

# Nuevas fronteras de la igualdad.

## EL RECURSO AL DATO SOCIOLÓGICO Y AL INTÉRPRETE EXTERNO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL\*

*Néstor Pedro Sagiés*

**RESUMEN.** La idea de igualdad es una de las más cambiantes en la historia humana. El tema, inagotable, tiene una dimensión constitucional muy significativa.

La sentencia (año 2003) de la Corte Suprema de las Estados Unidos dictada en la causa *Lawrence versus Texas* versa sobre la constitucionalidad de una legislación penal de dicha Estado que castigaba las relaciones sodomíticas homosexuales practicadas entre adultos, en la intimidad y libremente consentidas. Revirtiendo el anterior criterio del tribunal, la mayoría de la Corte declara la inconstitucionalidad de esa ley. Para ello, concluye que hay un ámbito de privacidad exento del control de la moralidad pública; y que una discriminación contra homosexuales —por el hecho de ser así— es ya inconstitucional.

El discurso argumentativo de la Corte emplea varias veces el recurso al dato sociológico, con aportes contradictorias en el voto mayoritario y el minoritario. En otro orden de ideas, la Corte, tal vez por primera vez en su jurisprudencia, basa también (por mayoría) su veredicto en opiniones de otros tribunales extranjeros, en la que podría llamarse recurso al intérprete externo, afirmándose como tribunal de derechos humanos.

**ABSTRACT.** The idea of equality is one of the most changing concepts in the history of humanity. This endless topic has a very significant constitutional dimension.

The Supreme Court of Justice of the United States in "Lawrence versus Texas" (2003) ruled that sodomy laws set forth in the criminal legislation of said state were unconstitutional. Said regulation punished adult homosexual relations in private and by mutual consent.

---

\* Trabajo presentado dentro del marco de las III Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional celebradas en la Universidad Católica del Uruguay; Montevideo, junio 2005.

\* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Católica Argentina.

Contrary to the prior decision, the majority of the Supreme Court held that said Sodomy law was unconstitutional and concluded that there is an aspect of privacy which is exempt from the control of public morality; and discrimination against homosexuals – just far that fact- is already unconstitutional.

The Court's arguments resorted to sociological datum, and had contradictions between majority and minority votes. Likewise, the Court, maybe for the first time in history, based its verdict (by majority) on the opinion of foreign courts, which could be addressed as resource to foreign interpreter, and was restated as a human rights court.

**PALABRAS CLAVE.** Principio de igualdad; derecho a la igualdad; interpretación; dato sociológico.

**KEY WORDS.** The principle of equality; the right of equality; interpretation; sociological datum.

**SUMARIO.** 1. Introducción. Una sentencia trascendente. 2. La tutela de los derechos. 3. El manejo de la doctrina de la constitución viviente. 4. El recurso al dato sociológica. 5. El recurso al intérprete externa. 6. Conclusiones.

# 1.

## INTRODUCCIÓN. UNA SENTENCIA TRASCENDENTE

*Lawrence versus Texas*, una muy comentada y polémica sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América del 26 de junio de 2003,<sup>1</sup> es una muestra interesante de los debates que suscita, en materia de interpretación constitucional, el manejo de datos de la realidad, y la remisión al criterio de otros tribunales ajenos a los del país que interpreta su Constitución, para sustentar la tesis adoptada por este último.

El fallo analiza la constitucionalidad de una norma penal del estado de Texas que incriminó relaciones homosexuales entre adultos, libremente consentidas y practicadas en la intimidad. Lo que se discute es la constitucionalidad de dicha norma por su posible vulneración de los derechos de privacidad, del debido proceso sustantivo (una idea conectada también con la de razonabilidad) y de igualdad.

La sentencia atrae por varios motivos. Hay, desde luego, temas de Derecho constitucional de fondo, relativos al concepto mismo de Constitución (Constitución estatua-Constitución viviente) y a la incompatibilidad entre la norma punitiva local y los derechos constitucionales federales. Pero también hay aspectos muy estimulantes, propios de la

<sup>1</sup> Existe una traducción realizada por editorial La Ley, 2004, y un comentario sucinto de Germán J. BIDART CAMPOS publicado en el suplemento de Derecho Constitucional de la revista jurídica *La Ley*, Buenos Aires, diciembre de 2003.

interpretación constitucional (en particular, dos: el recurso al dato sociológico y al intérprete externo). Por lo demás, llama la atención el alto grado de disputa que se traba entre la mayoría de la Corte (seis jueces, que optan por declarar inconstitucional a la ley tejana) y la minoría (tres magistrados, que la reputan compatible con la Constitución).

## 2.

### LA TUTELA DE LOS DERECHOS

Aquí el debate es doble.

a. Primero, con relación al derecho a la intimidad, y al debido proceso sustantivo, el interrogante planteado es si existe una zona privada que esté blindada para resistir la penetración de los criterios morales de la sociedad.

Apartándose de una tradición estadounidense bastante propicia a aceptar que las pautas de moralidad pública pueden interferir en los recintos íntimos de las personas,<sup>2</sup> el voto mayoritario concluye que efectivamente hay un ámbito de privacidad que no puede ser perforado por la moral pública: la desaprobación moral social no constituye, en ese espacio, un interés estatal relevante.

El voto minoritario, en cambio, especialmente subrayado por el voto del juez SCALIA, destaca que la creencia social mayoritaria en que una determinada conducta es inmoral e inaceptable justifica su reglamentación. Para ello cita, siguiendo pautas del derecho estadounidense, los supuestos de incesto, adulterio, zoofilia —incluso masturbación— y obscenidad, que han merecido reproches penales o civiles, según los casos, aunque se desarrollaren en recintos privados. Para la minoría, la posición mayoritaria de la Corte puede generar “el fin de la legislación moral”.

b. En segundo lugar, se discute si puede haber una legislación diferenciada para y contra los homosexuales. El voto mayoritario descarta la constitucionalidad de esas

<sup>2</sup> Véase sobre el tema LEGARRE, Santiago, *Poder de policía y moralidad pública. Fundamentos y aplicaciones*, Buenos Aires, Ábaco, 2004, págs. 95 y ss.

nórmás que importan un supuesto de discriminación estigmatizante. La jueza O'CONNOR (que recientemente dimitió a su cargo en la Corte) apunta al respecto que la ley en cuestión, si castigase actos de pederastia, tanto hetero como homosexuales, podría quizá tener algún relativo y discutible andamiaje constitucional, pero que no lo posee si únicamente incrimina los actos de sodomía homosexual. En otras palabras, la ley de Texas trata a los homosexuales como delincuentes y como clase discriminada.

El voto minoritario parte del supuesto de que no existe un derecho constitucional fundamental a ser homosexual, y alerta sobre toda la legislación reputada constitucional por la Corte que de diverso modo descalifica en sí a la homosexualidad; en tal sentido, por ejemplo, la exclusión de las fuerzas armadas de quienes tengan esa orientación (tales normas en ciertos supuestos impiden el desempeño no solamente de homosexuales, sino también de quienes tengan la *intención* de serlo). El razonamiento de SCALIA lo lleva incluso a sostener que, si no se aceptase tal trato diferencial, caería el matrimonio heterosexual, ya que habría que admitir las bodas de tipo gay y lésbico.

### 3.

#### EL MANEJO DE LA DOCTRINA DE LA CONSTITUCIÓN VIVIENTE

La utilización de esta teoría, que hemos adelantado en otra oportunidad,<sup>3</sup> importa en *Lawrence versus Texas* una herramienta casi indispensable para que la Corte Suprema abandone la doctrina sentada en el caso *Bowers versus Hardwick*, cuando en 1986 el mismo tribunal había aceptado la constitucionalidad de una ley de Georgia relativamente similar a la de Texas ahora enjuiciada.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Véase SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Sobre el concepto de constitución viviente", en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, año 1, n° 1, Ediar, Buenos Aires, 2000, págs. 58 y ss.

<sup>4</sup> No obstante, la ley de Georgia cuestionada en *Bowers* reprimía por igual la sodomía entre personas de distinto o del mismo sexo, como lo destaca el voto del juez Kennedy.

Para posibilitar ese cambio, la mayoría reconoce, en términos generales, el error de *Bowers*. Un fundamento contundente para dejar *Bowers* es que la sociedad piensa ahora de distinto modo. El voto del juez KENNEDY está identificado con uno de los argumentos decisivos de la doctrina de la Constitución viviente (*living Constitution*), al sostener que “mientras exista la Constitución, las personas en cada generación podrán invocar sus principios en su propia búsqueda de mayor libertad”, y reconoce la presencia de cegueras axiológicas al exponer que “el tiempo puede cegarnos ante ciertas verdades”. También indica que las generaciones posteriores “pueden ver que las leyes que alguna vez fueron consideradas necesarias y apropiadas de hecho sirven sólo para oprimir”. El argumento de las generaciones (conectado asimismo con la tesis del *constituyente actual*) es, en efecto, uno de los más eficaces para justificar la aplicación de la doctrina de la Constitución viviente, al sostener que cada generación tiene el derecho de asumir a su modo la Constitución, sin encontrarse sometida al parecer de las generaciones precedentes, incluida la de la que sancionó el texto.<sup>5</sup>

Por el contrario, la minoría tiende a aferrarse a una visión segura y estática de la Constitución, en particular conforme a quien la hizo y a quien primero la interpretó: la necesidad de estabilidad y de certidumbre no tiene barreras, expone SCALIA. El peso del precedente es aquí enorme, y el valor del *stare decisis* tiende a ser casi pétreo, en homenaje a la seguridad jurídica.

<sup>5</sup> Respecto del argumento de las generaciones, nos remitimos también a SAGÜÉS, op. cit., pág. 58.

## 4.

## EL RECURSO AL DATO SOCIOLÓGICO

Ambas partes, mayoría y minoría, van a motivar su veredicto recurriendo a la realidad. Para explicar el abandono de *Bowers*, la mayoría subraya el retraimiento de la legislación punitiva respecto de los homosexuales. En 1961 habría 50 estados represores; al dictarse el fallo *Bowers* (1986), serían 24. Ahora resultarían 13, en cuanto a sodomía, y solamente cuatro se perfilarían decididamente homofóbicos (antihomosexuales). Además, en la mayor parte de esos casos, tales leyes no se aplicarían, con lo que se habría operado, según se desprende de tales afirmaciones, una especie de costumbre cuasiabrogatoria o desuetudo. Paralelamente, hubo en la sociedad y en la literatura especializada numerosas y fuertes críticas al fallo *Bowers*.

La minoría contesta que, de todos modos, en muchos estados todavía se penalizan legalmente conductas homosexuales como las discutidas en *Lawrence versus Texas*, y que hay varios casos en que se aplican condenas. Y si de críticas se trata, también *Roe versus Wade* (la célebre sentencia que declaró inconstitucional la punición del aborto libre, declarando a éste un derecho de la mujer, dentro de ciertos plazos de la gestación y en determinadas condiciones) suscitó fuertes objeciones, las que no impiden que se continúe aplicando y conserve valor como precedente, conforme al principio del *stare decisis*. ¿Por qué *Roe* deberá seguir incólume, y no ocurre lo mismo con *Bowers*?

La escaramuza entre mayoría y minoría revela uno de los problemas más serios que provoca el recurso al dato sociológico: la discusión en torno a la veracidad y el contenido, la extensión y la profundidad de los hechos invocados. Bien dice ALEXY, en este tema, que las valoraciones de la sociedad no siempre pueden determinarse con exactitud, y que muchas veces no son concretas.<sup>6</sup> La impresión que deja *Lawrence versus Texas*, además, es que los dos grupos de la Corte Suprema (mayoría y minoría) se han visto necesitados de recurrir a la realidad para argumentar su decisión, pero que alguno de ellos, o no está adecuadamente informado, o está manipulando información.

<sup>6</sup> ALEXY, Róbert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. por Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 31.

Aun con todas esas dificultades, la presencia del dato sociológico en el discurso argumentativo parece ser cada vez más ineludible. Tal constatación no debe extrañar, si se admite que el Derecho constitucional posee una dimensión fáctica o existencial que acompaña a la normativa y a la axiológica, y que naturalmente impacta en ambas. En tal sentido, ¿es acaso legítimo interpretar una regla constitucional ignorando cómo y cuánto es aplicada por los operadores del sistema, cosa que implica investigar su vigencia efectiva, y de qué manera —positiva o negativa— la percibe la sociedad? ¿Puede el intérprete-operador hacer funcionar una cláusula de la Constitución sin preguntarse si se encuentra realmente en vigor? Solamente una visión unidimensional-formalista del Derecho constitucional podría responder afirmativamente a estos dos interrogantes.

## 5.

### EL RECURSO AL INTÉRPRETE EXTERNO

Sin embargo, la parte quizá más provechosa de *Lawrence versus Texas* es la actitud de la mayoría de la Corte Suprema al invocar jurisprudencia extranjera para interpretar derechos constitucionales nacionales.

Hemos visto con anterioridad que ciertas cortes supremas y tribunales constitucionales no tienen problema alguno en citar antecedentes de tribunales externos (supranacionales o nacionales) para fundar sus decisiones. En Argentina ello ha sido frecuente, en particular por la mención de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, entendida algunas veces como paradigmática en la materia. Aunque han existido vaivenes al respecto (esto es, períodos de mayor o menor seguimiento de esa jurisprudencia), dicha tendencia ha sido frecuente, y se explica tanto por la autoridad intelectual de la Corte norteamericana, como por la similitud entre uno y otro textos constitucionales.<sup>7</sup>

En Estados Unidos la situación ha sido muy distinta. La Corte Suprema ha practicado tradicionalmente una suerte de *autismo constitucional*, manejando solamente insumos locales para elaborar sus productos jurisprudenciales.

<sup>7</sup> Cf. SAGDÉS, Néstor Pedro, "Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)", en *Jurisprudencia Argentina*, 2003-IV-1220.



No obstante, algunos fallos de la Corte Suprema norteamericana (y varios votos singulares de sus jueces) habían comenzado a tener en cuenta al intérprete externo, aunque cotizándolo "bajo la par" con relación al estadounidense. Así, en *Stanford versus Kentucky*, con relación a la calificación de ciertas penas como crueles o inusuales, señaló que los criterios imperantes en los Estados Unidos podían entenderse como dispositivos, mientras que los extranjeros solamente serían referenciales. En *Atkins versus Virginia*, al evaluar la constitucionalidad de la pena de muerte aplicada a retardados mentales, entendió que podía detectarse en el tema cierto consenso en Estados Unidos, compartido por otras naciones. Sin embargo, en *Foster versus Florida* la Corte Suprema pensó que ella no debería imponer verdades o modas extranjeras a los estadounidenses.<sup>8</sup>

*Lawrence versus Texas* implica una revolución copernicana en el tema, porque la mayoría de la Corte cita en su favor, para entender inconstitucional la ley de Texas aquí evaluada; la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos vertida en *Dudgeon versus United Kingdom*, alertando que dicho tribunal supranacional operaba al momento de esa sentencia sobre 21 naciones, mientras que ahora lo hace sobre 45. También menciona sentencias parecidas del mismo tribunal, el criterio de "otras naciones" y un dictamen de la Comisión Asesora del Parlamento Británico, de 1957, con igual orientación.

La minoría prefiere pertrécharse en la interpretación "nacionalista" de la Constitución, según las pautas ya citadas de *Foster versus Florida*.

*Lawrence versus Texas* vuelve a plantear el tema de si es bueno o no interpretar la Constitución nacional según pautas adoptadas en temas similares por un tribunal exterior. Muchos países adoptan esa actitud porque entienden que determinados tribunales extranjeros (la Corte Suprema de los Estados Unidos, el Tribunal Constitucional Federal alemán, el Tribunal Constitucional español, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, entre otros) poseen un rango y una legitimidad muy cotizados, y son dignos de imitarse. Esto podría llamarse el *argumento de la calidad*. Habría otro, complementario: el *argumento de la imparcialidad*, dado que la cita, por un tribunal nacional, del criterio de un tribunal extranjero parecería revestir al fallo del primero de mayor objetividad y neutralidad, en cuanto arrimaría razones esgrimidas por otros jueces en otros países, quienes se han expedido en circunstancias y en un contexto social distinto y, por ende, menos com-

<sup>8</sup> Cf. sobre el tema, y como análisis pormenorizado de *Lawrence versus Texas*, SAGÜÉS, 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 Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 1, Porrúa, México, 2004, págs. 205 y ss.

prometido con los intereses y las pasiones del país donde se emite el nuevo pronunciamiento.

No obstante, el recurso al intérprete externo no es fácil de aceptar en los Estados Unidos, que ha juzgado (literalmente) que su Constitución es la mejor de la Tierra,<sup>9</sup> y cuya sociedad piensa que su Corte Suprema es seguramente también la más valiosa del planeta. Paralelamente, y no sin alguna razón, a la luz por ejemplo de la misma doctrina de la *living Constitution* (o Constitución viviente), podría sostenerse que, si la Constitución debe ser sentida conforme a los requerimientos y creencias de la sociedad nacional, no sería aconsejable hacer uso de patrones culturales provenientes de otras comunidades, que incluso pueden ser portadores de graves conflictos de legitimidad (vgr., entre lo que es *justo* o *injusto* para un grupo nacional o para otro, como es el que aplica en su territorio la interpretación constitucional "importada").

El autismo constitucional norteamericano y la consecuente jurisprudencia "nacionalista" no son, pues, casuales. Sin embargo, también se ha detectado una cierta corriente "internacionalista" en la doctrina judicial estadounidense,<sup>10</sup> que apurada por el fenómeno de la globalización (un proceso por lo visto no solamente económico, sino también cultural y por ende con proyecciones jurídicas) hace eclosión ahora en *Lawrence versus Texas*.

El recurso al intérprete externo por parte de la Corte estadounidense puede afirmarse o retraerse en el futuro, básicamente en función de los cambios que ocurran en la composición del tribunal, mutaciones que parecen apurarse a partir del 2005 y que pueden resultar ideológicamente muy profundas, atento el debate que al respecto se ha abierto en seno de ese país, precisamente a partir de la renuncia de la jueza O'GORMAN, en junio de este año, y la futura cobertura de esa u otras vacancias que podrían producirse.

<sup>9</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, voto en *Elkinson* del juez JOHNSON, quien califica a la constitución norteamericana como "el instrumento más maravilloso jamás creado por el hombre". Véase CORWIN, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, edición revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat, Buenos Aires, Fraterna, 1987, pág. 13.

<sup>10</sup> Sobre las tendencias "nacionalista" e "internacionalista" en la Corte Suprema de los Estados Unidos, cf. HONGJU KOH, Harold, "On American Exceptionalism", en *55 Stanford Law Review*, 1479, cit. por SAGOES, María Sofía, op. cit., págs. 206 y ss., quien también analiza las posiciones de William H. REHNQUIST y Charles LANE, entre otros.

# 6. Journal of Democracy

## CONCLUSIONES

*Lawrence v. Texas*

A todas luces, *Lawrence versus Texas* es un fallo importante. Implica una definición ideológica muy relevante en materia de derechos constitucionales, al adscribirse el voto mayoritario a una filosofía *liberal*,<sup>11</sup> en el sentido norteamericano de ese vocablo (esto es, de izquierdas, pero según la versión estadounidense). De todos modos, cabe alertar que esa mayoría no proclamó claramente que existiera un derecho constitucional fundamental a ser homosexual.<sup>12</sup>

También importa un refuerzo de la doctrina de la interpretación dinámica y evolutiva del Derecho constitucional, con intensas aproximaciones a la tesis de la Constitución viviente, para lo cual se acentuó el recurso al dato sociológico, y un nítido empleo del intérprete externo para la hermenéutica de los derechos personales nacionales. No falta quien haya advertido que tal sentencia contribuye a perfilar a aquella Corte Suprema como un tribunal constitucional y de derechos humanos.<sup>13</sup> Puede predecirse asimismo que, a partir de esta sentencia, aquellas dos herramientas interpretativas cobrarán auge en dicha Corte y se proyectarán en otros tribunales constitucionales, aunque en el territorio estadounidense su afirmación dependerá de la futura composición de su Corte Suprema.

<sup>11</sup> Entre los críticos a esta postura, véase BARKER, Robert S., *La constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Lima, Grijley, 2005, pág. 104, en nota, quien apunta que la invocación del principio del debido proceso para defender el homosexualismo y la sodomía implica un alejamiento del texto y sentido original de la Constitución norteamericana y de la civilización occidental.

<sup>12</sup> Véase en tal sentido LEGARRÉ, op. cit., pág. 181, nota 550.

<sup>13</sup> SAGÜÉS, María Soñá, op. cit., págs. 215 y ss.