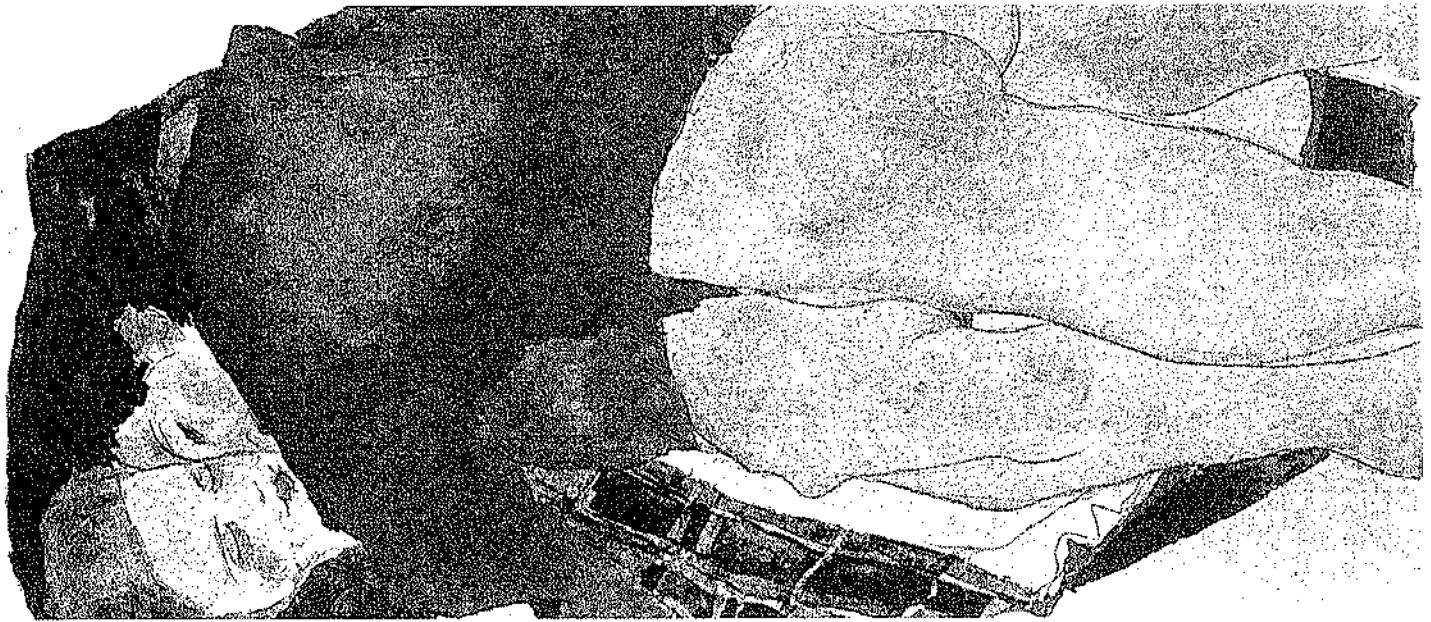




NICOLÁS ESPEJO YAKSIC

*Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales y
Ayudante de Derecho
Internacional de la
Facultad de Derecho
Universidad Diego
Portales, Representante en
Chile de CEJIL (Centro por
la Justicia y el Derecho
Internacional).*

Privacidad, Sexo y Estado



En las siguientes líneas pretendo desarrollar algunas consideraciones básicas respecto al tratamiento que el Derecho Internacional confiere al derecho a la vida privada -con especial referencia a la vida sexual de los individuos- pretendiendo distinguir, al mismo tiempo, sus principales implicancias en materia de responsabilidad internacional.

El respeto por la vida privada y familiar constituye uno de los derechos básicos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos regula tanto a nivel del sistema de Naciones Unidas (específicamente en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante "el Pacto"), en el sistema interamericano (artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante "la Convención") y en el sistema europeo (artículo 8° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, en adelante "el Convenio").

Como señala Manfred Nowak¹, el derecho a respeto por la vida privada protege aquella área particular de la existencia individual y autónoma que resulta distinguible de aquella esfera de libertad de otros y que incluye conceptos tales como existencia, autonomía, identidad, integridad, intimidad, comunicación y sexualidad, y respecto de los cuales existe una amplia jurisprudencia -principalmente- de la Comisión y Corte Europea de Derechos Humanos. Así, cuestiones como la discriminación de hijos nacidos fuera del matrimonio respecto de aquellos hijos que sí lo son, el estilo de vestir y de usar el pelo de los escolares, la disponibilidad de recursos efectivos para poder reclamar o impugnar la paternidad, la situación de los homosexuales y de los transexuales, el régimen de visitas entre detenidos y sus familiares, la contaminación ambiental en lugares cercanos a poblados etc. han sido analizadas a la luz del artículo 8° del Convenio Europeo². Tal desarrollo jurisprudencial, en mi concepto, ha sentado las bases de un concepto de privacidad

que se aleja cada vez más de la mera distinción entre lo privado y lo público y se acerca hacia la consideración de la privacidad como un espacio autónomo de pleno desarrollo de la personalidad y que se relaciona fuertemente con los demás derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales.

La primera pregunta que creo necesario responder es la siguiente: ¿Se refieren estos instrumentos a la "vida sexual" de los sujetos cuando hablan de "vida privada"? La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, de la Comisión y Corte Europea de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana³ ha sido clara al establecer que la vida sexual forma parte integrante de la vida privada. A propósito de denuncias presentadas por ciudadanos homosexuales que alegaban que la sola tipificación del delito de sodomía (relaciones sexuales entre varones adultos y en privado) violaba el derecho al respeto por la vida privada, en primer término la Corte⁴ y luego el Comité⁵, han establecido que la legislación impugnada constituye una intromisión continua en la vida privada de los denunciantes, la que incluye su vida sexual. Resulta evidente que si el derecho a respeto por la vida privada tiene por objeto la protección de aquel ámbito íntimo de desarrollo personal, los individuos deben tener la posibilidad de establecer relaciones de diversos tipos -incluyendo sexuales- con otras personas del mismo o de otro género. Sobre el particular, resulta especialmente interesante advertir como estos órganos interpretan las disposiciones internacionales en el sentido de considerar una injerencia arbitraria el solo establecimiento del delito de sodomía, sin importar si éste recibe aplicación por los jueces y da lugar a procedimientos judiciales o a pesquisas policiales. En efecto, y como ha de entenderse lógicamente, la mera existencia de esta legislación afecta continua y directamente la vida privada de homosexuales que, o bien respetan la ley y se abstienen de

llevar a cabo actos sexuales prohibidos -inclusive en privado y con el consentimiento de su pareja- o bien realizan dichos actos y se convierten en sujetos susceptibles de ser perseguidos penalmente, sin perjuicio de la estigmatización y rechazo social que tal penalización agudiza y tiende a justificar.

Una vez establecido lo anterior, la pregunta que surge a continuación es: ¿Cuándo una injerencia en tal derecho es arbitraria y en consecuencia se encuentra prohibida por las exigencias derivadas de una sociedad democrática? Esta interrogante requiere de un análisis un poco más detenido. Los órganos internacionales han establecido, a propósito del análisis de las causales justificatorias a las restricciones permanentes impuestas al derecho a la vida privada, que toda injerencia debe estar establecida por ley, que se justifique en virtud de alguno de los fines legitimados por el propio instrumento y que sea necesaria en una sociedad democrática para lograr tales fines.

Que la restricción o injerencia esté permitida por la ley significa dos cosas; en primer término, que el acto constitutivo de injerencia esté permitido de acuerdo a la legislación interna y; que las disposiciones de derecho interno que autorizan la injerencia en la vida privada reflejen los principios del estado de derecho y que -ellas mismas- muestren respeto por la vida privada. Como resulta fácil de advertir, esta segunda dimensión de la exigencia de legalidad constituye un test muchísimo más difícil de soportar y que no se cumple por el solo hecho de establecer en una norma jurídica, una restricción a los derechos.

Otro requisito para que una injerencia en la vida privada y sexual se encuentre justificada, reside en la necesidad de que la intromisión establecida por ley tenga como objeto o fin, alguno de los motivos que los propios instrumentos reconocen como aceptados para imponer restricciones permanentes a los derechos. De manera expresa, sólo el Convenio Europeo señala motivos que justifican una injerencia

en la vida privada y familiar: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los demás. En el caso de la Convención Americana, la Comisión –a propósito de la denuncia presentada por la Sra. X y su hija Y debido a la obligación de pasar por revisiones vaginales en el recinto penitenciario en el que se encontraba el marido y padre respectivo de las denunciadas con anterioridad a su visita - ha señalado que, dado que el texto expreso del artículo 11° de la Convención, no establece restricciones explícitas al goce del derecho a la vida privada, no procede examinar la legitimidad de la imposición de restricciones de tal derecho dentro del marco del artículo 30 que define el alcance general de las restricciones a la Convención, sino que debe referirse al marco del artículo 32.2 que reconoce la existencia de limitaciones a los derechos personales en virtud de los derechos de los demás, de la seguridad de todos y de las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. De esta manera, el análisis de una injerencia a la vida privada pasa por determinar que ha de entenderse por “interferencia arbitraria” (o injerencia arbitraria en el Pacto) cuestión que requiere de un estricto control de la legalidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada por el Estado para restringir la vida privada y sexual de los individuos en el contexto de sociedades democráticas⁶. Un análisis similar ha seguido el Comité de Derechos Humanos con relación a la frase “interferencia arbitraria” y a propósito de las denuncias por la existencia del delito de sodomía.

De los requisitos hasta aquí planteados, resulta muy poco probable que el Estado de Chile pueda estar cumpliendo estos estándares, a lo menos respecto de la actual formulación del artículo 365 del Código Penal (que establece el delito de sodomía). ¿Qué razones fuertes puede dar el Estado para no

considerar como arbitraria una injerencia en la vida privada y sexual de los homosexuales? Si se trata de la moral ¿Cómo justifica que sean los propios jueces los que no procesen en la actualidad por este delito, demostrando así que no se considera a esta norma como fundamental para proteger la moral en Chile? Si se trata de los derechos de los demás ¿Cómo explica de qué manera la conducta privada de dos mayores de edad afecta directamente los derechos de terceros? Si se pretende observar cierta proporcionalidad entre la medida adoptada y el fin perseguido ¿Demuestra la tipificación de conductas homosexuales en privado ser efectiva para lograr que se proteja la moral en Chile? ¿No existen medidas menos gravosas para una minoría sexual que permitan respetar la moral de los demás? Es cierto que es el propio Derecho Internacional el que da un margen de apreciación a los Estados particularmente amplio tratándose de cuestiones morales⁷, sin embargo tal defensa en favor del Estado no lo excluye de la supervisión internacional ni de la necesidad de incorporar una interpretación sobre la privacidad de los chilenos que reconozca y acepte los cambios culturales experimentados por nuestra sociedad y las nuevas exigencias derivadas de los sistemas democráticos estructurados sobre la base del respeto por las minorías y de la libertad personal.

Finalmente, pretenderé desarrollar algunas consideraciones con relación a la siguiente pregunta: ¿Comprende el respeto por la vida privada el cumplimiento de obligaciones positivas por parte del Estado o éste sólo debe abstenerse de interferir arbitrariamente en ella?

La Jurisprudencia del sistema interamericano, a propósito de la obligación general de garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana, ha entendido que un efectivo cumplimiento de tal obligación supone no sólo la obligación negativa de no violar los derechos (respeto), sino que requiere de la adopción positiva de medidas de toda índole

que sean capaces de asegurar, en la práctica, el pleno goce y ejercicio de los mismos.⁸ Por su parte, la jurisprudencia del sistema europeo se ha referido a esta cuestión de manera específica con relación al derecho a la privacidad consagrado en el artículo 8° del Convenio Europeo. La Corte Europea ha establecido que este artículo impone no sólo una obligación de no-injerencia arbitraria en la vida privada, sino que a esta obligación de tipo negativa pueden añadirse obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar.⁹ Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Europea se ha mostrado cautelosa y ciertamente menos progresista que la Comisión Europea al determinar que conductas positivas específicas deben adoptar los Estados para cumplir con el artículo 8°. Por ejemplo, con ocasión de denuncias presentadas por ciudadanos transexuales que reclamaban que sus respectivos estados debían reformar sus sistemas registrales (en especial de nacimiento) con el objeto de que en ellos figurasen sus sexualidades adquiridas y no aquellas con la que habían nacido, la Corte desestimó la opinión de la Comisión en el sentido de que tal situación significaba una violación al artículo 8° y que la forma de hacer efectiva la garantía de tal derecho pudiera llegar a modificar el sistema de registros internos, generando problemas de hechos que se suscitasen, por ejemplo, en el derecho de familia y de sucesiones.¹⁰ Si bien con posterioridad la Corte ha sostenido que del análisis del adecuado balance que debe realizar entre el interés particular de la víctima y del interés general, no existen razones justificatorias para someter a la denunciante a la angustiante situación de hacer públicos a terceros antecedentes personales de su vida sexual y por tanto si se viola el artículo 8°, el Tribunal Europeo ha dejado que sea el propio Estado el que determine que medio debe emplear para resolver tal infracción.¹¹

De esta manera, si de la correcta interpretación del cumplimiento del derecho a respeto por la vida privada y sexual

surgen para los estados obligaciones positivas para hacer pleno su ejercicio y goce ¿Qué medidas específicas entienden cumplida tal exigencia? Es evidente que este análisis debe ser efectuado caso a caso, pero me pregunto si aquellos transexuales que, por razones económicas, ven frustrada la posibilidad de acceder a una operación quirúrgica con el objeto de poder resolver una situación de tremenda angustia y de enormes efectos en su personalidad, no podrán reclamar asistencia gratuita del servicio público de salud con el objeto de que sea el Estado –a través de esta conducta positiva- quien cumpla con su deber de respeto y garantía por la vida privada y sexual. ¿No tendrán derecho las lesbianas y homosexuales a requerir de parte del Estado un estatuto jurídico que no sólo no los castigue por sus preferencias sexuales sino que, además, garantice su pleno desarrollo a través del reconocimiento de un estatuto matrimonial que reconozca y proteja su vida sexual? ¿Tendremos derecho -con el debido resguardo de los derechos de los menores- a no sólo exigir que el Estado no prohíba la pornografía y la prostitución, sino a que establezca un estatuto jurídico que permita acceder a ellas en forma legal? Sin lugar a dudas, decir que tengo derecho a la privacidad no sólo significa decir que tengo derecho a que no abran mis cartas de amor.

¹ Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights (CCPR Commentary)*, pp. 294-298, N.P. Engel, Publisher, Kohl, Strasbourg, Arlington.

² Para un análisis detenido de la jurisprudencia europea en relación al artículo 8.1 y 8.2, ver P. Van Dijk C.J.H van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, pp.368-397, Kluwer Law and Taxation Publishers, The Netherlands, 1990, Council of Europe, *Digest of Strasbourg Case-Law relating to the European Convention on Human Rights, Supplement Volume 3 (Articles 7-12)*, Carl Heymanns-Verlag KG Köln, Berlin, Bonn, München, 1994.

³ La Comisión Interamericana ha seguido la posición de la Corte Europea respecto de los casos de delitos de violación en los que se ha entendido que tal acción delictual afecta la integridad física y moral de una persona, y por tanto, su vida sexual y privada. Ver *Caso Raquel Martín de Mejía*, págs. 200-201, N° 10.970, Informe 5/96, Perú, en "Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995", en relación al *Caso X e Y*, Sentencia de 26 de marzo de 1985, Corte Europea de Derechos Humanos.

⁴ 22 de Octubre 1981, *Caso Dudgeon*, párrs. 40-41, Publ. Court A, Vol. 45, pp.18-19; 26 de Octubre 1988, *Caso Norris*, párr. 38, Publ. Court A, Vol. 142, pp. 17-18.

⁵ 4 de Abril 1994, *Caso Toonen*, párr. 8.2, CCFR/C/D/488/1992, Español, p. 12.

⁶ *Caso X e Y*, párrs. 54-94, N° 10.506, Informe N° 38/96, Argentina, en "Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996".

⁷ *Caso Handyside*, Sentencia de 7 de Diciembre de 1976, Publ. Court A, Vol. 24, párr. 48, p. 22.

⁸ Ver *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 166-168, Serie C: Resoluciones y Sentencias, N°4, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹ *Caso Airey*, Sentencia de 9 de octubre de 1979, Publ. Court A, Vol. 32, p. 32.

¹⁰ *Caso Rees*, Sentencia de 17 de octubre de 1986, Publ. Court A, Vol. 106, párrs. 16-19; *Caso Cossey*, Sentencia de 27 de septiembre de 1990, Publ. Court A, Vol. 184, párrs. 36-42.

¹¹ *Caso B. v. Franco*, Sentencia de 25 de marzo de 1992, Publ. Court A, Vol. 232, párrs. 43-63.