



GASTÓN GÓMEZ BERNALES

*Abogado, Profesor de
Derecho Constitucional y
Director del Centro de
Investigaciones de
la Facultad de Derecho
Universidad
Diego Portales.*

Constitución, Derechos y libertad Sexual

La idea de que la Constitución no es puramente un texto formal -producto de la voluntad de un poder circunstancial- que define un conjunto limitado y literal de derechos fundamentales es clave para entender porqué algunos temas relacionados con la libertad sexual encuentran sustento en ella. Algunos autores piensan que la Constitución debe ser leída o interpretada como un acto de voluntad por medio del cual autoritativamente quedamos sujetos a las valoraciones e ideas de quienes dictaron o elaboraron ese acto. La constitución se nos impondría generacionalmente como un texto íntegro, esculpido de una vez y para siempre, al cual debemos lealtad y obediencia al mismo modo que santificamos las tradiciones, como dice E. Burke. De ser dominante esta concepción de la constitución, algunos temas relacionados con la libertad sexual (pornografía, homosexualidad y lesbianismo, acceso a técnicas de reproducción, anticoncepción y otros) no tienen solución ni respuesta en el ámbito constitucional, ya que el texto formal de la carta es bastante escueto -y también pobre- en la consagración de derechos fundamentales y la «historia» de su gestación poco o nada nos aporta sobre este punto. Si la constitución fuese ese cuero tieso que pretenden algunos, buena parte de la práctica constitucional en algunos sistemas políticos de Europa y América sería sencillamente inexplicable porque en esos sistemas se ha desarrollado, por el contrario, una práctica argumentativa de la constitución -fundamentalmente debida a jurisdicciones constitucionales bien situadas y vigorosas- garantista y consciente de su función política y social. La constitución es bastante más que ese texto frío y lejano que algunos nos quieren hacer creer; una norma cerrada, fija y anclada en el pasado. Con un contenido fundamental general, la constitución normalmente se presenta relativamente abierta, susceptible de debate, y ello, inevitablemente, nos permite advertir que las opciones que individual o institucionalmente se tomen ante esa textura material abierta de la Carta son inescindibles de las distintas concepciones de lo justo y de lo bueno que se posean. Por ello, todo debate sobre derechos fundamentales exige honestidad para presentar los argumentos y las razones en que éstos se sustentan (algo que muchos rehuyen ocultándose tras una dogmática chata o en un supuesto carácter claro y absoluto del texto constitucional). Impulsar el carácter normativo de la constitución no quiere decir cerrar su inevitable contenido argumentativo, su textura material abierta al pluralismo y el debate.

Esta amplitud que admite la carta constitucional pudiera presentarse como debilidad o inseguridad. Por el contrario, ahí reside justamente su fortaleza, su capacidad de contribuir a la legitimidad, como diremos, del sistema político y al mismo tiempo anidar, e impulsar la modificación, la desestabilización de todo aquello que es incompatible con ella. En este sentido, la constitución es una regla básica para el cambio.

Por lo anterior, para abordar el tema de la libertad sexual en la constitución me parece importante comenzar

tratando la idea de «derechos fundamentales» y lo que ella presupone medularmente. Esta idea pertenece a una larga tradición política y moral cuyo afán se centra en asegurar una esfera de autonomía de los individuos frente al poder, una esfera sobre la cual «los demás» nada tienen que decir. Son «momentos de incondicionalidad», como piensa Habermas, que se le reconocen al individuo frente al poder. Descansa esta tradición, en la idea de que la constitución (u otra regla que cumpla similar función) o la idea de derechos, reconocen y aseguran una esfera individual de identidad, un espacio de intimidad, de sensibilidad y afecto que el sujeto construye y dirige, soportando, si fuere el caso, las consecuencias de sus actos. Pienso que no es posible entender el surgimiento de la constitución ni el afianzamiento de la idea de «derechos» en nuestra cultura jurídica y política sin advertir que ambas concepciones han resultado elementales -y al parecer seguirán siéndolo- para posibilitar una convivencia en la que existen muy diversos planes y propósitos de vida. Ello, en consecuencia, es decisivo para el funcionamiento sensato y tolerable de la política mayoritaria -en su «espacio propio»-, y del ejercicio de un poder legítimo. Esta «tradición», en sistemas políticos y sociales en expansión y con vigorosa complejidad, ha resultado clave para la legitimidad de los estados y gobiernos. En este sentido, la idea de derechos y su consagración en un texto constitucional -lo que reduce la complejidad de situaciones y expectativas diversas- atribuye al individuo «un haz de posiciones» -como piensa Alexy- para reclamar derecho a algo, una libertad o ciertas estabildades o ejercicios de competencias en un contexto institucional eficaz.

Así entendida, la idea de autonomía cristaliza en la constitución como enunciado general y como derecho fundamental con el reconocimiento y la seguridad -por razones profundas relativas a la estabilidad y legitimidad del «pacto social»- de que los individuos han de poder conducir y ser titulares de sus vidas, como una cuestión que va más allá -incluyéndola- de la mera conservación biológica de la existencia, de su integridad física. Por lo mismo, los individuos han de poder influir o decidir los factores centrales que configuran esa titularidad, entre los cuales se encuentra la sexualidad. Ello supone -de otro modo sería imposible tal titularidad- la inmunidad suficiente, el espacio necesario, insoslayable, propio, donde se tejen y adoptan las decisiones más íntimas y propias del sujeto y que constituye a la vida como algo digno de ser vivida. Es cierto que muchas cosas de la existencia nos vienen impuestas, pero otras no se nos imponen sino que podemos incidir o resolver sobre ellas pues dependen de cada cual -incluso la de renunciar a la conducción o a la vida misma.

En una sociedad justa cada uno debe estar en posición de poder decidir o elegir la forma de vida que más le convenga o convenza. El reconocimiento constitucional de un espacio vital, de una esfera donde configuramos íntimamente nuestras decisiones, donde no se inmiscuya indebidamente el poder

político -entre estos, en los temas más cercanos a la sexualidad- es básicamente lo que se consagra constitucionalmente en ciertos principios básicos de la carta. La constitución -al definir el bien común, art. 1º- asegura -como valor constitucional- que las políticas legislativas que impulsa un estado, la colectividad, jamás pueden adoptarse e impulsarse sino con pleno respeto de los derechos fundamentales, esto es, las políticas sociales, culturales y económicas no pueden constitucionalmente justificarse de modo agregativo -democráticamente, por ejemplo- sino que reclaman para su legitimidad un test más estricto; un test que tome en cuenta y respete al individuo y su autonomía y derechos. Es lo que la constitución denomina no sin cierta levedad, persona. Por ello, es que los derechos a la vida y a la privacidad -incluida la idea de intimidad- aparecen como los instrumentos institucionales correctos para reclamar la tutela efectiva de esos espacios.

Pienso que una noción de autonomía como la indicada -y de arreglos institucionales, constitución y derechos, que la aseguren- debe poder ser defendida independiente de consideraciones agregativas. Creo que hay buenas razones para creer que ello es posible. Una concepción de la autonomía y de los derechos como la que hemos someramente enunciado, debe poder ser defendida -aspirar a convertirse en pública- en virtud del valor intrínseco que esta esfera de autonomía tiene en sí misma para todos los individuos, e independiente de los arreglos específicos, de las decisiones puntuales que cada sujeto adopte con arreglo a esa esfera o de sí, disminuyendo los niveles libertad a algunos individuos, minimizamos socialmente determinados bienes públicos (como la decencia, la seguridad, la familia u otros). Ello no impide, como es obvio, sostener determinadas limitaciones amparadas en la lesión de otros derechos igualmente valiosos. La decisión de garantizar una esfera de autonomía es valiosa por sí misma -ya hemos dicho que es básica para la legitimidad del sistema político y social- independiente de sí, al restringirla obtenemos índices más altos o más grandes de satisfacción para mayorías determinadas, o incrementamos los niveles correctos de autopercepción social, o aumentamos la virtuosidad de los ciudadanos o su complacencia. Para cualquier individuo, que actúe con un mínimo de imparcialidad, el organizar su propia vida y los factores centrales de su personalidad, su familia, su sexualidad (obviamente, ello supone el libre consentimiento y dejar a salvo el daño a terceros) configurar sus propios objetivos y medios para alcanzarlos, en suma, para buscar la felicidad, resulta un valor en sí mismo que difícil y sensatamente puede desconocer (como dice Nagel). Es cierto que algunos pueden en un gesto de irracionalidad o de entrega sacrificar estos aspectos, subordinando incluso con entusiasmo y alegría, tal autonomía a terceros, pero ello inevitablemente no es compatible con la convivencia en una sociedad mínimamente bien organizada.