuras públicas el interés público es más fuerte. El segundo es que para las personas privadas el periodo de duelo (la duración del cual es habitualmente considerada entre 12 y 24 meses después de la muerte)⁴⁵ debería ser respetado, pero más allá de él debería ser el principio de proporcionalidad quien regulara el régimen de acceso y revelación: no debería guardarse en secreto más que lo estrictamente necesario. El tercero es que el equilibrio debería ser aplicado con una clara presunción en favor de la revelación. El límite temporal de setenta años debería ser considerado un máximo; la clase de información sujeta a este plazo debería ser reducida al máximo; siempre que fuera posible debería favorecerse una rápida apertura de la información; y los motivos para esta apertura, que en ocasiones comportan cierta urgencia, deberían ser tenidos en cuenta.

Aunque el equilibrio debería ser una parte constitutiva del método crítico utilizado por los historiadores no tiene por qué ser obligatoriamente mencionado en su trabajo. De lo contrario, la adopción de posiciones controvertidas o nuevas sobre acontecimientos históricos resultaría extremadamente difícil sino imposible. Además, no siempre es fácil justificar la omisión de hechos sin mencionarlos. Sin embargo, los historiadores deberían valorar las objeciones sustantivas de las personas objeto de su estudio, o de sus familiares, en caso de que sean conocidos, antes de atribuirles hechos o manifestar opiniones sobre ellos en su trabajo. Deberían rechazar también la idea de que las omisiones justificadas menoscaban su prestigio o la importancia de su trabajo: de hecho, debería ser más bien al contrario. Además, la revelación imprudente de información acerca de los muertos podría condicionar la disponibilidad de nueva información en el futuro. Pero mantener el equilibrio es una operación delica-

⁴⁵ Aunque la duración del duelo fluctúa considerablemente en función del tipo de muerte, la edad del difunto, la relación entre los allegados y el difunto y las variantes culturales en las costumbres.

da y no se puede excluir la posibilidad de que dos historiadores responsables extraigan en la misma operación dos conclusiones diferentes.

Un buen ejemplo de ello (que derivó en un silencio razonado) nos lo proporciona la biografía del líder comunista belga y miembro del Parlamento Julien Lahaut (1884-1950). Supuestamente, Lahaut gritó «Vive la république» durante la ceremonia de coronación del rey Balduino en 1950. Una semana más tarde era asesinado. El asesinato no fue resuelto. Aunque fue cerrada en 1972, esta *cause célèbre* continuó apelando a la imaginación. Mientras estaban investigando sobre su biografía, los historiadores Rudi Van Doorslaer y Etienne Verhoeyen descubrieron el nombre de uno de los asesinos fallecido en 1977 pero decidieron no mencionarlo para no ofender a la familia que había colaborado activamente en su investigación. Este ejemplo muestra que las circunstancias concretas en las que hay que aplicar el principio del equilibrio pueden ser complicadas. Estas circunstancias fueron: la posible implicación en el asesinato de grupos monárquicos y anticomunistas y el interés público en conocer este hecho; la deuda de gratitud de los autores con la familia que había colaborado activamente en su trabajo; y la posibilidad de que finalmente la omisión del hecho fuera descubierta y revelada por terceros. La decisión de ambos historiadores fue la de no revelar la información, pero no se puede excluir que en otras circunstancias (por ejemplo sin la deuda contratada con la familia) se optara por revelarla.⁴⁶

La privacidad póstuma es una consideración que puede legitimamente limitar la libertad de expresión sobre el pasado. Por lo tanto, los historiadores tienen en ocasiones el derecho al silencio o, lo que sería lo mismo, el derecho a no revelar informaciones privadas de carácter sensible relacionadas con hechos y opiniones sobre figuras del pasado cuando el sentido del equilibrio les empuje en esta dirección. Cuanto más tiempo haya transcurrido después de la muerte y más pública sea la figura objeto de su estudio, menos razones tendrán para aplicar este derecho al silencio. Para evitar litigios, deben convenir a los familiares y herederos de la figura que estudian, a los jueces y, eventualmente, a terceras partes de su solvencia y responsabilidad profesionales en el trato de la información. Pueden incluir en sus códigos éticos el procedimiento para equi-

46 Van Doorslaer, Rudi, y Verhoeyen, Etienne. *De moordop Lahaut*, Lovaina, Kritak, pp. 186-187. En el año 2002 un miembro del Parlamento investigó el asesinato y descubrió el nombre de su autor. En el año 2007 comenzaron a circular nuevos nombres de los integrantes del comando asesino. En diciembre de 2008 el Senado belga solicitó al gobierno la creación de un fondo y una comisión de investigación sobre el asesinato (a principios de 2011 se estableció un fondo). Van Doorslaer y Verhoeyen publicaron una segunda edición de su trabajo en 2010.

librar privacidad y libertad de expresión. El equilibrar responsablemente los intereses distintos les debe llevar en ocasiones a restringir el acceso y la divulgación de sus fuentes y, por lo tanto, a no utilizar información relacionada con la privacidad. Más que una censura o una autocensura, esta es una manifestación de respeto y un factor esencial en la libertad de investigación histórica. Se trata de una operación sutil que requiere tiempo. Pero es el único modo de invocar a los muertos sin alterar su paz.