

# El derecho a la publicidad

Kenji Yoshino \*

## I

Debido a que es notoriamente difícil definir la privacidad<sup>1</sup>, no debe sorprendernos que nos sintamos cómodos al distinguirla de la publicidad. Si hay algo que podemos afirmar con certeza sobre la primera, es que no es publicidad. En realidad, la palabra “privado” deriva de la raíz latina *privatus* que significa “apartado de la vida pública”<sup>2</sup>. Este trabajo afirmará que si escrutamos la justificación del derecho a la privacidad, este aparece ocupando, con respecto al derecho a la publicidad, no sólo una relación de oposición sino también complementaria. Porque tal escrutinio revela que la justificación dominante de la privacidad es la decisión autónoma sobre los asuntos privados. Preservar esa autonomía significa que un individuo no sólo debe tener el derecho a mantener ciertas cosas en privado sino también a hacerlas públicas.

El razonamiento consta de cuatro partes. En primer lugar, luego de examinar varias justificaciones del derecho a la privacidad, demuestro que la intimidad de la decisión autónoma dominante. En segundo lugar, compruebo que esta justificación es mayor que el derecho que defiende, dado que este tipo de decisión garantiza lógicamente no sólo el derecho a la privacidad sino también el derecho a la publicidad. Desafío, en tercer lugar, desde posturas puramente lógicas y prácticas la idea de que un derecho de esta naturaleza no se contrapone con el derecho a la publicidad garantizado en la Primera Enmienda. De esta manera afirmo que debemos caracterizar nuevamente el derecho a la privacidad como un derecho a la intimidad de la decisión autónoma que abarca tanto el derecho a la publicidad como el derecho a la privacidad. Finalmente, concluyo con un ejemplo concreto. En otras palabras, utilizo como ejemplo el trato brindado a los homosexuales por las fuerzas militares de Estados Unidos para demostrar el problema que existe con la actual jurisprudencia y los beneficios que se derivan de la reconstrucción que de ella efectúo.

## II

Se puede llegar a defender el derecho a la privacidad, por lo menos, desde tres teorías: la teoría zonal, la teoría relacional y la teoría de la decisión<sup>3</sup>. La

---

\* Abogado, Associate Professor of Law Yale Law School. B.A., Harvard, 1991; M.Sc. Oxford, 1993; J.D., Yale, 1996.

1. Jed Rubenfeld, “The Right of Privacy”, 102 *Harvard Law Review*, 737, 1989. “No obstante la importancia (del derecho a la privacidad) y la atención que ha recibido, existe muy poco consenso en cuáles son las preguntas que comprenden su campo de acción y origen.

2. 12 *Diccionario Inglés de Oxford* 515, J.A. Simpson & E.S.C. Weiner eds., 2d ed., 1989. La palabra pública deriva de la palabra latina *publicus*, que significa “gente” 12 *id.* en 778.

3. Sigo la discusión propuesta por Dendall Thomas sobre estas tres justificaciones de la privacidad. Ver Kendall Thomas, “Beyond the Privacy Principle”, 92 *Columbia Law Review*, páginas 1443-48, 1992.

privacidad zonal protege el espacio físico del individuo. Este puede ser el espacio delimitado por su propia piel, como queda claro en la prescripción de la Cuarta Enmienda cuando se trata de ciertas búsquedas de la persona<sup>4</sup>. Expresado de una manera más obvia, la privacidad zonal protege espacios que crea el individuo alrededor de su persona misma, como por ejemplo, el hogar. La Corte Suprema ha afirmado que la privacidad del debido proceso surge, en parte, de la “prohibición de encuartelar soldados ‘en cualquier hogar’”<sup>5</sup> de la Tercera Enmienda y la protección propuesta por la Cuarta Enmienda de los “hogares” contra búsquedas y embargos<sup>6</sup> que no sean razonables. Estos lugares físicos son espacios sobre los cuales el individuo ejerce su dominio. De esta manera, cuando se afirma que “el hogar de un hombre es su castillo”<sup>7</sup> se da a entender que allí no reina el Estado<sup>8</sup>.

Por el contrario, la justificación relacional no se preocupa por la arquitectura del espacio físico sino que, en su lugar, se concentra en las relaciones íntimas. El Juez White articuló esta teoría en el caso *Bowers v. Hardwick*<sup>9</sup>, que decidió que la privacidad del debido proceso no protegió el derecho a involucrarse en conductas de sodomía sexual. El Juez White defendió esta decisión al mantener su afirmación de que por lo menos dentro del contexto de la Cuarta Enmienda, la teoría de la privacidad zonal reposaba en un fundamento incierto<sup>10</sup>. De la misma manera, notó que existían varias proscipciones- como aquellas que se esgrimen por el consumo de drogas o relaciones incestuosas- que no se suspendían cuando los actos prohibidos se desarrollaban dentro de la caja negra del hogar<sup>11</sup>. Pero según White, lo que realmente molestó el derecho a la privacidad fue la intimidad de ciertas relaciones humanas. Según su postura, los casos precedentes sobre privacidad -incluyendo *Pierce v. Society of Sisters*<sup>12</sup>, *Loving v. Virginia*<sup>13</sup>, *Griswold v. Connecticut*<sup>14</sup>, *Eisenstadt v. Baird*<sup>15</sup> y *Roe v. Wade*<sup>16</sup> - trataban cuestiones de “familia, matrimonio o procreación”<sup>17</sup>.

---

4. Ver, por ejemplo, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484 (1965) (aduciendo la protección de personas provista por la Cuarta Enmienda contra la búsqueda y el embargo como bases para el derecho a la privacidad).

5. *Idem* (Citando la Constitución de Estados Unidos, enmienda III).

6. *Idem*. (Citando la Constitución de Estados Unidos, enmienda IV).

7. *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49, 66 (1973).

8. Para ver otras definiciones sobre privacidad zonal, ver por ejemplo, *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 564 (1969) (aclarando que, dentro del contexto de la Primera Enmienda, el derecho a recibir información “toma una dimensión adicional” cuando involucra la posesión de documentos impresos “dentro de la privacidad del hogar de una persona”); *Griswold*, 381 U.S. 485 (describiendo a las “habitaciones maritales” como “recintos sagrados” dentro del contexto de la Catorceava Enmienda).

9. 478 U.S. 186 (1986).

10. Ver *idem* en 195.

11. Ver *idem* en 195-96.

12. 268 U.S. 510 (1925) (derogando una ley que obligaba a los estudiantes a asistir a escuelas públicas en lugar de privadas).

13. 388 U.S. (1967) (derogando una ley cruzamiento).

14. 381 U.S. 479 (1965) (derogando una ley que impedía la utilización de anticonceptivos a personas casadas).

15. 405 U.S. 438 (1972) (derogando una ley que impedía la utilización de anticonceptivos a personas no casadas).

16. 410 U.S. 113 (1973) (derogando una ley que penaba el aborto).

17. “*Bowers*”, 478 U.S. 191.

Una tercera teoría de la privacidad se relaciona con la intimidad de la decisión autónoma. Esta teoría sostiene que los individuos tienen un especial “interés en tomar ciertos tipos de decisiones íntimas de manera independiente”<sup>18</sup>. Teniendo en cuenta que nunca llegamos a ser más que los co- autores de nuestras propias vidas, en ciertas áreas, tenemos el derecho a no colaborar con el estado en ese proyecto propio. De esta manera, y tal como la Corte lo resolvió en el caso *Eisenstadt*, “si el derecho de privacidad tiene algún significado, tal es el derecho que tiene el individuo, cualquiera que sea su estado civil, a ser libre de una intrusión gubernamental en materias que afectan fundamentalmente a la persona (como, por ejemplo, la decisión de mantener o engendrar un hijo)”<sup>19</sup>.

Estos tres ramales -espacio, relación, y opción- se suelen presentar como iguales. Sin embargo, un examen más cercano nos revela que no es este el caso. Cuando examinamos cuidadosamente la privacidad zonal o relacional, son reducibles, en último caso, a la decisión de la privacidad. La razón por la cual se deja libre el espacio a una persona es para que ella pueda escoger libremente dentro del mismo; la razón por la cual la esfera relacional de una persona se separa del estado es para que sea ella misma decida cómo y de qué manera desarrollará sus relaciones. El Juez Blackmun utilizó estos dos argumentos en su disenso en *Bowers*. Desafió la concepción puramente zonal de la privacidad al afirmar “aun cuando lo que entendemos sobre los contornos del derecho a la privacidad depende de una referencia de lugar, la esencia de una violación de la Cuarta Enmienda no es la de la ruptura de la puerta de una persona sino la invasión de su derecho inquebrantable a (...) la libertad personal”<sup>20</sup>. Aunque con un argumento más complicado, el Juez Blackmun logra presentar una concepción de la privacidad puramente relacional. Si se reconoce que los precedentes de privacidad podrían “ser caracterizados por su conexión con la protección de la familia”<sup>21</sup>, afirmó que tales derechos están protegidos “no debido a que contribuyen, de alguna manera directa y material, al bienestar del público en general, sino porque son parte central de la vida de la persona”<sup>22</sup>. En otras palabras, la privacidad no protege relaciones íntimas como tales, o como bienes materiales comunes sino como elementos constitutivos del ser. Al proceder de esta manera, “la privacidad abarca el hecho moral de que una persona pertenece a sí misma y no a otros ni a la sociedad en su conjunto”<sup>23</sup>. Este “hecho moral” de la autonomía se refleja y refuerza con las decisiones individuales de la persona como, por ejemplo, “la decisión de contraer matrimonio o no”<sup>24</sup> o su “decisión de tener un hijo o no”<sup>25</sup>. Es por ello que, detrás de cualquier definición

---

18. *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589, 599-600 (1977); ver también *Bowers*, 478 U.S. en 204 (Blackmun, J., disiente) (haciendo notar que la Corte “ha reconocido que existen ciertas decisiones que el individuo un particular tiene un interés particular en efectuar con respecto a su privacidad).

19. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 453 (1972).

20. *Bowers*, 478 U.S. 206 (Blackmun, J. en disenso) (se omiten las notas y citas internas).

21. *Idem* en 204.

22. *Idem*

23. *Idem* (se omiten las notas y citas internas).

24. *Idem* en 204-05.

25. *Idem* en 205.

sobre privacidad se encuentra el derecho a escoger. La raíz teórica de la privacidad es una teoría sobre la intimidad de la decisión autónoma<sup>26</sup>.

Lo que diferencia estas teorías no es que descansen sobre la autonomía sino los medios por los cuales limitan esa autonomía. Es claro que no todas las decisiones tomadas por un individuo pueden estar absolutamente liberadas de la intervención estatal. El interés de una persona en escoger su estilo de vida está siempre circunscripto al interés de la comunidad que podría llegar a sufrir daños por las decisiones de esta persona. Resulta difícil poder afirmar dónde reside la circunferencia de la protección de la decisión personal. Es posible contar con medios intuitivos que limiten las habilidades individuales de escoger libremente si se esboza un círculo espacial o relacional alrededor del derecho a elegir. Sin embargo, es necesario comprender que tales círculos espaciales y relacionales representan el círculo íntimo en el cual el interés del individuo valora los intereses de la comunidad.

En otras palabras, mientras las tres teorías esbozadas sobre la privacidad son teorías justificativas de la decisión, no todas representan la misma teoría de la decisión. Se las podría enunciar de la siguiente manera: (a) una teoría de la decisión circunscripta por el espacio; (b) una teoría de la decisión circunscripta por las relaciones; y (c) una teoría de la decisión circunscripta por lo “íntimo”<sup>27</sup>, lo “importante”<sup>28</sup>, o lo “fundamental”<sup>29</sup>. La opción entre las dos primeras y la tercera es una opción entre las limitaciones más concretas (pero también más crudas) de espacio y relacionales y la limitación más abstracta (pero también más sutil) de intimidad. Debido a que creo que la representación de espacio y relaciones es demasiado ofensiva de los principios morales, empleo la restricción de intimidad caracterizando el derecho a la privacidad desde la justificación de la teoría de la intimidad de la decisión autónoma.

### III

Sin embargo, si la decisión autónoma sobre los asuntos privados es el principio dominante sobre el que reposa el derecho a la privacidad, su

---

26. En este sentido, podríamos invertir la prioridad canónica de *Griswold y Eisenstadt*. La sabiduría convencional privilegia a *Griswold* sobre *Eisenstadt* sobre la base de que *Griswold* fue quien primero consagró el derecho a usar anticonceptivos mientras que *Eisenstadt* extendió solamente ese derecho a las personas no casadas. Sin embargo, al efectuar tal extensión se forzó a *Eisenstadt* a que vaya más allá de la teoría relacional de la privacidad de *Griswold* para justificar el derecho en la teoría de la decisión autónoma íntima. Al hacerlo, ubicó al derecho a la privacidad en bases teóricas firmes. Agradezco a Bruce Ackerman por haberme ayudado a ver este punto.

27. Ver, por ejemplo, *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747, 772 (1986) (donde se protegió la decisión de terminar con el embarazo porque “existen muy pocas decisiones que son más personales e íntimas” o más “correctamente privadas”; *Bowers*, 478 U.S. 199-200 (Blackmun, J., en disenso) (“Si el derecho a la privacidad comprende cualquier cosa, significa que antes de que el estado de Georgia enjuicie a sus ciudadanos por haber éstos tomado decisiones sobre los aspectos más íntimos de sus vidas, debe hacer mucho más que afirmar que la decisión que han tomado representa un crimen abominable que no puede ser citado entre Cristianos.”) (se omiten las notas y citas internas).

28. Ver, por ejemplo, *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589, 599-600 (1977) (donde describe a la privacidad como protectora de “cierto tipo de decisiones importantes”).

29. Ver, por ejemplo, *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 453 (1972) (donde describe a la privacidad como algunas cuestiones (...) que afectan fundamentalmente a una persona”).

justificación es mayor que el derecho mismo. Esto se debe a que el estado puede reducir la decisión autónoma del individuo no solo compeliéndolo a actuar públicamente, sino también dentro del ámbito privado. Si se toma en serio la autonomía racional, ésta debería proteger a un individuo contra el estado cuando éste último interfiere en el derecho íntimo de ese individuo de tomar sus propias decisiones, ya sea que la decisión se trate de mantener algo en privado o bien, hacerlo público. El derecho se ha formulado como derecho a la privacidad en lugar de verlo como un derecho íntimo de decisión autónoma. De esta manera, sólo protege contra la publicidad obligatoria y no contra la privada. Cuando el estado obliga a la privacidad poniendo en cuarentena a las víctimas de una enfermedad contagiosa en resguardo de la salud pública<sup>30</sup>, internando a los japoneses- americanos aduciendo una situación de emergencia nacional<sup>31</sup>, o escondiendo a los homosexuales en nombre de la cohesión y unidad militar<sup>32</sup>, el derecho actual a la privacidad no ofrece reparación alguna. Lo que protege en estos casos ya ha sido garantizado por el estado. El estado no puede comprender el daño emergente cuando este no sólo garantiza sino también exige la privacidad.

De esta manera, se puede afirmar que el derecho a la privacidad está cubierto en el nivel de generalidad incorrecto. La “libertad de expresión”<sup>33</sup>, dentro del contexto de la Primera Enmienda, está cubierto en un nivel bastante alto de generalidad para incluir tanto el derecho de hablar<sup>34</sup> como el derecho a no hacerlo<sup>35</sup> (aunque el más dominante es el primero). Existe una simetría entre los dos tipos de libertades. El derecho a la privacidad debería ser similarmente el derecho a la publicidad. No obstante que una nueva formulación de esta naturaleza podría llegar a distanciar el derecho de los precedentes existentes, también lo acercaría al texto constitucional- recordando que la cláusula del debido proceso de la Catorceava Enmienda menciona la palabra “libertad” pero no la palabra “privacidad”<sup>36</sup>.

Afirmar que el derecho a la privacidad y al de la publicidad son expresiones simétricas de la intimidad de la decisión autónoma no quiere decir que ambos

---

30. Ver, por ejemplo, *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 25 (1905) (puntualizando el derecho del estado a declarar cuarentenas); *Compagnie Francaise de Navigation a Vapeur v. Louisiana Bd. Of Health*, 186 U.S. 380 (1902) (permitiendo la cuarentena involuntaria).

31. Ver *Korematsu v. United States*, 323 U.S. (1944) (excluyendo a los individuos que tenían ancestros japoneses de la Costa Oeste).

32. Ver *infra* Part V.

33. U.S. Constitution Primera Enmienda (“El Congreso no hará ley alguna (...) que restrinja la libertad de expresión”).

34. Ver, por ejemplo, *Reno v. ACLU*, 117 S. Ct. 2329 (1997) (derogando “previsiones legislativas que surgieron para proteger a los menores de comunicaciones “indecentes” y “patentemente ofensivas” en Internet”); 44 *Liquormart, Inc. V. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996) (derogando ordenanzas municipales que prohibían la quema de cruces).

35. Ver, por ejemplo, *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557 (1995) (decidiendo que la ordenanza de acomodación pública que requería la admisión de los homosexuales que desfilaban en la marcha violaba el derecho de controlar el discurso de los homosexuales que desfilaban); *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977) (sosteniendo que la ordenanza que requería la exposición de la licencia *plate mottos* violaba el derecho a no hablar de los conductores); *West Virginia State Bd. Of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943) (sosteniendo que la ordenanza que exigía a los estudiantes que saluden la bandera Americana violaba su derecho a no hablar).

36. U.S. Constitution Catorceava Enmienda (“ningún estado podrá privar a ninguna persona de (...) su libertad (...) sin el debido proceso fundado en derecho”).

derechos sean iguales. Muy por el contrario, podemos esperar que el derecho a la publicidad sea más significativamente débil que el derecho a la privacidad. En todos los casos de decisión autónoma, es necesario sopesar el interés individual contra los intereses de la comunidad. Los terceros serán más susceptibles de ser afectados en aquellos casos donde el individuo busca que algunas cosas se hagan públicas que en los casos donde la persona pretende mantener algún tema en privado. De esta manera, podemos presumir que la teoría de la intimidad de la decisión autónoma apoyará en menor medida al derecho a la publicidad que al derecho a la privacidad.

Pero que el derecho a la publicidad sea más débil no significa que no exista- las acciones públicas pueden ser íntimas y donde el interés del individuo es el que tiene que prevalecer. Espero que no vean a esta afirmación como intuitiva, ya que la publicidad e intimidad son malos y extraños compañeros. (En realidad, creo que es la naturaleza no intuitiva de la convergencia potencial entre la intimidad y la publicidad lo que ha impedido que el derecho a la publicidad sea reconocido como una analogía obvia del derecho a la privacidad). Los escépticos deberían recordar la leve interpretación sobre la teoría relacional de la privacidad del Juez Blackmun. Las relaciones son públicas en tanto que involucran a más de una persona y mientras estructuran la vida pública. El Juez Blackmun las consideró fundamentales para la auto formación del individuo, y sólo las protegió mientras contribuían con esa auto formación.

El hecho de que el matrimonio entre la publicidad e intimidad no es intuitivo no debería actuar *per se* en los reclamos presentados bajo el derecho a la publicidad. En su lugar, los tribunales deberían evaluar tales reclamos por medio de un test standard y equilibrado, sopesando la importancia de la publicidad para el desarrollo de la persona contra el daño que esa publicidad causaría a terceros.

#### IV

Como respuesta justa para el argumento previo se podría afirmar que ya contamos con el derecho a la publicidad en la Primera Enmienda. Por ejemplo, las apelaciones efectuadas a la exigencia de una privacidad coactiva dentro del contexto militar son presentadas rutinariamente como demandas de la Primera Enmienda<sup>37</sup>. Quien critica mis planteos podría cuestionar por qué insisto en una versión particular (en este caso el debido proceso) si el derecho a la publicidad ya está planteado en forma doctrinaria.

La respuesta que planteo comprende componentes lógicos y pragmáticos. Un argumento puramente lógico dice que mientras dependemos de la intimidad de la decisión autónoma, todo derecho a la privacidad debe contar con su derecho a la publicidad correspondiente dentro de la misma área doctrinaria. Este tipo de decisión obliga a arribar a esta simetría ya que justifica el derecho a la privacidad y a la publicidad. Considerando que ambos derechos son como el frente y reverso de la página de la autonomía, cuando se afirma que la

---

37. Ver, por ejemplo, *Holmes v. California Army Nat'l Guard*, 124 F. 3d 1126, 1136 (9th Cir. 1997); *Richenberg v. Perry*, 97 F. 3d 256, 262-63 (8th Cir. 1996); *Able v. United States*, 88 F. 3d 1280, 1292-1300 (2d Cir. 1996).

privacidad se basa en la autonomía mientras que niega la existencia de un correspondiente derecho a la publicidad, se ofende al razonamiento lógico<sup>38</sup>.

No obstante la firmeza de la crítica que esbozo, podría llegar a conceder este punto, pero luego deberán acusarme de caer en un formalismo vacío. También podría afirmar que aún si debiéramos reconocer un derecho al debido proceso como derecho a la publicidad no se lograría ninguna diferencia. También podría preguntar qué gano- además del placer académico- invocando un derecho a la publicidad como debido proceso en lugar de reclamarlo como protegido por la Primera Enmienda.

Esto me trae a mi argumento práctico que comienza mencionando que los jueces están legitimados para asumir que las áreas doctrinarias son conceptualmente independientes. De esta manera, los derechos a la privacidad que han sido desarrollados dentro de áreas doctrinarias distintas pueden ser tratados de manera diferente. Por ejemplo, en *Bowers* el Juez White distinguió un precedente al articular una concepción zonal de la privacidad mencionando que el precedente comprendía la privacidad de la Primera Enmienda<sup>39</sup> en lugar de la privacidad del debido proceso<sup>40</sup>. Ya sea que esto representó su intención de distinguir formalmente un precedente no confortable o que realmente existe una diferencia entre estos tipos de privacidad sobre la línea divisoria de cómo protegen el espacio es totalmente irrelevante a los fines de mis propósitos. Lo que sí es relevante es que la privacidad tiene significados diferentes en áreas doctrinariamente distintas. Esto nos puede llevar a sospechar que esta misma afirmación puede ser verdadera para el caso de la publicidad lo que significa afirmar que para cada tipo de privacidad hay un espejo- imagen de publicidad. Así como existen distintos tipos de privacidad, sucede también lo mismo con la publicidad.

¿De qué manera en particular puede diferir la publicidad del debido proceso de la publicidad de la Primera Enmienda? Tal como Jed Rubenfeld lo ha notado, la privacidad del debido proceso tiende a proteger la sexualidad (por ejemplo, los casos más importantes hasta *Bowers* comprometieron la protección de la Corte en temas de control de natalidad, matrimonio y aborto<sup>41</sup>). El derecho a la privacidad de la Primera Enmienda, por el contrario, no surge para proteger una parte sustantiva de la vida; logrando realmente tratar la sexualidad no con un sentido neutral sino ubicándola dentro del discurso de baja categoría de lo

---

38. Ya he mencionado que mientras la simetría entre el derecho a la publicidad y el derecho a la privacidad no ha sido reconocida en el contexto de la privacidad, sí lo ha sido dentro del contexto de la Primera Enmienda. Considerando que la decisión autónoma es el requisito exigido por la simetría, esto es irónico de alguna manera. Porque la decisión autónoma es solo una de las justificaciones para el derecho de la Primera Enmienda, es la justificación dominante del derecho a la privacidad. Por ello, podríamos esperar el reverso de lo que ya tenemos.

39. *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 565 (1969) (“Si la Primera Enmienda significa todo, ello implica que un Estado no tiene por qué decirle qué libros puede leer o cuáles filmes puede ver a un hombre que está sentado en su casa”).

40. Ver *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 195 (1986). El Juez White escribió: “*Stanley* protegió una conducta que no hubiera sido protegida fuera del ámbito del hogar, e impidió parcialmente la ejecución de las leyes estatales represoras de la obscenidad; pero la decisión se basó firmemente en la Primera Enmienda. El derecho que nos ocupa aquí no tiene un apoyo similar en el texto de la Constitución y no califica para el reconocimiento bajo los principios prevalecientes que construyen la Catorceava Enmienda”.

41. Ver Rubenfeld, nota *supra* 1, en 738.

obsceno<sup>42</sup> o indecente<sup>43</sup>. Por ende, el derecho a publicidad del debido proceso podría ofrecer mayor protección al individuo en los casos que comprenden expresión sexual que lo que podría brindar el derecho a la publicidad de la Primera Enmienda. Ahora veamos este caso.

## V

A continuación, planteo como ejemplo concreto de algunas de las afirmaciones efectuadas precedentemente el tratamiento que, de los homosexuales, han efectuado las fuerzas armadas de Estados Unidos. Ellos son los siguientes: (a) el estado puede oprimir negando la privacidad como haciéndola obligatoria; (b) por ello, el derecho a la privacidad es inclusivo y debe definirse nuevamente como el derecho íntimo a la decisión autónoma, protegiendo el derecho a la publicidad como también el derecho a la privacidad; y (c) mientras el derecho a la publicidad es más débil que el derecho a la privacidad, éste debería prevalecer cuando los actos públicos son íntimos.

(a) *El estado puede oprimir negando la privacidad como haciéndola obligatoria.*

El trato que las fuerzas armadas de Estados Unidos han dado a los homosexuales ilustra de una manera agradable cómo la coerción estatal puede manifestarse de ambas formas: tanto negando la privacidad como haciéndola obligatoria (esto ha quedado en evidencia hace poco tiempo donde se han movilizado de la primera estrategia hacia la última). Desde la Primera Guerra Mundial hasta 1993, los militares adoptaron una política “externa” que redujo agresivamente la privacidad de los homosexuales que prestaban servicio expulsándolos primero del placard<sup>44</sup> y luego de las fuerzas armadas. Un ejemplo

---

42. Ver, por ejemplo, *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 484 (1957) (mencionando que “dentro de la historia de la Primera Enmienda se halla implícita el rechazo a la obscenidad como redimiendo completamente la importancia social”).

43. Ver, por ejemplo, *Bethel Sch. Dist. No. 403 v. Freser*, 478 U.S. 675, 684 (1986) (mencionando que “la Primera Enmienda no impide que los funcionarios de las escuelas determinen que permitir un discurso vulgar y obsceno pueda hacer peligrar la misión educativa básica de la escuela”); *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942) (mencionando que la “prevención del castigo de” de lo vulgar, *inter alia*, “nunca ha sido pensado para plantear problema Constitucional alguno”).

44. El “*closet (placard)*” es una metáfora de uso común en Estados Unidos que describe la privacidad (ya sea por opción o obligatoria) de los homosexuales. Ver generalmente *Eve Kosofsky Sedgwick, the epistemology of the Closet*, 1990, (donde describe cómo el placard tiene una habilidad especial para describir la opresión de los homosexuales). Mientras otros grupos se han apropiado de la metáfora del placard, todavía se la utiliza asociada a los homosexuales. Ver *idem* en 72.

Esto sustenta la afirmación de que el uso común del placard porque brinda una metáfora que refleja el poder de la concepción zonal de la privacidad. En el contexto militar, el placard es útil particularmente cuando ayuda a reproducir la segregación mental de los homosexuales en términos de segregación psíquica lo que, a su turno, revela las analogías existentes entre la segregación de los homosexuales y la actual repudiada segregación de los negros. Mis primeras afirmaciones sobre la privacidad zonal no debe ser tomada como una crítica sábana de la privacidad zonal. En su lugar, deben ser entendidas para dar a entender que mientras la privacidad zonal es una heurística útil para ayudarnos a entender la privacidad, no capta el principio básico de autonomía que enfatiza toda la doctrina de la privacidad.

de esto ocurrió en Newport, Rhode Island en 1919, donde la Armada diseñó estrategias para atrapar miembros homosexuales<sup>45</sup>. Las prácticas militares más recientes de persecuciones de lesbianas es también conocida<sup>46</sup>. Pero en 1993, los militares abandonaron formalmente<sup>47</sup> el paradigma del “paseo” para adoptar el paradigma del “escondite”. De esta manera, utilizaron la política del “no preguntes, no digas nada”. Bajo la misma, un miembro del servicio homosexual no era interrogado sobre su identidad sexual (“no preguntes”)<sup>48</sup>, pero no estaba autorizado a afirmar que lo era sin levantar la presunción de conducta homosexual lo que, a su turno, provocaba la exclusión (“no digas nada”)<sup>49</sup>. Debido a esto, no se puede abrir la puerta del placard ni por el estado desde afuera ni por el individuo desde el interior.

La paradoja que presenta la política militar es que no obstante reversionó su estrategia del paseo por la del escondite, ha logrado consistentemente que las víctimas sean los homosexuales. Realmente, por medio de una analogía de lo que Reva Siegel ha denominado “preservación por medio de la transformación”<sup>50</sup>, el estado ha sido capaz de ejercitar una presión persistente

---

45. George Chauncy, Jr., *Christian Brotherhood or Sexual Perversion?: Homosexual Identities and the Construction of Sexual Boundaries in the World War I*, en “Hidden From History: Reclaiming The Gay And Lesbian Past”, 294, 294-95 (Martin B. Duberman et. al. Eds., 1989).

46. Ver más generalmente, Michelle M. Benecke & Kirstin S. Dodge, “Military Women in Nontraditional Fields: Casualties of the Armed Forces’ War on Homosexuals”, 13 *Harvard Women’s Law Journal*, página 215, 1990. Desde que las mujeres fueron admitidas para servir en las fuerzas armadas en especialidades distintas a las de enfermería en la Segunda Guerra Mundial, los militares se han involucrado en la costumbre de purgar de mujeres consideradas lesbianas el sistema. *Idem* en 217-21. En una de esas purgas, los cuerpos de la Marina investigaron a las mujeres que eran instructoras donde llegaron a investigar a casi la mitad de un grupo de 246 mujeres que fueron acusadas de lesbianismo. *Idem* en 221. Finalmente, 65 mujeres abandonaron los Cuerpos como resultado directo de tales investigaciones entre las cuales 27 fueron removidas formalmente de sus cargos.

47. Digo “formalmente” porque hay evidencia de que los militares continúan alejando a los homosexuales de sus rangos. La Red de Defensa Legal de Miembros en Servicio ha logrado “documentar 15 tentativas o actuales persecuciones bajo las nuevas reglamentaciones donde los comandantes preguntaron a los miembros militares que identifiquen otros miembros del servicio que eran homosexuales o que eran sospechosos de serlo”. Samuel A. Marcossou, “A Price Too High: Enforcing the Ban on Gay and Lesbians in the Military and the Inevitability of Intrusiveness”, 64 *UMKC Law Review* 59, 87, 1995, (citando C. Dixon Osburn & Michelle M. Benecke, *Servicemembers Legal Defense Network, Conduct Unbecoming Continues: The First Year Under “Don’t Ask, Don’t Tell, Don’t Pursue”*, 11, 1995). Janet Halley ha descrito también las formas bajo las cuales “no preguntes” da a los miembros en servicio “menos protección de lo que se supone más comunmente”. Janet E. Halley, *The Status/Conduct Distinction in the 1993 Revisions to Military Anti-Gay Policy: A Legal Archeology*, 3 *GLQ* 159, 180-81, 1996. Aun bajo esta política, los miembros en servicio están desprotegidos en la práctica de las preguntas directas e indirectas sobre su orientación sexual conducidas por otros poderes del gobierno.

48. Ver Directiva No 1304.26 encl.1, en B.8 a del Departamento de Defensa (declarando que “no se puede indagar o pedir que revelen a los candidatos que se alistán, mediante entrevistas, o induciéndolos a que declaren si son heterosexuales, homosexuales o bisexuales”).

49. Ver 10 U.S.C. § 654 (b) (2) (declarando que si un miembro de las fuerzas armadas “ha declarado que él o ella es homosexual o bisexual”, será excluido a no ser que exista un hallazgo mayor “que demuestre que él o ella no es una persona que está involucrada o trata de involucrarse en, es propensa a involucrarse en, o intenta efectuar prácticas homosexuales”). Notar que mientras el “no preguntes” es sólo una creación regulatoria, el “no digas nada” es una creación legal.

50. Ver Reva B. Siegel, “The Rule of Law: Wife Beating as Prerogative and privacy”, 105 *Yale Law Journal*, 2117, 2119, 1996, (definiendo a la “preservación por medio de la transformación” como un proceso a través del cual legisladores y juristas “preservan” el status de un régimen

sobre los homosexuales no a pesar, sino precisamente debido a un cambio en su estrategia. Los militares estaban reaccionando contra la naturaleza dual del placard mismo, que tiene un aspecto de confinamiento y otro protector<sup>51</sup>. En los primeros tiempos del movimiento de los derechos homosexuales el placard era para los homosexuales más protector que limitador y, al salir del mismo, se expusieron a una persecución salvaje<sup>52</sup>. Bajo un régimen de tal naturaleza, una de las sanciones que los militares pudieron aplicar a aquellos que estaban involucrados en prácticas homosexuales fue la amenaza de enfrentar una exposición ruinosa. Cuando el movimiento homosexual progresó, cambió el significado del placard transformándose en más limitador y menos protector (mientras siempre se mantenía con ambas características)<sup>53</sup>. Sucedió que en algunos contextos, un homosexual era más susceptible de ser aislado y contar con menos poder dentro del placard que fuera del mismo. Los militares están simplemente respondiendo al hecho de que pueden controlar a los homosexuales más fácilmente si los encierran a si los sacan a pasear.

*(b) Por ello, el derecho a la privacidad tiene bajos niveles de inclusión y éste se debe formular nuevamente como el derecho íntimo a la decisión autónoma protegiendo el derecho a la publicidad como también el derecho a la privacidad.*

Reconocer que el estado puede oprimir a los homosexuales ya sea negándoles privacidad a sus actos o, por el contrario, obligando a que se respete tal privacidad, significa reconocer que el daño verdadero que impone el estado es el daño causado por obligar al cumplimiento de cualquier relación entre los homosexuales y el placard. En otras palabras, el daño que causa el estado tiene que ver con la compulsión a efectuar determinada actividad. Sin embargo, si se concibe el derecho como un derecho a la privacidad, sólo se estará protegiendo contra la publicidad forzada y no contra la privacidad forzada.

Se puede aducir el repudio militar de este régimen del paseo como evidencia de la habilidad del actual *status quo* de proteger a los individuos contra la privacidad forzosa. El cambio que se produjo en la fuerza militar en 1993 causó una prédica retórica sobre el reconocimiento de la privacidad -la parte de la política que afirma “no preguntes” proviene de la declaración de que “la orientación sexual es considerada como una cuestión privada y personal”<sup>54</sup>. Este reconocimiento sobre la privacidad de la orientación sexual es, de alguna manera, sorprendente, considerando que la Corte Suprema en *Bowers* ha sostenido el manto de la privacidad (aunque de otra manera) sobre la sodomía homosexual<sup>55</sup>. Cuando las fuerzas armadas describen como privada a la

---

contradictorio “transformando” sus reglas originales y su retórica “en un idioma social más contemporáneo y de menor controversia”); ver también Reva B. Siegel, “Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action”, 99 *Stanford Law Review*, 1111, 1997, (elaborando el concepto de “preservación por medio de la transformación” en contextos de status legales basados en la raza y sexo.

51. Ver Kenji Yoshino, “Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays”, 96 *Columbia Law Review*, 1753, 1796, 1996.

52. Ver William N. Eskridge, Jr., “Privacy Jurisprudence and the Apartheid of the Closet”, 24 *FLA. ST. U. Law Review*, 703, 708-66, 1997.

53. Ver *idem* en 766-811.

54. Directiva del Departamento de Defensa 1304.26 encl. 1-1 (8) (a).

55. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 1986.

orientación sexual a pesar de *Bowers*, tal vez atestiguan sobre la fortaleza intuitiva del derecho a la privacidad<sup>56</sup>.

Sin embargo, el derecho a la privacidad no hace nada para proteger a los homosexuales de la privacidad forzada. Una vez que las fuerzas armadas cambiaron de un régimen de paseo hacia un régimen de encerramiento, los homosexuales fueron abandonados sin una corrección directa sobre su decisión autónoma. Como vemos, el derecho a la privacidad viniendo de una justificación autónoma debemos encuadrar el derecho del homosexual no como el derecho a estar en el placard o fuera de él sino como el derecho a escoger si estar dentro o fuera de él. De esta manera, se incluiría el derecho a la publicidad como también a la privacidad, pudiendo ser utilizados para desafiar a ambos regímenes.

*(c) Mientras el derecho a la publicidad es más débil que el derecho a la privacidad, éste debe prevalecer cuando los actos públicos son íntimos.*

No obstante que la realización de un análisis completo excede el marco de este trabajo, pienso que existen motivos suficientes para justificar que el interés individual en salir excede el daño que se causa al tercero dañado por esa publicidad.

Quienes abogan por los derechos de los homosexuales han esgrimido el argumento de que salir hacia fuera es un acto crucial de desarrollo personal. El slogan homosexual que dice “Estoy afuera por ello soy”<sup>57</sup> demuestra un nexo entre la expresión y la ontología al hacer notar que aquel homosexual que está totalmente encerrado de alguna manera cesa su condición de homosexual. Según esta formulación, la declaración “Soy homosexual” es más que elocuente<sup>58</sup> -como las declaraciones del “J’accuse”, o “te apuesto” que no sólo describen sino que también ejecutan la acción que nombran<sup>59</sup>. Teniendo en cuenta que la homosexualidad es un tabú muy poderoso no debe sorprendernos que cuando se menciona “el amor que no se atreve a decir su nombre”<sup>60</sup> una especie de escalofrío nos atraviesa como si nunca nos hubiera sucedido. Aún cuando no adoptemos esta postura, debería seguir siendo fácil que la persona que se considera homosexual y que es despojada del “derecho a decir lo que ella es” tendrá dificultad para entender o explorar su propia identidad. Es realmente difícil imaginar un acto de creación personal más instantáneo e íntimo que el acto del paseo mismo.

Con respecto al interés de la tercera parte, el estado podría responder diciendo que un régimen de limitación como el de “no preguntes, no digas nada” es más defendible que un régimen de paseo porque el acto público de abandonar el placard causa profundos efectos en otros. Las fuerzas militares aparecen para desplazar esta defensa- sus razones para encerrar a los

---

56. Por supuesto que podría reflejar alternativamente el hecho de que las fuerzas armadas estaban motivadas por el nuevo significado del placard y solo estaba utilizando como pretexto la justificación de la privacidad.

57. Ver Douglas Crimo & Adam Rolston, *Aids Demo/Graphics*, 102-03, 1990.

58. Ver J.L. Austin, *How To Do Things With Words*, 98, J.O. Urmson & Marina Sbisa eds., 2d ed. 1997.

homosexuales se relacionan casi exclusivamente con los efectos que salir podría causar en aquellos soldados que no lo son. Efectos ostensibles de esta naturaleza comprenden un decaimiento en la cohesión de la unidad, un incremento en la tensión sexual, y una invasión en la privacidad de aquellos miembros del servicio militar que son heterosexuales<sup>61</sup>. El hecho de que estos intereses de las terceras partes causen un efecto decisivo en el interés que los homosexuales tienen en salir dependerá de la resolución de cuestiones normativas y positivas. La pregunta positiva cuestiona si los homosexuales que se identifican abiertamente como tales causarán o no efectos realmente perniciosos a terceros dentro de las fuerzas militares. Los informes que se han presentado en juicios parecieran afirmar que no causarían estos efectos. Un estudio preparado por la Corporación RAND ha observado que en países como Canadá, Israel, Países Bajos y Noruega (que permiten abiertamente el servicio militar de homosexuales) no se crearon serios problemas con relación a la existencia de éstos dentro de sus respectivas fuerzas armadas<sup>62</sup>. Más aún, tanto el informe elaborado por RAND como el de la Oficina de Contaduría General reconocieron que las organizaciones locales que eran análogas a las fuerzas armadas habían aceptado a los homosexuales dentro de sus filas sin registrar significativos impactos adversos<sup>63</sup>.

Sin embargo, es improbable que el debate se resuelva en términos positivos considerando que las fuerzas armadas no deberían correr un riesgo hipotético<sup>64</sup>. Pero la cuestión normativa más fundamental es si los individuos que están dentro de las fuerzas armadas deberían tener validada su aversión contra los homosexuales. En otras palabras, aún si la homosexualidad abierta causa algún efecto en la cohesión de la unidad entonces la pregunta se transforma en si los homosexuales deberían tener que tolerar la carga de este hecho. Contamos con una jurisprudencia constitucional que afirma que, como mínimo dentro de un contexto de protección igualitaria, el mero ánimo contra un grupo constituye un fundamento insuficiente en el cual basar la prédica de acción estatal<sup>65</sup>. El

---

l e v . U n i t e d S t a t e s Army, 880, F. Supp. 968, 977 (E.D.N.Y. 1995), 88 F. 3d 1280 (2d Cir. 1996).

63. Ver el Informe RAND, nota supra 62; Informe de la Contaduría General, Informe para los Requerimientos de los Congresistas y la Administración de las Fuerzas de Defensa: DoD's Policy on Homosexuality (Junio 1992), citado en Able, 880 F. Supp. En 978-79.

64. Ver, por ejemplo, Thomasson v. Perry, 80 F. Ed 915, 926 (4to Circuito) ("Es simplemente imposible estimar el daño que un cambio particular (que afecte la cohesión de la unidad) puede infligir en la seguridad nacional ya que no existe ninguna manera para determinar y poder corregir el error hasta que se ha producido los costos sustanciales, y hasta a veces irreparables del error militar"), denegación del certiorari, 117 S. Ct. 358 (1996) (se omiten las citas y notas internas).

65. Ver, por ejemplo, Romer v. Evans, 517 U.S. 620, 634-35, 1990 (derogando la enmienda constitucional estatal que se apoyaba en el reconocimiento de que el deseo de "hacer que los homosexuales estén en una situación desigual con respecto al resto" y "juzgar que una clase de personas es extraña a sus propias leyes"); United States v. Moreno, 413 U.S. 528, 534, 1973 (derogando la enmienda a la Ley de Food Stamps que discriminaba a los "hippies" argumentando que "si la igual protección del derecho significa cualquier cosa, debe significar que un mero deseo de dañar a un grupo que no es políticamente popular no puede constituir un interés gubernamental legítimo") (se omiten las citas y notas internas).

logro más importante del “no preguntes, no digas nada” es que logra diagnosticar el problema no como emanando de la comunidad homosexual sino de la heterosexual<sup>66</sup>. Todavía hace falta lograr que muchos tribunales modelen nuevamente estas reacciones de los heterosexuales como expresiones de prejuicios que no son permisibles.

De esta manera, el ejemplo del tratamiento de los homosexuales de las fuerzas armadas de Estados Unidos demuestra que el estado puede entrometerse en la decisión íntima autónoma de una persona tanto al compeler la publicidad como la privacidad de sus acciones. Por ello, aquellos que buscan defender este tipo de decisión deben estar preparados para reconocer tanto el derecho a la publicidad como también el recientemente reconocido derecho a la privacidad. Estos reclamos por publicidad, como los reclamos por privacidad, exigen que los tribunales equilibren el interés individual contra el interés de la comunidad. Dentro del contexto del “no preguntes, no digas nada” el interés del homosexual en el discurso de apertura es fuerte en tanto que este discurso es fundamental para su identidad. Por el contrario, el daño que tal discurso de apertura causa a terceros pareciera ser muy apoyado bajo el *animus* no permisible constitucionalmente contra los homosexuales. La política militar del “no preguntes, no digas nada” aparece como un lugar potencial, donde no sólo el reconocimiento de la conexión entre la autonomía y la privacidad sino también entre autonomía y publicidad podría lograr efectuar una gran diferencia.

---

66. Antes de que se promulgara el “no preguntes, no digas nada”, las fuerzas armadas argumentaron que los homosexuales no estaban capacitados para servir porque representaban riesgos para la seguridad misma, porque no estaban mentalmente incompetentes y porque iban a transmitir enfermedades sexuales. Ver *Able*, 968 F. Supp. en 855 (donde dentro del contexto de considerar constitucional la expresión del “no preguntes, no digas nada” el estado ha abandonado tales fundamentos racionales para excluir a los homosexuales). El gobierno, para defender la expresión en cuestión, ha aducido razones pertinentes exclusivamente a la reacción heterosexual hacia los homosexuales tales como el decaimiento en la cohesión de la unidad, un incremento en la tensión sexual, y una invasión a la privacidad de los miembros que no mantienen tales prácticas. Ver *idem* (observando estas justificaciones).

