

Homosexuales y autonomía sexual en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema norteamericana: El caso *Lawrence v. Texas*

TOMÁS VIAL SOLAR*

1. Introducción

En Chile los debates morales y jurídicos con frecuencia se llevan a cabo con prescindencia de las discusiones y procesos ocurridos en otras naciones. Esto no parecería especialmente grave si Chile fuera u hubiese sido una nación desvinculada de los desarrollos institucionales y jurídicos acaecidos en el exterior o su vida económica, social, cultural y política estuviera aislada del mundo exterior. Ni lo uno ni lo otro es verdad ni, por cierto, razonablemente posible. La historia nacional está íntimamente relacionada con la historia del mundo occidental y lo mismo se puede decir de sus instituciones jurídicas. Por esta razón ofrece interesantes lecciones lo que otras naciones, con las cuales se comparten valores e instituciones, han hecho o están haciendo. Chile, con menos del 0.3 por ciento de la población mundial, no necesita inventar la rueda de nuevo, sino que debe aprender de la experiencia ajena, tanto como sea posible y conveniente.

Y hoy en día Chile ciertamente que ha hecho una apuesta por un desarrollo que es abierto al mundo. Esto, como lo saben bien naciones más viejas en esto de mirar las cosas globalmente, no puede ser sólo un asunto de comercio, importante como es este, sino que también conlleva relaciones políticas, culturales y jurídicas. Las reglas e instituciones que empleamos en organizar nuestra sociedad entrarán inevitablemente en contacto, serán sujetas a estudio, apreciación y crítica por otras naciones con las cuales nos relacionamos cada vez en forma más estrecha. Este fenómeno de interrelación se hace evidente en lo que se ha entendido como derechos humanos. Si en el siglo XIX podía ser concebible comerciar con total prescindencia de principios humanitarios, en el presente esto, entre naciones que aspiran a una mínima respetabilidad, se hace crecientemente más difícil o imposible. Hoy en día la forma en que una sociedad trata a las personas, a los animales o al medio ambiente, son materias que también importan en una relación internacional. Los razonamientos anteriores sirven para justificar la necesidad de que se estudie con atención el desarrollo jurídico comparado.¹ Al respecto, en materia de derechos constitucionales sin duda que una de las más poderosas e influyentes jurisprudencias es la que emana de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La importancia política y cultural de la nación norteamericana, la brevedad clásica y la perdurabilidad de su constitución, ya con más de 200 años de vigencia, la calidad y

* Profesor de derecho constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Andrés Bello, e investigador asociado del Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Diego Portales.

¹ Sobre la utilidad y práctica creciente del derecho comparado véase el artículo de ZAPATA, Patricio, "La Necesidad del Estudio del Derecho Comparado", en *Tradición y Modernidad en el Derecho*, Universidad Andrés Bello (2004).

autoridad de sus magistrados, hacen de sus pronunciamientos una fuente inagotable de estudio y debate, tal cual sucede en el propio seno de la sociedad norteamericana y del mundo jurídico de ese país. Ayuda a lo anterior la excepcional calidad de la producción académica de las escuelas de derecho norteamericanas, la que estudia, critica y comenta con pasión moderada con el conocimiento, sus fallos.

Respecto a la idea de privacidad como autonomía sexual la Corte norteamericana sin duda que es la magistratura que sienta el precedente ineludible a nivel mundial. Desde el caso *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), que reconoce un derecho a la privacidad de una pareja casada a decidir si usar o no contraceptivos, pasando por *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), donde reconoce el derecho de la mujer para decidir si continuar o no con el embarazo, la Corte ha desarrollado una jurisprudencia crecientemente expansiva sobre cuál es el contenido de la privacidad entendida como autonomía en el plano sexual.

En esta área del derecho es todavía altamente contenciosa la extensión de este derecho a la privacidad a prácticas sexuales realizadas por minorías sexuales, tales como los homosexuales.

Lo anterior hace especialmente relevante el difundir el que es el último eslabón, pero sin duda no el final, de lo que es ya una larga cadena de decisiones que han ido asentando una idea de libertad en el plano de las decisiones que atañen a la esfera privada, particularmente en lo relativo al sexo. El fallo *Lawrence v. Texas*, resuelto en junio de 2003, es justamente la consecuencia, no exenta de polémica, como lo ha sido todo el desarrollo jurisprudencial en esta área del derecho, de esa serie de decisiones, que han construido el contenido contemporáneo de esa libertad juzgada como fundamental por la propia corte.

Este artículo se limita a transcribir el fallo en comentario, iniciándose con una breve reseña de las circunstancias de hecho y derecho que lo anteceden, para luego reproducir los considerandos más relevantes de la decisión y del voto disidente. Esto a fin de permitir el mayor acceso al público que no puede acceder al material original en inglés. Las citas al fallo son tomadas de la versión en borrador del mismo (Slip Opinions)². Se finaliza con un resumen de los principales puntos del fallo. La traducción es obra del autor.

2. El precedente constitucional: *Bowers v. Hardwick*

Previo a *Lawrence*, la sentencia más relevante de la Corte Suprema sobre libertad sexual para homosexuales fue el caso *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). Este caso, fallado en 1986, presenta innegables similitudes con las situaciones a decidir en *Lawrence*. Así, se trató de un homosexual acusado de violar la ley antisodomía del Estado de Georgia, al tener relaciones sexuales con otro hombre dentro de su propio hogar. La diferencia con el caso *Lawrence* es que la ley de Georgia sancionaba por igual las

² Los fallos de la Corte Suprema norteamericana, en sus versiones de borrador (slip opinions) desde el 2001 están en la página web de la Corte [<http://www.supremecourtus.gov/opinions/opinions.html>]. Estos y otros fallos más antiguos se pueden encontrar también en FindLaw [<http://lp.findlaw.com>] y en el sitio del Legal Information Institute de la Universidad de Cornell [<http://supct.law.cornell.edu/supct>].

relaciones entre homosexuales y heterosexuales, pues definía sodomía como “cualquier acto sexual que implique los órganos sexuales de una persona y la boca o ano de otra”.

En esa ocasión la corte partió preguntándose si acaso la constitución federal reconocía un derecho fundamental a los homosexuales a practicar la sodomía, y por lo tanto, a consecuencia de ese reconocimiento, si obligaba a declarar inconstitucional las leyes de los Estados que castigaban esa conducta. La Corte hace ver su desacuerdo con el fallo de la Corte de Apelaciones por el 11° distrito que declaró inconstitucional la ley de Georgia en base a que la jurisprudencia previa de la Corte Suprema sobre el derecho a la privacidad permitía extenderla a los homosexuales, haciendo notar que el precedente tenía que ver con asuntos de familia, matrimonio, o procreación, los cuales no tenían conexión con la homosexualidad. Adicionalmente, la corte rechaza la idea de que ese precedente dé pie para pensar que todo tipo de conducta sexual está protegida de la regulación estatal, haciendo notar que en el caso *Carey* en dos ocasiones ella señaló que el derecho a la privacidad no llegaba tan lejos.

La corte hizo ver que ella ha desarrollado ciertos derechos fundamentales en razón de que ellos están implícitos en los conceptos de libertad protegidos en la constitución de tal modo que sin ellos “ni la justicia ni la libertad existiría si ellos fueran sacrificados” o son de aquellas libertades que están profundamente enraizadas en la historia y tradición de la Nación. Afirmó que el derecho de los homosexuales no cae en ninguna de esas categorías, agregando que las prohibiciones contra la sodomía poseían larga data, haciendo notar que al momento de fallar 24 Estados de la Unión tenían leyes antisodomía, y que esa era también la situación en los 13 Estados originales de la Unión. Agregó que tampoco pueden tomar una posición más expansiva en una materia que posee escasa o ninguna base en el lenguaje o diseño de la Constitución.

En razón de lo anterior la Corte Suprema revocó el fallo de la Corte de Apelaciones.

3. Lawrence v. Texas: antecedentes de hecho y derecho

Los hechos que llevaron a que la Corte Suprema dictara esta importante sentencia se inician, al igual que en el caso *Roe v. Wade*, en el Estado de Texas. Ahí, en el año 1998, en la ciudad de Houston, oficiales de policía, en respuesta a una llamada sobre un supuesto desorden por armas, ingresaron a la vivienda de John G. Lawrence. La policía encontró a Lawrence teniendo sexo con otro hombre, Tirón Garner (en adelante los peticionarios ante la Corte Suprema). Ambos fueron arrestados, detenidos por una noche en la estación de policía, y acusados y sentenciados ante un Juez de Paz. La acusación y condena fue en base a la norma del Código Penal de Texas que sanciona el “coito desviado” (*deviate sexual intercourse*) entre personas del mismo sexo³, definiéndolo como:

- (A) Cualquier contacto entre cualquier parte de los genitales de una persona y la boca o ano de otra persona; o
- (B) La penetración de los genitales o el ano de otra persona con un objeto.

Los peticionarios pidieron un nuevo juicio ante la corte del condado, criticando la norma penal como contraria a la garantía de la igual protección de la Decimocuarta Enmienda de las Constitución de

³ Código Penal de Texas, § 21.06 (a) (2003)

los Estados Unidos⁴ y una norma similar contenida en la Constitución de Texas, petición que fue rechazada, siendo finalmente multados por 200 dólares y al pago de costas por 141 dólares. Luego será la Corte de Apelaciones de Texas por el 14° distrito la que conocerá del caso, analizándolo bajo la garantía del debido proceso y a la igual protección contenidas en la decimocuarta enmienda. La corte, en un voto dividido, decide en contra de los peticionarios, señalando que el caso *Bowers v. Hardwick* (1986) es aplicable al caso en estudio y que de acuerdo a él no hay inconstitucionalidad en la norma penal del Estado de Texas. Los peticionarios hicieron uso del derecho a *certiorari*⁵ ante la Corte Suprema, el que fue aceptado.

La Corte Suprema aceptó la revisión del fallo de la Corte de Apelaciones de Texas a fin de considerar tres preguntas presentadas por los peticionarios:

1. Si las condenas bajo la ley “de conducta homosexual de Texas”, que criminaliza la intimidad sexual ente parejas del mismo sexo pero que no lo hace entre parejas de distinto sexo, violaban la garantía de la igual protección de las leyes contenida en la Decimocuarta Enmienda.
2. Si acaso las condenas de los peticionarios por intimidad sexual entre adultos en el hogar violaba el vital interés de libertad y privacidad protegido por la norma del debido proceso contenido de la Decimocuarta Enmienda.
3. Si acaso *Bowers v. Hardwick* debía ser invalidado.

4. El fallo de mayoría

El fallo de la mayoría fue redactado por el juez Kennedy, y apoyado por los votos de los jueces Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer. La jueza O'Connor estuvo de acuerdo con la decisión pero redactó un voto propio. Y, finalmente, los jueces Scalia, Rehnquist (Presidente de la Corte) y Thomas expusieron una opinión disidente, redactada por el juez Thomas, la que será transcrita más adelante.

La decisión de la mayoría se inicia con una declaración sobre el contenido de la libertad que sienta el tono de lo que la corte va a decidir. La corte afirma que:

“La libertad protege a la persona de las intromisiones injustificadas por parte del gobierno en el hogar y otros lugares privados. En nuestra tradición el Estado no es omnipresente en el hogar. Y hay

⁴ El párrafo 1 de la 14° Enmienda, introducida en 1868, dispone: Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos. (Tomado del texto en español de Bases de Datos Políticos de las Américas, Universidad de Georgetown, en <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/USA/usa1787.html>)

⁵ La acción de *certiorari* es una acción que las partes luego de un fallo de una corte federal de apelación o una corte estatal de última instancia pueden interponer ante la Corte Suprema a fin de resolver un asunto de constitucionalidad o de conflicto de leyes federales. No se considera una instancia. La Corte posee completa discrecionalidad para admitir o no la acción, siendo la materia decidida por un panel de 4 jueces. Ver GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Foundation Press, 12ª ed, Wesley, New York, (1991), p. 60.

otras esferas de nuestras vidas y existencias, fuera del hogar, en las cuales el Estado no debe tener una presencia dominante. La libertad se extiende más allá de límites espaciales. Ella supone una autonomía del ser que incluye la libertad de pensamiento, creencia, expresión y ciertas conductas íntimas. El caso presente conlleva la libertad de la persona tanto en su dimensión espacial como en otras más trascendentales”. (p. 1)

La corte luego narra los hechos previos que fundaron la petición de certiorari para luego pasar a una breve exposición de los los casos sobre privacidad que eran atinentes al asunto en cuestión.

a. El derecho a la privacidad como autonomía sexual

La corte señala que debe resolver el caso determinando si acaso los peticionarios eran libres, en tanto adultos, de llevar a cabo una conducta privada en el ejercicio de su libertad bajo la garantía del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución. Señalan que para ello será necesario reconsiderar su fallo en *Bowers*.

Agrega que, al respecto, el punto de inicio de su análisis debe ser *Griswold v. Connecticut*. En ese caso la corte declaró inválida una ley estatal que prohibía el uso de drogas o implementos anticonceptivos y la entrega de información, la ayuda, o la promoción del uso de anticonceptivos. Ahí, señala la misma corte, se describió el interés protegido como un derecho a la privacidad colocando énfasis en la relación marital y el espacio protegido del dormitorio conyugal. Continúa la corte haciendo ver que luego de *Griswold* se estableció que el “derecho de tomar ciertas decisiones en relación a la conducta sexual va más allá de las relaciones maritales” (p. 4). Así, en *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972) la corte invalidó una ley que prohibía la distribución de anticonceptivos a personas no casadas. Pese a que el caso se decidió bajo la garantía de la igual protección, la misma corte señala que respecto a las personas no casadas ella emitió “la fundamental proposición de que la ley limitaba el ejercicio de sus derechos personales”(p. 4).

La corte aquí se auto cita, tomando de *Eisenstadt* lo que sigue:

Es verdad que en *Griswold* el derecho a la privacidad en cuestión era inherente a la relación conyugal (...). Si el derecho a la privacidad significa algo, es el derecho del *individuo* (énfasis en el original), casado o soltero, de estar libre de intromisiones injustificadas del gobierno en asuntos tan fundamentales que afectan a la persona, como son la decisión de tener o procrear un hijo. (p. 4)

Señala, luego, que el caso *Eisenstadt* fue uno de los fundamentos del caso *Roe v. Wade*.⁶ La corte señala que “*Roe* reconoció el derecho de una mujer de efectuar ciertas decisiones fundamentales que afectan su destino y confirmó, una vez más, que la protección de la libertad bajo la Cláusula del Debido

⁶ En *Roe v. Wade*, decidida en 1973, la Corte reconoció, de manera amplia aunque no absoluta, el derecho de las mujeres a realizarse abortos, declarando inconstitucional una ley de Texas que prohibía todo tipo de abortos.

Proceso tiene una dimensión substancial de fundamental significado en la definición de los derechos de la persona”. Y luego cita el caso *Carey v. Population Services Int’l*, 431 U.S. 678 (1977), señalando que en él la corte confrontó, aunque dividida, una ley de Nueva York prohibiendo la entrega o venta de anticonceptivos a personas menores de 16 años.

Concluye en esta parte señalando que tanto *Roe*, *Eisenstadt*, y *Carey* confirmaron que el razonamiento fundante de *Griswold* no podría limitarse a la protección de los adultos casados. Concluye esta revisión diciendo que este fue el estado del derecho al momento en que la Corte conoció *Bowers*.

b. La invalidación de Bowers v. Hardwick

La corte parte criticado la forma en que ella misma definió el problema en *Bowers*, afirmando que plantearlo como si la Constitución reconociera un derecho fundamental a los homosexuales de practicar la sodomía significaba menospreciar la petición hecha, de la misma manera que si en el caso de una pareja casada se estimara que el matrimonio es simplemente el derecho a tener relaciones sexuales.

Continúa diciendo que tanto en *Bowers* como en el caso en cuestión las leyes cuestionadas no tienen otro objeto que el de prohibir ciertos actos sexuales. Sin embargo:

Sus sanciones y propósitos, tienen consecuencias mucho más profundas, tocando la más privada de las conductas humanas, la conducta sexual, y en el más privado de los lugares, el hogar. Las leyes buscan controlar una relación personal que, posea o no el derecho a estar reconocida formalmente por el derecho, está dentro de la libertad de las personas el elegir sin que por ello sean castigadas como criminales. (p. 6)

En este punto la corte realiza una declaración fundamental para entender el límite constitucional de las leyes que regulan la conducta sexual. Dice la corte:

Lo anterior, como regla general, debería aconsejar en contra de los intentos del Estado, o de una corte, de definir el sentido de la relación o disponer sus límites en caso de ausencia de daños a las personas o abuso de una institución protegida por el derecho. Es suficiente para nosotros el reconocer que personas adultas pueden elegir entrar en esta relación dentro del espacio de su hogar y en sus vidas privadas y aún conservar su dignidad como personas libres. (p. 6)

Luego la corte efectúa una conexión entre conducta sexual y relaciones personales, diciendo que “[c]uando la sexualidad encuentra expresión abierta en la conducta íntima con otra persona, esa conducta no es sino un elemento en un lazo personal que es más permanente. La libertad que protege la Constitución permite a los homosexuales el derecho de tener esa opción”. (p. 6)

A continuación, la corte pasa a analizar la aseveración de *Bowers* de que las prohibiciones en contra de la sodomía tienen raíces inmemoriales. Señala que en varios de los escritos académicos y documentos

adjuntos por terceros (*amicus briefs*)⁷ se hizo notar la impropiedad histórica de esa aseveración en razón de que las normas prohibitivas relativas a los homosexuales en cuanto tal y no dirigidas a prohibir específicos actos sexuales (como la penetración anal sin distinción de si el sujeto penetrado es masculino o femenino) eran más bien recientes. La corte señala que las normas prohibitivas dirigidas específicamente en contra de parejas homosexuales no se desarrollaron sino a partir del último tercio del siglo XX. En conclusión, la corte dice que los supuestos históricos de *Bowers* son más complejos que los que la mayoría de la corte asumió en esa ocasión.

La corte pasa después a refutar la aseveración de Burger, Presidente de la Corte, en *Bowers*, de que la condena de las prácticas homosexuales está firmemente enraizada en los criterios morales y éticos judeo-cristianos. Parte diciendo que para estos efectos son más relevantes las normas y tradiciones de los últimos cincuenta años, y que ellas “mostraban una creciente conciencia de que la libertad entrega una protección sustancial a personas adultas decidiendo cómo llevar a cabo sus vidas privada en asuntos de orden sexual”. (p. 11) Agrega que ese creciente reconocimiento debió haber sido evidente cuando se decidió *Bowers*.

De este modo la corte indica que ya en 1955 el Instituto de Derecho Americano (*American Legal Institute*) promulgó un Código Penal Modelo recomendando claramente que no se sancionara penalmente las relaciones sexuales consensuales realizadas en privado.

Más fundamentalmente, la corte advierte que las alusiones del juez Burger a la historia occidental y los criterios morales judeo-cristianos no tomaron en cuenta otros antecedentes más contemporáneos que apuntaban en otra dirección. Así, ésta menciona tres referencias contemporáneas sobre el tema de las relaciones homosexuales. Una es el famoso Informe Wolfenden⁸ al parlamento británico, que ya en 1957 aconsejó la derogación de las leyes que castigaban la conducta homosexual. De una mayor importancia, señala la corte, es el fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos dictado en 1981, en el caso *Dudgeon v. United Kingdom*. En este caso, la Corte Europea declaró como infringiendo el derecho a la privacidad⁹ garantizado en la Convención Europea de Derechos Humanos a las normas vigentes en Irlanda del Norte que declaraban como criminales las relaciones sexuales entre hombres.¹⁰ La Corte Suprema norteamericana hace presente que esa decisión, que era obligatoria en 1981 para los entonces 21 países miembros del Consejo de Europa (y que al momento de *Lawrence* eran 45),¹¹ contradice la premisa de *Bowers* de que la demanda bajo análisis carecía de base en la civilización occidental.

⁷ Particularmente importante fue el realizado por un grupo de historiadores, el que se puede encontrar en el sitio del Center for History and New Media de la Universidad George Mason (<http://hnn.us/articles/printfriendly/1539.html>). Todos los *amicus briefs* están en el sitio de Lambda Legal (<http://www.lambdalegal.org/cgi-bin/iowa/documents/record?record=1190>).

⁸ Wolfenden Report: Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, Parliamentary Papers, Cmnd 247, London (1957)

⁹ El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en su párrafo 1, dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

¹⁰ Estrictamente las normas vigentes en Irlanda del Norte, que no lo eran en el resto del Reino Unido, sancionaban las relaciones anales (*buggery*) tanto entre personas del mismo sexo como entre un hombre y una mujer. Sin embargo, existían también otras normas que se aplicaban exclusivamente a las relaciones entre hombres, para los casos no cubiertos por la definición de *buggery*, tales como acciones de masturbación mutua y sexo oral (*gross indecency*). A consecuencia del Informe Wolfenden, el Parlamento británico había descriminalizado en 1967 esas conductas para Inglaterra y Gales. Sin embargo, subsistieron en la más conservadora Irlanda del Norte.

¹¹ Hoy son 46 países miembros. Vease la página web del Consejo <http://www.coe.int>.

La referencia que hace la Corte Suprema norteamericana al fallo de *Dudgeon* tiene una gran importancia en el derecho constitucional americano pues esa corte ha sido muy renuente a hacer referencias al derecho comparado en sus fallos,¹² siendo esta probablemente la más notoria.

La corte agrega que la Corte Europea ha seguido su propia jurisprudencia en *Dudgeon* señalando que otras naciones han seguido también esa línea, concluyendo que el “derecho que buscan los pericionarios ha sido aceptado como parte integral de la libertad humana en muchos otros países”. (p. 16) Continúa haciendo notar que las deficiencias de *Bowers* se hicieron más evidentes en los años posteriores a su dictación. Así, de los 25 Estados que prohibían la conducta relevante en *Bowers*, se han reducido a 13, de los cuales solo 4 lo hacen exclusivamente en contra los homosexuales. El mismo Estado de Texas admitió en 1994 que no se había procesado a nadie bajo esas normas.

Afirma luego la corte que dos casos posteriores a *Bowers* hacen que esa decisión sea aun más dudosa. La corte cita *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), en el cual ella reafirmó que el derecho y la tradición americanas otorgan protección constitucional a las decisiones personales en materia de matrimonio, procreación, contracepción, relaciones de familia, cuidado de los hijos y educación. Agrega, citando a *Casey*, que:

Estos asuntos, que envuelven las decisiones más personales e íntimas que una persona puede efectuar en el transcurso de su vida, decisiones que son centrales para la dignidad y autonomía personal, son centrales para la libertad protegida por la Decimocuarta Enmienda. En el corazón de la libertad está el derecho de cada uno de definir su propio concepto de la existencia, de sentido, del universo y de los misterios de la vida humana. Las creencias sobre estas materias no serían susceptibles de definir los atributos de la persona humana si es que ellas fueran moldeadas bajo la compulsión del Estado”. Agregando a continuación, que “las personas en una relación homosexual pueden buscar autonomía para esos propósitos, tal como las personas heterosexuales lo hacen. La decisión en *Bowers* les negaría este derecho”. (p. 13)

El segundo caso que menciona es *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996). En este caso la Corte Suprema declaró inconstitucional una enmienda a la constitución del Estado de Colorado que prohibía establecer normas antidiscriminación en contra de gays, lesbianas y bisexuales. La corte estimó que dicha normativa contrariaba la cláusula de Igual Protección que está contenida en la Decimocuarta Enmienda, señalando que ella nacía como fruto de una animosidad en contra de una clase de personas, en este caso los gays.

En cuanto a la doctrina del *stare decisis*¹³ la corte señala que ella es esencial para otorgar respeto a los fallos de la propia corte y para la estabilidad de la ley. Sin embargo, citando el caso *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991) señala que ella más que un mandato ineludible es “una directriz política y no una fórmula mecánica de adhesión a la última decisión”. (p. 16)

¹² Véase al respecto el artículo de SAGUES, María Sofía, “Perfil Actual de la Corte Suprema Estadounidense como Tribunal Constitucional en la tutela de los Derechos Humanos. Proyecciones de la Doctrina de “Lawrence v. Texas” en Revista de Derecho Constitucional Latinoamericano, vol. VI, (2003) en <http://www.conhist.org>.

¹³ Esta es la doctrina propia del common law por la cual los jueces deben respetar los principios contenidos en las sentencias previas. Ver PIZZORUSSO, Alessandro, Curso de Derecho Comparado, Ed. Ariel, Barcelona (1987), pp. 170 y sgtes.

Finalmente, la corte cita el disenso del juez Stevens en *Bowers* para decir que su línea de argumentación debió decidir el caso y que debe hacerlo en el caso bajo análisis. El juez Stevens señaló en esa ocasión que:

Nuestro precedente efectúa en forma generosamente clara dos proposiciones. Primero, que el hecho de que la mayoría gobernante en un Estado ha visto tradicionalmente una práctica específica como inmoral no es razón suficiente para declarar la validez de una ley prohibiendo esa práctica. Ni la historia ni la tradición podrían salvar una ley prohibiendo el matrimonio interracial (miscegenation) de un ataque constitucional. Segundo, las decisiones individuales de personas casadas, relativas a las intimidades de su relación física, incluso cuando ellas no están destinadas a procrear, son una forma de libertad protegida por la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. Más allá incluso, esta protección se extiende a las decisiones íntimas tanto de personas casadas como no casadas. (p. 17)

Por todo lo anterior la corte indica que “*Bowers* no era correcto en el momento en que se falló y no lo es hoy en día. No debe mantenerse como precedente obligatorio. *Bowers v. Hardwick* debe y es ahora inválido”.

c. *Consideraciones finales*

El voto de mayoría concluye su razonamiento con lo siguiente:

“El caso presente no involucra menores de edad. No envuelve personas que puedan ser dañadas, sometidas a coerción o que están situadas en relaciones en las que el consentimiento pueda no ser fácilmente negado. No involucra conductas públicas o prostitución. No conlleva decisión respecto a si el gobierno debe o no otorgar reconocimiento formal a algún tipo de relación que busquen las personas homosexuales. El caso involucra dos adultos, los que, con completo y mutuo consentimiento de parte de cada uno de ellos, llevaron a cabo prácticas sexuales comunes a la forma de estilo homosexual. Los peticionarios tienen derecho al respeto de sus vidas privadas. El Estado no puede degradar sus existencias o controlar sus destinos haciendo su conducta sexual privada un crimen. Su derecho a la libertad bajo la Cláusula de Debido Proceso les otorga el más completo derecho a llevar a cabo sus conductas sin la intervención del gobierno”. Y, citando el caso *Casey*, agrega: “es una promesa de la Constitución el que exista un dominio de la libertad personal en el cual el gobierno no puede entrar”. Señala, a continuación, que “[l]a ley de Texas no promueve un interés estatal legítimo que pueda justificar su intromisión en la vida personal y privada de un individuo”. (p. 18)

En cuanto al significado de las cláusulas constitucionales y su aplicación a la vida moderna, la corte termina diciendo:

Si acaso los que redactaron y ratificaron la Cláusula del Debido Proceso de la Quinta Enmienda o de la Decimocuarta Enmienda hubieran sabido los componentes de la libertad en sus múltiples

manifestaciones quizás habrían sido más específicos. Ellos no presumieron tener este conocimiento. Sabían que el tiempo nos puede cegar a ciertas verdades y que generaciones posteriores pueden estimar que leyes que una vez se pensaron como necesarias y adecuadas de hecho sólo sirven para oprimir. Mientras la Constitución perdure, los individuos de cada generación pueden invocar sus principios en la búsqueda propia de una mayor libertad. (p. 18)

Por lo mismo, la corte revierte el fallo de la Corte de Apelaciones de Texas y ordena su revisión de acuerdo a criterios que no sean inconsistentes con el fallo.

5. Opinión concurrente de jueza O'Connor

La jueza O'Connor, si bien concordando con el resultado final, disiente de la fundamentación de la invalidación de *Lawrence* dada por la mayoría, y justifica en cambio el resultado en base a la Cláusula de la Igual Protección contenida en la Decimocuarta Enmienda. Señala, citando el caso *Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985), que ésta se entiende como “esencialmente una directriz de que todas las personas similarmente situadas deben ser tratadas en la misma forma”. (p. 1) Luego agrega que siguiendo los fundamentos racionales de revisión (rational basis review) “la legislación se presume válida y será sustentada si la clasificación definida por la ley se relaciona racionalmente con un interés estatal legítimo”. (p. 1) Sobre esto, señala que la corte ha constantemente decidido que el mero deseo de dañar a un grupo específico no constituye un interés estatal legítimo. En esos casos la corte ha aplicado un nivel de cuestionamiento más exigente.

A continuación, la jueza O'Connor hace notar que la ley de Texas solo castiga la sodomía entre personas del mismo sexo, diferenciando, de esta forma, sólo respecto a los participantes. Señala que los afectados por esta ley son personas que tienen una orientación sexual hacia personas de su mismo sexo y que, por lo tanto, es más probable que desarrollen la conducta prohibida. Así “la ley de Texas trata a los homosexuales en forma desigual ante los ojos de la ley al hacer una conducta específica, y solo esa conducta, un acto criminal”. (p. 3)

La jueza indica que la ley posee serias consecuencias para quienes son sancionados por ella. Si bien la pena específica es más bien menor, ella tiene por efecto descalificar al condenado para una serie de actividades y profesiones, tales como medicina, entrenador atlético y diseñador de interiores.¹⁴ La condena además les obligaría a registrarse en varios Estados como infractores sexuales, en caso de trasladarse a ellos. Sin embargo, O'Connor indica que los efectos de esta ley no se limitan a los señalados, agregando que “la ley de Texas estigmatiza a todos los homosexuales como criminales, y por ello, hace más difícil a estos el ser tratados en la misma forma que todo el resto”. (p. 4)

Texas justificó la ley en razón de que había un legítimo interés gubernamental en promover la moral. La jueza señala que en *Bowers* la Corte Suprema rechazó el argumento de que no había una base racional señalando que en ese caso el gobierno poseía el interés de promover la moralidad. Sin embargo,

¹⁴ Esta última prohibición sin duda que revela cierto espíritu sádico por parte de los legisladores texanos. ¿Qué riesgo, si acaso hubiera alguno concebible, podría haber en que un homosexual trabaje como diseñador de interiores?

señala, este caso levanta un asunto distinto a *Bowers*, es decir de si bajo la Cláusula de la Igual Protección, la reprobación moral constituía un legítimo interés gubernamental que pudiera justificar por sí solo una ley que prohibiera la sodomía homosexual y no la heterosexual.¹⁵ Concluye que la reprobación moral, tal como el puro deseo de dañar a un grupo, constituyen intereses que son insuficientes para satisfacer una revisión de base racional bajo la Cláusula de la Protección Igual. Es más, agrega, la corte jamás ha sostenido que la reprobación moral, sin haber otros intereses estatales alegados, sea una justificación racional suficiente. Y como Texas rara vez aplica la ley, ella “sirve más como una expresión de desagrado y reprobación en contra de los homosexuales que como una herramienta para detener una conducta criminal”. (p. 4)

Sin embargo, la magistrado observa que Texas argumentó que la ley no discrimina en contra de los homosexuales sino que sólo en contra de una conducta homosexual. La jueza replica diciendo que si bien es cierto que la ley se aplica sólo a una conducta, ella está íntimamente conectada con el ser homosexual. De esta forma, señala, la ley posee como propósito más que solamente una conducta. Ella está dirigida en contra de las personas homosexuales como clase.

Concluye diciendo que bajo cualquier criterio de revisión, una ley estigmatizando a una clase de personas sólo en base a la reprobación moral por parte del Estado de esa clase de personas es contraria a los valores de la Constitución y a la Cláusula de la Igual Protección. Por lo mismo, concuerda con el fallo de la corte de que la ley de Texas prohibiendo el “coito desviado” entre adultos del mismo sexo y de común acuerdo, pero no entre adultos de distinto sexo, es inconstitucional.

6. Opinión disidente del juez Scalia (con el Presidente de la Corte Rehnquist y el juez Thomas)

En la disidencia del juez Scalia, este parte por señalar las debilidades de la invalidación de *Bowers*, argumentando fundamentalmente que si *Bowers* puede ser invalidado, con mayor razón lo debiera ser *Roe v. Wade*.

Luego entra el juez a criticar las bases del razonamiento de la mayoría de la corte. Comienza su análisis diciendo que la ley de Texas sin duda que constriñe la libertad, como también lo hacen las leyes que prohíben la prostitución, el uso recreativo de la heroína o, trabajar más de 60 horas en una panadería.¹⁶ Agrega que la Cláusula del Debido Proceso no reconoce un “derecho a la libertad” a secas, pues esa norma expresamente permite a los Estados el privar a sus ciudadanos de la libertad, a condición de que sea con el debido proceso. Señala, luego, que la doctrina de la corte, llamada “del debido proceso substancial” ha sido que la Cláusula del Debido Proceso prohíbe a los Estados infringir una libertad *fundamental*

¹⁵ Por sodomía se debe entender en este caso sólo como el coito anal.

¹⁶ Esta referencia de Scalia es sin duda al famoso fallo *Lochner v. New York* (1905) donde la Corte Suprema declaró inconstitucional una ley de Nueva York que prohibía el trabajo en las panaderías a no más de 10 horas diarias o 60 horas semanales. La corte, en esa ocasión, en un fallo que sentará toda una era de liberalismo económico que solo terminó con el New Deal de Roosevelt, declaró que la ley violaba la libertad contractual sin que hubiera un motivo justificado por parte del gobierno, contrariando por ello la cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. Lo entraño de la cita (quizás inconsciente) de Scalia es que fácilmente se puede argumentar que si una ley que limita las horas trabajadas es inconstitucional por infringir la libertad, con mayor razón lo es una norma que penaliza una conducta privada igualmente consensual.

(énfasis en el original) a no ser que la infracción esté redactada en forma precisa y destinada a servir un apremiante interés estatal. “Hemos decidido en forma repetida, en casos que la corte hoy en día no invalida, que sólo derechos fundamentales califican para esta denominada protección de “escrutinio superior”, esto es, derechos que están “profundamente enraizados en la historia y tradición de la Nación” (p. 8). De este modo, concluye, “todo otro interés de libertad puede ser restringido o abolido en cumplimiento de una ley estatal válidamente promulgada si esa ley está racionalmente conectada a un interés estatal legítimo”.

Scalia señala que en *Bowers* se concluyó que en la Constitución no había un derecho fundamental a la sodomía homosexual y que por ello no se hacía merecedor de ese nivel de “escrutinio superior” y que la corte, en el fallo bajo crítica (es decir *Lawrence*), no contrariaba esa decisión, pues en él nadie describe la sodomía homosexual como un “derecho fundamental”. En cambio, dice el juez disidente, la corte lo que hace es decir que no existe un legítimo interés estatal que justifique la intromisión en la vida privada. Sin embargo, y en forma previa a criticar esta justificación, Scalia rebate varios de los fundamentos en que se basa la invalidación de *Bowers* por la mayoría de la corte.

Primero, hace ver que la afirmación de la corte de que en los Estados Unidos no existía una larga historia de leyes dirigidas en contra de los homosexuales en forma particular no invalida el hecho de que sí existe una larga historia de prohibición de la sodomía en general. Cita a *Bowers*, donde se afirma que la sodomía estaba penalizada tanto en el derecho común como por las leyes de los 13 Estados originales cuando se ratificaron las enmiendas que introdujeron derechos a la constitución (el Bill of Rights), así como también que en 1868, de los 37 Estados al momento de ratificar la Decimocuarta Enmienda, todos, salvo 5, tenían leyes que castigaban la sodomía. Y que de hecho, hasta 1961, todos los 50 Estados lo hacían.

Para Scalia es totalmente indiferente el que las leyes castiguen exclusivamente la sodomía homosexual o lo hagan en general. Lo importante es que estaba penalizada la sodomía, lo que basta para afirmar que la permisión de la sodomía homosexual no estaba enraizada en la tradición e historia de la Nación.

Luego de señalar que han habido casos de enjuiciamiento por sodomía homosexual, 203 entre 1880 y 1995, Scalia pasa a criticar la afirmación de la corte de que las normas y tradiciones de los últimos 50 años, demostrarían una emergente conciencia de que la libertad otorga una sustancial protección a los adultos en cómo decidir sus vidas privada en materias sexuales. Afirma Scalia que esta “conciencia emergente”, que tampoco es capaz de fundamentar la existencia de un derecho fundamental, es también falsa, pues los Estados continuamente persiguen crímenes cometidos por adultos en “materias sexuales”, como prostitución, incesto, adulterio, obscenidades y pornografía infantil. Y que las leyes anti sodomía también se han aplicado en ese período, habiendo 134 juicios.

Tampoco ese derecho fundamental emergería porque naciones extranjeras hayan descriminalizado la sodomía, señalando que *Bowers* nunca se fundó en “aquellos valores que compartimos con una civilización más amplia” sino que rechazó la petición de un derecho a la sodomía en razón de que ese derecho no estaba “profundamente enraizado en la historia y tradición de esta Nación” (énfasis en el original). Para Scalia la referencia a visiones extranjeras (que, agrega, ignora que muchos países han mantenido la criminalización de la sodomía) es una afirmación judicial sin sentido. Peligrosa incluso, citando el caso *Foster v. Florida*, 537 U.S. 990 (2002) que afirmó que “esta corte (...) no debe imponer modas o inclinaciones extranjeras a los Americanos” (p. 14).

Luego de lo anterior el juez Scalia pasa a criticar el fundamento en el que se basa la opinión de la corte: la falta de base racional para la ley.

Para Scalia esa afirmación es totalmente discordante con la jurisprudencia de la corte, y en verdad, con la jurisprudencia de cualquier sociedad conocida. Y que por ello, afirma, requiere poca discusión. Señala que lo que la ley de Texas indudablemente busca es “promover las creencias de sus ciudadanos de que ciertas formas de conducta sexual son ‘inmorales e inaceptables’, que es el mismo interés promovido por las normas criminales en contra de la fornicación, bigamia, adulterio, incesto, bestialidad y obscenidad. *Bowers* sostuvo que ese era un interés estatal legítimo. Pero la corte hoy llega a la conclusión opuesta” (p. 15).

Para Scalia la frase del juez Stevens de que el hecho de la mayoría gobernante en un estado ha visto tradicionalmente como inmoral una práctica particular como inmoral no es razón suficiente para declarar la validez de una ley prohibiendo la práctica significa el fin de toda legislación moral. “Si, como la corte afirma, el promover la moral sexual mayoritaria no es ni siquiera un interés estatal legítimo, ninguna de las leyes antes mencionadas pueden sobrevivir un análisis de fundamento racional”.

Luego el juez disidente emprende la crítica a la argumentación de igualdad efectuada por la jueza O’Connor.

Inicia su crítica afirmando que la ley de Texas se aplica a todas las personas, pues “hombres y mujeres, heterosexuales y homosexuales, están todos sujetos a la prohibición de coito desviado con alguien del mismo sexo” (p. 15). Agrega que sin duda que la norma distingue entre los sexos en relación a la pareja, los hombres sólo pueden violar la ley con otro hombre, las mujeres con otra mujer. Pero que esto no puede ser entendido como una negativa a la igual protección, “pues es precisamente el mismo tipo de distinción relativa a la pareja que es efectuada en las leyes estatales que prohíben el matrimonio con alguien del mismo sexo mientras permiten hacerlo con alguien del sexo opuesto” (pp. 15–16).

Si no se advierte propósito alguno de discriminación, a diferencia de las leyes que prohibían el matrimonio interracial, el Juez Scalia afirma que se debe aplicar el análisis de fundamentación racional de la norma (rational basis review). Y este análisis se satisface por la misma razón que en *Bowers*, la creencia de la sociedad de que existen ciertas conductas que son moralmente injustificadas. Y, agrega, esta es la misma justificación para muchas otras leyes que regulan conductas sexuales haciendo distinción en la identidad de la pareja, como, por ejemplo, leyes en contra del adulterio, fornicación e incesto entre adultos y las leyes que niegan reconocimiento al matrimonio homosexual.

Sobre esto último el juez Scalia señala que la argumentación de la jueza O’Connor deja con una base muy débil las normas estatales que limitan el matrimonio a personas de sexo opuesto. La jueza O’Connor defiende esas leyes en base a que ellas preservan la tradicional institución del matrimonio, y que ello es un interés estatal legítimo. Scalia responde que “preservar la institución tradicional del matrimonio” es sólo una forma más suave de describir la reprobación moral del Estado a las parejas del mismo sexo.

Y, al final de su opinión disidente, el juez Scalia vuelve a este punto, al expresar que la decisión tomada por la corte lo que hace es “desmantelar la estructura del derecho constitucional que ha permitido la distinción entre uniones heterosexuales y homosexuales (...) Si la reprobación moral de la conducta homosexual no es un interés estatal legítimo (...) ¿Qué justificación podría haber para negar los beneficios del matrimonio a las parejas homosexuales?” (p. 21).

7. Resumen y comentario general

Sin pretender siquiera examinar las numerosas e importantes materias que este fallo presenta, se pueden mencionar como aspectos más relevantes los siguientes:

a. Privacidad como autonomía

La corte confirma una línea jurisprudencial que entiende el derecho a la privacidad –que recordemos, a diferencia de las normas explícitas existentes en los ordenamientos de derechos humanos europeo y americano, es una creación jurisprudencial en el caso norteamericano– como un derecho a la autonomía en materias fundamentales que tocan al individuo, tales como la procreación y la pareja. Ella se asocia a otras libertades fundamentales, tales como de pensamiento, creencia y expresión.

Esta libertad se extiende también al campo sexual, no distinguiéndose para tal efecto entre personas casadas o solteras, hetero u homosexuales, pues se considera un derecho individual, independiente de su estatus, sexo o condición.

b. Los límites a la actuación estatal

La corte efectúa una afirmación que calza en forma impecable con los principios más propios del liberalismo en cuanto a los límites a la actuación estatal, al decir que la conducta en cuestión, relaciones sexuales entre adultos en el seno del hogar, hace sospechosa toda intervención estatal.

Así, en ausencia de daño a terceros, y, específicamente, a menores, o no involucrando personas que puedan ser dañadas, o que estén en posiciones susceptibles de coerción o de no ser capaces de expresar consentimiento en forma libre, o no involucrando conductas públicas, o de abuso a una institución protegida por el derecho, la intervención estatal se hace ilegítima.

c. Sexualidad y relaciones personales

La corte es clara en señalar que la regulación de actos sexuales específicos no puede entenderse en forma aislada del significado que esos actos tengan (o puedan tener) para quienes los efectúan. Ellos son, con frecuencia, parte integrante de relaciones personales, las cuales los individuos, sin distinción, tienen derecho a llevar a cabo sin intervención estatal.

d. El uso del derecho comparado y estándares morales internacionales

La Corte Suprema en este caso fue probablemente más allá que en cualquier otro fallo de ella misma respecto a citar como fuente de un principio moral internacional (o como forma de invalidar esa cita hecha en un fallo anterior), o al menos existente dentro del mundo occidental, las decisiones de otra corte, en este caso de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Sin perjuicio de que en el caso norteamericano se debe ser prudente sobre la relevancia futura de este tipo de referencias, no es menos sintomático que frente a materias que representan desafíos a principios y estructuras tradicionales dentro del mundo occidental (las mal llamadas cuestiones “valóricas”), el que las cortes, con frecuencia sin parámetros claros de cómo resolverlos, empleen, entre otras fuentes, la jurisprudencia que emana de cortes internacionales o de otros países, cuanto estas han resuelto en forma constante o más o menos definitiva un asunto. Si eso pareció válido para la propia Corte Suprema de los Estados Unidos debiera serlo en mayor forma para las cortes nacionales. De ahí la importancia del estudio del derecho comparado.

e. Debilidad de la legislación moral y de las diferencias respecto al matrimonio gay

En su voto disidente el juez Scalia apunta a un problema medular, cual es que si se acepta la afirmación de la corte de que la mera desaprobación moral no es motivo suficiente para una legislación como la declarada inconstitucional, ¿cuál es el destino de muchas otras normas que, aparentemente, no poseen otra fundamentación? ¿Y, específicamente, de la distinción clave que subyace a la definición de matrimonio, en términos del sexo de los contrayentes, al excluir al matrimonio entre personas del mismo sexo? Este es un tema que parece válido tanto en el caso norteamericano como nacional y que sin duda continuará produciendo polémica.