

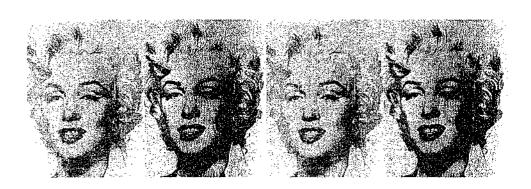
CAPLOS PEÑA GONZÁLEZ

Decano Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Profesor de Filosofía del Derecho y Dececho Civil

Editorial

A la puerta de la ley





En uno de los varios reportajes que escribió para Vanity Fair, el espléndido Truman Capole trazó un retrato profundo, y a la vez leve, de Marilyn Monroe, una de las figuras que trasunta, con la exageración a veces de una caricatora, la suma de rasgos que la cultura fácil de los medios suele adosar a lo femenino. En ese bosquejo, pintado con la prosa ágil de Capote, Marilyn, en un momento de sinceridad casi íntima, expresa que la gente no es capaz de entender lo que a una mujer puede pasarle sin que medie su auténtico consentimiento, sin su consentimiento interior. A su turno, en otro texto, distinto, y va no leve, Ibsen -sino recuerdo mal en Casa de Muñecas- hace decir a Nora que ella puede hacer todo lo que quiera, porque sólo quiere hacer aquello que debe hacer, ¿Qué tienen en común estos dos personajes, uno retratado en la prosa límpida de una revista de vanidades y la otra en la más densa de la dramaturgia?. ¿Qué tienen en común entre sí, desde luego, estos personajes del cine y de la dramaturgia, con las mujeres de la vida real?.

Creo que es posible sugerir la idea que ambos personajes trasuntan una condición casí sigilosa de lo femenino. Esa condición, como digo casi sigilosa, consistiría en su permanente anulación como sujetos, como entes dueños de su vida y capaces de discernir el tipo de vida que quieren llevar y cómo llevaria. Lo que Capote e Ibsen ponen de manifiesto es, a mi juicio, que lo femenino aparece en nuestra cultura, en una medida relevante, como la negación de los ideales de autonomía que subyacen a la cultura política de la democraçia. La ausencia de consentimiento interior que acusa la figura superficial y trágica de Marilyn y la imposibilidad de querer lo que no debe, en suma, la imposibilidad de cometer auténtico pecado, que declara el personaje de Ibsen, parecen hallarse en contradicción con los ideales de sujeción a la propia voluntad que configuran el concepto de ciudadanía y que subyace a nuestras intuiciones morales y políticas más arraigadas. Ser siervo nada más que de sí mismo y tener el valor de servirse de la propia razón -esto es, los femas del liberalismo político que alguna vez proclamó Kant y que subyacen a nuestra noción de sujeto- aparecen desmentidos por esas dos figuras, en apariencia tan diversas, pero que, al cabo, parecen expresar la condición de sometimiento que lo femenino aún posee en nuestra época. No se trata, como a primera vista pudiéramos pensar, de un sometimiento puramente sociopolítico o económico - que lo hay, sin duda sino, lo que es peor y aún más grave, de un sometimiento más clandestino y más profundo: el sometimiento interior que sugiere Marilyn, la imposibilidad de querer lo que no es debido que acusa el personaje de Casa de Muñecas.

Un sin número de mujeres, experimentaron, y experimentan, también, sin duda, ese sometimiento. Sus vidas, lo que les ha ocurrido, constituyen una muestra de la manera en que las instituciones tienden a hacer oídos sordos a aspectos de la vida humana y de la condición femenina, que acaban transgrediendo la condición de sujetos que está a la base de nuestra imaginación política y jurídica. Porque, como ustedes

comprenden, si el estado reclama títulos para reprochar las conductas que ejecutamos, es porque supone que esas conductas han sido causadas por una decisión libremente adoptada, por un acto de voluntad cuya explicación, finalmente, reside en nosotros, en los seres autónomos que somos. Porque, en una medida relevante, somos capaces de autodeterminar nuestro actuar, por eso, y no por otra razón, somos responsables ante los demás y ante nosotros mismos de lo que hacemos. Pero ¿qué decir si -como suele ocurrir- la conducta de alguien se debe no a su decisión genuina, sino a ese sometimiento interior de que hablaba Marilyn?, ¿Qué ocurre cuándo, como le ocurre al personaje de Ibsen, podemos hacer cualquier cosa porque sólo queremos hacer aquello que debemos?. Parece evidente que, en una situación como esa, se hace necesario prestar atención a los aspectos, diríamos, disposicionales y no estrictamente voluntarios, del obrar y, en atención a ellos, disminuir el juició de reptoche. Todo eso, claro está, es posible desde el punto de vista de las reglas legales y los abogados solemos manejar un sofisticado equipo conceptual que permite persuadir a los jueces de que eso no sólo es posible, sino, también legítimo. Pero para alcanzar eso se requiere algo que no es fácil en una cultura como la nuestra, tan renuente al debate público y además tan complaciente consigo misma. Se requiere comprender que aquello que aparece provisto de la naturalidad sencilla de la respiración -la distribución de roles adosados al sexo- está lejos de poseer la inmutabilidad que Aristóteles creía ver en el girar de las estrellas, sino que depende, en una medida relevante, de nuestra voluntad, de nuestra práctica pública y política y que, por lo mismo, no somos inocentes respecto de la figura de Marilyn y que, por eso, la pregunta respecto de quién la mató -una pregunta que hacía resonar hace algunos años un grupo musical- sigue teniendo sentido político, sigue teniendo sentido cultural y sentido público.

Una lectura desapasionada de algunos de los casos que recoge el libro "Actas del Primer Tribunal de Derechos de la Mujer Chilena" - como así ocurrio en el caso de Juana Candia - revela hasta qué punto una cultura inconciente de sí misma e incapaz de tomar distancia frente a sus propios prejuicios, puede acabar dictaminando que hubo una conducta criminal allí donde no existió más que un acto de defensa. El juez que falló ese caso, logró escribir en su sentencia, una pieza que, sino fuera por lo dramático, deberíamos agradecerle: expuso, con la precisión de un ejemplo inventado, de qué manera los prejuicios de género pueden acabar en una interpretación de la ley torpe e insensata, que obligó a Juana Candia a solicitar indulgencia allí donde debió recibir un acto imparcial de justicia.

La situación de Juana y de cada una de las mujeres de que da cuenta el libro citado anteriormente, parece, entonces, casí un remedo de la parábola Ante la ley, que Kafka, luego de inventarla, incluyó más tarde en el proceso. Un hombre del campo, relata Kafka, pide entrar en la ley, pero el portero le impide la entrada. El hombre pregunta si es posible entrar. Es posible, responde el portero, pero ahora no. El hombre del

campo espera, entonces, durante años sentado al lado de la puerta, hasta que, agónico y viejo, dice al portero: «todos se esfuerzan por llegar a la ley ¿cómo es que en todos estos años nadie excepto yo ha pedido que le dejen entrar?. Nadie más podía tener acceso por aquí -responde el portero- pues esta entrada estaba destinada sólo para tí. Ahora me voy y la cierro». Dentro de las varias interpretaciones que admite ese relato, a la vez, enigmático y magistral, hay una que refleja la situación que experimentan diversas mujeres en la vida real: eflas, como el personaje de Kafka, son personas del campo, expresión hebrea usada por Kafka que designa a quienes no son habitantes de Jerusalen y que, por esa razón, no manejan la teología oficial, el lenguaje del poder. Como le ocurrió ai personaje de Kafka, el lenguaje de la ley suele no ser el lenguaje de estas mujeres. es un lenguaje que padecen, pero que no usan. Como el personaje de Kafka, también, descubren de pronto que las puertas de la ley y el portero que las vigila y que regula la entrada no es el mismo para todos y que la igualdad ante la ley. suele desvanecerse cuando uno está ante su puerta. Como la puerta de Kafka, la ley que subyace al estado moderno, con sus promesas de igualdad de derechos para todos, se erige sobre una noción de ciudadanía restringida o, lo que es lo mismo, sobre una noción de sujeto que no alcanza a todos quienes pertenecen a la clase de los seres humanos. La ley del estado moderno -como la puerta que Kafka imaginó- ha solido equivaler a un pacto de exclusión que se ha instalado progresivamente en nuestro lenguaje, en nuestras formas de interactuar y en el conjunto de nuestras decisiones políticas cotidianas, ayudándonos a definir unitateralmente a los excluídos: a la mujer como madre, por ejemplo, o a los niños como menores, es decir, como sujetos incompletos. «Estaentrada, dice el portero al hombre del campo era sólo para tí, estaba hecha a tu medida. Ahora me voy y la cierro».

«Ahora me voy y la cierro», así dice el portero; pero, recuérdese que antes, cuando el hombre comparece por vez primera ante la puerta de la ley, el portero no le negó definitivamente la entrada. El portero dijo al hombre del campo que era posible entrar, pero -agregó- ahora no. Se trata de una ambivalencia que las minorías suelen también padecer enfrente de la ley. La ley niega, es cierto, pero también ofrece; se mantiene allí, como la puerta que imaginó Kafka, esperando que alguien la habra, pero negándose, al mismo tiempo, a ser definitivamente abierta. Se trata, claro está, de la ambivalencia de la ley y del conjunto de las instituciones, se trata, a fin de cuentas, de la ambivalencia del poder.

¿Se abrirá alguna vez la puerta para que el hombre del campo, los hombres y las mujeres, las minorías, en suma, ingresen, por fin, a ese espacio que, según imaginó Kafka, poseía un resplandor inextinguible?. No es posible saberlo, desde luego, pero libros como el que ahora presentamos nos permiten no olvidar que hay una puerta y que existe al menos un camino inútil, un camino bloqueado que no hay que transitar: el del hombre del campo que cuando la entrada le fue negada, se sentó, simplemente a esperar.



JORGE CORREA SUTIE

Abogado, LLM.
Yale Law School;
Profesor de Introducción
al Derocho e Investigador
de la Facultad de Derecho
de la Universidad
Diego Portales.

La igualdad, como la libertad, constituye uno de aquellos conceptos que los juristas suelen emplear como pilares en su empeño de explicar y representarse, de manera sistemática, los órdenes jurídicos modernos y someter a examen de legitimidad a las normas e instituciones que constituyen el andantiaje de los sistemas legales contemporáneos.

Al igual que lo que sucede con muchos otros de estos conceptos, que sirven de base a los discursos justificativos de las normas, el principio de igualdad suele ser consagrado en los textos de derecho positivo con dos características que interesa ahora destacar. Estas son el modo genérico y abierto conque se alude a él y el carácter más descriptivo que prescriptivo con que los textos legales suelen recepcionarlo.

La Constitución chilena es un buen ejemplo de aquella forma de consagración: "Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos", constituye el encabezado de nuestra Carta Fundamental. Luego, en el numeral 2º del artículo 19, la Constitución "asegura a todas las personas: la igualdad ante la ley", agregándose que "en Chile no hay persona ni grupo privilegiado". Destaco en estas citas los dos caracteres que quiero subrayar. Por una parte, las normas transcritas no entregan definición conceptual alguna de aquello que ha de entenderse por la igualdad que consagran; por la otra, debe notarse el carácter descriptivo de ambos preceptos. La Constitución no ocupa el lenguaje deóntico de obligar, prohibir o permitir conductas determinadas, sino que describe o relata que en Chile los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que no hay persona ni grupo privilegiado, quedándoles asegurada la igualdad ante la ley.

Esta forma tan genérica y abstracta de consagrar la igualdad y el lenguaje más descriptivo que prescriptivo de los textos legales, caracteres que -como ya anoté- este principio comparte con muchos otros a la hora de su consagración en los textos positivos, expresa lo que, a mi juício, constituyen dos

desafíos para quienes se ocupan del derecho y, con la actividad que despliegan al crearlo, aplicarlo o investigarlo y enseñarlo, le van moldeando de manera incesante. Me refiero a los desafíos que enfrentamos todos de contribuir a la definición del principio de igualdad y, conjuntamente, de fijar la potencialidad y límites de las normas jurídicas para alcanzar este ideal de toda sociedad moderna.

¿Qué es lo que el derecho puede asegurar en materia de igualdad? ¿Cuáles son sus aptitudes y sus límites en esta materia? ¿Qué podemos y qué no debemos esperar de este particular instrumento al que llamamos derecho para alcanzar la igualdad? Ese es uno de los grandes desafíos que hacen interesante el ejercicio de la profesión jurídica. La pregunta no solo puede y debe plantearse en el nivel especulativo de la filosofía del derecho. La posibilidad de invocar los preceptos constitucionales y las muchas normas que consagran el principio en tratados internacionales ratificados por Chile permiten al jurista práctico participar decididamente en la forma en que una comunidad jurídica responde a las preguntas anteriores y construye un orden jurídico que obliga y prohibe conductas específicas según ellas favorezcan o atenten en contra del principio de igualdad. En otras palabras, estamos todos llamados a contribuir a modelar la relación particular que habrá de haber entre igualdad y derecho en el transcurso de nuestro quehacer profesional.

En esta atractiva tarea, uno de los desafíos más delicados consiste en fijar, frente a casos específicos, lo que la igualdad exige; esto es, las conductas que efectiva y precisamente deben ser calificadas de indebidas en virtud de atentar en contra del mismo.

Naturalmente que cada época ha ido dando a este concepto significados o contenidos diversos, constituyéndolo en un ideal programático y en una prescripción eficaz de significados distintos.

IGUALDAD YDERECHO

¿Qué Pueden Garantizar las Normas Jurídicas?

Demás estaría extenderse en recordar como, a partir de los ideales de la ilustración, la igualdad se constituye fundamentalmente en un instrumento de la burguesía para suprimir los privilegios de los nobles e igualar a ellos su condición, suprimiendo privilegios políticos, bajo el principio democrático de un hombre un voto y la garantía de que, tanto el contenido de las normas que consagraban derechos civiles y sancionaban penalmente conductas, así como su ejercicio y aplicación, debían ser igualitarios. La historia de las batallas por incluir nuevos grupos en el ejercicio de los derechos civiles y políticos está aún fresca para olvidarla. Es sorprendentemente reciente la conquista del derecho a voto de la mujer y la batalla por suprimir actos de exclusión de grupos étnicos del goce de las libertades más básicas y del ejercicio de derechos elementales.

De esta línea de lucha quedan aún vigentes problemas que los sistemas jurídicos deben resolver hoy; entre ellos, si el principio de igualdad exige, tolera o repudia políticas que tiendan a favorecer con privilegios a los grupos históricamente discriminados.

En el segundo tercio del presente siglo adquieren fuerza aquellos que intentan revestir el ideal y la prescripción de la igualdad con contenido económico y social. El viejo ideal es acusado de igualdad formal y la batalla es por lograr una más igualitaria distribución del "producto social". Ya no basta con garantizar a todos la libertad de vivir en un palacio o bajo los puentes, como se ironiza en la época, sino en invocar el principio para lograr garantizar a todos el mínimo para una vida digna y la posibilidad igualitaria de progresar.

De esta batalla quedan también principios ya generalmente asentados en la cultura contemporánea, como son la obligación jurídica de no discriminar en la distribución de los beneficios sociales. La aceptación cultural de estos principios esta lejos, sin embrago, de garantizar su vigencia; planteando al jurista de hoy la tarea de procurar poner fin a las múltiples ptácticas discriminatorias en los empleos y otros desafíos en que lo jurídico juega un rol diverso, aunque no despreciable, como son los de asegurar condiciones de acceso a la vivienda, salud y educación a todos los habitantes. En esta materia también resulta complejo y desafiante determinar que es exactamente lo que el sistema jurídico puede exigir a las políticas públicas. Una serie de casos recientes en que se ejerce el recurso de protección para invalidar o modificar tales políticas demuestra la actualidad de este debate.

Por último, cabe registrar una tendencia más reciente que, heredera y vinculada a las anteriores, presenta ciertos caracteres propios. Esta se sitúa más propiamente en el plano cultural y dice relación con la aceptación de la diversidad que ha fomentado el desarrollo capitalista moderno. Quienes así abogan, se enfrentan a fuerzas conservadoras e invocan la igualdad para reforzar sus pretensiones de libertad. Reclaman su derecho a perseguir su propio concepto de felicidad y a llevar a cabo un estilo de vída que entra en pugna con las valoraciones dominantes o las de minorías conservadoras o con intereses económicos o de otro tipo de algún sector que se siente afectado e intenta impedir tales prácticas.

Este tipo de conflictos, entre los que se incluyen aquellos de que trata este numero de la revista, han llegado de lleno a nuestros Tribunales de Justicia. Así, las Cortes de Apelaciones y la Suprema se han visto enfrentados a resolver si atenta o no en contra del ordenamiento jurídico y en contra del principio de igualdad la práctica de establecimientos educacionales que excluyen a niñas embarazadas o a alumnos con el pelo largo; si los chilenos podemos o no ver una determinada película o si alguien puede invocar sus creencias para liberarse del servicio militar. Estos conflictos, nuevísimos para nuestros jucces, han provocado no poca incomodidad entre ellos. Resolverlos requiere de un tipo de aproximación,

argumentos y sensibilidad que no forman parte de nuestra cultura jurídica. Empezar a hablar de estos temas de un modo no solo reactivo a tal o cual fallo constituye un desafío y una responsabilidad para nuestra Facultad de Derecho.

Este número de la revista se inscribe entonces en una larga tradición: la de dar nuevas y sucesivas formas a un principio abierto enya consagración legal abierta y descriptiva tolera una sana evolución y plantea análisis y polémicas nuevas que nuestra comunidad jurídica necesita debatir más allá del legítimo pero insuficiente plano de la crítica a fallos determinados.



GASTÓN GÓMEZ BERNALES

Abagado, Profesor de

Derecho Constitucional y

Director del Centro de

Investigaciones de

la Facultad de Derecho

Universidad

Diego Portales.

Constitución, Derechos y libertad Sexual

La idea de que la Constitución no es puramente un texto formal -producto de la voluntad de un poder circunstancial- que define un conjunto limitado y literal de derechos fundamentales es clave para entender porqué algunos temas relacionados con la libertad sexual encuentran sustento en ella. Algunos autores piensan que la Constitución debe ser leída o interpretada como un acto de voluntad por medio del cual autoritativamente quedamos sujetos a las valoraciones e ideas de quienes dictaron o elaboraron ese acto. La constitución se nos impondría generacionalmente como un texto integro, esculpido de una vez y para siempre, al cual debemos leattad y obediencia al mismo modo que santificamos las tradiciones, como dice E. Burke. De ser dominante esta concepción de la constitución, algunos temas relacionados con la libertad sexual (pomografía, homosexualidad y lesbianismo, acceso a técnicas de reproducción, anticoncepción y otros) no tienen solución ni respuesta en el ámbito constitucional, ya que el texto formal de la carta es bastante escucto -y también pobre- en la consagración de derechos fundamentales y la «historia» de su gestación poco o nada nos aporta sobre este punto. Si la constitución fuese ese cuero tieso que pretenden algunos, buena parte de la práctica constitucional en algunos sistemas políticos de Europa y América sería sencillamente inexplicable porque en esos sistemas se ha desarrollado, por el contrario, una práctica argumentativa de la constitución fundamentalmente debida a jurisdicciones constitucionales bien situadas y vigorosas-garantista y consciente de su función política y social. La constitución es bastante más que ese texto frío y lejano que algunos nos quieren hacer creer; una norma cerrada, fija y anciada en el pasado. Con un contenido ius fundamental general, la constitución normalmente se presenta relativamente abierta, susceptible de debate, y ello, inevitablemente, nos permite advertir que las opciones que individual o institucionalmente se tomen ante esa textura material abierta de la Carta son inescindibles de las distintas concepciones de lo justo y de lo bueno que se posean. Por clio, todo debate sobre derechos fundamentales exige honestidad para presentar los argumentos y las razones en que éstos se sustentan (algoque muchos rehuyen ocultándose tras una dogmática chata o en un supuesto carácter claro y absoluto del texto constitucional). Impulsar el carácter normativo de la constitución no quiere decir cerrar su inevitable contenido argumentativo, su textura material abierta al pluralismo y el debate.

Esta amplitud que admite la carta constitucional pudiera presentarse como debilidad o inseguridad. Por el contrario, ahí reside justamente su fortaleza, su capacidad de contribuir a la legitimidad, como diremos, del sistema político y al mismo tiempo anidar, e impulsar la modificación, la desestabilización de todo aquello que es incompatible con ella. En este sentido, la constitución es una regla básica para el cambio.

Por lo anterior, para abordar el tema de la libertad sexual en la constitución me parece importante comenzar

tratando la idea de «derechos fundamentales» y lo que ella presupone medularmente. Esta idea pertenece a una larga tradición política y moral cuyo afán se centra en asegurar una esfera de autonomía de los individuos frente al poder, una esfera sobre la cual «los demás» nada tienen que decir. Son «momentos de incondicionalidad», como piensa Habermas, que se le reconocen al individuo frente al poder. Descansa esta tradición, en la idea de que la constitución (u otra regla que cumpla similar función) o la idea de derechos, reconocen y aseguran una esfera individual de identidad, un espacio de intimidad, de sensibilidad y afecto que el sujeto construye y dirige, soportando, si fuere el caso, las consecuencias de sus actos. Pienso que no es posible entender el surgimiento de la constitución ni el afianzamiento de la idea de «derechos» en nuestra cultura jurídica y política sin advertir que ambas concepciones han resultado elementales -y al parecer seguirán siéndolo- para posibilitar una convivencia en la que existen muy diversos planes y propósitos de vida. Ello, en consecuencia, es decisivo para el funcionamiento sensato y tolerable de la política mayoritaria -en su «espacio propio»-, y del ejercicio de un poder legítimo. Esta «tradición», en sistemas políticos y sociales en expansión y con vigorosa complejidad, ha resultado clave para la legitimidad de los estados y gobiernos. En este sentido, la idea de derechos y su consagración en un texto constitucional -lo que reduce la complejidad de situaciones y expectativas diversasatribuye al individuo «un haz de posiciones» -como piensa Alexy- para reclamar derecho a algo, una libertad o ciertas estabilidades o ejercicios de competencias en un contexto institucional eficaz.

Así entendida, la idea de autonomía cristaliza en la constitución como enunciado general y como derecho fundamental con el reconocimiento y la seguridad -por razones profundas relativas a la estabilidad y legitimidad del «pacto social»- de que los individuos han de poder conducir y ser titulares de sus vidas, como una cuestión que va más allá incluyéndola- de la mera conservación biológica de la existencia, de su integridad física. Por lo mismo, los individuos han de poder influir o decidir los factores centrales que configuran esa titularidad, entre los cuales se encuentra la sexualidad. Ello supone -de otro modo sería imposible tal titularidad- la inmunidad suficiente, el espacio necesario, insoslavable, propio, donde se tejen y adoptan las decisiones más intimas y propias del sujeto y que constituye a la vida como algo digno de ser vivida. Es cierto que muchas cosas de la existencia nos vienen impuestas, pero otras no se nos imponen sino que podemos incidir o resolver sobre ellas pues dependen de cada cual incluso la de renunciar a la conducción o a la vida misma.

En una sociedad justa cada uno debe estar en posición de poder decidir o elegir la forma de vida que más le convenga o convenza. El reconocimiento constitucional de un espacio vital, de una esfera donde configuramos íntimamente nuestras decisiones, donde no se inmiscuya indebidamente el poder

político -entre estos, en los temas más cercanos a la sexualidad- es básicamente lo que se consagra constitucionalmente en ciertos principios básicos de la carta. La constitución -aldefinir el bien común, art. 1º- asegura -como valor constitucional- que las políticas legislativas que impulsa un estado, la colectividad, jamás pueden adoptarse e impulsarse sino con pleno respeto de los derechos fundamentales, esto es, las políticas sociales, culturales y económicas no pueden constitucionalmente justificarse de modo agregativo democráticamente, por ejemplo- sino que reclaman para su legifimidad un test más estricto; un test que tome en cuenta y respete al individuo y su autonomía y derechos. Es lo que la constitución denomina no sin cierta levedad, persona. Por ello, es que los derechos a la vida y a la privacidad -incluida la idea de intimidad- aparecen como los instrumentos institucionales correctos para reclamar la tutela efectiva de esos espacios.

Pienso que una noción de autonomía como la indicada -y de arreglos institucionales, constitución y derechos, que la aseguren- debe poder ser defendida independiente de consideraciones agregativas. Creo que hay buenas razones para creer que ello es posible. Una concepción de la autonomía y de los derechos como la que hemos someramente enunciado, debe poder ser defendida -aspirar a convertirse en pública- en virtud del valor intrínseco que esta esfera de autonomía tiene en sí misma para todos los individuos, e independiente de los arreglos específicos, de las decisiones puntuales que cada sujeto adopte con arreglo a esa esfera o de si, disminuyendo los niveles libertad a algunos individuos, minimizamos socialmente determinados bienes públicos (como la decencia, la seguridad, la familia u otros). Ello no impide, como es obvio, sostener determinadas limitaciones amparadas en la lesión de otros derechos igualmente valiosos. La decisión de garantizar una esfera de autonomía es valiosa por si misma -ya hemos dicho que es básica para la legitimidad del sistema político y socialindependiente de sí, al restringirla obtenemos índice más altos o más grandes de satisfacción para mayorías determinadas, o incrementamos los niveles correctos de autopercepción social, o aumentamos la virtuosidad de los ciudadanos o su complacencia. Para cualquier individuo, que actué con un mínimo de imparcialidad, el organizar su propia vida y los factores centrales de su personalidad, su familia, su sexualidad (obviamente, ello supone el libre consentimiento y dejar a salvoel daño a terceros) configurar sus propios objetivos y medios para alcanzarlos, en suma, para buscar la felicidad, resulta un valor en si mismo que difícil y sensatamente puede desconocer (como dice, Nagel). Es cierto que algunos pueden en un gesto de irracionalidad o de entrega sacrificar estos aspectos, subordinando incluso con entusiasmo y alegría, tal autonomía a terceros, pero ello inevitablemente no es compatible con la convivencia en una sociedad mínimamente bien organizada.



MARÍA INÉS HORVITZ LENNON

Abogada, Doctora en
Derecho Penal de la
Universidad Autónoma
de Barcelona,
Profesora de Derecho
Penal de la Facultad de
Derecho de la Universidad
Diego Portales.

Delitos

libertad personal

sexuales

y protección de la moral

¹En el sontido apuntado por Silva Sánch**ez.** Aproximación al derecho penal contemporánco, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 275 y ss.

*Función que permite suber qué se está protegiendo con un determinado precepto penal, para conocer y posibilitar la critica de esa protección. Vid. Bustos (!) "Política criminal c injusto" en Bases criticas de un nuevo derecho penal, Temis, Bogotá, 1982, pp. 65 y ss., p. 73.

³Vid. Larrauri, É. (comp.) Mujeres, derecho penal y criminologia, siglo XXI, Madrid, 1994, possim.

⁴¹Libertud y pornografia" en Revista Derecho y Humanidades, Escuela do Derecho, Universidad de Chila, Vol. 2 № 3 y 4, 1993, pp. 169 y ss.

*Expresa las ideas de Catherine Mackinnon, que pueden examinarse en "Hacia una teoría feminista del derocho", en Revista de Derocho y Humanidados, cit., pp. 155 y ss. (Dworkin, cit., p. 171-172)

"Asi, por ejemplo, la definición de cieras ideas (pornografía) como "ideas que imponen el silencio", tesis do Frank Michelman, "Conception of democrecy in american constitutional argument: the case of pornography regulation", en Dworkin, cit. p. 177, nota 7.

⁷Y esto no sólo respecto de los delitos sexuales. Piénsese en la causal de exonción de responsabilidad criminal que favorecía al marido que sorprendía en flagrante adulterio a su cónyugo y matoba, heria o maltrataba a ella y a su cómplice, existente hasta 1953 en nuestro ordenamiento jurídico, o en las diferencias habidos entre los tipos penales de adulterio y amanochumiento, delitos derogados en 1994 después de un acalora do y anda pacífico debate parlimentario. Los tipos penales aun vigentes reflejan las concepciones culturales masculinos sobre la mujer y ponen su énfasis en el honor y reputación de las mujeres según su conducta sexual y, evidentemente, la discriminación no es sólo al nivel normativo: trabajos empíricos muestran cómo en la práctica se aplican mayores penas a la mujer parricida que al hombre que comete el mismo delito o cómo se evita la apreciación de una causal de justificación, paro la mujer que mutu al marido que probadamente la ba hecho victima reiterada de violencia doméstica, etc. (vid. Lerrauri, eit., pp. 93 y ss.).

Basta observar la rúbrica del Título VII del Libro II del Código Penal chileno para constatar del modo más evidente la contaminación moralizante de nuestro ordenamiento punitivo que aunque resultaba natural y posible para el legislador de fines del siglo XIX, resulta hoy inadmisible a la luz de los principios que deben regir la intervención punitiva del Estado en un sistema democrático. Si función del derecho penal es proteger los bienes jurídicos frente a los ataques más graves que los lesionan, entonces hay que preguntarse qué tiene que ver la pena estatal con la homosexualidad entre adultos, las ofensas al pudor y las buenas costumbres o la pornografía, que pueden ser conductas más o menos inmorales pero respecto de las cuales aparece claro que no tutelan bienes jurídicos penales⁴.

La eficacia limitadora del concepto de bien jurídico, su carácter de principio garantizador de carácter cognoscitivo2 se frustra ante entidades vagas, difusas, abstractas y que no aparecen como vitales para el desarrollo personal de los individuos dentro de la sociedad. Y está claro que lo que resulte moral, decoroso o conforme a las buenas costumbres dependerá de los que algunos (pocos o muchos) piensen sobre el tema que será diferente a los que otros (pocos o muchos) crean al respecto, y que estas divergencias no deben ser solucionadas por el sistema penal a menos que nos encontremos frente a auténticos bienes jurídicos. Menos aun cuando los estudios sociológicos realizados en este ámbito denuncian la falta de correlación que existe entre las normas morales que se dice acatar y los comportamientos que de hechos se realizan, poniendo en evidencia las funciones simbólicas del instrumento penal.3

Y por ello no resulta hoy sorprendente verificar cómo defensores de la libertad económica o política se oponen a las libertades que entran en conflicto con su concepción de la moralidad o las buenas costumbres. Así, por ejemplo, Dworkin⁴ ilustra la experiencia norteamericana en orden a promulgar una ley antipornográfica que resultaba incompatible con la libertad de expresión, la que se fundamentó verosímilmente en la idea que la pornografía niega la libertad positiva de las mujeres, su derecho a ser dueñas de modelar su imagen en la vida social y política a partir de fantasmas masculinos.⁵ Este tipo de argumentación como otras que se asientan en afecciones a la libertad negativa, como prohibición de realización⁶, muestran la enorme complejidad de salvar las diferencias en un Estado que se define democrático y pluralista: una acción inmoral no puede ser castigada en cuanto tal, si es que la tolerancia, la dignidad de las personas y el respeto por las ideas y actos ajenos que a nadie perjudican constituyen pilares fundamentales de la actuación del Estado.

Ahora bien, este discurso vale en la medida en que no se afecte un bien jurídico digno de protección penal, como es, por ejemplo, la libertad personal. Y es así como otros sistemas del derecho comparado eliminan las connotaciones moralizantes de los delitos sexuales configurándolos como atentados contra la libertad o la autodeterminación sexual. Mientras esto sucede, nuestro Código Penal sigue anciado en conceptos como "moralidad pública", "mujer de buena fama" o abusos "deshonestos" que siguen respondiendo al modelo de regulación de los delitos sexuales de la teología moral escolástica, teñido de intolerables estereotipos sobre comportanuento sexual debido e indebido y que incide, además, en una desigual distribución del honor y la reputación entre hombres y mujeres con el consecuente trato discriminatorio también a nivel punitivo.⁷

Un intento por mejorar esta situación consiste en un proyecto de reforma del Código Penal en materia de delitos sexuales, actualmente en tramitación en el Congreso.⁸ En el Mensaje del proyecto se hace alusión a ciertos datos sobre la violencia sexual en Chile⁹, de indudable valor criminológico,



que entre otras conclusiones establece, primero, que la cifra oscura de la criminalidad sexual fluctúa entre el 75% y el 95%; segundo, que un 71,5% de las víctimas de agresiones sexuales son menores de edad, correspondiendo un 7,3% a menores de 4 años, un 31% a menores de 9 años y un 57,3% a menores de 14 años; y finalmente, que en un 71% de los delitos, autor y víctima tienen vinculaciones de parentesco o amistad, siendo victimarios padres o parientes en un 30% de los casos. Ciertamente, estos datos nos muestran la gravedad del problema en Chile, especialmente trutándose de menores, y modifica la percepción generalizada de que el agresor sexual es un tercero ajeno a la víctima. Sin embargo, hay que tener claro que los problemas de violencia en contra de las mujeres y los niños no se resuelven con el derecho penal¹⁰; esta vía sólo produce la satisfacción de haber hecho algo (en los políticos) o la impresión de tener el problema bajo control (los ciudadanos). Lo que no implica renunciar a participar en los debates y en los procesos de reforma legal para mejorar la forma en que se plantea la protección penal de los comportamientos que afectan la libertad e indemnidad sexual.

Desde esta perspectiva el proyecto plantea importantes reparos pues se trata de una reforma parcial que no transforma radicalmente los conceptos y criterios de tipificación hoy vigentes sino que los hace más "presentables", y se inserta dentro de un cuerpo legal anacrónico, disparejo, que pone en evidencia los graves problemas sistemáticos que lo aquejan. Por tanto, si bien cambia completamente la fisonomía de los delitos sexuales, dentro de una crítica deslegitimante de la moral sexual como objeto de protección penal, se mantienen los principios estructurales que privilegian la significación sexual del acto por sobre el comportamiento atentatorio contra la libertad. Esta situación se produce en la medida que se transforma el abuso sexual en el núcleo típico de la mayor parte de los atentados sexuales, lo que plantea importantes incongruencias con la naturaleza del objeto de protección: si la libertad sexual no es más que una especificación de la libertad personal, nada pareciera justificar la existencia de una intensificación de la punibilidad o de la penalidad cuando la coerción o la privación de libertad tiene una significación de carácter sexual ¹³.

En fin, las tareas de un derecho penal auténticamente liberal están vinculadas a la permanente revisión y discusión crítica de los fundamentos de la punición, especialmente en un ámbito tan sensible a las concepciones socio-culturales imperantes en un momento histórico dado, teniendo siempre presente que la intervención punitiva estatal se encuentra estrictamente limitada por las esferas de libertad que otorga nuestra condición de sujetos con igual capacidad de discernimiento moral, de modo que aquélla sólo resulta legítima cuando se trata de la protección de bienes que el ser humano precisa para su desarrollo personal en sociedad, con respeto de su autonomía ética e incolumidad social.

*DESUC, La violencia sexual en Chile: dimensiones colectiva, cultural y política, Diciembre 1992. Las cifras se basan en 5.555 periajes del Servicio Médico Logal, efectuados entre 1987 y 1991, además de los antecedentes estadísticos proporcionados por Carabineros, por la Policia de Investigaciones y sus organismos especializados, como el Centro de Asistencia a las Victimas de Agresiones Sexuales (CAVAS), Poder Judicial y del Instituto Nacional de Estadisticas, etc.

¹⁰Sin embargo, so presencia permanentemente el fenómeno de "huide" hacia el derecho penal que pane en constante crisis el principio democrático-liberal de ultima rato de la intervención punitiva del Estado. Los problemas sociales que están en la base de la violencia doméstico (y la orra), como es de toda evidencio, muestran carencias materiales y deficiencias de socialización en determinados valores que la pena no hace más que siguilizar, especialmente cuando so dan en el seno de la familia.

"Sospechosa resulta la decisión politico-criminal, claramento llegitima, de mantener la sodomía consentida entra adultos como delito, to que resulta un absoluto contrasentido con los propósitos declarados de la reforma y con la constante crítica de la doctrina.

**Bascuñán Rodrígues (A) "Problemas básicos de los delitos sexuales", manuscrito mecanografiado, próxima publicación en Anuario de la Facultal de Derecho de la U. Austral de Chile, Valdivia.

¹¹Así, Buscañan unota que "conndo el objeto dol comportamiento si que es constreñida la victima es de naturaleza sexual, se penaliza una mayor variedad de formas de interacción, declarándose como "abuso punible" el empleo de medias comisivos que por regla general restan impunes", sin contar con que las penas asignadas a los delitos sexuales mús graves pueden sobrepasar en 10 años de duración el máximo de la pena privativa de libertad asignable al delita genérico de coerción. Sin embargo, puede objetuese a esta posición, al menos de lege luta, que la actual regulación de los stentados contro la libertad es altaracate insatisfactoria, especialmente tratándose de las amenazas y coacciones. Por otro ludo, resulta a mi juicio discutible la posición de este autor que atribuye mayor gravedod a la penetronión genital, "por consideraciones etiológicas", sobre otro tipo de penetraciones, como la anal o bucal, si vemos estas delitos estrictamante desde la perspectiva de atentados contra la libertad.



LIDIA CASAS BECERRA

B.A. Regional and Urban Development, Universidad de Saskatchewan, Canadá; Egresada de Derecho y Ayudanto do Invostigación de la Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

una mera formalidad del Derecho para las mujeres: 9

Me puedo contar entre aquellas personas que aprendió en las aulas de la Facultad que el principio de igualdad consagrado en nuestra Carta Fundamental, noción básica en la construcción de los derechos humanos, es equivalente o se mira como equivalente al principio de la no-discriminación. Es decir el Estado no debe hacer diferencias arbitrarias o privilegios especiales. A su vez este principio prescribe, en mi opinión, orientaciones en la formulación de políticas públicas, de tal forma de adoptar medidas para que todos los ciudadanos y ciudadanas estén en condiciones de igualdad. En conclusión, esta noción de que toda persona tiene igualdad de derechos, sin distinción de ninguna naturaleza, ha quedado como una mera declaración formal en lo que respecta a las mujeres (también podríamos incluir en esta situación a las minorías étnicas o sexuales).

La discriminación de género, es decir la exclusión o la no-igualdad de la mujer por ser mujer, es parte inherente de muchos cuerpos legales y reglamentarios en Chile, manteniendo y legitimando una práctica social que excluye a la mujer del ejercicio pleno de sus derechos como persona. De hecho, estimo que la discriminación contra la mujer — conceptualmente discriminación de género— no genera controversia ni mayor preocupación jurídica en nuestro medio, tampoco entre el movimiento más amplio de derechos humanos.

En Chile, el movimiento de mujeres —y en especial el movimiento feminista - ha sido el motor del cuestionamiento del orden jurídico imperante. La historia de las sufragistas y del movimiento de emancipación de la mujer chilena (MEMCH) bace varias décadas dio cuenta de una lucha por mejorar la condición de la mujer, tanto en aspectos sociales como jurídicos. Las feministas han cuestionado la "neutralidad axiológica de la norma", ya que ésta lleva imbuida ciertas concepciones sociates, culturales, morales e ideológicas sobre la familia, el rol del hombre y de la mujer en la sociedad. Se ha querido demostrar, a su vez, cómo las violaciones a los derechos humanos son afectadas en forma distinta por el género, es decir por la construcción social respecto de los roles de hombres y mujeres en la sociedad, y cómo muchas violaciones a esos derechos son invisibilizados. La discriminación pasa desapercibida al punto que la práctica común aparece como socialmente aceptable.

Sostengo que nuestro concepto e interpretación tradicional, que señala todas las personas somos iguales en derechos y obligaciones, a pesar de constituir un avance sólo han mantenido un orden social de subordinación de la mujer porque invisibilizan sus diferencias y necesidades de protección específica. De la misma forma la dictación de convenciones internacionales sobre derechos humanos, cuya base fundamental se sostiene sobre el principio de la nodiscriminación, no fue una respuesta efectiva para erradicar la discriminación, y por ello, se vio la necesidad de dictar instrumentos específicos.

Podemos pensar, como una norma tan fundamental como el derecho a la vida, contenido en numerosos tratados y declaraciones internacionales, ha tenido una restringida interpretación para abordar la realidad de las mujeres. Así por ejemplo, el derecho a la vida y a no ser sometidos a tratos



crueles, consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de San José de Costa Rica, y en nuestra Constitución, entre otros, no ha sido una herramienta eficaz para prevenir situaciones en que la vida de las mujeres requiere de una especial protección. La prohibición absoluta del aborto en Chile, incluso el terapéutico, es decir aquel que se realiza para salvaguardar la vida o la salud de la mujer, demuestra que el valor de la vida de la mujer tiene un tratamiento distinto, negándole la posibilidad cierta de gozar y ejercer su derecho a la vida, teniendo el Estado el deber de asegurar su integridad física y psíquica. Igualmente en otros países, el derecho a la vida y la integridad física no ha impedido la práctica masiva de mutilación genital femenina, la cual se asienta en una cultura que niega el placer sexual a la mujer.

Las mujeres debieron moverse desde la igualdad formal hacia la igualdad de facto, obligando a los Estados reconocer la existencia de diferencias entre los sexos, teniendo éstos la obligación de adoptar medidas para erradicar tal discriminación. Por ello, se han dictado instrumentos internacionales específicos para abordar la discriminación de género, cuya principal fuente es la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en 1979, y vigente en Chile desde 1989.

Algunos se preguntarán de qué discriminación se habla en Chite, pues los hombres y mujeres tenemos igualdad de derechos y obligaciones, según lo dispone la Constitución. Nada más para responder a estas suspicacias, es que cito algunos ejemplos: el artículo 1749 del Código Civil sobre la administración de la sociedad conyugal establece "El marido es el jefe de la sociedad conyugal ...". Esta norma no es cuestionada por inconstitucional, a la luz del texto de la Constitución de 1980 o de los tratados internacionales. Esta no fue parte de la reforma de 1989 que suprimió la incapacidad relativa de la mujer casada reinante por más de 150 años. La citada disposición tiene como fundamento la jefatura al interior de la familia, es decir establece una estructura jerárquica en la cual unos son jefes y otras subordinadas. En el mismo orden de cosas, el artículo 240 del Código Civil que otorga la patria potestad al padre, y a falta de éste, a la madre. Por otro lado, la antigua regla sobre abandono de hogar no hizo más que mantener un clima de violencia al interior de la familia cada vez que la mujer quiso dejar al marido maltratador.

En materia de libertad sexual de las mujeres, existe el concepto de buena o mala fama en el Código Penal para sancionar algunos delitos. Las reglas del adulterio en el Código Civil como el Penal, derogadas hace muy poco, sancionaban de una forma distinta la infidelidad femenina y masculina. Nadie cuestiona la norma del Código de-Precedimiento Penal que establece la acción penal se extingue en el delito de violación cuando el autor se casa con la ofendida. Recientemente un caso que impacto la opinión pública tiene como inicio la violación y el matrimonio. Juana Candia Donoso de 31 años a los 14 fue obligada por su familia a casarse con su violador para resolver el embarazo. En 1994 en defensa propia mató a su cónyuge y fue condenada a 10 años y un día. Juana fue indultada por el Presidente de la República en enero de este año.

Dejando atrás normas legales, podemos destacar algunas prácticas discriminatorias imperantes, tales como el hecho que los servicios públicos de salud requieran que el marido—incluso se ha interpretado extensivamente para incluir al conviviente— otorgue su consentimiento cuando la mujer desee esterilizarse. Algunos establecimientos educacionales, secundarios e incluso universitarios, sancionan y discriminan a mujeres jóvenes que han ofendido cierto concepto de moral sexual cuando se embarazan sin estar casadas. Ambas situaciones son claras transgresiones a normas internacionales sobre derechos humanos.

Insisto que las concepciones e interpretaciones tradicionales —entiéndase la forma en que se ha aplicado y entendido la igualdad en Chile¹ — no han servido, puesto que los operadores del sistema (abogados y jueces) reconocen que otros derechos tienen mejor resguardo que el principio de la igualdad o la no-discriminación cuando se trata de la mujer. Así en el recurso de protección en contra de una universidad que canceló la matrícula a una mujer embarazada y soltera, la base de su acción fue pedir que se respetara el derecho de propiedad sobre su matrícula. Creo que uno de los problemas por el cual cruza nuestra cultura jurídica es no entender el carácter moral de una norma como el derecho de igualdad. Parafraseando el lenguaje de los instrumentos internacionales el Estado debe adoptar medidas para que la aspiración de igualdad sea una realidad.

Hoy el país debate sobre la pertinencia del test de embarazo como una herramienta objetiva para impedir el acceso de la mujer a ciertos empleos. Un proyecto de ley enviado por el Ejecutivo cuyo objetivo era impedir la discriminación basada en la existencia de una posible maternidad ha sido desvirtuado en el Senado ya que las indicaciones introducidas permitirían que el empleador definiera, discrecionalmente, si el trabajo para el cual una mujer postula está contraindicado a mujeres embarazadas. El tema no es baladí, porque en el fondo lo que se debate son las protecciones que la ley otorga a la mujer cuando está embarazada.

Por otra parte, en materia de participación política tiene escasa atención entre decisores y partidos políticos la subrepresentación de las mujeres en el Parlamento. En materia salarial, no es un tema en controversia el hecho que mujeres teniendo iguales calificaciones (o incluso superiores) tengan una brecha salarial importante con respecto a los hombres que realizan igual labor y con similares calificaciones.

Se ha criticado muchas veces el carácter de algunas leyes que intentan poner freno a la discriminación o adoptan amplias medidas de protección de la mujer. Si bien, la Ley 19.325 de Violencia Intrafamiliar pueda ser objeto de observaciones por la amplitud del tipo o por la mala técnica legislativa, lo cierto es que hasta antes de su dictación, la violencia contra la mujer era un tema de impunidad doméstica reafirmado por una práctica social y judicial. La violencia no era percibida como un problema en que el estado debiera tomar medidas, no entregando igual protección a todos los miembros de la sociedad. Es un deber de un estado democrático moderno dar protección a aquellas personas que la requieran, haciendo eficaz el derecho de igualdad.

En resumen, un Estado que no entrega mecanismos para resolver conflictos, para garantizar la igualdad y la nodiscriminación es un estado débil que pierde legitimidad frente a sus ciudadanos quienes no buscarán la respuesta en sus órganos para resolver sus contiendas.

¹ Véaso Fernando Atria, Los Peligros de la Constitución, La idea de igualdad en la jurisdicción nacional, Escuela de Ourecho. Universidad Diego Portales, Santiago. 1997.

REVA B.



ENTREVISTA de ANDREA REPETTO para "APUNTES DE DERECHO"

EN EL MES DE FEBRERO DE ESTE AÑO, "APUNTES DE DERECHO" TUVO LA POSIBILIDAD DE REUNIRSE EN DOS SESIONES DE DISCUSIÓN CON LA PROFESORA REVA B. SIEGEL LA PROFESORA SIEGEL IMPARTE EN LA ACTUALIDAD DISTINTOS CURSOS EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE YALE Y A PROPÓSITO DEL INTERCAMBIO ACADÉMICO CON NUESTRA UNIVERSIDAD, ESTUVO DISPUESTA A CONVERSAR CON NOSOTROS SOBRE LOS DIVERSOS ASPECTOS HISTÓRICOS QUE CIRCUNDAN Y EN OCASIONES DETERMINAN LAS DISCUSIONES SOBRE LIBERTAD SEXUAL Y DISCRIMINACIÓN. ESPECIALISTA EN DERECHO CONSTITUCIONAL, ANTIDISCRIMINACIÓN E HISTORIA LEGAL HA PUBLICADO ARTÍCULOS COMO "WHY BQUAL PROTECTION NO LONGER PROTECTS: THE EVOLVING FORMS OF STATUS-ENFORCING STATE ACTION" (STANFORD LAW REVIEW, 1997); "THE RULE OF LOVE: WIFE BEATING AS PREROGATIVE AND PRIVACY" (YALE LAW JOURNAL, 1996); Y "THE MODERNIZATION OF MARITAL STATUS LAW: ADJUDICATING WIVES' RIGHTS TO EARNINGS, 1860-1930" (GEORGETOWN LAW REVIEW, 1994).

EN ESTA OCASIÓN, LA PROFESORA SIEGEL PLANTEA LAS PRINCIPALES RELACIONES QUE OBSERVA ENTRE EL DESARROLLO DEL ANÁLISIS HISTÓRICO SOBRE LA NO DISCRIMINACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS Y SU EFECTO EN LAS POLÍTICAS SOBRE LIBERTAD SEXUAL Y DERECHOS INDIVIDUALES, ABORDA CON SINGULAR PRECISIÓN LAS RELACIONES QUE SE HAN DADO ENTRE LOS MOVIMIENTOS DE LIBERALIZACIÓN FEMENINA Y LA LUCHA POR LA LIBERTAD SEXUAL, DESTACANDO LAS DISCUSIONES CONSTITUCIONALES Y MORALES QUE SUBYACEN EN LOS DISCURSOS CONSERVADORES Y LIBERALES Y COMO ELLOS PUEDEN AFECTAR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL CONTEXTO DE SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS.

1.-¿Qué rol juega, a su juicio, el análisis histórico sobre no discriminación en la legislación norteamericana con relación a la libertad sexual y los derechos individuales?

Muchos autores para poder explicar problemas jurídicos se apoyan en otras disciplinas; así por ejemplo, Dworkin, entre otros, lo realiza a través de la filosofía. Yo utilizo la sociología y la historia para poder realizar análisis de los distintos conceptos, en este caso los de igualdad y discriminación.

En primer lugar, es necesario explicar el concepto de "Igualdad" entendido en el sistema norteamericano.

Tradicionalmente, el Derecho a la Igualdad de Protección se traduce en el Derecho a participar en la vida política sin que el Estado haga una diferenciación o trate de manera diferente a un determinado grupo, por ejemplo, por la raza. Esta noción de igualdad, que se traduce en "tratamiento similar", es un concepto utilizado por los tribunales en toda la legislación sobre discriminación y se presenta como una obligación el razonar sobre qué es la igualdad. Sin embargo ésto también presenta ciertos problemas, tal como sucedería si uno supuestamente tratara igual a los similarmente situados; y distinto a los que se encuentran en una situación diferente.

Entonces, nos debemos preguntar en definitiva, qué distinciones son relevantes para la finalidad de determinar si las personas están similar o diferentemente situadas. Por otro lado, tenemos la regulación que corresponde a la llamada "Acción del Estado" 1 siempre que se presenten situaciones en que se distingue entre ciudadanos, que podría atacar un punto que comprometa la igualdad, tal como sucede con la raza y otras bases de distinción,

Luego de haber explicado la Igualdad de Protección que el Estado debe ofrecer a sus ciudadanos, actualmente contemplado en nuestro sistema, entonces, analizaré la historia, partiendo por lo que fue la discriminación racial para poder entender mejor lo que sucede en la actualidad con las discriminaciones de género y respecto de la orientación sexual.

Mí análisis de estos términos se basa en trabajos que envuelven teorías legales feministas, teorías críticas sobre razas, como por ejemplo, el trabajo del Profesor Owen Fiss sobre la paradoja de los Derecho Civiles, a través de la reconsideración en la igualdad de trato, recordando nuestro derecho a la libertad y a la protección denominado "Acciones del Estado", contra la subordinación de grupos tradicionalmente discriminados.

Es preciso consultar a la historia, a las prácticas sociales, las significaciones sociales y también a la larga tradición de conflictos normativos sobre las conductas cometidas en el pasado y atender a la discusión de si los actos eran o no considerados correctos desde un punto de vista jurídico, describiendo las prácticas de discriminación en la historia.

El problema se inició muchos años atrás, pero en 1960, por lo menos sugerentemente, en un artículo llamado "Grupos y Cláusulas sobre la Igualdad de Protección" 2 que fue confirmado por Kathelcen MackKinnon en su trabajo sobre discriminación de sexo, el cual ha sido utilizado por un

gran número de feministas y doctrinarios que hoy lo han configurado como "La Teoría de la Anti-subordinación", dando comienzo a un estudio más profundo del tema. De manera que frente al tema de la discriminación y su historia podemos, en un primer momento, referirnos a las relaciones de estatus social considerado y la subordinación emergente que se permitió durante años.

En los Estados Unidos, durante el siglo XIX, hubo esfuerzo para desarmar ese régimen de estatus social, de manera, que se modificó el espíritu existente sin poder en definitiva abolirlo. Luego, a consecuencia de aquello, surge la discriminación de raza. Si pensamos de esta manera en los esclavos estadounidenses antes de la Guerrra Civil, con el caso Jim Crow (discriminación racial) podemos ver claramente la forma legal y constitucional de reformas que trajo el fin de la esclavitud. Una larga Guerra Civil alteró reglas y, tambión, innumerables justificaciones para regular las relaciones de razas en los Estados Unidos, que no desestabilizó ni abolió el sistema de "Acciones del Estado", pero que en definitiva, mantuvo a los blancos en posición de privilegio y a los afro-americanos en posición de subordinación. Entonces, lo que sucede en este aspecto es que, luego de tanta discusión, los Estados Unidos percibió que bajo la Constitución americana Jim Crow estaba equivocado. Es necesario también detenerse y observar los grupos que trataron de ayudar a los "blancos" a entender las injusticias que se estaban cometiendo en ciertos tipos de tratamiento de distinción, como lo fue el grupo de los "Derechos Civiles".

Luego, lo anterior nos lleva a analizar las maneras en que las leyes sobre los Derechos Civiles, en el siglo XIX y aún hoy, pueden ser alteradas y este hecho puede ayudar a remodelar las formas en que el Estado regula las relaciones de estatus social, generando discriminación.

Vemos desde esta perspectiva, que la creación de un concepto abstracto del Derecho de ser libre de discriminación o del Derecho a la Igualdad no puede deducirse del pasado histórico—social; sino que, según mi opinión, es más interesante hacer un análisis desde el punto de vista de por qué han perdurado en el tiempo, particularmente, algunas prácticas sociales y legales en la comunidad.

Por una parte, podríamos decir que en el siglo XIX los afro-americanos son ahora libres de la esclavitud, pero si adherimos la expresión "pasaron a ser igualmente ciudadanos libres como los ciudadanos blancos", nos damos cuenta que el fin de la esclavitud no significó que alcanzaron la plena libertad, y aunque nos damos cuenta que el significado de "Libertad" cambia conjuntamente con su estructura legal a través del tiempo, la práctica social de subordinación perdura en un grado reducido.

2.- En este contexto ¿Qué significación adquieren las doctrinas constitucionales y la legislación de derechos civlles con relación al concepto de derechos individuales?

En primer lugar, las relaciones de estatus existentes en la comunidad, para estos efectos, no han estructurado un concepto de los derechos individuales. Es necesario aclarar para ello ciertos aspectos, tales como, la distribución de los privilegios en modelos de relaciones sociales, ya que ayudan a modelar la variada comunidad que argumenta sobre la naturaleza del concepto de derechos individuales. Considero esta particularidad histórica importante, porque es más persuasivo al darle un contexto y nos ayuda a ilustrar algo sobre la naturaleza de nuestra realidad social frente a tales derechos.

Como escribí en uno de mis artículos, ahora estamos en un período en que el desarrollo de doctrinas constitucionales y de legislación de derechos civiles, se ha acclerado en el tiempo. Muchas de las prácticas que parecen legítimas bajo la existencia de los derechos civiles y doctrinas constitucionales juegan un rol importante en mantener la igualdad de estatus social de las distintas razas o de los sexos, y es exactamente para lo cual me baso en la historia, de manera a eliminar la posibilidad que hoy se sostengan estas prácticas ilegítimas en los derechos civiles.

Visto lo anterior, podemos entrar al campo de la libertad sexual propiamente tal. La pregunta, entonces, parece ser, como y por qué se discrimina a personas que se orientan hacia personas del mismo sexo por otros que se encuentran en el medio de una intensa controversia social, ya sea por que existen prácticas legales que distinguen, marcan y desvaloran las relaciones homosexuales estableciendo la discriminación. De manera que colocan personas de orientaciones hacia el mismo sexo en una posición social de subordinación respecto de aquellos de orientación heterosexual.

El argumento se dirige hacia el mismo punto que la discriminación de razas o de sexos. El grupo esta siendo aislado y juzgado como si estuvieran en un estatus social inferior, y para ilustrar mejor lo que estoy diciendo podemos rematimos al caso de la restricción en el servicio militar, en que efectivamente restringía la participación a personas con orientación homosexual. En ese caso, se dijo ser un tratamiento inapropiado, ilegal, inmoral y inhumano respecto de un grupo de personas que actúan de una manera distinta en todos los aspectos, particularmente relevantes, respecto de aquellos que están adoptando prácticas estigmatizantes. Sin embargo, por ofra parte existen personas en los Estados Unidos que sostienen que ninguna comunidad es suficientemente integra para regular y desarrollar sus propias prácticas sociales coincidente con sus propias normas morales, y otros piensan que no hay nada malo en que la misma comunidad en sus leyes activas, en algún sentido represente, su entendimiento sobre el derecho, las acciones sociales y una buena forma de vida, así como podríamos contemplar normas contra el homicidio u otras.

Ahora, la pregunta pasa a ser cómo puede una persona llegar a un consenso frente a estas dos posiciones que efectivamente están en colisión. Así, desde una perspectiva, es claramente discriminatorio lo que hacen; pero, desde la otra, es perfectamente razonable operar con leyes que contengan nociones de moralidad social distinguiendo entre conductas correctas e incorrectas.

Desde el análisis histórico realizado, podemos observar que la misma forma de debate tomó lugar en las relaciones de razas y sexos en los Estados Unidos, significando que en un cierto punto de la historia las leyes, que separaban

razas y marcaban la inferioridad de una con relación a la otra, entendían estar resguardando de esta forma el compromiso y la perfecta consistencia con las conductas moralmente correctas consideradas y las normas de la comunidad, ellas representaban lo que parecía ser razonable. Durante el siglo XIX existían leyes que excluían a las mujeres de votar o prohibían su participación en varios aspectos de la vida social y las cuales también se entendieron como el reflejo divino del orden y la moral elevando la forma de cómo la comunidad debería ser organizada con las familias como el elemento central y la construcción de otra vida social de manera que apoyara las relaciones familiares.

Creo que ahora la interrogante pasa a ser, ¿Setá qué el hecho de poder ver en el pasado el rol que la motal jugó y justificar ciertas conductas, que hoy, en una retrospectiva se considera equívoca, nos llevará a pensar que estamos viviendo lo mismo?, Difícil de decir, porque claramente existen otras prácticas que consideramos moralmente objetables que ya se consideraban en el pasado, entonces de alguna manera la historia solamente puede dar un análisis positivo del tema, no puede dar un análisis normativo. La historia no responde a las preguntas respecto a la moral o asuntos de interés público, solamente nos puede decir algo sobre la naturaleza y organización de actividades pasadas; entonces, desde este punto de vista, podemos observar el pasado y darnos cuenta que hubo una época en que estos hechos se consideraban inmorales e injustos, a saber, la discriminación en sus distintos aspectos.

Sospecho que las discusiones alrededor de las interrogantes en el tema de la libertad sexual, ya sea respecto de su legitimación o el derecho a contraer matrimonio van a cambiar, pero en algunos años más. En los Estados Unidos, estoy segura que sucederá en algunos estados, y California deberá ser uno de los primeros, no obstante no podemos estar tan seguro de esta medida, pues en varios aspectos el hecho que un grupo proteste cierto tipo de estatus, en cuanto a las relaciones, parece ser que afecta su estabilidad como grupo cuando ven la fuerza con que actúan sus opositores,

Así, a modo de ejemplo, tenemos lo que sucedió en la Corte Suprema de Hawaii declarar bajo la Constitución, que uno de los requisitos para celebrar el contrato de matrimonio, a saber, "el que las partes sean de sexos opuestos", sería inconstitucional. Este hecho generó conflicto y, por lo mismo, se creó un grupo enorme para defender al sector conservador de la sociedad y fue el liamado D.O.M.A3, cuyo propósito de objeción tenía como meta asegurar que cualquier cosa que pasara en Hawaii, no se extendería a los demás estados norteamericanos, de manera que ciudadanos de un estado no se dirigieran a Hawaii para efectos de celebrar un matrimonio con un sujeto del mismo sexo y fuera, luego, reconocido en su estado. Un grupo numeroso de personas heterogéneas trataron de contener ésto, pero en el futuro efectivamente tendremos una mayor aceptación de ello y en algunos lugares, se permitirá más que en otros.

En cuanto a los derechos que regulan estas materias, efectivamente el Estado establece la normativa necesaria, pero no puede encaminarlo como quisiera. Entonces, en cuanto a

las relaciones de género existen normas que contemplan la igualdad y que son aplicables, de alguna forma, a las personas con orientaciones sexuales hacia el mismo sexo, pero que en la práctica resultan no ser lan efectivas, por lo ya dicho, que en definitiva, el Estado aunque dicte leyes no logra encaminarlas hacia dónde a él le gustarfa, puesto que tenemos poderosas normas culturales, que ellas sí deben ser modificadas por las próximas generaciones para que no continuemos creando estos tipos de discriminación.

3. - Lo dicho anteriormente genera la interrogante sobre cuál será el tipo de discusión que se dará en el futuro sobre libertad sexual. En su opinión ¿La discusión sobre libertad sexual será un tema sobre moral o sobre igualdad?

Estos dos puntos están en directa tensión; por cierto un grupo podrá sostener que quienes objetan y confrontan la discriminación por orientación sexual, se entienden pertenecer a una clase de sujetos que hablan claramente el idioma de la moralidad. En otras palabras, sostienen actuar de la manera correcta en cuanto al trato de hombres y mujeres. Por otra parte, existe un grupo que sin temor, se opone al reconocimiento de los homosexuales y sus derechos, sin embargo se califican como seres que comparten los principios de igualdad. Por ejemplo, piensan que actúan correctamente al aceptar las relaciones entre distintas razas y excepcionalmente relaciones entre personas del mismo sexo, y siguen convencidos que es un tema de moralidad y fundamentos tanto razonables como apropiados para la distinción. Invocan nociones de compromiso espirituales o sobre las conductas sexuales correctas y equivocadas.

Algunos autores pueden interpretar que la "moralidad" es un concepto ambivalente, pudiendo ser utilizado por aquellos que se oponen o no a la libertad sexual. Yo diría que los opositores a este tipo de distinciones suelen aplicar el lenguaje de igualdad y justicia, y a su vez aquellos que no se oponen a la distinción evocan nociones de moralidad. De manera que el concepto de moralidad puede dirigirse a satisfacer las explicaciones provenientes de ambos grupos en conflicto. Entonces, si relacionamos la noción de moral con la libertad sexual, y particularmente con el reconocimiento del matrinonio entre personas del mismo sexo, entrando a en conflicto con varias instituciones, específicamente con la institución llamada "familia".

En los Estados Unidos, homosexuales y lesbianas están tratando de legitimar el derecho de adopción, entonces la pregunta pasa a ser: ¿será apropiado que el Estado lo prohiba? Luego, se genera un análisis propio que recae en el hecho de la adopción, si en definitiva lo que se pretende con eso es conceder un derecho o más bien minimizar la discriminación propiamente tal. Pensemos en un ejemplo, si una pareja de mujeres adoptaran a un bebé para cualquiera de ellas sería natural pensar en un recién nacido, pero al mirar a la compañera nos damos cuenta que su concepción de lo que será la familia cambia rotundamente. Por lo tanto, parecería ser un cambio escandaloso, sin embargo, el punto es interesante, pues en la actualidad nos encontramos con las más diversas formas de vivir en familia, considerando los índices de parejas divorciadas,

los diversos tipos de acuerdos poco convencionales, que no se traduce en el modelo de "marido, esposa y hijos", o la perfecta, o la familia normal. Muchas personas ven estas nuevas formas de familia como algo múltiple y apropiado en cuanto las personas que componen estos vínculos se amen, actúen con respeto, cuidado y compromiso con relación a cada uno de ellos; y en definitiva para otros, existen formas adecuadas de constituir una familia, que son sociológicamente mejores para el crecimiento de los niños. De manera que existe un fuerte debate frente al tema que en los Estados Unidos aún no se ha resuelto, y efectivamente se trata de una discusión moral.

En el tema de la libertad sexual, actualmente, también podemos observar el debate moral que ha surgido respecto de opiniones de la Corte Suprema en las últimas décadas y el cambio que ha significado. Existen dos opiniones muy importantes, la primera de ellas es sobre el desafío frente a una ley que criminaliza la sodomía. Entendiendo que ésta se puede dar tanto entre personas del mismo sexo o de sexo opuesto, pero la Corte construyó el concepto solamente para conductas de personas del mismo sexo y procedió a anunciar que el derecho a la privacidad no impide al Estado criminalizar la sodomía entre personas del mismo sexo. Esta opinión resultó ser la línea diseñada por la Corte, sin embargo respecto a la privacidad se extendió la protección de ella por algún tiempo, argumentando en la discusión que versaba sobre la conducta sexual, y el derecho a la privacidad, efectivamente, no estabasiendo protegido al criminalizar la sodomía. La segunda opinión, de alguna forma cambia la línea de la discusión, de la moral por la de igualdad, se trata de una decisión de la Corte sobre el derecho de igualdad entre los ciudadanos, de manera que para ejercer el derecho a la total participación en la política no era un requisito constitucional el que debiera extenderse a las personas con orientaciones hacia el mismo sexo.

La interpretación dada actualmente con relación a los temas discutidos en ambos casos, gira entorno a dos partes de la Constitución, el derecho a la privacidad y el derecho de igualdad de protección. Estas dos opiniones anteriores de la Corte reflejan en algún sentido, el cambio frente a los principios morales en discusión. Con la interpretación actual, se demuestran señales de cambio en el sistema legal, más bien el comienzo de una intervención más formal respecto de las que jas de las minorías sexuales y, si es así, empieza una transformación, pero no deja claro en qué consiste el conjunto de modificaciones tanto en las leyes como en lo moral.

Diferentes sociedades, en tiempos distintos han tenido de hecho varios grados de apertura y aceptación a la conducta sexual, y la noción genérica de homosexual siempre ha sido algo indecible e igualmente prohibido en todos los países sobre todos los puntos de la historia.

Pienso en lo que ocurre hoy y es diferente a lo que se vivió en otros momentos históricos, en otras sociedades, en el sentido que hoy los grupos a favor de la igualdad sexual buscan reconocimiento público, igualdad legítima con relación a las conexiones con los demás, aunque probablemente implique sobre pasar lo que ha sucedido en otros tiempos y sociedades. El reconocimiento también trae problemas implícitos, como

sería reconocer las relaciones entre hombres de más edad con otros de edades muy inferiores, de manera que no se niega esta posibilidad pero tampoco se cuestiona abiertamente.

Es difícil prever lo que ocurrirá a futuro, los parámetros culturales deberán cambiar, y aún así, siempre habrá personas que coloquen en pugna los conceptos de moral con el de igualdad.

4. - Considerando el concepto de libertad sexual dado ¿Advierte alguna tensión entre éste y el feminismo?

Personalmente, creo que no existe ninguna tensión entre ellos, por lo contrario, diría que el feminismo ha trabajado representando los homosexuales y lesbianas en algunas materias.

En primer lugar, el movimiento feminista es mayoritariamente constituido por miembros blancos y muchos de los afiliados no se consideran miembros del movimiento, pero sí dicen ser simpatizantes. Por lo tanto, es difícil generalizar la opinión de la mayoría respecto a la aceptación de esta orientación sexual distinta, puesto que las personas tienen una persuasión normativa distinta, experiencias sociales y compromisos propios. Entonces, es posible afirmar que los líderes en el movimiento "feminista" no ven ningún conflicto entre sus compromisos y demandas realizadas por homosexuales y lesbianas reclamando sus derechos. Sin embargo, estoy segura que afiliados y los políticamente representantes del movimiento feminista tienen un marco trazado entre los Derechos de las Mujeres y la Libertad Sexual, y al teorizar las bases de este movimiento pienso que, nuevamente no encontrarfamos conflicto entre ellos.

Por cierto, esto no implica que estén comprometidos por luchar por los objetivos buscados en la lucha por la libertad sexual, aunque aquellos se sientan representados o ayudados frecuentemente por el movimiento feminista, no obstante la gran mayoría de personas feministas suelen ser heterosexuales y por tal hecho, no invierten la misma energía en estos problemas.

En definitiva, el movimiento feminista tiene por objeto buscar y ampliar el compromiso entre los géneros y buscar la simplicidad en la identidad del mismo, para que las personas no se vean atrapadas en alguna expresión particular, lo que parece comprender el desafío de la opción sexual.

5. - Por último ¿Cree que es posible construir un argumento que tienda a proteger la libertad sexual fundándose en algún derecho constitucional distinto al de la igualdad? ¿Por ejemplo, en la libertad de expresión?

Ciertamente, en este país se vaiora altamente la libertad de expresión, lo que ha manifestado un fuerte interés del Estado en intermediar en ella.

Es interesante ver como se relaciona la libertad de expresión con el tema de la libertad sexual, puesto que la Constitución establece algunas restricciones a la libertad de expresión, pero que requiere una cierta interpretación al tratarse de la expresión sexual. De manera que, estas libertades están directamente vinculadas, y cabe preguntarse, hasta qué

punto el Estado tiene, entonces, interés y legifimidad contable para restringir la expresión de tales valores.

En la tradición americana, hay una enorme cantidad de asuntos escritos para que se publiquen y defiendan, que no han sido efectivamente publicados. Entre ellos, homosexuales que están sujetos a variadas censuras, de manera que al no publicarlos, se someten a sanciones por violar la ley, discriminando. De acuerdo a la tradición de la Primera Enniienda Constitucional habría que detener al Estado de censurar la expresión sexual, pero una vez que la persona es identificada como tal es extremamente difícil prevenir a las distintas instituciones y personas de discriminarlos, luego es posible que se sufra considerablemente penalidades por discriminar a sabiendas de sus derechos, pero al mismo tiempo uno puede ejercer la libertad de expresión y aceptar que personas juzguen adversariamente y sufrir las consecuencias prácticas de ello.

En lo principal, existe una sustancial protección de la expresión sexual en los Estados Unidos, su restricción siendo una de las áreas más conflictivas. Sin embargo, existen muchas interrogantes sobre la identidad de los homosexuales una vez que lo asumen como tal, entonces el Estado realiza acciones punitivas o sancionadoras frente a cierto tipo de expresiones, oponiéndose a la punibilidad individual por los actos realizados. Inicialmente era legítimo penar o imponer penalidades a personas con orientación hacia el núsmo sexo, pero ahora ellas son vistas como base para un estatus. Luego, la pregunta que surge es si actúan o no de acuerdo a conductas morales, yendo más allá del estatus social constituido.

Esta es la relación entre el individuo y el Estado, pero cualquier individuo opersona privada se consideran dentro de la protección constitucional de la libertad de expresión, y ellos pueden sufrir consecuencias prácticas al identificarse como homosexuales. El hecho de que exista la posibilidad de expresarse y ser protegido, no resguarda al sujeto de las consecuencias adversas y discriminatorias que puedan sugir.

Andrea Ropetto es Alumna de cuarto año, miembro del Comité Editorial de "Apuntas de Derecho". Entrevista realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, New Haven, CT, en Febrero de 1998.

¹ Acción del Estado corresponde al término en inglés de State Action, que es el derecho de demandar bajo la cláusula del debido proceso establecida en el XIV Amendement y en la "Civil Rights Act." Se estipula que ninguna persona debe ser privada de su vida, libertad y propiedad sin un debido proceso.

^z Escrito por Gwen Fiss, Profesor de la Universidad de Yale.

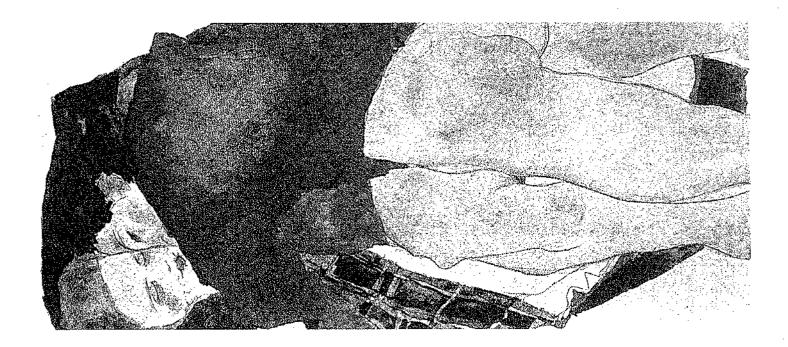
^{3 &}quot;Defense of Marriage Act", la traducción literal del término corresponde a "Defensa al Acto del Mutrimonio".



NICOLÁS ESPEJO VAKSIC

Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales y
Ayudante de Derecho
Internacional de la
Facultad de Derecho
Universidad Diego
Portales, Representante en
Chile de CEHL (Centro por
la Justicia y el Perecho
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 Detecho 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 si 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 8º 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 acerea hacia la consideración de la privacidad como un espacio antónomo 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 signiente: ¿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 deban 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 sortear 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 Sta. 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 denunciantes con anterioridad a su visita - ha scñalado que, dado que el texto expreso del artículo 11º 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 "injerencia arbitraria" y a propósito de las denuncias por la existencia del delito de sodomía.

De los requisitos hasta aquí planteados, tesulta 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 minorfas 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 8º 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 8º. 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 8º 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. 19 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, sí 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 prohiba la pomografía 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.

- Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights (CCPR Commentary), pp. 294-298, N.P. Engel, Publisher, Kehi, Strasbourg, Arlington.
- ² Para un análisis detenido de la jurisprudencia europea en relación al artículo 8.1 y 8.2. ver P. Van Dijk G.J.H van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, pp.368-397, Kluwer Law and Taxation Publishers, The Netherlands, 1996; Council of Europe, Digest of Strasbourg Case-Low relating to the European Convention on Human Rights, Supplement Volume 3 (Articles 7-12), Carl Heymanna-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 seción delictual afecta la integridad lísica y moral de una persona, y por tanto, su vida sexual y privada. Ver Caso Raquel Martín de Mejía, págs. 200-201, Nº 10.970, Informe 5/96, Peró, 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, páres 40-41, Fubl. Court A, Vol. 45, pp.18-19; 26 de Octubre 1968, Caso Norris, páres 38, Publ. Court A, Vol. 142, pp. 17-18.

- ⁵ 4 de Abril 1994, Caso Toonen, párc. 8.2, CCPR/ C/D/488/1992, Español, p. 12.
- ° Caso X e Y, parts. 5494, № 10.506, Informe № 33/96, Argentina, en "Informe Arual de la Comisión Internmericana de Derechos Humanos 1996".
- ⁷ Caso Hondyside, Sentencia de 7 de Diciembre de 1976, Publ. Court A, Vol. 24, párz. 48, p. 22.
- 8 Ver Caso Velisquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, páres. 166-168, Serie C: Resoluciones y Sentencias, Nº4, Corto Interamericana de Dorechos Humanos.
- ⁹ Caso Airey, Sentencia de 9 de octubre de 1979, Publ. Cóurt A. Vol. 32, p. 32.
- v. Caso Recs, Sentencia de 17 de octubre de 1986, Publ. Court A., Vol. 106, párrs. 16-19, Caso Cossey, Sentencia de 27 de septienbre de 1990, Publ. Court A., Vol. 184, párrs. 36-42.
- ¹¹ Caso B. v. France, Sontencia de 25 de marzo de 1992, Publ. Court A. Vol. 232, páris, 43-63.

Contra Punto

Senadores Jaime Gazmuri y Sergio Diez

1.- ¿Advierte alguna contraposición entre el delito de sodomia tipificado en el artículo 365 Código Penal y el dezecho a la vida privada garantizado en la Constitución Política de la República?

En la actualidad el activista homosexual Rolando Giménez ha presentado una denuncia en su nombre y en contra del Estado de Chile ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por la vigencia del delito de sodomía. Sin perjuicio de que la norma no se aplica en la actualidad por los tribunales, la jurisprudencia internacional ha sostenido que la sola mantención de tales normas afecta directa y continuamente la vida privada y la igualdad de la población homosexual. En esta ocasión "Apuntes de Derecho" decidió entrevistar a dos senadores hombres que

poscen distintas visiones sobre el

homosexualidad en Chile. A propósito de la negativa del Senado de derogar el delito de sodomía contemplado en nuestro Código Penal, aprovechamos a indagar en aquellos argumentos morales y

consideraciones

tratamiento de la

prácticas que aducen para sostener un cambio o la mantención del actual tratamiento penal de las relaciones sexuales consentidas y en privado entre varones adultos.



SERGIO DIEZ



JAIME GAZMURI

Diez: Primero hay que fijar conceptos generales para sacar las conclusiones claras y con rigor científico, tanto el sistema de la vida privada como el de la libertad parten del concepto del hombre, incluso la Constitución dice que la soberanía está

> limitada por los derechos que emanan del hombre. En consecuencia, nuestro sistema jurídico es humanista, y mas bien de un humanismo cristiano porque Chile ha sido siempre un país católico y porque nuestro Derecho viene del Derecho Romano, Canónico y el Derecho Español, y porque los hábitos de nuestra sociedad y su modo de pensar es cristiano. La libertad consiste en la facultad de elegir los bienes particulares que se nos presentan. Hoy el problema de la libertad está siendo abarcada por dos teorías, la relativista que sostiene que cada persona, por su libertad y dignidad, es la que tiene que juzgar que es lo bueno y que lo malo, o sea

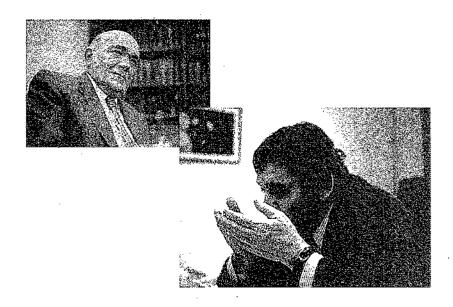
es una verdad relativa y subjetiva. Hay otros que creen que la verdad existe; en consecuencia hay hechos que se imponen a nuestra voluntad y a nuestro discernimiento, y que sobre esos valores está fundada la civilización, si los valores de la sociedad son los que acepta la mavoría de la sociedad por consenso, estamos en procencia de una sociedad parecida a la europea de principios de siglo que hizo nacer el nazismo, que aprobó por plebiscito y la persecución de los judíos. Si nosotros creemos en una civilización que se preocupa de los derechos del hombre fundamentalmente y si éstos están basados en principios subjetivos, entonces no tienen una base sólida, porque para tenerla deben estar basados en principios reales. El bien común de la sociedad demanda la vida sexual normal, por lo tanto la sociedad debe defenderse de la vida sexual anormal, o de las drogas o de la posibilidad de que alguien se pueda suicidar. La sociedad tiene un orden, dentro del cual está el rol del hombre y el de la mujer. La sodomía tiene muy poca aplicación, a mí nunca me ha tocado un caso, pero si tiene un valor testimonial; despenalizar la sodomía significa para mucha gente su legalización y legitimación, es decir, que la sodomía pueda ser elegida libremente. Todo esto me parece absurdo y por lo mismo yo soy enemigo de despenalizar la sodomía.

Gazmuri: Mire, yo considero que es un completo anacronismo, la tipificación de la sodomía como delito que resulta contradictorio con la garantía constitucional de la libertad y por tanto yo he sido un sostenedor de que tal delito no toman en consideración, en primer lugar, no sólo el tema de libertad sexual, sino de no considerar la sodomía como una conducta homosexual que acompaña a la humanidad desde que hay registro histórico y por tanto yo creo que hoy día es imposible sostener que la homosexualidad es una perversión moral. Incluso cuando estudiamos el tema me sorprendió como en Chile los sectores más conservadores no han seguido incluso el debate más contemporáneo sobre el tema de la homosexualidad que se desarrolla incluso al interior de la Iglesia Católica. Hay un artículo muy notable de los principales teólogos del Vaticano que sostiene la tesis tan refundada por las ciencias humanas tanto psicológicas como biológicas de que la homosexualidad es una condición no es una opción y por tanto incluso la iglesia católica no considera que el becho de ser homosexual constituye una desviación de la naturaleza humana, claro, la moral católica todavía en materia de sexualidad proscribe las relaciones homosexuales, pero no condena la homosexualidad. Ahora no corresponde a la legislación positiva frenar acciones sexuales; hay determinadas concepciones religiosas que consideran que la masturbación por ejemplo es un acto éticamente condenable así que es absurdo que se tipificara el delito de la masturbación en el código penal, no es un asunto realmente que competa a un Código Penal, eso esta dentro de la intimidad de las personas y de las opciones que respecto de la sexualidad la gente tome y por tanto creo que la mantención de la tipificación de este delito es completamente anacrónica. No le corresponde al Código Penal determinar esas conductas, salvo que estuvieramos en un Estado que asumiera un integrismo un totalitarismo filosófico y ético, cuestión que creo contraria a una concepción democrática del Estado y por tanto de la Constitución y de los distintos códigos. Hay una contradicción con las garantías individuales, contra la libertad de las opciones como elemento central y además en este caso a conductas que son estrictamente privadas e intimas que son, en consecuencia, conductas que no pueden estar tipificadas en una legislación positiva, salvoconductas que vulneren o dañen derechos de terceros.

2.- ¿Cree que la intervención del Estado no es arbitraria al discriminar en este sentido?

Gazmuri: Sí, lo que ocurre es lo siguiente, como digo, detrás del Código lo que hay es la consideración de que la sodornía es una aberración moral, ese es el argumento, y que es una conducta contra natura y por tanto es una conducta que debiera ser penalizada. Sin embargo, tal respuesta no se justifica en un doble sentido, primero perque no corresponde que la ley castigue conductas intimas que no interfieran derechos de lerceros; el límite son los derechos de terceros, la ley puede prohibir la embriaguez al conducir porque está arriesgando la vida de terceros, pero la ley no puede penalizar el hecho de que un señor se emborrache en su casa un día sábado en la noche. No corresponde que la ley invada en la esfera de las opciones privadas y en la vida sexual en particular.

Diez: Si el hombre racionalmente lo concluye, no es arbitrario, sea o no cristiano "varón y mujer los creó", son distintos, por lo tanto es la mantención de la distinción natural.



3.-¿Cómo relaciona la moral predominante con los principles hásicos que deben inspirar una sociedad democrática en la que se respeten los derechos de las minorías?

Diez: La legitimidad de la sodomía con la relajación de las costumbres afecta a la sociedad en general, a los que resisten sus tendencias porque tienen una conciencia que se impone sobre sus apetitos, de cualquier especie. Si yo derogo el código penal doy una mala señal, la sodomía no es mala porque lo diga la ley sino que porque es contraria a la naturaleza del hombre. Se pena la conducta general, pero la ley penal contempla excepciones, lo que es muy distinto a despenalizar, el juez podría eximir a una persona de responsabilidad. Se trata de una cuestión moral; yo creo en las verdades y creo que aunque sean pocas hay algunas absolutas, una de las cuates es la naturaleza del hombre.

Gazmuri: No se compatibiliza porque se está penalizando relaciones privadas y voluntarias por las dos partes, no sé que derecho puede afectarse, es muy distinto que un homosexual cometa un delito sexual como violación o acoso. Respecto a la sodomía, es un absurdo tipificarla, en E.E.U.U. el 10% o 15% de la población sufre de esta condición (homosexualidad) en Chile no sabemos por lo reprimido que está, los homosexuales en su mayoría no asumen su condición porque además de ser penado por la ley también lo es por la sociedad.



4.-Asumiendo que la protección de la moral justifica una intervención en la vida privada de los homosexuales ¿Le parece que el Derecho Penal es la vía idónea y necesaria para buscar tal protección?

Gazmuri: Es evidente que no, porque la homosexualidad es una condición y no una opción, por lo tanto más que combatir la homosexualidad, tenemos que aprender a convivir con ella, no corresponde que la ley trate de imponer una visión de la ética, debe dar más libertad. No se compatibiliza con el carácter de último recurso del Derecho Penal, porque - aunque no se aplique por los jueces - igual produce efectos culturales y respecto de la policía particularmente. Los Carabineros están para dar eficacia al derecho y por lo tanto les corresponde prevenir que ese delito no se cometa, desarrollando una acción preventiva sobre los homosexuales, lo que atenta contra su vida privada.

Diez: El Derecho Penal es uno de los instrumentos de que la seciedad dispone para protegerse de aquellos actos o conductas que atentan contra aquellos bienes jurídicos esenciales para su convivencia pacífica. Como he señalado anteriormente, el problema de la sodomía es un problema de alta complejidad moral, por las implicancias que su legitimación podría acarrear. No me parece que se incorrecto, entonces, recurrir a este instrumento jurídico con el objeto de proteger intereses de tal relevancia y sin los cuales podemos poner en peligro nuestra convivencia pacífica y nuestra sustentabilidad moral.

