

Nicholas Toonen v. Australia, Comunicación No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

Comunicación No. 488/1992 : Australia. 04/04/94.
CCPR/C/50/D/488/1992. (Jurisprudence)

Convention Abbreviation: CCPR
Comité de Derechos Humanos
50º período de sesiones

ANEXO

Dictamen del Comité de Derechos Humanos emitido a tenor del
párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

50º período de sesiones

Comunicación No. 488/1992*

Presentada por: Nicholas Toonen

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Australia

Fecha de la comunicación: 25 de diciembre de 1991 (presentación inicial)

El Comité de Derechos Humanos, establecido en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Reunido el 31 de marzo de 1994,

Habiendo concluido su examen de la comunicación No. 488/1992, presentada al Comité de Derechos Humanos por el Sr. Nicholas Toonen con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Habiendo tenido en cuenta toda la información que le presentaron por escrito el autor de la comunicación y el Estado parte,

Aprueba sus observaciones con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

1. El autor de la comunicación es Nicholas Toonen, ciudadano australiano nacido en 1964 y que reside actualmente en Hobart, Estado de Tasmania, Australia. Es miembro destacado del Grupo de Reforma de las leyes relativas a los homosexuales y afirma ser víctima de violaciones por Australia del párrafo 1 del artículo 2 y de los artículos 17 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los hechos expuestos por el autor

2.1 El autor milita por la promoción de los derechos de los homosexuales en Tasmania, uno de los seis Estados que constituyen Australia. Impugna dos disposiciones del Código Penal de Tasmania, los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123, por los que se consideran delitos diversas formas de contacto sexual entre hombres, incluida cualquier forma de contacto sexual entre hombres homosexuales adultos, con su consentimiento y en privado.

2.2 El autor señala que los dos artículos mencionados del Código Penal de Tasmania facultan a los oficiales de policía a investigar aspectos íntimos de su vida privada y detenerlo, si tienen motivos para creer que participa en actividades sexuales contrarias a los artículos citados. Añade que en agosto de 1988 el Director del Ministerio Público anunció que se iniciarían actuaciones en relación con los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123 en caso de que hubiera pruebas suficientes de la comisión de un delito.

2.3 Si bien en la práctica la policía de Tasmania no ha acusado a nadie de "relaciones sexuales por vías no naturales" o "relaciones contra natura" (artículo 122) o de "prácticas deshonestas entre personas del sexo masculino" (artículo 123) desde hace varios años, el autor observa que debido a su larga relación con otro hombre, su cabildeo activo ante los políticos de Tasmania y las informaciones difundidas en los medios de comunicación locales sobre sus actividades, así como a su labor de activista de los derechos de los homosexuales y su trabajo en relación con los casos de VIH y SIDA en homosexuales estima que su vida privada y su libertad se ven amenazadas por el mantenimiento de los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123 del Código Penal de Tasmania.

2.4 El autor aduce también que, por considerarse delitos las actividades homosexuales que tienen lugar en privado, no le ha sido posible hablar abiertamente de su sexualidad y dar a conocer sus opiniones sobre la reforma de las leyes pertinentes que tratan de cuestiones

sexuales, ya que consideró que ello habría suscitado graves problemas en su empleo. En ese contexto, sostiene que los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123 han creado las condiciones para que haya discriminación en el empleo, estigmatización, difamación, amenazas de violencia física y violaciones de derechos democráticos básicos.

2.5 El autor observa que en los últimos años muchas "personalidades destacadas" de Tasmania han hecho comentarios despectivos o directamente insultantes sobre los hombres y las mujeres homosexuales. Entre otros, han hecho declaraciones miembros de la Cámara Baja del Parlamento, concejales (por ejemplo: "los representantes de la comunidad homosexual no son mejores que Saddam Hussein"; "la homosexualidad es inaceptable en cualquier sociedad y más aún en una sociedad civilizada"), eclesiásticos y miembros del público en general, cuyas declaraciones han atacado la integridad y el bienestar de los hombres y mujeres homosexuales de Tasmania (por ejemplo: "los homosexuales quieren rebajar la sociedad a su nivel"; "hay 15 posibilidades más de ser matado por un homosexual que por un heterosexual", etc.). En algunas reuniones públicas se ha sugerido que se debería juntar a todos los homosexuales de Tasmania y abandonarlos en una isla deshabitada, o someterlos a la esterilización obligatoria. Todas esas observaciones, afirma el autor, han creado constantemente tensiones y desconfianza en tratos con las autoridades que deberían ser de rutina.

2.6 El autor sostiene además que en Tasmania ha habido y sigue habiendo una "campaña oficial y extraoficial de odio" contra los homosexuales y las lesbianas. Debido a esa campaña, el Grupo de Reforma de las leyes relativas a los homosexuales ha tenido dificultades para difundir información sobre sus actividades y abogar por que se despenalice la homosexualidad. Así, en septiembre de 1988 se denegó al Grupo autorización para instalar un puesto en una plaza pública de la ciudad de Hobart y el autor alega que fue intimidado por la policía por haber protestado con energía contra la prohibición.

2.7 Por último, el autor afirma que el mantenimiento de los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123 del Código Penal de Tasmania sigue siendo sumamente perjudicial para muchas personas, entre ellas para él mismo, ya que promueve la discriminación, el hostigamiento y los actos de violencia contra la comunidad homosexual de Tasmania.

La denuncia

3.1 El autor sostiene que los artículos 122 y 123 del Código Penal de Tasmania violan el párrafo 1 del artículo 2 y los artículos 17 y 26 del Pacto porque:

a) No distinguen entre la actividad sexual en privado y la actividad sexual en público, con lo cual trasladan una actividad privada al dominio público. Al aplicarse, esas disposiciones resultan en una violación del derecho a la vida privada, ya que permiten que la policía entre en un hogar por la mera sospecha de que dos hombres homosexuales adultos puedan estar

cometiendo un delito penal. En vista de la reprobación que la sociedad australiana - y especialmente en Tasmania - hace pesar sobre la homosexualidad, la violación del derecho a la vida privada puede dar lugar a ataques ilegales a la honra y la reputación de las personas en cuestión;

b) Hacen una distinción entre las personas en el ejercicio del derecho a la vida privada sobre la base de la actividad sexual, la inclinación y la identidad sexuales; y

c) El Código Penal de Tasmania no declara ilegal ninguna forma de actividad sexual entre mujeres homosexuales, con su consentimiento y en privado, y sólo proscribe algunas formas de actividad heterosexual entre hombres y mujeres adultos realizadas con su consentimiento y en privado. El hecho de que actualmente los jueces no hagan cumplir esas disposiciones legales no debe interpretarse en el sentido de que en Tasmania los hombres homosexuales gozan efectivamente de igualdad ante la ley.

3.2 A juicio del autor, la única manera de eliminar la violación de derechos que constituyen los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123 del Código Penal - al considerar un delito todas las formas de actividad sexual entre hombres homosexuales adultos, con su consentimiento y en privado - sería la revocación de esas disposiciones.

3.3 El autor sostiene que no hay recursos eficaces contra los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123. En el ámbito legislativo la responsabilidad de promulgar y hacer cumplir las leyes penales incumbe ante todo a las jurisdicciones de los Estados. Como la Cámara Alta y la Cámara Baja del Parlamento de Tasmania están muy divididas acerca de la cuestión de la despenalización de las actividades homosexuales y de la reforma del Código Penal, se considera que esta potencial vía de enmienda es ineficaz. El autor también señala que no se dispone de recursos administrativos eficaces, puesto que éstos dependerían del apoyo de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras del Parlamento y ese apoyo no existe. Por último, el autor sostiene que no hay recursos judiciales en caso de violación del Pacto, ya que éste no se ha incorporado al derecho australiano y los tribunales australianos suelen ser reacios a aplicar tratados que no se han incorporado en el derecho nacional.

Información y observaciones del Estado parte

4.1 El Estado parte no impugnó la admisibilidad de la comunicación por ningún motivo, pero se reserva su posición en cuanto al fondo de las alegaciones del autor.

4.2 El Estado parte señala que las leyes impugnadas por el Sr. Toonen son las del Estado de Tasmania y sólo se aplican dentro de la jurisdicción de ese Estado. Antes había leyes similares a las que impugna el autor en otras jurisdicciones australianas, pero han sido revocadas.

Decisión del Comité sobre la admisibilidad

5.1 En su 46º período de sesiones, el Comité examinó la admisibilidad de la comunicación. Con respecto a la cuestión de si el autor podía ser considerado "víctima" en el sentido del artículo 1 del Protocolo Facultativo, el Comité observó que las disposiciones impugnadas por el autor no habían sido aplicadas por las autoridades judiciales de Tasmania desde hacía varios años. No obstante, consideró que el autor había hecho esfuerzos razonables para demostrar que la amenaza de aplicación y los efectos generalizados del mantenimiento de esas disposiciones sobre las prácticas administrativas y la opinión pública le habían afectado y continuaban afectándole personalmente, y que podían plantear cuestiones previstas en los artículos 17 y 26 del Pacto. Por consiguiente, el Comité estaba convencido de que el autor podía ser considerado víctima en el sentido del artículo 1 del Protocolo Facultativo y que sus denuncias eran admisibles *ratione temporis*.

5.2 En consecuencia, el 5 de noviembre de 1992 el Comité declaró admisible la comunicación en la medida en que ésta podría plantear cuestiones previstas en los artículos 17 y 26 del Pacto.

Observaciones del Estado parte sobre el fondo del caso y comentarios del autor

6.1 En su comunicación de fecha 15 de septiembre de 1993, efectuada con arreglo al párrafo 2 del artículo 4 del Protocolo Facultativo, el Estado parte admite que el autor ha sido víctima de una injerencia arbitraria en su vida privada y que las disposiciones legislativas por él impugnadas no pueden justificarse por motivos de salud pública o de moral. El Estado parte incorpora en su comunicación las observaciones del Gobierno de Tasmania, que niega que el autor haya sido víctima de una violación del Pacto.

6.2 Con respecto al artículo 17, el Gobierno federal señala que el Gobierno de Tasmania considera que ese artículo no consagra el "derecho a la vida privada", sino sólo el derecho a no sufrir injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, y que, dado que las disposiciones impugnadas fueron promulgadas democráticamente, no pueden considerarse una injerencia ilegal en la vida privada. El Gobierno federal, tras examinar los trabajos preparatorios del artículo 17, suscribe la siguiente definición de "privada": cuestiones que son individuales, personales o confidenciales, o que se mantienen fuera de la observación pública o se sustraen a ésta. El Estado parte reconoce que, sobre la base de esa definición, las actividades sexuales practicadas de común acuerdo y en privado quedan incluidas en el concepto de "vida privada" del artículo 17.

6.3 En cuanto a la cuestión de la "injerencia" en la vida privada del autor que representarían los artículos 122 y 123 del Código Penal de Tasmania, el Estado parte señala que las

autoridades de Tasmania informaron de que no existe una política destinada a investigar los delitos o enjuiciar a los acusados con arreglo a las disposiciones controvertidas de manera distinta a la que se aplica para investigar los delitos o enjuiciar a los acusados con arreglo al Código Penal de Tasmania en general, e informaron asimismo de que el enjuiciamiento más reciente llevado a cabo con arreglo a las disposiciones impugnadas se remonta a 1984. No obstante, el Estado parte reconoce que, al no haber una política específica de las autoridades de Tasmania en el sentido de no aplicar las disposiciones impugnadas, sigue existiendo el riesgo de que esas disposiciones se apliquen al Sr. Toonen, y que ese riesgo cuenta a la hora de valorar la cuestión de si las disposiciones representan una "injerencia" en su vida privada. En definitiva, el Estado parte admite que el Sr. Toonen se ve personal y realmente afectado por las leyes impugnadas.

6.4 En cuanto a si la injerencia en la vida privada del autor fue arbitraria o ilegal, el Estado parte remite a los trabajos preparatorios del artículo 17 y observa que el proceso de redacción de la disposición en la Comisión de Derechos Humanos parece indicar que lo que se pretendía era que el término "arbitrarias" abarcara injerencias que, según la ley australiana, estarían incluidas en el concepto de "no razonables". Además, el Comité de Derechos Humanos afirma, en su Observación general 16 (32) sobre el artículo 17, que "[Con la introducción del] concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea [...] razonable en las circunstancias particulares del caso". Basándose en esa observación y en la jurisprudencia del Comité sobre el concepto de "razonable", el Estado parte interpreta como injerencias "razonables" en la vida privada las medidas basadas en criterios razonables y objetivos y que sean proporcionales al propósito que ha inspirado su adopción.

6.5 El Estado parte no acepta el argumento de las autoridades de Tasmania de que el mantenimiento de las disposiciones impugnadas se debe en parte a la preocupación de proteger a Tasmania de la propagación del VIH y del SIDA, y de que las leyes se justifican por motivos de salud pública y de moral. De hecho, ese argumento se opone a la Estrategia nacional de lucha contra el VIH y el SIDA adoptada por el Gobierno de Australia, en la que se pone de relieve que las leyes que penalizan las actividades homosexuales constituyen un obstáculo para los programas de salud pública que promueven las actividades sexuales sin riesgo de contagio. Además, el Estado parte disiente de la opinión de las autoridades de Tasmania de que las leyes se justifican por motivos morales, y señala que cuando se redactó el artículo 17 del Pacto no se discutieron cuestiones de moral.

6.6 No obstante, el Estado parte advierte que la formulación del artículo 17 permite algún grado de violación del derecho a la vida privada cuando hay motivos razonables y que las costumbres sociales nacionales pueden tener que ver con que se considere razonable un acto de injerencia en la vida privada. El Estado parte afirma que, si bien en el pasado existieron en otros Estados australianos leyes que penalizaban las actividades homosexuales, esas leyes han sido abolidas, salvo en el caso de Tasmania. Por otra parte, la discriminación basada en la homosexualidad o la sexualidad es ilegal en tres de los seis Estados australianos y en los dos

territorios autónomos. El Gobierno federal ha declarado que las preferencias sexuales constituyen un motivo de discriminación que puede invocarse con arreglo al Convenio (No. 111) de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y ha creado un mecanismo en virtud del cual la Australian Human Rights and Equal Opportunity Commission (Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades de Australia) puede examinar las denuncias de discriminación en el empleo basada en las preferencias sexuales.

6.7 Basándose en lo que precede, el Estado parte sostiene que, actualmente suele admitirse en Australia que ninguna persona debe verse perjudicada por sus inclinaciones sexuales. Dada la situación jurídica y social reinante en toda Australia, con excepción de Tasmania, el Estado parte reconoce que la prohibición completa de las actividades sexuales entre hombres no es necesaria para sostener el tejido moral de la sociedad australiana. En definitiva, el Estado parte afirma que no pretende sostener que las leyes impugnadas se basan en criterios razonables y objetivos.

6.8 Por último, el Estado parte examina, en el marco del artículo 17, la cuestión de si las leyes impugnadas constituyen una respuesta proporcional al objetivo que se persigue. No acepta el argumento de las autoridades de Tasmania de que el alcance de la injerencia en la vida privada ocasionada por los artículos 122 y 123 del Código Penal de Tasmania constituye una respuesta proporcional a la pretendida amenaza a las normas morales de la sociedad de Tasmania. En ese contexto, el Estado parte señala que el hecho mismo de que las leyes impugnadas no se apliquen a las personas que se entregan en privado a actividades sexuales mutuamente consentidas indica que las leyes en cuestión no son fundamentales para proteger las normas morales de esa sociedad. Teniendo en cuenta lo antedicho, el Estado parte concluye que las leyes impugnadas no son razonables en las circunstancias actuales y que su injerencia en la vida privada es arbitraria. Señala que en los últimos años los sucesivos gobiernos de Tasmania han propuesto varias veces su derogación.

6.9 Con respecto a la presunta violación del artículo 26, el Estado parte pide el asesoramiento del Comité sobre la cuestión de si la inclinación sexual puede subsumirse en la expresión "... o cualquier otra condición social", que figura en el artículo 26. En ese contexto, las autoridades de Tasmania admiten que la inclinación sexual constituye "otra condición social" a los fines del Pacto. El propio Estado parte, tras examinar los trabajos preparatorios, la observación general del Comité sobre los artículos 2 y 26, y su jurisprudencia relativa a esas disposiciones, sostiene que parecería haber buenas razones para entender que los términos de ambos artículos no deben interpretarse restrictivamente. La formulación de esas disposiciones "sin distinción alguna de" y "por motivos de" - apoyan una interpretación inclusiva y no exhaustiva. Si bien los trabajos preparatorios no dan una orientación específica en la materia, parecerían apoyar también ese tipo de interpretación.

6.10 El Estado parte prosigue afirmando que, si el Comité considera la inclinación sexual como "otra condición social" a los fines del Pacto, deben examinarse las cuestiones siguientes:

- Si las leyes de Tasmania establecen una distinción basada en el sexo o la inclinación sexual;

- Si el Sr. Toonen es víctima de discriminación;

- Si existen criterios razonables y objetivos para establecer la distinción;

- Si las leyes de Tasmania constituyen un medio proporcional para lograr un objetivo legítimo con arreglo al Pacto.

6.11 El Estado parte admite que el artículo 123 del Código Penal de Tasmania establece claramente una distinción basada en el sexo, ya que sólo prohíbe los actos sexuales entre hombres. Si el Comité llegara a la conclusión de que la inclinación sexual constituye "otra condición social" según el significado que le atribuye el artículo 26, el Estado parte admitiría que ese artículo establece una distinción basada en la inclinación sexual. En cuanto a la argumentación del autor de que es necesario examinar conjuntamente los efectos de los artículos 122 y 123, el Estado parte pide el asesoramiento del Comité sobre si es apropiado examinar el artículo 122 aisladamente o es necesario examinar los efectos combinados que los artículos 122 y 123 tienen para el Sr. Toonen.

6.12 En cuanto a si el autor es víctima de discriminación, el Estado parte admite, como se señala en el párrafo 6.3 supra, que el autor se ve real y personalmente afectado por las disposiciones impugnadas, y acepta la aseveración general de que la legislación en cuestión afecta a la opinión pública. No obstante, el Estado parte sostiene que no ha podido comprobar si es fácil determinar, a los fines de los artículos 122 y 123, todos los casos de prejuicios contra los homosexuales y de discriminación a que se refiere el autor.

6.13 En cuanto a la cuestión de determinar si la diferenciación en el trato que figura en los artículos 122 y 123 se basa en criterios razonables y objetivos, el Estado parte se remite, mutatis mutandis, a sus observaciones sobre el artículo 17 (párrafos 6.4 a 6.8 supra). En un contexto similar, el Estado parte disiente del argumento de las autoridades de Tasmania de que las leyes impugnadas no establecen discriminación alguna entre distintas clases de ciudadanos, sino que se limitan a señalar los actos que son inaceptables para la comunidad de Tasmania. Según el Estado parte, ese argumento refleja incorrectamente la percepción que se tiene en el país de los fines o efectos de las disposiciones impugnadas. Si bien éstas apuntan específicamente a determinados actos, tienen por efecto distinguir a una clase identificable de personas y prohibir determinados actos de éstas. Así pues, la comunidad interpreta claramente que las leyes mencionadas van dirigidas a los hombres homosexuales como grupo. En consecuencia, si el Comité considerase discriminatorias las leyes de Tasmania que constituyen una injerencia en la vida privada, el Estado parte admitiría que constituyen una injerencia discriminatoria en la vida privada.

6.14 Por último, el Estado parte examina varias cuestiones que podrían guardar relación con el artículo 26. En cuanto al concepto de igualdad ante la ley en el sentido que se le da en el artículo 26, el Estado parte aduce que la denuncia no plantea una cuestión de desigualdad procesal. En lo que atañe a la cuestión de determinar si los artículos 122 y 123 establecen una discriminación en materia de "igual protección de la ley", el Estado parte reconoce que, si el Comité considerase que las leyes son discriminatorias, la discriminación afectaría al derecho a igual protección ante la ley. Con respecto a la cuestión de si el autor es víctima de una discriminación prohibida, el Estado parte admite que los artículos 122 y 123 tienen efectos reales para el autor y su denuncia no representa, como lo afirman las autoridades de Tasmania, una recusación en abstracto de la legislación nacional.

7.1 En sus comentarios, el autor celebra que el Estado parte admita que los artículos 122 y 123 violan el artículo 17 del Pacto, pero expresa su preocupación por el hecho de que la argumentación del Gobierno de Australia se base enteramente en que él está amenazado de procesamiento en virtud de las disposiciones mencionadas y no tome en cuenta las consecuencias negativas generales que esas disposiciones pueden tener para él. El autor expresa asimismo su preocupación por el hecho de que, en el contexto de la "arbitrariedad" de la injerencia en su vida privada, el Estado parte haya considerado difícil determinar con certidumbre si la prohibición de las actividades homosexuales privadas representa la postura moral de una parte importante del pueblo de Tasmania. Sostiene que, en realidad, existe un apoyo popular e institucional importante a la derogación de las leyes penales de Tasmania contrarias a los homosexuales, y proporciona una lista detallada de asociaciones y grupos pertenecientes a un amplio espectro de la sociedad australiana y de Tasmania, así como un estudio detallado del interés nacional e internacional por los derechos de los homosexuales y las lesbianas en general y las leyes que en Tasmania penalizan a los homosexuales en particular.

7.2 En respuesta al argumento de las autoridades de Tasmania de que se deben tomar en cuenta las consideraciones morales al tratar del derecho a la vida privada, el autor señala que Australia es una sociedad pluralista y multicultural, cuyos ciudadanos tienen códigos morales diferentes y a veces contradictorios. En tales circunstancias, la finalidad de las leyes penales debe consistir en reducir a su mínima expresión las diferencias entre esos códigos; en la medida en que algunos valores hayan de quedar plasmados en los códigos penales, esos valores deberían guardar relación con la dignidad y la diversidad humanas.

7.3 En cuanto a las presuntas violaciones del párrafo 1 del artículo 2 y del artículo 26, el autor celebra la buena voluntad del Estado parte para seguir los consejos del Comité en materia de interpretación de esas disposiciones, pero lamenta que el Estado parte no haya proporcionado su propia interpretación de las mismas. Sostiene que ello se contradice con las opiniones emitidas por el Gobierno de Australia sobre las disposiciones mencionadas en el plano nacional, ya que en ese plano el Gobierno ha dejado claro que interpreta que dichas disposiciones garantizan la protección contra la discriminación y la igual protección de la ley en

materia de inclinaciones sexuales. El autor examina luego la evolución reciente registrada en Australia en lo tocante al trato que se da a las inclinaciones sexuales en el derecho internacional aplicable a los derechos humanos y señala que ante la Comisión Principal de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Australia formuló una declaración que sigue constituyendo la defensa más decidida de los derechos de los homosexuales hecha por un gobierno en un foro internacional. El autor sostiene que el llamamiento efectuado por Australia para que se proscriba a nivel internacional la discriminación basada en las preferencias sexuales se aplica a su caso.

7.4 El Sr. Toonen señala además que en 1994 Australia planteará en diversos foros la cuestión de la discriminación basada en las inclinaciones sexuales, y dice que tiene entendido que el Plan nacional de acción en materia de derechos humanos que Australia someterá a la Comisión de Derechos Humanos a comienzos del próximo año incluirá entre sus objetivos la eliminación a nivel internacional de la discriminación basada en las inclinaciones sexuales.

7.5 Teniendo en cuenta lo que antecede, el autor insta al Comité a que tome en cuenta que el Estado parte ha considerado de manera consecuente que las inclinaciones sexuales están protegidas por el derecho internacional aplicable a los derechos humanos y, en particular, constituyen "otra condición social" a los fines del párrafo 1 del artículo 2 y del artículo 26. El autor señala que varios fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituyen un precedente de esa conclusión.

7.6 En cuanto al efecto discriminatorio de los artículos 122 y 123 del Código Penal de Tasmania, el autor reafirma que los efectos combinados de ambas disposiciones son discriminatorios, porque las dos juntas proscriben todas las formas de contacto íntimo entre hombres. Pese a su aparente neutralidad, el artículo 122 se considera discriminatorio en sí. A pesar de que las leyes de Tasmania que prohíben las "relaciones sexuales por vía no natural" son neutrales y no diferencian entre uno y otro sexo, la disposición mencionada, al igual que leyes similares ahora derogadas en distintos Estados de Australia, se han aplicado con mucha mayor frecuencia contra los hombres que se entregan a prácticas homosexuales que contra los hombres o mujeres que practican actividades heterosexuales. A la vez, la disposición penaliza una actividad practicada las más de las veces por hombres que tienen relaciones sexuales con otros hombres que por hombres y mujeres que se entregan a actividades heterosexuales. El autor afirma que en su observación general sobre el artículo 26 y en algunas de sus opiniones, el propio Comité de Derechos Humanos ha aceptado la noción de "discriminación indirecta".

7.7 En lo que atañe a la carencia de "criterios razonables y objetivos" para la diferenciación establecida por los artículos 122 y 123, el Sr. Toonen celebra que el Estado parte haya llegado a la conclusión de que las disposiciones no se justifican razonablemente por motivos de salud pública o de moral. A la vez, discrepa de la ambivalencia del Estado parte en lo concerniente a las posturas morales de los habitantes de Tasmania.

7.8 Por último, el autor desarrolla su alegato inicial sobre el vínculo entre la existencia de una legislación penal contraria a los homosexuales y lo que él califica de "discriminación más amplia", es decir, el hostigamiento de los homosexuales, la violencia ejercida contra ellos y los prejuicios en su contra. Alega que la existencia de la ley tiene consecuencias sociales y psicológicas nocivas para él y otras personas que se hallan en su situación, y cita numerosos ejemplos recientes de hostigamiento y discriminación de homosexuales y lesbianas en Tasmania.

7.9 El Sr. Toonen explica que desde que presentó su denuncia al Comité ha seguido siendo objeto de difamación y hostigamiento. Ello ocurrió en el marco del debate sobre la reforma de la legislación de Tasmania que penaliza a los homosexuales y de su intenso trabajo voluntario en el sector de la asistencia social comunitaria de Tasmania. Añade algo que para él es más importante, como es que, tras presentar la denuncia perdió su empleo, en parte por haber enviado su comunicación al Comité.

7.10 Al respecto, el autor explica que cuando envió su comunicación al Comité llevaba tres años trabajando de gerente general en el Tasmanian AIDS Council (Inc.) (Consejo del SIDA de Tasmania). Perdió ese empleo el 2 de julio de 1993 a raíz de un examen externo de la labor del Consejo que había sido impuesto por el Gobierno de Tasmania, actuando por conducto del Departamento de Servicios Comunitarios y de Salud. Al expresar el Consejo su poca disposición a destituir al autor, el citado Departamento amenazó con retirar su financiación al Consejo si no se notificaba inmediatamente al Sr. Toonen su destitución. El Sr. Toonen sostiene que la medida del Departamento estuvo motivada por la preocupación de éste ante la enérgica denuncia presentada por él al Comité y su militancia en defensa de los homosexuales en general. Señala que su denuncia se ha convertido en fuente de perturbación para el Gobierno de Tasmania y recalca que en ningún momento se había puesto en tela de juicio su rendimiento en el trabajo.

7.11 El autor concluye que los artículos 122 y 123 siguen perjudicándole en su vida privada y pública, creando las condiciones para que se lo discrimine, se lo hostigue constantemente y se lo perjudique personalmente.

Examen del fondo del caso

8.1 Se solicita al Comité que determine si el Sr. Toonen ha sido víctima de una injerencia ilegal o arbitraria en su vida privada, en violación del párrafo 1 del artículo 17, y si se lo ha discriminado en su derecho a igual protección de la ley, en violación del artículo 26.

8.2 En lo que atañe al artículo 17, es indiscutible que la actividad sexual consensual llevada a cabo en privado entre adultos queda incluida en el concepto de "vida privada" y que en la

actualidad el Sr. Toonen se ve realmente afectado por el mantenimiento de las leyes impugnadas. El Comité considera que los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123 del Código Penal de Tasmania representan una "injerencia" en la vida privada del autor, aun cuando esas disposiciones no se apliquen desde hace un decenio. En ese contexto, el Comité señala que la política del ministerio público de no entablar acciones penales en relación con una conducta homosexual privada no constituyen una garantía de que en el futuro no se iniciarán acciones contra homosexuales, especialmente si se tienen en cuenta las declaraciones no desmentidas del Director del ministerio público de Tasmania formuladas en 1988 y las de los miembros del Parlamento de Tasmania. En consecuencia, el mantenimiento de las disposiciones impugnadas representa una "injerencia" continua y directa en la vida privada del autor.

8.3 La prohibición del comportamiento homosexual privado está establecida por la ley, concretamente los artículos 122 y 123 del Código Penal de Tasmania. En cuanto a si puede considerarse arbitraria, el Comité recuerda que, de conformidad con su Observación general 16 (32) sobre el artículo 17, "... Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso". El Comité interpreta que el requisito de ser razonable implica que cualquier injerencia en la vida privada debe ser proporcional al propósito perseguido y necesaria en las circunstancias particulares del caso.

8.4 Si bien el Estado parte reconoce que las disposiciones impugnadas constituyen una injerencia arbitraria en la vida privada del Sr. Toonen, las autoridades de Tasmania sostienen que las leyes impugnadas se justifican por motivos de salud pública y de moral, ya que en parte tienen por objeto impedir la propagación del VIH y del SIDA en Tasmania, y también porque, en ausencia de cláusulas limitativas específicas en el artículo 17, las cuestiones morales deben considerarse como una cuestión que cada país ha de decidir.

8.5 Por lo que se refiere al argumento de las autoridades de Tasmania referente a la salud pública, el Comité señala que la penalización de las prácticas homosexuales no puede considerarse un medio razonable o una medida proporcionada para lograr el objetivo de impedir la propagación del VIH y del SIDA. El Gobierno de Australia señala que las leyes que penalizan las actividades homosexuales tienden a impedir la ejecución de los programas de salud pública, empujando a la clandestinidad a muchas de las personas que corren el riesgo de infectarse. Así pues, la penalización de las prácticas homosexuales iría en contra de la ejecución de programas de educación eficaces en materia de prevención de la infección por el VIH y del SIDA. En segundo lugar, el Comité señala que no se ha observado relación entre el mantenimiento de la penalización de las actividades homosexuales y el control eficaz de la difusión del VIH/SIDA.

8.6 El Comité no puede aceptar que, a los fines del artículo 17 del Pacto, las cuestiones de

moral constituyan exclusivamente un asunto de preocupación para el país en cuestión, ya que ello permitiría que se eliminase de la lista de asuntos que ha de examinar el Comité un número potencialmente grande de leyes que representan una injerencia en la vida privada. El Comité señala asimismo que, salvo en Tasmania, todas las leyes que penalizaban la homosexualidad se han derogado en toda Australia y que, incluso en Tasmania, es evidente que no hay consenso en cuanto si también convendría derogar los artículos 122 y 123. Considerando además que actualmente esas disposiciones no se aplican, lo que implica que no se las considera fundamentales para proteger la moral en Tasmania, el Comité concluye que las disposiciones no superan la prueba de lo que resulta "razonable" en las circunstancias particulares del caso, y constituyen una injerencia arbitraria en el derecho que confiere al Sr. Toonen el párrafo 1 del artículo 17.

8.7 El Estado parte ha pedido asesoramiento al Comité sobre la cuestión de si la inclinación sexual puede considerarse "otra condición social" a los fines del artículo 26. La misma cuestión podría plantearse en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. Sin embargo, el Comité se limita a observar que, a su juicio, se debe estimar que la referencia al "sexo", que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual.

9. El Comité de Derechos Humanos, teniendo en cuenta el párrafo 4 del artículo 5 de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, opina que los hechos examinados constituyen violaciones del párrafo 1 del artículo 17 del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto.

10. Con arreglo al inciso a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor, víctima de una violación del párrafo 1 del artículo 17 y del párrafo 1 del artículo 2, tiene derecho a recurso. El Comité opina que un recurso eficaz sería la revocación de los párrafos a) y c) de la sección 122 y la sección 123 del Código Penal de Tasmania.

11. Como el Comité ha hallado una violación de los derechos del Sr. Toonen con arreglo al párrafo 1 del artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto que requiere la revocación de la ley lesiva, el Comité no considera necesario examinar si hubo también una violación del artículo 26 del Pacto.

12. El Comité desea recibir, dentro de los 90 días posteriores a la transmisión de sus Observaciones, información sobre las medidas pertinentes adoptadas por el Estado parte en relación con las observaciones del Comité.

[Hecho en español, francés e inglés, siendo la inglesa la versión original.]

Notas

a Documentos Oficiales de la Asamblea General, 43º período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/43/40), anexo VI, observación general 16 (32), párrafo 4.

b Dudgeon c. el Reino Unido, fallo de 22 de octubre de 1981, párrs. 64 a 70; Norris c. Irlanda, fallo de 26 de octubre de 1988, párrs. 39 a 47; Modinos c. Chipre, fallo de 22 de abril de 1993, párrs. 20 a 25.

c El autor se refiere a las observaciones del Comité en la comunicación No. 208/1986 (Bhinder c. el Canadá), aprobadas el 9 de noviembre de 1986, párrs. 6.1 y 6.2 (véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, 45º período de sesiones, Suplemento No. 60 (A/45/41), anexo IX.E).

d Los ejemplos están documentados y figuran en el expediente del caso.

* El texto de una opinión individual presentada por el Sr. Bertil Wennergren, figura anexada.

Apéndice

OPINIÓN INDIVIDUAL PRESENTADA POR EL SR. BERTIL WENNERGREN CON ARREGLO AL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 94 DEL REGLAMENTO DEL

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

No comparto la observación del Comité contenida en el párrafo 11 de que no es necesario examinar si hubo también una violación del artículo 26 del Pacto, pues el Comité concluyó que había habido una violación de los derechos del Sr. Toonen con arreglo al párrafo 1 del artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto. En mi opinión, la conclusión de una violación del párrafo 1 del artículo 17 debe más bien deducirse de la conclusión de una violación del artículo 26. Mi razonamiento es el siguiente.

La sección 122 del Código Penal de Tasmania prohíbe las relaciones sexuales entre los hombres y entre las mujeres. La sección 123 prohíbe también los contactos sexuales obscenos consensuales entre los hombres, en público o en privado, pero no prohíbe los contactos consensuales análogos entre mujeres. En el párrafo 8.7, el Comité concluyó que, a su juicio, se debe estimar que la referencia al "sexo" que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual. Convengo con esa opinión, pues el denominador común de los motivos "raza, color y sexo" está constituido por factores biológicos o genéticos. Siendo ello así, la configuración como delito de ciertas formas de comportamiento en las secciones 122 a),

c) y 123 del Código Penal de Tasmania debe considerarse incompatible con el artículo 26 del Pacto.

En primer lugar, esas disposiciones del Código Penal de Tasmania prohíben las relaciones sexuales entre hombres y entre mujeres, estableciendo así una distinción entre heterosexuales y homosexuales. En segundo lugar, configuran como delito otros contactos sexuales consensuales entre hombres sin configurar como delito al mismo tiempo los contactos de esa índole entre mujeres. Por tanto, esas disposiciones rechazan el principio de igualdad ante la ley. Debe hacerse hincapié en que la configuración como delitos constituye en sí una discriminación de la que las personas pueden afirmar que son víctimas, y viola por tanto el artículo 26, a pesar de que la ley no se haya aplicado durante un período de tiempo considerable. El comportamiento mencionado continúa constituyendo una infracción penal.

A diferencia de la mayoría de los artículos del Pacto, el artículo 17 no establece ningún derecho o libertad auténticos. No hay un derecho a la libertad de la vida privada, comparable al derecho a la libertad de la persona, aunque el artículo 18 garantice el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión así como la libertad de manifestar la religión o las creencias propias en privado. El párrafo 1 del artículo 17 se limita a estipular que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, etc. Además, a diferencia de otros artículos del Pacto, la disposición no indica los motivos en que un Estado parte puede basar su injerencia por vía de legislación.

En consecuencia, el Estado parte tiene en principio derecho a injerirse en la vida privada de las personas por vía de legislación basándose en motivos discrecionales, no solamente en motivos relacionados con la seguridad pública, el orden, la salud, la moral, o los derechos y libertades fundamentales de otras personas, como se indica en otras disposiciones del Pacto. Sin embargo, con arreglo al párrafo 1 del artículo 5, ninguna disposición del Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder a un Estado derecho a realizar actos encaminados a la limitación de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto en mayor medida que la prevista en él.

La legislación penal discriminatoria de que se trata no es hablando estrictamente "ilegal" pero es incompatible con el Pacto, pues limita el derecho a la igualdad ante la ley. A mi juicio, la configuración delictiva efectuada con arreglo a las secciones 122 y 123 del Código Penal de Tasmania, constituye una injerencia en la vida privada en grado injustificable y constituye también por tanto una violación del párrafo 1 del artículo 17.

Una conclusión análoga no puede, a mi juicio, deducirse con respecto al párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, pues el párrafo 1 del artículo 17 otorga solamente protección frente a las injerencias arbitrarias o ilegales. No se puede concluir que una ley sea ilegal solamente por referencia al párrafo 1 del artículo 2 sin recurrir a un razonamiento tortuoso. La injerencia es en este caso "ilegal" por efecto del párrafo 1 del artículo 5 y el artículo 26, no por efecto del párrafo 1 del

artículo 2. Por ello concluyo que las disposiciones impugnadas del Código Penal de Tasmania y sus efectos para la situación del autor constituyen una violación del artículo 26, del párrafo 1 del artículo 17 y del párrafo 1 del artículo 5 del Pacto.

Comparto la opinión del Comité de que un remedio eficaz sería la revocación de los párrafos a) y c) de la sección 122 y la sección 123 del Código Penal de Tasmania.