

Apuntes sobre la vida privada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Carlos J. Zelada*
Eduardo Bertoni**

En el presente artículo los profesores Zelada y Bertoni realizan un minucioso e interesante estudio del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

* Carlos J. Zelada es profesor e investigador a tiempo completo del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico. También comparte la docencia a tiempo parcial en la Especialidad de Ciencia Política del Departamento Académico de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Sección de Postgrado en Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Zelada es abogado de nacionalidad peruana graduado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y *Master of Laws (LL.M.)* de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard. Ha sido becario de la Fundación Fulbright (2003-2004), de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (2001 y 2012) y del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo (2002). Entre 2004 y 2010 residió en Washington, D.C. donde fue especialista legal de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consultor de la sede regional de la Organización Mundial de la Salud y profesor adjunto de la Facultad de Derecho de George Washington University. Previamente fue asesor legal en distintas organizaciones no gubernamentales en el Perú y el extranjero.

** Eduardo Bertoni es director del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Previamente fue Director Ejecutivo de la Fundación para el Debido Proceso Legal, con sede en la ciudad de Washington, D.C. Entre 2002 y 2005 fue el Relator para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Bertoni es abogado de nacionalidad argentina, egresado de la Universidad de Buenos Aires, ex becario del Instituto de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia en Nueva York y del National Endowment for Democracy (NED) en Washington, D.C. Tiene una Maestría en Políticas Internacionales de George Washington University. Asimismo, es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha sido también asesor legal en varias organizaciones no gubernamentales en Argentina y el extranjero, así como asesor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina.

Apuntes sobre la vida privada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A diferencia de otras normas incluidas en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "Convención Americana"), el artículo 11, que lleva por nombre "Protección de la Honra y de la Dignidad", nos presenta un rostro versátil. Pero, ¿qué dice a la letra el artículo 11 de la Convención Americana? Va a continuación la transcripción:

«Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

Como anuncia su título, el artículo 11 de la Convención Americana se enfoca, por un lado, en el reconocimiento explícito de «que toda persona tiene derecho al respeto de su honra» y en la prohibición de «todo ataque ilegal contra la honra o reputación» de los individuos¹. De otra parte, la norma evoca también un contenido más amplio, uno que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte Interamericana") ha calificado como «no susceptible de definiciones exhaustivas»² y que enfatiza la protección de algunas de las dimensiones de la vida privada como el domicilio, la correspondencia y la sexualidad de los individuos.

El artículo 11 de la Convención Americana, entonces, no se refiere solamente a

¹ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 57. Es importante llamar la atención del lector respecto a que si bien la versión en español de la Convención Americana titula el artículo 11 como *Protección de la Honra y de la Dignidad*, la versión en inglés del mismo instrumento rotula contradictoriamente el artículo 11 como *Right to Privacy*.

² Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 129, y Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 119.

la protección de la honra o de la reputación³, sino que además consagra el derecho a la vida privada o intimidad⁴.

En este trabajo haremos una revisión de los criterios de interpretación elaborados desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana en torno al derecho a la vida privada o a la intimidad. No estudiaremos, al menos aquí, el alcance de los derechos a la honra y a la reputación.

La historia de la Corte Interamericana con el artículo 11 de la Convención Americana es todavía algo breve y disímil si se le compara con el desarrollo jurisprudencial que han tenido otros derechos en el marco de las opiniones consultivas y casos contenciosos decididos por el tribunal.

La primera vez que la Corte Interamericana declaró la violación del artículo 11

³ De acuerdo con Díez-Picazo y Gullón, en el contexto del Derecho Civil el derecho al honor comprende «el buen nombre y la fama o el prestigio, que es el honor entendido como trato recibido de los demás; pero comprende también un aspecto íntimo y personal consistente en la propia estimación por la persona de su propia dignidad; se la debe proteger contra ataque o vejaciones que, aunque sin poner en absoluto en peligro la fama o el buen nombre, signifiquen menosprecio». DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Sistema de Derecho Civil. 11ª edición. Volumen I. Madrid: Tecnos, 2003, página 344. En el mismo sentido, Espinoza puntualiza que el derecho al honor «es la situación jurídica en la que se reconoce a la persona en tanto un valor en sí misma y depositaria de una especial dignidad y frente a ello se la protege respecto de los juicios de valor que se puedan hacer de ella. El honor puede ser subjetivo (cuando el juicio de valor lo hace la propia persona), denominado también honra y objetivo (cuando el juicio de valor lo hace la colectividad), conocido además con el nombre de reputación». ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las Personas. 6ª edición. Tomo I. Lima: Grijley, 2012, página 486. Por su parte, en el caso *Tristán Donoso*, la Corte Interamericana ha indicado que el derecho a la honra «se relaciona con la estima y valía propia», mientras que la reputación «se refiere a la opinión que otros tienen de una persona». Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, *supra* nota 1, párr. 57.

⁴ De acuerdo con Díez-Picazo y Gullón, en el contexto del Derecho Civil el derecho a la intimidad implica que «[l]a persona tiene derecho a crear y mantener una esfera secreta o reservada, que debe ser protegida contra las intromisiones ajenas. Se ha descrito gráficamente como el derecho a colocar la esfera reservada de la persona lejos de los ojos y los oídos indiscretos y, al mismo tiempo, el derecho de impedir la divulgación, los hechos o vicisitudes que pertenezcan a ella. En el Derecho anglosajón se ha reconocido constantemente el *right of privacy*, como el derecho del individuo a una vida retirada y anónima». DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. Sistema de Derecho Civil, *supra* nota 3, páginas 344-345. En el mismo sentido, Espinoza describe a la intimidad como «una situación jurídica en la que se tutela el espacio individual y familiar de privacidad de la persona, conformados por experiencias pasadas, situaciones actuales, características físicas y psíquicas no ostensibles y, en general, todos aquellos datos que el individuo desea que no sean conocidos por los demás, porque de serlo, sin su consentimiento, le ocasionarían incomodidad y fastidio». ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las Personas, *supra* nota 3, página 526.

de la Convención Americana fue en 2004 con ocasión de su sentencia en el caso *Gómez Paquiyauri*⁵. En la decisión, relacionada con la tortura y ejecución extrajudicial de dos menores de edad que fueron luego presentados por las autoridades policiales peruanas como terroristas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Comisión Interamericana" o "CIDH") no había alegado ante el tribunal la violación del artículo 11 de la Convención Americana. Fueron más bien los representantes de las víctimas quienes sostuvieron su vulneración al señalar que la posterior estigmatización del nombre de los hermanos Gómez Paquiyauri había configurado «un ataque ilegal contra su honra y reputación» que además ocasionó «injerencias abusivas en el hogar y en la vida privada» de su familia⁶. En un brevísimo párrafo, la Corte Interamericana establecería así lo siguiente:

«En lo que respecta al artículo 11 de la Convención, está probado que las presuntas víctimas fueron tratadas como "terroristas", sometiéndolas a ellas y a su familia al odio, desprecio público, persecución y a la discriminación, por lo cual se ha conformado una violación del artículo 11 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la familia

⁵ Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

Es importante señalar, sin embargo, que la Corte Interamericana había realizado antes una breve referencia al artículo 11 al analizar el artículo 14 de la Convención Americana (Derecho de Rectificación o Respuesta) en la Opinión Consultiva OC-7/86. Véase: Corte IDH. *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 23. Posteriormente, con ocasión del caso *Cesti Hurtado*, el tribunal había declarado que la apertura de procesos judiciales no constituía, por sí misma, «una afectación ilegítima del honor o de la dignidad de la persona. El proceso sirve al objetivo de resolver una controversia, aunque ello pudiera acarrear, indirectamente, molestias para quienes se hallan sujetos al enjuiciamiento con los demás, o prácticamente inevitable que así sea de sostenerse otra cosa, quedaría excluida de plano la solución de los litigios por la vía contenciosa». Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 177.

⁶ Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, *supra* nota 5, párrs. 175 y 176. El alegato incluía además la indicación de la presunta violación del artículo 17 de la Convención Americana (Protección a la Familia) en perjuicio de los familiares de las presuntas víctimas. El tribunal, sin embargo, decidió no pronunciarse sobre la alegada vulneración del artículo 17. *Id.*, párr. 183. En su primer numeral, el artículo 17 de la Convención Americana (Protección a la Familia) señala que: «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado».

[Gómez Paquiyauri]»⁷.

Hasta allí llegó esa primera vez. Fue recién en 2006, con el caso de las *Masacres de Ituango*⁸, que la Corte Interamericana comenzó a desarrollar de una manera sistematizada el contenido y alcance del artículo 11 de la Convención Americana. Como veremos en este comentario, desde entonces se han añadido nueve decisiones en casos contenciosos que han involucrado la presunta vulneración de dicho artículo: una durante 2007 (*Escué Zapata*⁹), dos en 2009 (*Tristán Donoso*¹⁰ y *Escher y otros*¹¹), tres para 2010 (*Manuel Cepeda Vargas*¹², *Fernández Ortega y otros*¹³ y *Rosendo Cantú y otra*¹⁴), una en 2011 (*Fontevecchia y D'Amico*¹⁵) y, finalmente, dos para 2012 (*Atala Riffo y Niñas*¹⁶ y *Artavia Murillo y otros*¹⁷). Salvo las sentencias en *Gómez Paquiyauri* y *Manuel Cepeda Vargas*, un rasgo en común que comparten estos casos es que, al referirse al artículo 11 de la Convención Americana, el tribunal coloca un particular acento en el desarrollo del contenido del derecho a la vida privada.

En este comentario examinaremos los aspectos medulares de algunas de estas últimas decisiones. Para ello, las hemos agrupado en función a tres ejes

⁷ *Id.*, párr. 182.

⁸ Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

⁹ Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, *supra* nota 1.

¹¹ Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

¹² Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

¹³ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, *supra* nota 2.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, *supra* nota 2.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

¹⁶ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

temáticos: (1) Vida privada e inviolabilidad del domicilio, (2) Vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones, y (3) Vida privada y sexualidad. Por razones de espacio y metodología, en este trabajo no abordaremos el aporte de la CIDH sobre estos ejes. Tampoco analizaremos la particular relación de la vida privada y el derecho a la libertad de expresión, ni estudiaremos los alcances del derecho a la honra y a la reputación.

1. Vida privada e inviolabilidad de domicilio

La Corte Interamericana ha examinado la relación entre la vida privada y la violación del domicilio en tres sentencias: *Masacres de Ituango*, *Escué Zapata y Fernández Ortega y otros*. En las tres decisiones el tribunal afirmó que el derecho a la vida privada se encuentra «íntimamente ligado» al lugar donde se asienta el domicilio familiar¹⁸. De acuerdo con esta línea argumental, quienes pierden sus hogares también pierden el ámbito personal y geográfico donde desarrollan su vida privada. Por ello, el despojo temporal o permanente del domicilio no sólo vulnera el derecho al uso y disfrute de los bienes que allí se encuentran (es decir, vulnera el derecho a la propiedad de las víctimas), sino que además configura la pérdida de una de las condiciones básicas para la existencia de los seres humanos: su esfera íntima. Para la Corte Interamericana, el domicilio es un espacio “natural” de la vida privada.

En el caso de las *Masacres de Ituango*, relacionado con las actividades de grupos paramilitares colombianos que perpetraron sucesivas incursiones armadas y que asesinaron a su paso a civiles en estado de indefensión, la Corte Interamericana decidió analizar, entre otras, la posible violación del artículo 11.2 de la Convención Americana en relación con la destrucción de las viviendas de los pobladores del corregimiento “El Aro”. Un dato singular es que en el trámite del caso ni la Comisión Interamericana ni los representantes de las víctimas presentaron alegato alguno en relación a una presunta injerencia en el domicilio que pudiese configurar una violación del artículo 11 de la Convención

¹⁸ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango*, supra nota 8, párr. 194; Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, supra nota 9, párr. 95; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, supra nota 2, párr. 157.

En esa misma línea, es importante señalar que en su Voto Parcialmente Disidente en el caso *Yakye Axa*, el juez Abreu Burelli agregó lo siguiente: «La protección del artículo 11 (Protección de la Honra y Dignidad) de la Convención comprende el derecho de los miembros de los grupos étnicos y culturales a no sufrir injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, familiar y comunal, lo que implica la preservación de su cultura y el respeto a la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos». Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Voto Parcialmente Disidente del juez Abreu Burelli, párr. 26.

Americana.

En la sentencia, el tribunal, que ya había concluido párrafos atrás que existía una violación «de especial gravedad del derecho a la propiedad privada por la quema de los domicilios de los pobladores de El Aro»¹⁹, consideró necesario hacer, por vez primera, «algunas precisiones adicionales» sobre la inviolabilidad del domicilio y la vida privada desde la perspectiva del artículo 11.2 de la Convención Americana. La Corte Interamericana sostuvo así que:

«El artículo 11.2 de la Convención protege la vida privada y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas. Dicho artículo reconoce que existe un ámbito personal que debe estar a salvo de intromisiones por parte de extraños y que el honor personal y familiar, así como el domicilio, deben estar protegidos ante tales interferencias.

La Corte considera que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada»²⁰.

Un primer aspecto a destacar de los párrafos transcritos es la afirmación de que la violación del derecho a la vida privada puede provenir no sólo de injerencias arbitrarias por parte del Estado sino también de particulares. Un segundo aspecto esencial proviene de la base que la Corte Interamericana utiliza para justificar estas afirmaciones. Ante la falta de precedentes en sus propias decisiones, decide entonces sustentar sus consideraciones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que había «tratado el tema de la propiedad privada conjuntamente con el derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio, lo cual es garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos»²¹. Como veremos posteriormente, esta misma

¹⁹ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 8, párrs. 182 y 192.

²⁰ *Id.*, párrs. 193 y 194. El resaltado es nuestro.

²¹ *Id.*, párr. 195. El artículo 8 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convenio Europeo de Derechos Humanos (Derecho al respeto a la vida privada y familiar) establece lo siguiente:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que,

técnica es también utilizada por la Corte Interamericana para los casos relacionados con la vulneración de las comunicaciones telefónicas y de la libertad sexual.

Con base en los antecedentes del sistema regional europeo, la Corte Interamericana concluyó así que la destrucción de los domicilios de los habitantes de “El Aro” por parte de las fuerzas paramilitares, con la colaboración del ejército colombiano, así como de las posesiones que se encontraban en su interior, además de ser una violación del derecho al derecho de propiedad de las víctimas, constituían «una grave, injustificada y abusiva injerencia en su vida privada y domicilio»²². En palabras del tribunal:

«Las presuntas víctimas que perdieron sus hogares perdieron también el lugar donde desarrollaban su vida privada. Por lo anterior, el Tribunal considera que el Estado colombiano incumplió con la prohibición de llevar a cabo injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y el domicilio»²³.

Como puede apreciarse, en el caso de las *Masacres de Ituango*, las consideraciones sobre el artículo 11 de la Convención Americana, se realizan, por decirlo de algún modo, de manera accesoria o complementaria a las violaciones ya declaradas de otros derechos, en especial del derecho de propiedad. Esto parecería reforzar la idea de una particular (y saludable) interdependencia entre la vida privada y otros derechos consagrados en la Convención Americana. En el siguiente caso, *Escué Zapata*, la Corte Interamericana comienza a dibujar, empero, un perfil más independiente (y menos subordinado) de la inviolabilidad del domicilio.

En la sentencia del caso *Escué Zapata*, relacionada con la ejecución extrajudicial de un líder indígena a manos de miembros del ejército colombiano, el tribunal

en una sociedad democrática, sea necesaria para 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 derechos y las libertades de los demás.»

En esta decisión la Corte Interamericana hace referencia explícita a varias sentencias claves del tribunal regional europeo sobre la materia. Curiosamente, todas ellas fueron emitidas contra Turquía. Véase, en especial: *Ayder and Others v. Turkey*, no. 23656/94, § 119, 8 January 2004; *Bilgin v. Turkey*, no. 23819/94, § 108, 16 November 2000; y *Selçuk and Asker v. Turkey*, 24 April 1998, § 86, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II.

²² Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango*, *supra* nota 8, párr. 197.

²³ *Id.*

declaró la violación del artículo 11.2 de la Convención Americana a iniciativa de los representantes de las víctimas que habían señalado que «la violenta y arbitraria entrada al domicilio de Germán Escué y su familia constituyó violación del artículo 11.2 [...] de la Convención»²⁴.

En *Escué Zapata* la Corte Interamericana inicia sus consideraciones sobre el artículo 11 de la Convención Americana afirmando que éste incluye la protección del domicilio, de la vida familiar y de la correspondencia²⁵. El tribunal, ahondando más en la relación entre vida privada y domicilio, señalaría además que:

«La protección de la vida privada, la vida familiar y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada y la familiar se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada y la vida familiar»²⁶.

La Corte Interamericana consideró que la acción de los efectivos militares constituyó una injerencia arbitraria y abusiva en el domicilio familiar y declaró la violación del artículo 11.2 de la Convención Americana en relación con la obligación general de respeto del artículo 1.1 de la misma²⁷, en perjuicio de Germán Escué Zapata y de los familiares que en la época de los hechos vivían en su domicilio²⁸.

No debe perderse de vista que, en ese mismo caso, la Corte Interamericana subrayó también que el Estado no había investigado los hechos señalados, y

²⁴ Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, *supra* nota 9, párr. 88.

²⁵ *Id.*, párr. 91.

²⁶ *Id.*, párr. 95.

²⁷ El artículo 1.1 de la Convención Americana (Obligación de Respetar los Derechos) dispone que: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

²⁸ Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, *supra* nota 9, párr. 96.

que por ello se había incumplido además con el deber genérico de garantía respecto del artículo 11.2 contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana²⁹.

Finalmente, el último caso en el que la Corte Interamericana ha explorado la relación entre la vida privada y la inviolabilidad del domicilio es *Fernández Ortega y otros*. Aunque vamos a analizar dicha sentencia en la sección correspondiente a la libertad sexual, por el momento es importante subrayar que en dicho caso los representantes de las víctimas afirmaron que previamente a la agresión sexual contra Inés Fernández Ortega, miembros del ejército mexicano invadieron su domicilio arbitrariamente, por lo que solicitaron que se declare la violación del derecho a la vida privada contenido en el artículo 11.2 de la Convención Americana. De acuerdo con la Corte Interamericana:

«[E]l ingreso de efectivos militares en la casa de la señora Fernández Ortega sin autorización legal ni el consentimiento de sus habitantes, constituyó una injerencia arbitraria y abusiva en su domicilio familiar. Por tanto, la Corte concluye que se violó el derecho consagrado en el artículo 11.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Fernández Ortega [y de sus familiares]»³⁰.

2. Vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones

En 2009 la Corte Interamericana examinó por primera vez dos casos cuyo aspecto central era la presunta violación del artículo 11 de la Convención Americana. En ambas sentencias, el tema medular era la relación entre la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas.

En *Tristán Donoso* la CIDH alegó, entre otras, la responsabilidad estatal por la violación del derecho a la vida privada del abogado Santander Tristán Donoso dada la interceptación, grabación y divulgación de la conversación telefónica que había sostenido con uno de sus clientes, y por no identificar y sancionar a los responsables de dichos actos. Era la primera oportunidad en que la Corte Interamericana examinaba esta temática y el tribunal no desaprovechó la oportunidad para hacer algunas precisiones en cuanto a la inviolabilidad de las comunicaciones.

²⁹ *Id.*, párr. 97.

³⁰ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, *supra* nota 2, párr. 159. El resaltado es nuestro.

En la sentencia, la Corte Interamericana inició sus consideraciones sobre el artículo 11 de la Convención Americana reiterando los estándares ya establecidos en los casos de las *Masacres de Ituango* y *Escué Zapata*. Pero al hablar de cómo el derecho a la vida privada cubre aspectos tales como la convivencia familiar, el domicilio y la correspondencia, el tribunal afirmaría además que, aunque «las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada»³¹. Para sustentar esta afirmación, la Corte Interamericana acudió nuevamente a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³².

Pero quizás el aspecto más esencial del caso *Tristán Donoso* consiste en la afirmación por parte del tribunal en cuanto a que la verificación de la arbitrariedad de las injerencias sobre el derecho a la vida privada deba sujetarse a la aplicación previa del *test* de proporcionalidad. En palabras de la Corte Interamericana:

«El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática»³³.

Si bien la Corte Interamericana no encontró responsabilidad estatal por la interceptación y grabación de la conversación telefónica de Tristán Donoso con un cliente³⁴, el tribunal concluyó que el Estado sí había realizado una injerencia en su vida privada a través de su divulgación. Al analizar este extremo, la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente:

³¹ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, *supra* nota 1, párr. 55.

³² En la decisión se mencionan, entre otras: *Klass and Others v. Germany*, 6 September 1978, § 29, Series A no. 28; *Halford v. the United Kingdom*, 25 June 1997, § 44, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III; *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, § 44, ECHR 2000-II; y *Copland v. the United Kingdom*, no. 62617/00, § 41, ECHR 2007-I.

³³ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, *supra* nota 1, párr. 56. Resulta interesante que, en este caso, la Corte Interamericana “traduce” la frase «necesaria en una sociedad democrática» como la exigencia del *test* tripartito o de ponderación entre derechos.

³⁴ *Id.*, párr. 66.

«La Corte considera que la conversación telefónica entre el señor Adel Zayed y el señor Tristán Donoso era de carácter privado y ninguna de las dos personas consintió que fuera conocida por terceros. Más aún, dicha conversación, al ser realizada entre la presunta víctima y uno de sus clientes debería, incluso, contar con un mayor grado de protección por el secreto profesional.

La divulgación de la conversación telefónica por parte de un funcionario público implicó una injerencia en la vida privada del señor Tristán Donoso»³⁵.

Un aspecto que no debe pasar por alto de los párrafos antes transcritos es el reconocimiento que hace el tribunal en cuanto a la especial protección que gozan las conversaciones telefónicas entre un abogado y sus clientes.

Lo que a continuación realizó la Corte Interamericana fue examinar, a la luz del *test* de proporcionalidad, si dicha injerencia resultaba arbitraria o abusiva en los términos del artículo 11.2 de la Convención Americana. Para ello, debía examinarse si la restricción estaba prevista en ley, si perseguía un fin legítimo y si cumplía con los requisitos de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad³⁶. En el caso, el entonces Procurador General de la Nación había realizado dos divulgaciones de la conversación telefónica en cuestión. De acuerdo con la Corte Interamericana ninguna de éstas se hizo de acuerdo al procedimiento prescrito en las leyes panameñas:

«En el presente caso, si el ex Procurador consideraba que del contenido de la grabación se desprendía que la presunta víctima y el señor Adel Zayed estaban realizando actos preparatorios de un delito, como integrante del Ministerio Público era su obligación, incluso constitucional, realizar una denuncia con el fin de que se iniciara una investigación penal, conforme a los procedimientos legales previstos. La Corte estima que poner en conocimiento una conversación privada ante autoridades de la Iglesia Católica porque en ella se menciona un “monseñor” no es el procedimiento previsto para prevenir las alegadas conductas delictivas. De igual manera, la divulgación de la grabación a ciertos directivos del Colegio Nacional de Abogados tampoco constituye el procedimiento que la legislación panameña establece ante una eventual falta a la ética de los abogados. En este caso, el ex Procurador debió interponer la

³⁵ *Id.*, párrs. 75 y 76

³⁶ *Id.*, párrs. 56 y 76.

denuncia ante el Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados, el cual debía revisar si los hechos denunciados se encuadraban en alguna de las faltas de ética previstas en el Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado. Por lo expuesto, la Corte concluye que la forma en que se realizó la divulgación de la conversación telefónica en el presente caso no estaba basada en la ley»³⁷.

La Corte Interamericana consideró que la divulgación de la conversación telefónica ante autoridades de la Iglesia Católica y algunos directivos del Colegio Nacional de Abogados ni siquiera estaba permitida por la ley panameña. Por ello, el hecho configuró una injerencia arbitraria violatoria del derecho a la vida privada de Tristán Donoso consagrado en el artículo 11.2 de la Convención Americana³⁸.

Ese mismo año, la Corte Interamericana también emitió la sentencia *Escher y otros*. En el caso, la Comisión Interamericana alegó la violación del derecho a la vida privada de las presuntas víctimas al atribuir al Estado la responsabilidad por la interceptación, grabación y divulgación de una serie de conversaciones telefónicas.

Escher y otros reafirma los estándares establecidos en *Tristán Donoso* en cuanto al artículo 11 de la Convención Americana, en especial el relacionado con la aplicación del *test* de proporcionalidad para la determinación de la arbitrariedad de las injerencias en la vida privada. Pero *Escher y otros* es particularmente importante porque realiza algunas precisiones adicionales no discutidas en *Tristán Donoso* en torno a la privacidad del ámbito de las comunicaciones telefónicas. Por ejemplo, en la decisión se establece que la esencia de la protección de esta forma comunicativa radica en la posibilidad de exclusión de terceros del conocimiento de su contenido. De acuerdo con el tribunal:

«El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. De ese modo, el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese

³⁷ *Id.*, párr. 81.

³⁸ *Id.*, párr. 83.

contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación.

La fluidez informativa que existe hoy en día coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente. Este progreso, en especial cuando se trata de interceptaciones y grabaciones telefónicas, no significa que las personas deban quedar en una situación de vulnerabilidad frente al Estado o a los particulares. De allí que el Estado debe asumir un compromiso, aún mayor, con el fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada»³⁹.

En *Escher y otros* la Corte Interamericana consideró demostrado que las conversaciones telefónicas de las víctimas fueron interceptadas, grabadas y divulgadas por agentes estatales pese a su carácter privado y que dichas personas no autorizaron que su contenido fuera conocido por terceros. En otras palabras, consideró que se había configurado una injerencia en sus vidas privadas⁴⁰. A fin de examinar si la injerencia era arbitraria, el tribunal aplicó el *test* de proporcionalidad tanto para el ámbito de la interceptación y la grabación como para la temática de la divulgación de dichas conversaciones. El tribunal consideró que la interceptación, la grabación y la divulgación de las conversaciones telefónicas objeto del caso no cumplieron con lo previsto en la propia ley brasilera, por lo que concluyó que, al no cumplir con el requisito de

³⁹ Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*, *supra* nota 11, párrs. 114 y 115. El resaltado es nuestro.

⁴⁰ *Id.*, párr. 129.

legalidad impuesto por el *test*, el Estado violó el derecho a la vida privada reconocido en la Convención Americana en perjuicio de las víctimas⁴¹.

3. Vida privada y sexualidad

Quizás el aspecto más innovador de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en torno al artículo 11 se encuentra en la relación que se ha establecido entre la vida privada y los casos de vulneración de la libertad sexual. El tribunal tuvo la oportunidad de examinar esta cuestión en dos sentencias decididas sucesivamente en agosto de 2010 contra México: *Fernández Ortega y otros y Rosendo Cantú y otra*⁴².

En cada uno de estos casos, relacionado con la violación de la integridad sexual que padecieron dos mujeres indígenas por parte de agentes estatales que realizaban operativos militares en el estado de Guerrero en México, la Corte Interamericana tenía como principal reto el examinar la credibilidad de las narraciones de violencia sexual teniendo en cuenta la imprecisión de las circunstancias específicas de los relatos de sus víctimas.

Una cuestión interesante a resaltar se encuentra en que, en ambos casos, la formulación de la violación del artículo 11 se encuentra desarrollada de manera conjunta a la violación del artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal)⁴³ de la Convención Americana, de los artículos 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁴⁴, y del artículo 7 de la de

⁴¹ *Id.*, párrs. 146 y 164. Curiosamente, para el caso de las interceptaciones, la Corte Interamericana declaró "a secas" la violación del artículo 11 de la Convención Americana; mientras que, en el caso de la divulgación de las conversaciones, prefirió más bien declarar la violación de los artículos 11.1 y 11.2 del mismo instrumento.

⁴² Al respecto, conviene revisar: ZELADA, Carlos J. y Diego A. Mauricio OCAMPO ACUÑA. *La feminización de los estándares de prueba sobre violación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: Derecho en Libertad. Revista de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey. Año 4 No. 9 (Julio - Diciembre 2012), páginas 162-166.

⁴³ El artículo 5 de la Convención Americana dispone, en lo pertinente, que:
«1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano».

⁴⁴ La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establece, *inter alia*:
«Artículo 1.
Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.

la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante, "Convención de Belém do Pará")⁴⁵. Aquí, nuevamente, el tribunal retorna a sus formulaciones iniciales en cuanto a la particular interdependencia de la vida privada con otros derechos humanos; en este caso, en el contexto de las vulneraciones a la integridad personal que importan la falta de consentimiento.

Ambas decisiones son muy importantes por la utilización que en ellas se realiza del marco de la Convención de Belém do Pará. En ambos supuestos, y antes de realizar sus consideraciones en torno a la vida privada, el tribunal ya había concluido que las víctimas sufrieron episodios de violencia sexual cometidos por agentes estatales que constituyeron actos de tortura. Es importante destacar que la Corte Interamericana no se había pronunciado sobre las disposiciones de la Convención de Belém Do Pará sino hasta el caso del *Penal Miguel Castro Castro*⁴⁶, pese a que con anterioridad fueron alegados diversos actos de violencia sexual en algunos casos contenciosos ante el mismo (por ejemplo, los

Artículo 2.

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Artículo 6.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad».

⁴⁵ El artículo 7.a y b de la Convención de Belém do Pará dispone, en lo pertinente que:
«Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:
a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación[, y]
b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer [...]».

⁴⁶ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

casos *Caballero Santana y Delgado*⁴⁷ y *Loayza Tamayo*⁴⁸). Es por lo menos curioso que, con la salvedad de dos casos venezolanos sobre libertad de expresión, la Corte Interamericana haya aplicado la Convención de Belém do Pará sólo respecto de actos de violencia sexual⁴⁹. Pero ésta era la primera vez en que además se hacía una conexión entre la libertad sexual y el artículo 11 de la Convención Americana⁵⁰.

Ahora bien, en cuanto a la relación entre la vida privada y la sexualidad, el tribunal estableció que en el marco de la Convención Americana existe un derecho a tomar libremente decisiones respecto a las relaciones sexuales. En palabras de la Corte Interamericana:

«[E]l concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. La Corte considera que la violación sexual de [...] vulneró valores y aspectos esenciales de su vida privada, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas»⁵¹.

Nuevamente, esta formulación toma como base la jurisprudencia del sistema regional europeo de protección de los derechos humanos, pero además la del Tribunal Penal Especial para la Ex Yugoslavia⁵².

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia*. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22, párr. 36.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párrs. 274-276; Corte IDH. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párrs. 288-290.

⁵⁰ ZELADA, Carlos J. y Diego A. Mauricio OCAMPO ACUÑA. *La feminización de los estándares de prueba sobre violación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, supra* nota 42, páginas 147-148.

⁵¹ Corte I.D.H., *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, supra* nota 2, párr. 129; Corte I.D.H., *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, supra* nota 2, párr. 119.

⁵² Véase: *Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, § 29, Series A no. 251-B; *Peck v. the United Kingdom*, no. 44647/98, § 57, ECHR 2003-I; *M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, §

La Corte Interamericana concluyó así en ambos casos que el Estado mexicano era responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.2, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 del mismo tratado y 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención de Belém Do Pará⁵³.

Un aspecto interesante de estas decisiones es que se comienza a dibujar la posibilidad de establecer, desde la vida privada, una relación entre los denominados "derechos sexuales y reproductivos" y el artículo 11 de la Convención Americana.

¿Podrá ésta ser además una futura veta para la discusión de futuros casos relacionados con la identidad de género⁵⁴ y la orientación sexual⁵⁵? Recientemente, la Corte Interamericana nos ha brindado sus primeras líneas tejiendo esta relación.

En el caso *Atala Riffo y Niñas*, donde se declaró la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación⁵⁶ en perjuicio de Karen Atala, una jueza chilena a la que se le había retirado judicialmente la custodia de sus (para entonces)

150, ECHR 2003-XII; e ICTY. *Case of Mucicet. al. "Celebici Camp"*. Judgment of November 16, 1998. Case No. IT-96-21-T, para. 492.

⁵³ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, *supra* nota 2, párr. 131; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, *supra* nota 2, párr. 121.

⁵⁴ La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

⁵⁵ La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

⁵⁶ Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana. El artículo 24 de la Convención Americana (Igualdad ante la Ley) establece que: «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley». Como se aprecia de la lectura del texto del artículo 1.1 de la Convención Americana, éste no incluye explícitamente la orientación sexual o la identidad de género. Véase *supra* nota 27.

tres menores hijas con base en argumentos relacionados con su orientación sexual, el tribunal señaló lo siguiente:

«Al respecto, la Corte resalta que la orientación sexual de la señora Atala hace parte de su vida privada, de manera que no era posible realizar una injerencia en la misma sin que se cumplieran los requisitos de “idoneidad, necesidad y proporcionalidad”»⁵⁷.

«El Tribunal constata que durante el proceso de tuición, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala [...], se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad»⁵⁸.

Para la Corte Interamericana, entonces, la orientación sexual comporta elementos esenciales del derecho a la vida privada de los individuos. El tribunal realiza así una trascendental afirmación para la consolidación en el sistema interamericano de un marco de respeto y garantía de la expresión sexual diversa (o “no tradicional” o “hegemónica”).

Previamente en la misma sentencia, la Corte Interamericana ya había afirmado que la orientación sexual y la identidad de género constituían categorías de discriminación “sospechosas” o prohibidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana, y que, por tanto, una vez establecida la existencia de una diferencia de trato fundada en alguno de dichos criterios, corresponde más bien al Estado demostrar que aquélla no constituye una forma de discriminación. En palabras del tribunal:

«[L]a Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, *supra* nota 16, párr. 165. Nuevamente debe destacarse la insistencia de la Corte Interamericana en la aplicación del *test* tripartito como requisito de toda intervención legítima sobre los derechos humanos.

⁵⁸ *Id.*, párr. 167.

su orientación sexual»⁵⁹.

En el caso, los tribunales chilenos, alegando la protección del interés superior de las niñas, sostuvieron que la orientación sexual y la convivencia de Karen Atala con su pareja del mismo sexo las podría impactar negativamente de manera tal que se justificaba que la patria potestad de las menores fuera entregada provisionalmente al padre. Sin embargo, la Corte Interamericana encontró en su análisis que el Estado nunca pudo demostrar que el fundamento de sus decisiones no se basara en consideraciones prejuiciosas que llevaran a una «exposición y escrutinio» indebidos de la orientación sexual –y por ende, de la vida privada- de la víctima⁶⁰. En palabras del tribunal: «una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño»⁶¹.

De acuerdo con la Corte Interamericana además, la sola referencia a dicho fin, «sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no podía servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona»⁶². En efecto, para el tribunal no resultaban admisibles «las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños»⁶³.

Bajo este nuevo estándar, el margen de apreciación de los Estados, cuando hablamos de la orientación sexual o de cualquier categoría sospechosa o

⁵⁹ *Id.*, párr. 91. El resaltado es nuestro. Llamamos la atención del lector en cuanto a que los párrafos 87 a 89 de la decisión en *Atala Riffo y Niñas* hacen una interesante enumeración de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que han calificado la orientación sexual como parte de las categorías prohibidas por el principio de no discriminación.

⁶⁰ *Id.*, párr. 166.

⁶¹ *Id.*, párr. 111.

⁶² *Id.*, párr. 110.

⁶³ *Id.*, párr. 111.

prohibida por la Convención Americana –como también lo es la identidad de género-, se reduce considerablemente y requiere entonces de la aplicación de un escrutinio altamente estricto por parte de la judicatura, es decir, de un *test* de proporcionalidad que examine la “necesidad imperiosa” de realizar tal distinción.

En esta misma línea, estamos convencidos que la vida privada incluye además el respeto al libre desarrollo de la personalidad, es decir, la tutela del derecho a la autodeterminación de los aspectos esenciales que construyen la identidad del individuo, como por ejemplo, su sexualidad. Por ello, la vida privada, y por ende, el artículo 11.2 de la Convención Americana, garantizarían también que los individuos tengan la posibilidad de explicitar los afectos y relaciones que se toman bajo tales autodeterminaciones, las mismas que no pueden—ni deben—quedar confinadas al espacio o esfera más íntima.

La reciente sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Artavio Murillo*, en la cual se analiza la compatibilidad de la Convención Americana con la prohibición absoluta de la legislación costarricense de practicar la técnica de fecundación *in vitro*, refuerza nuestra posición:

«La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad»⁶⁴.

La consecuencia práctica de esta nueva dimensión obliga a rechazar no sólo las normas jurídicas que penalizan o patologizan la sexualidad diversa –por ejemplo, la expresión homosexual y la identidad “trans”- sino que además garantiza el respeto de las expresiones públicas de afecto de los individuos al margen de su orientación o género. El reconocimiento de la orientación sexual y

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*, supra nota 17, párr. 143. El resaltado es nuestro.

la identidad de género como categorías sospechosas en el marco de la Convención Americana permite además garantizar que estas expresiones puedan manifestarse sobre todo externamente, ante los ojos de la sociedad, como parte del proyecto de vida de todo ser humano. El mismo tipo análisis se puede aplicar para el caso de los individuos y parejas infértiles que no puedan acceder a tratamientos alternativos para formar una familia.

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana ha sostenido que, en el marco del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, constituyen discursos “especialmente protegidos” las expresiones de los elementos constitutivos de la identidad personal o de la dignidad, tales como la sexualidad, y más específicamente, la orientación sexual y la identidad de género. Y si bien todas las formas de expresión están, en principio, protegidas por la libertad consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, estos “discursos” reciben una protección especial por su importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia. En palabras de la CIDH:

«[P]or su estrecha relación con la dignidad, la libertad y la igualdad de todos los seres humanos, en esta categoría de discursos especialmente protegidos se encuentran aquellos que expresan la propia orientación sexual y la identidad de género. A este respecto, cabe recordar que la Resolución 2435/08 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, marcó un hito a nivel internacional en la materia»⁶⁵.

Tampoco debe de olvidarse que la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población, dado que así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad

⁶⁵ CIDH. Informe Anual 2008. Volumen III: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III, párr. 51. De hecho, el 8 de noviembre de 2013 la CIDH decidió crear una Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (en adelante, “LGTBI”) con el propósito de dar atención especializada al trabajo de promoción y protección de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. Dicha relatoría iniciará sus funciones el 1 de febrero de 2014 y dará continuidad a la labor de la Unidad para los Derechos de las Personas LGBTI de la CIDH creada en 2012.

democrática⁶⁶. En este sentido, se ha señalado la especial importancia que tiene proteger la libertad de expresión «en lo que se refiere a las opiniones minoritarias, incluyendo aquellas que ofenden, resultan chocantes o perturban a la mayoría», enfatizándose que las restricciones a la libertad de expresión «no deben “perpetuar los prejuicios ni fomentar la intolerancia”»⁶⁷.

Por otra parte, no debe pasarse por alto que cuando se declararon las vulneraciones de los derechos humanos en el marco del proceso de patria potestad del caso *Atala Riffo y Niñas*, el tribunal decidió analizar las vulneraciones a la prohibición de la discriminación en el marco del derecho a la vida privada, el derecho a la vida familiar, los derechos de la niñez y el derecho a ser oído en el proceso judicial de tuición. Es decir, una misma serie de ilícitos se miró de manera interdependiente para dar un sentido más adecuado a la vulneración principal. Lo mismo ocurrió en *Artavia Murillo*, donde la Corte Interamericana analizó las vulneraciones al principio de no discriminación en conexión con la vida privada, el derecho a la integridad personal y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico.

Ahora bien, en *Atala Riffo y Niñas* el Poder Judicial chileno también había iniciado una investigación disciplinaria en contra de la jueza en el que se indagó respecto de su orientación sexual con el objeto de proteger la “imagen” de dicha institución⁶⁸. En la línea de su anterior razonamiento, el tribunal afirmaría que «la orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual»⁶⁹.

Un último aspecto a destacar en cuanto al alcance de estas dos decisiones es la interacción que el tribunal propone entre el derecho a la vida privada y el

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 113; Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros Vs. Chile)*. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69.

⁶⁷ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. «Título III: La Convención protege y promueve un amplio concepto de libertad de expresión para preservar la existencia de las sociedades democráticas en los estados miembros de la OEA».

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, *supra* nota 16, párr. 221.

⁶⁹ *Id.*

derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana⁷⁰.

Para la Corte Interamericana, el resultado de las decisiones de los tribunales chilenos en el juicio por tuición acarrió la separación indebida de la familia que habían constituido Karen Atala, su pareja y las niñas. Ello, para el tribunal, configuró a su vez otra interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar de Karen Atala y sus hijas. En palabras de la Corte Interamericana, «la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello puede tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención»⁷¹.

De la mano con esta postura, en *Artavia Murillo* la Corte Interamericana ha señalado que, en nuestro sistema regional, el fortalecimiento del núcleo familiar en el marco de la vida privada incluye «la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico»⁷², lo cual guarda a su vez una estrecha relación con: «i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho»⁷³.

Quién sabe, la utilización del artículo 11 de la mano de los artículos 17 y 24 –y también del artículo 13- de la Convención Americana pueda pronto convertirse en el inicio de formulaciones mucho más avanzadas relacionadas a favor de grupos históricamente discriminados, muy al estilo del sistema regional europeo⁷⁴.

⁷⁰ Véase *supra* nota 6.

⁷¹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, *supra* nota 16, párr. 175.

⁷² Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*, *supra* nota 19, párr. 143.

⁷³ *Id.*, párr. 146.

⁷⁴ En este punto conviene revisar las fichas técnicas o *factsheets* que publica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cada cierto tiempo en función al avance de su jurisprudencia contenciosa. Recomendamos revisar la ficha técnica sobre discriminación, en especial la que rotula los temas siguientes: *Gender Identity, Homosexuality: criminal aspects* y *Sexual Orientation*. Todos se encuentran disponibles en inglés en el enlace siguiente: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=>.