

El Estado neutral y sus límites

CRISTINA MOTTA

El constitucionalismo liberal es hoy seriamente cuestionado en Estados Unidos por diversas corrientes de pensamiento que procuran erigirse en alternativas de la hasta hace muy poco hegemónica lectura constitucional estadounidense. La tradicional interpretación conservadora¹, una lectura socialista reformulada², una novedosa y fecunda lectura feminista³ y diversas aproximaciones críticas⁴,

constituyen un panorama de alternativas tanto para interpretar los textos constitucionales, como para explicar su inoperancia frente a las nuevas demandas sociales de un país que reconoce en el respeto por la pluralidad y la diversidad su mayor triunfo social.

Uno de los aspectos más relevantes de esta lucha hermenéutica se deriva de la definición jurisprudencial, a principios de los años cincuenta, del

CRISTINA MOTTA,
Investigadora
del Centro
de Investigaciones
Sociojurídicas,
CIJUS, de la
Universidad
de los Andes

⁽¹⁾ Cuyos representantes más importantes en la academia son Ch. Fried, R. Bork y A. Scalia y la mayoría de los miembros de la Corte Suprema.

⁽²⁾ Ver la clasificación hecha por Robin West en "Progressive and Conservative Constitutionalism", *Michigan Law Review*, Vol. 88. No. 4, February 1990.

⁽³⁾ Ver, entre otros, Catharine MacKinnon, *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, Cambridge, 1984; Robin West, "Jurisprudence and Gender", *University of Chicago Law Review*, Vol. 59, No. 1, Winter, 1992 y "Progressive and Conservative Constitutionalism", *op. cit.*; Mary Becker, "The Politics of Women's Wrongs and the Bill of "Rights": A Bicentennial Perspective", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 59, No. 1, Winter 1992 y "Prince Charming: Abstract Equality", *The Supreme Court Review*, 1987; Katharine T. Bartlett y Rosanne Kennedy, *Feminist Legal Theory*, Westview Press, Boulder, 1991; Susan Moller Okin, "Justice and Gender", *Philosophy and Public Affairs*, Winter 1987, Volume 16, Number 1 y Cass Sunstein, "Introduction: Notes on Feminist Political Thought", *Ethics* 99, 1989.

⁽⁴⁾ Entre otros, Roberto Mangabeira Unger, *Knowledge and Politics*, Free Press, New York, 1975, Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, Cambridge, 1997 y Mark Tushnet, *Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.

derecho constitucional a la privacidad⁵. En este aspecto, la exigencia de neutralidad que impone el liberalismo articula, en forma contundente, el principio liberal de la prevalencia de lo correcto sobre las particulares concepciones del bien. Es en el espacio de la privacidad en donde el liberalismo ha mostrado que el derecho a definir si se desea o no tener un hijo⁶, el derecho a escoger consensual y libremente con quién se desea vivir⁷ o el derecho a expresar las propias opiniones en cualquier aspecto de la vida⁸, prevalece sobre las concepciones dominantes acerca de lo que significa una vida moralmente aceptable. El privilegio de lo correcto sobre lo bueno, y la neutralidad estatal que lo garantiza, se erigen en los aspectos constitutivos del constitucionalismo liberal mediante su consagración en una serie de decisiones de la Corte Suprema durante más de tres décadas.

Sin embargo, las limitaciones que tiene el principio de neutralidad estatal a la hora de proteger los derechos amenazados en el espacio privado, el individualismo que lo caracteriza, el desconocimiento que manifiesta acerca de las condiciones sociales que nos rodean y determinan, o del peso y la autoridad de la tradición en la conformación de la moralidad pública, son

algunas de las razones que esgrimen los críticos del constitucionalismo liberal cuando desafían esta interpretación de la Constitución para reemplazarla por perspectivas centradas en un individuo comunitario, en un debate moral sustantivo y en una idea del bien susceptible de ser impuesta legalmente.

La fecundidad teórica y el alcance de este debate no se agota en Estados Unidos. La riqueza conceptual que lo caracteriza, y su pertinencia para la definición del control constitucional en las democracias contemporáneas, ha hecho que además de la influencia tradicionalmente reconocida al constitucionalismo americano en otros sistemas políticos y jurídicos, esta polémica teórica estadounidense tenga eco en otros países. Eso es lo que está ocurriendo en Colombia con la Constitución de 1991 y con su interpretación por parte de la Corte Constitucional.

El debate jurídico-político que ha acompañado los primeros años de la Constitución parece reflejar los mismos derroteros que hoy definen la controversia constitucional en Estados Unidos. La influencia del constitucionalismo norteamericano no sólo es evidente en el texto constitucional, en el que encontramos transcripciones literales de enmiendas de la Constitución de Estados Unidos⁹, sino también

⁽⁵⁾ El concepto que cobija el derecho constitucional a la privacidad está consagrado en nuestra Constitución en el artículo 15, que establece el derecho que tiene toda persona a su intimidad familiar y personal y al buen nombre y en el artículo 16, que establece el derecho al libre desarrollo de la personalidad, con el que la Constitución garantiza la libertad para escoger opciones vitales que no afecten los derechos de terceros. La expresión privacidad incluye un aspecto de la intimidad: aquel que defiende el derecho a ser dejado solo, y un aspecto de libre desarrollo de la personalidad: la autonomía de la persona para escoger sus propias opciones de vida.

⁽⁶⁾ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

⁽⁷⁾ Loving v. Virginia, 388 U.S. 557 (1969).

⁽⁸⁾ American Bookseller Ass. v. Hudnut, 475 U.S. 1001 (1986).

⁽⁹⁾ Este es el caso de la Novena Enmienda de la Constitución de Estados Unidos: *"The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people"*. (La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no debe ser interpretada como la negación o la limitación de otros derechos inherentes a la persona). Y el artículo 94 de la Constitución colombiana: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

en los argumentos de algunos magistrados de la Corte Constitucional que frecuentemente citan decisiones y autores relevantes en el debate constitucional de ese país¹⁰.

Utilizando las sentencias proferidas por la Corte Constitucional colombiana en relación con el aborto y la homosexualidad, y teniendo como referencia la crítica al constitucionalismo liberal norteamericano, la tesis que orienta este trabajo es la siguiente: el texto colombiano es portador de una pluralidad de concepciones políticas, jurídicas y morales. En la Asamblea Constituyente cada grupo dejó la huella de su propia percepción acerca de la función del Estado y la forma como éste debería resolver los conflictos de intereses, plasmando así su particular concepción del individuo y de los valores que orientan la acción colectiva. La Constitución resultó ser un documento en el que convergen tantos aspectos liberales como conservadores y progresistas. Defiende, además de una perspectiva formalista y positivista, una racionalidad iusnaturalista e idealista para la interpretación de las normas. Concibe al individuo como un sujeto dotado de racionalidad y capaz de definirse con anterioridad a su relación social, pero a la vez reconoce la inevitable presencia de factores sociales en la formación de la personalidad moral. Reconoce las minorías étnicas y culturales y acepta un tratamiento especial para ellas, aunque a la vez se sustenta en una idea de individuo que sólo cobija al sujeto masculino y blanco articulador de la racionalidad occidental¹¹. En breve, la Constitución co-

lombiana es un documento plural, diverso y, en muchos casos, contradictorio en el cual se entrelazan las demandas de un país heterogéneo y aún incapaz de recoger para sí una idea de comunidad.

Frente a un texto de estas características, es en la interpretación en donde radica la definición de su alcance. Particularmente, es la lectura de la Corte Constitucional, dotada del privilegio de unificar la jurisprudencia, la que terminará diciendo lo que el documento es. Desafortunadamente, la pluralidad de la Asamblea Nacional Constituyente y del texto mismo no ha sido reproducida -ni parece que lo será a mediano plazo- en la composición de la Corte Constitucional. Las ideas políticas tradicionales, liberales y conservadoras, con sus concepciones acerca de la función del Estado y del derecho, y con sus consecuentes aproximaciones a los más importantes tópicos de la moral social, se han apropiado de la interpretación de la Constitución. El debate, que en un inicio prometía ser enriquecido por las aspiraciones de participación de minorías raciales, culturales o sexuales, o por el fuerte acento social de una aproximación progresista, se ha visto limitado a la querella entre conservadores y liberales. Es decir, a la lucha por la definición de un espacio de libertades privadas más o menos amplio y a la mayor o menor participación del Estado en la definición de los derroteros morales de la sociedad.

Limitado de esta forma, el constitucionalismo colombiano ha adoptado sólo una parte del debate constitucio-

¹⁰ Especialmente la jurisprudencia que asume posiciones liberales en cabeza del magistrado Eduardo Cifuentes. Ver, por ejemplo, salvamento de voto a la Sentencia C-133 de 1994.

¹¹ La definición de individuo como ser autónomo, y la exclusión de otras formas de relación con el mundo (como la femenina o la de algunas cosmogonías indígenas) y la limitación del matrimonio para uniones heterosexuales y su exclusión de otras formas de sexualidad (como la homosexual) son algunos ejemplos de ello.

nal norteamericano. Aunque la lucha secular entre liberalismo y conservadurismo parece haber quedado atrás tanto en la Corte Suprema –ante el inocultable triunfo de este último como en la academia estadounidense– con la presencia de nuevas perspectivas, entre las cuales cabe resaltar el comunitarismo, el feminismo y el constitucionalismo progresista¹².

I. EL DEBATE CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE

A. El paradigma del constitucionalismo liberal

No parece exagerado afirmar que más allá de los aspectos formales como el control constitucional, el gobierno de las leyes o la democracia representativa, el constitucionalismo liberal está orientado por una idea central: el individuo es quien en forma independiente y autónoma decide su relación con la comunidad y crea unas instituciones sociales con las que asegura el respeto de todos los asociados por los acuerdos logrados. Estas instituciones constituyen lo que se denomina gobierno, y sus funciones y límites son los preceptos constitucionales. El alcance de esos preceptos en la formación de la moralidad pública es, por su parte, el aspecto propiamente liberal de este constitucionalismo y el elemento que concentra la atención en este trabajo.

Es ya un lugar común afirmar que el liberalismo defiende la idea de neutralidad estatal como uno de sus presupuestos fundamentales¹³. La neutralidad no es un concepto unívoco, ya que señala actitudes estatales diversas. Hoy es ampliamente reconocido que la neutralidad de los liberales posteriores a John Rawls¹⁴ apunta a exigir la omisión estatal en la forma como cada individuo define lo que es una vida moralmente buena¹⁵. En este sentido, el liberalismo establece un examen de neutralidad para las leyes, las decisiones judiciales y las políticas públicas en el cual se verifica si el Estado está tratando con igual consideración concepciones divergentes acerca del bien.

Sin embargo, la exigencia de neutralidad tuvo propósitos distintos en las concepciones liberales anteriores. En el derecho constitucional moderno la neutralidad se identificaba con el respeto, por parte del Estado, a un estado de cosas existente. El Estado no debía modificar la distribución de bienes y recursos preexistentes, so pena de ser considerado parcial¹⁶. Esa idea encarnaba la convicción de que las condiciones preexistentes, prepolíticas y presociales eran quasi naturales. Las preferencias y distribuciones así consideradas tendían entonces a ser más justas, en tanto más naturales¹⁷.

*Toward Neutral Principles of Constitutional Law*¹⁸, de Herbert Wechsler, es uno

¹² Véase, Robin West, "Progressive and Conservative Constitutionalism", *op. cit.*

¹³ Hay autores que niegan la atemporalidad de esta característica del liberalismo. Entre ellos, cabe mencionar a Michael Sandel, para quien esta característica del liberalismo es reciente. *Democracy's Discontent*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

¹⁴ John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1972.

¹⁵ Esta concepción es defendida, además de Rawls, por autores como Ronald Dworkin en, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985 y en "Liberalism" en, Stuart Hampshire ed., *Public and Private Morality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.

¹⁶ Véase, Cass Sunstein, "Neutrality in Constitutional Law", *Columbia Law Review*, Vol. 92, January 1992, y *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Herbert Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", *Harvard Law Review* 1, 1959.

de los textos más representativos de esta visión de la neutralidad. Wechsler define su perspectiva criticando la célebre decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Brown vs. Board of Education*¹⁹ que busca dar fin, al menos en la educación, a la trágica historia de discriminación racial. Para Wechsler, la decisión pecaba por su parcialidad ya que evidenciaba una clara intervención de la Corte en preferencias respetables: en este caso, el deseo de los blancos de estudiar sin negros y el deseo de los negros de estudiar sin blancos²⁰.

Este concepto de neutralidad fue también esgrimido para justificar el control constitucional y defenderlo así de las críticas que lo tildaban de anti-democrático y contramayoritario²¹. En efecto, cobijando las decisiones de los jueces con un manto de neutralidad, los defensores del control judicial suponían que harían una lectura imparcial y objetiva de las normas dejando a un lado cualquier aporte personal y limitando así su papel al de simples aplicadores objetivos de un texto.

Sólo a partir de la mitad de este siglo la exigencia de neutralidad, entendida como la necesidad de que el Estado permanezca imparcial frente al debate sobre lo que es la vida buena, y no procure mediante el derecho penal imponer criterios de moralidad social en la conducta individual, comienza a configurarse como la idea esencial del liberalismo²². La relevancia de este principio dentro de las teorías liberales contemporáneas radica en la

garantía que otorga a los derechos fundamentales. El principio liberal de la exigencia de neutralidad estatal reside en su convencimiento de que sólo un Estado imparcial frente a concepciones encontradas del bien es capaz de tratar a los ciudadanos con "igual consideración y respeto"²³.

Si bien el origen de esta convicción se remonta al del pensamiento clásico liberal, su desarrollo más significativo ocurre en la segunda mitad de este siglo, especialmente con la publicación de la *Teoría de la justicia* de John Rawls²⁴. Con ella, y su aspiración a proveer los fundamentos para una organización social en la que cada persona tenga la capacidad de buscar su bien individual, evitando privilegiar una concepción determinada del bien sobre las otras, queda sellada la exigencia de neutralidad estatal como la única alternativa viable para crear una sociedad justa.

Esta idea central del liberalismo ha sido defendida por autores como Dworkin, quien está convencido de la incapacidad inherente a las visiones alternativas para procurar una sólida protección a las libertades individuales. La superioridad del liberalismo frente al conservatismo -sostiene- consiste en que a diferencia de éste no responde a una única visión de lo bueno, a saber, aquella heredada por tradición. El conservadurismo falla en la medida en que impone una concepción particular del bien, heredada históricamente, como la más certera guía para alcanzar la virtud²⁵. Respecto a las teorías

⁽¹⁹⁾ *Brown v. Board of Education* 458 U.S. 527, (1982).

⁽²⁰⁾ Véase, H. Wechsler, *op. cit.*

⁽²¹⁾ Véase, Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.

⁽²²⁾ Ronald Dworkin, "Liberalism" *op. cit.*

⁽²³⁾ *Ibid.*

⁽²⁴⁾ John Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*

⁽²⁵⁾ Ronald Dworkin, "Liberalism", *op. cit.*

socialistas, la superioridad del liberalismo radica en su concreción; es decir, en su capacidad para delegar en el individuo sus propias elecciones morales y no hacer depender las ideas del bien de conceptos abstractos²⁶. Así, el liberalismo se perfila como la mejor opción para cumplir a cabalidad el mandato de igualdad que define la vida pública norteamericana.

Importantes y controvertidas decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos han sido inspiradas en esta teoría. Ellas son más significativas cuando se refieren a temas cobijados por el derecho a la privacidad y por la libertad de expresión²⁷. En relación con la privacidad, desde la clásica decisión en *Griswold v. Connecticut*²⁸ hasta las negativas actuales para ampliar este derecho a las uniones homosexuales²⁹, las vertientes liberales de la Corte Suprema han elaborado una sólida jurisprudencia para proteger las libertades individuales basada en la teoría de la neutralidad estatal. A partir de *Griswold*, en la Corte Suprema se maneja un nuevo concepto de autonomía que se define como el ejercicio de la racio-

nalidad y como la habilidad de los individuos para escoger por sí mismos los valores últimos que orientarán su vida³⁰. Este mismo concepto justifica la decisión que se tomó en el caso *Loving v. Virginia*³¹, que protege el derecho de un individuo para escoger la persona con quien desea vivir; o la de *Stanley v. Georgia*³², que garantiza el derecho a tener pornografía en el hogar; o la de *Roe v. Wade*³³, que permite a la mujer decidir si lleva a término un embarazo. El común denominador de todas estas decisiones es el respeto que pretende asegurar la Corte por aquello que, siguiendo a Dworkin, se denomina "independencia moral"³⁴, derecho que es desatendido por el gobierno cuando para prohibir una actividad sólo puede argumentar una de estas dos razones: o bien que las actividades prohibidas lo son en razón a su carácter bestial o indeseable para los seres humanos, o bien que la mayoría de los miembros de la sociedad acepta su indesabilidad y se siente disgustada por la realización de tales actos³⁵. La primera razón es improcedente porque el liberalismo descon-

⁽²⁶⁾ *Ibid.*

⁽²⁷⁾ La Primera Enmienda de la Constitución dice: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or the press; or the right of the people peaceably to assemble..." (El Congreso no expedirá leyes que establezcan una religión oficial, que prohíban su libre ejercicio, que restrinjan la libertad de expresión, de prensa o el derecho de reunión pacífica...)

⁽²⁸⁾ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Esta decisión declara inconstitucional la prohibición del estado de Connecticut para el uso de anticonceptivos.

⁽²⁹⁾ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 205 (1986), *Robert v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984), entre otros.

⁽³⁰⁾ David Richards, "Liberalism, Public Morality and Constitutional Law: Prolegomenon to a Theory of the Constitutional Right to Privacy", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 51, N 8, Winter 1988.

⁽³¹⁾ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). Esta decisión declara inconstitucional la prohibición de los matrimonios interraciales.

⁽³²⁾ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

⁽³³⁾ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁽³⁴⁾ Ronald Dworkin, "Do we have a Right to Pornography?" en, *A Matter of Principle*, op. cit. p. 555.

⁽³⁵⁾ *Ibid.*

fía de la autoridad del gobierno para determinar qué tipo de vida es más digna de ser vivida; la segunda, porque esta versión del liberalismo se opone con firmeza a cualquier sumisión de los derechos individuales a un interés general imponderable o al bienestar de la mayoría.

Un aspecto adicional está presente en las decisiones de la Corte: el hecho de que con ellas se consolida una esfera privada cuyo respeto absoluto por parte del Estado es la más cierta garantía de protección de los derechos fundamentales. Con ello se van tejiendo dos diferentes tipos de moralidad: una que atiende a la vida colectiva y otra que se reduce a regir la vida individual³⁶. Las decisiones de la Corte señalan que no sólo la vida sexual, sino todas aquellas decisiones que afectan únicamente a la persona, hacen parte de esta última instancia.

Las decisiones relacionadas con la libertad de expresión ilustran cómo la teoría liberal de la neutralidad estatal determinó gran parte de la interpretación de la Primera Enmienda. En esas decisiones, la Corte defiende la libertad de expresión como elemento esencial del desarrollo de la personalidad y sienta las bases para que no existan limitaciones a esta libertad basadas en el contenido del discurso. En este sentido se inscriben decisiones muy controvertidas en las que la Corte se pronuncia en contra de regulaciones al discurso hostil³⁷, pues admitir límites a este tipo de expresión equivaldría a admitir que el Estado concibe el racismo, el sexism o la homofobia como males a erradicar³⁸, lo cual violaría la exigencia de neutralidad. Así se pro-

nunció la Corte en el caso *Smith v. Collin*, negándose a confirmar la decisión de una corte menor que declaraba constitucional una reglamentación que pretendía evitar una marcha nazi en un barrio judío:

Bajo la Primera Enmienda no existen cosas como las ideas falsas. Por más perniciosa que resulte una opinión, su corrección no depende de la conciencia de jueces y jurados sino de su competencia con otras ideas...³⁹

De igual forma, bajo el manto de la Primera Enmienda quedó cobijado el tema de la pornografía, que por ser vista por el liberalismo como expresión sexual, obtiene su garantía de los dos elementos ya mencionados: la neutralidad frente a la moralidad privada y la neutralidad frente al contenido del discurso. En esta perspectiva, regular la forma como un individuo recrea su imaginario sexual resulta tan inconcebible como prohibir un discurso por la manera como en él se trata un tema o un grupo determinado.

Estos ejemplos ilustran el alcance del principio de la neutralidad estatal en materia constitucional. En ellos es evidente el privilegio de los derechos individuales sobre las concepciones del bien común, sobre creencias mayoritarias o sobre imposiciones estatales. Sin embargo, lo controvertible de estas decisiones por el extremo individualismo que reflejan y su indiscutible descuido de grandes parcelas de la vida social, explican la diversidad de teorías que han surgido para desafiar esta lectura de la Carta de Derechos y generar nuevas alternativas de interpretación.

³⁶ Ronald Dworkin, "Liberal Community", *op. cit.*

³⁷ *Hate Speech*. Este concepto cobija las expresiones insultantes o discriminatorias.

³⁸ Andrew Altman, "Liberalism and Campus Hate Speech", *Ethics*, Vol. 103, January 1993, No. 2.

³⁹ *Smith v. Collin*, 436 U.S. 955 (1978).

B. Los límites del individualismo: la visión comunitarista

La aparentemente incontrovertible lectura liberal de la Carta de Derechos se encuentra cuestionada por autores que, defendiendo una posición crítica frente al individualismo liberal y al principio de neutralidad, atacan las bases en las que se fundamenta el constitucionalismo liberal y la debilidad de sus resultados en materia de protección constitucional de derechos. El desafío presentado por el comunitarismo se apoya en la crítica a los postulados esenciales del liberalismo: la separación entre el individuo y la sociedad, la escisión entre lo que el individuo quiere y considera bueno y los fines y valores que deben orientar su conducta, el silencio frente a los valores sociales y el universalismo.

Los comunitaristas censuran la teoría presocial del yo y consideran que los valores y elecciones individuales están determinados por la sociedad en la que vive. De igual forma, critican la pretensión liberal de hacer subsistir al individuo en forma independiente de sus fines, valores o concepciones del bien, separando al ser humano de lo que lo hace propiamente humano. Así mismo, rechazan la incapacidad del liberalismo para reconocer los valores sociales e incentivar el ejercicio efectivo de los derechos positivos. Finalmente, se distancian del universalismo en la medida en que desconoce el carácter histórico y local de las concep-

ciones de lo justo y deja, por lo tanto, sin justificación moral formas diferentes de organización social.

Para desafiar las decisiones constitucionales apoyadas en la neutralidad liberal, el comunitarismo tiene en Michael Sandel⁴⁰ su mejor exponente. Consecuente con la crítica a la idea de individuo en la que se apoya el liberalismo: un sujeto desarraigado, libre de todo vínculo con su entorno social y capaz de decidir racionalmente lo que es bueno, Sandel se levanta contra las decisiones en las que se ha defendido el derecho a la privacidad.

Considera que no obstante la pretensión liberal de no reparar en cuestiones de moral sustantiva para decidir la permisibilidad de una conducta, la justificación liberal en decisiones como *Roe v. Wade*⁴¹ involucra una opción moral sustantiva. Aunque la Corte pretende no privilegiar ninguna concepción acerca del inicio de la vida, apoya con su decisión una teoría particular; aquella que considera que el feto no es, ni ha sido nunca persona ante la ley⁴². Así, Sandel procura desvirtuar la pretensión de neutralidad moral que orienta las decisiones liberales. Considera que en los temas que involucran la moral sustantiva, el debate debe ser sustantivo. El ejemplo del aborto muestra el fracaso del liberalismo en su intento por evitar hacer una evaluación de los intereses en juego presentes en este tipo de decisiones⁴³.

Sandel estima también que en las decisiones sobre la privacidad se es-

⁽⁴⁰⁾ Michael Sandel, "Moral Argument and Liberal Toleration", *op. cit.*

⁽⁴¹⁾ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁽⁴²⁾ Michael Sandel, "Moral Argument and Liberal Toleration," *op. cit.*

⁽⁴³⁾ Son varios los filósofos comunitaristas y liberales que han situado su crítica en la imposibilidad de esta pretensión. Robin West considera que la pretensión liberal de neutralidad es fallida por cuanto en ella se esconde un compromiso con una forma particular de definir, valorar y perseguir el bien. Ver, Robin West "Liberalism Rediscovered: A Pragmatic Definition of the Liberal Vision", *University of Pittsburg Law Review*, Vol. 46, No. 3, Spring 1985.

conde una idea "blanda" de tolerancia, incapaz de asegurar respeto por las actividades que pretende proteger. Considera que en la argumentación liberal que ha venido justificando esas decisiones, están las bases de lo que iba a ser el apoyo de la mayoría conservadora de la Corte a la posterior prohibición de la sodomía en el estado de Georgia⁴⁴. Debido a que los argumentos para permitir las prácticas en cuestión (uso de anticonceptivos o consumo de pornografía) se basan en una idea de tolerancia totalmente independiente de la bondad o maldad de las mismas⁴⁵, con ello sólo se logra una

paz social y un respeto por los derechos sin necesidad de conversión moral. Los que consideran la sodomía como un pecado, no necesitan ser persuadidos de que cambien de opinión, sólo se les exige tolerar a quienes la practican en privado⁴⁶.

Con esta crítica, Sandel procura invalidar la pretensión de que un individuo puede asegurarse su identidad moral en forma independiente de una idea sustantiva del bien⁴⁷.

De igual forma, el comunitarismo ofrece una crítica profunda a la manera como la Corte ha definido el alcance de la libertad de expresión y pretende probar con ello el fracaso de la idea de individuo en la que se apoya el liberalismo. En los casos del discurso hostil y en el tema de la pornografía, el comunitarismo ve un claro ejemplo del error liberal que defiende

una idea de individuo independiente de sus lazos sociales constitutivos. La definición de que el insulto en sí mismo no es reconocido como una injuria, y de que para que lo sea es necesario probar un daño material⁴⁸, o la decisión de que bajo la Constitución la expresión pública de ciertas ideas no puede ser prohibida sólo por que ellas puedan ser ofensivas para algunos grupos⁴⁹, son una prueba más del destino al que está sometido el sujeto sin compromisos; es decir, a ser una "persona sin carácter y sin profundidad moral", ya que tener carácter es "saber que me muevo en la historia; una historia que yo no suscito ni dirijo, pero que trae consecuencias nada menos que para mis elecciones y mi conducta"⁵⁰.

Con estos argumentos, Sandel señala la importancia de un debate sustutivo sobre los temas de moralidad pública, muestra la insuficiencia de un constitucionalismo escéptico frente a las ideas del bien común y procura entregar elementos críticos para una nueva lectura de los derechos fundamentales. Sin embargo, su cercanía al pensamiento conservador⁵¹ y la intolerancia e inequidad que genera frente a la diversidad en las concepciones de la vida buena⁵² hacen del comunitarismo una teoría vulnerable y blanco de las más vivas críticas tanto por parte de liberales como de progresistas y feministas.

⁽⁴⁴⁾ Bowers v. Hardwick, 478 U.S.(1986).

⁽⁴⁵⁾ *Ibid.*

⁽⁴⁶⁾ *Ibid.*

⁽⁴⁷⁾ Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1982.

⁽⁴⁸⁾ Peter Berger, "On the Obsolescence of the Concept of Honour", *European Journal of Sociology*, XI (1970), 359.

⁽⁴⁹⁾ Street v. New York, 394 U.S. 592, 89 S CT at 1366.

⁽⁵⁰⁾ Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, op. cit.

⁽⁵¹⁾ Amy Gutman, "Communitarian Critiques of Liberalism", *Philosophy and Public Affairs*, 14.

⁽⁵²⁾ Bonnie Honing, *Political Theory and the Displacement of Politics*, Cornell University Press, 1995.

C. El peso de la tradición: el resurgir del conservadurismo

Con la composición actual de la Corte Suprema de Estados Unidos, el pensamiento conservador adquiere un significativo liderazgo en el constitucionalismo norteamericano. Decisiones como Bowers, R.A.V y Webster⁵³ muestran el alcance y las intenciones de esta nueva situación.

En relación con el papel que debe cumplir el Estado en la definición del carácter moral de los individuos, el conservadurismo opta por delegar en la tradición de una comunidad la determinación de lo que es bueno, y considera que es deber del gobierno hacer prevalecer esta visión sobre la de cualquier miembro de la sociedad individualmente considerado⁵⁴. Partiendo de una posición escéptica frente a la capacidad de los individuos para ordenar el mundo, el conservadurismo otorga a la tradición y a las costumbres la posibilidad de que organicen la vida moral y de que, eventualmente en forma lenta, inicien sus transformaciones⁵⁵.

El conservadurismo en cualquiera de sus versiones⁵⁶ comparte con los liberales la exigencia de que el Estado

se abstenga de imponer sus propias concepciones morales sobre los ciudadanos⁵⁷, pero, a diferencia de éstos, le exige que respete, preserve y proteja las concepciones del bien que descansan en las estructuras sociales existentes. Para los conservadores, el Estado tiene la posibilidad y el deber de impulsar la idea del bien dominante mediante el mecanismo legislativo, pero es cuidadoso al verificar que la idea de bien que va a ser impuesta sea la que sostiene la comunidad de acuerdo con su tradición e historia.

En este sentido, es ilustrativo el brusco giro que la Corte actual ha dado a la tradicional lectura liberal de la Carta de Derechos. En una de las más significativas decisiones para comprender el nuevo rumbo interpretativo de la Corte, *Bowers v. Hardwick*⁵⁸, la opinión mayoritaria decidió que la prohibición a la sodomía que pretendía instaurar el estado de Georgia era coherente con la Constitución, por cuanto en ninguna parte este texto autoriza a extender el derecho a la privacidad a la conducta homosexual. Sustentada en la autoridad de la historia

—“las prohibiciones de esta conducta tienen raíces antiguas. La sodomía fue considerada

⁽⁵³⁾ Ver, *Bowers v. Hardwick* , 478 U.S. , (1986), en la cual se declara constitucional una ley del estado de Georgia que prohíbe la sodomía; *R.V.A. v. City of Saint Paul* U.S. 112 S. Ct. 2538, 120 L.Ed.2d 305 (1992), decisión en la cual se declara inconstitucional una ordenanza que prohibía situar en sitios públicos o privados símbolos, objetos, grafitis o dibujos que despierten rabia, alarma o resentimiento por personas en razón de su raza, credo, religión o género, y *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989) en la cual se declara constitucional una ley del estado de Missouri que exige a los doctores que van a practicar un aborto después de la semana veinte de embarazo, que practiquen un examen que determine la viabilidad del feto.

⁽⁵⁴⁾ Véase, Ronald Dworkin, “Liberalism”, *op. cit.*

⁽⁵⁵⁾ Véase, Ernest Young, “Rediscovering Conservatism: Burkean Political Theory and Constitutional Interpretation”, *North Carolina Law Review*, Vol. 72, No. 3, March 1994, p. 622.

⁽⁵⁶⁾ Véase, las clasificaciones que hace Robin West del conservadurismo como “moralista” “legalista” y “libertario”, en “Progressive and Conservative Constitutionalism”, *op. cit.*

⁽⁵⁷⁾ Véase, Robert Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, 47 *Indiana Law Journal*. 1, 8-9 (1971). Bork considera en relación la decisión de *Griswold v. Connecticut* que “cuando la Constitución no ha hablado, la Corte no podrá encontrar parámetro distinto para pesar los distintos reclamos morales que sus propios valores y preferencias”.

⁽⁵⁸⁾ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 106.

un delito en el Common Law y fue prohibida por la legislación de los trece estados originales cuando ratificaron la Carta de Derechos⁵⁹–

y de la tradición –"sostener que la sodomía homosexual está de alguna manera protegida como un derecho fundamental, sería dejar a un lado siglos de enseñanza moral"⁶⁰– la Corte modifica la tradicional lectura de la privacidad como autonomía; es decir, como el derecho de cada individuo para definir la orientación que quiere dar a su vida. Al contrario, ahora el Estado podrá legislar en este tipo de aspectos apoyado en la autoridad de la mayoría de una comunidad que como en este caso, considera la homosexualidad inmoral e inaceptable. Así, la noción de privacidad como autonomía es reemplazada por la de libertad como aceptación de estándares morales comunitarios⁶¹.

Sin embargo, no será sólo en la interpretación de la Quinta Enmienda⁶² que la vertiente conservadora de la Corte modificará la lectura liberal. Un segundo tema es importante: el rechazo a la libertad de expresión tal como ha sido definida por el liberalismo. La doctrina conservadora ha mostrado una doble arista cuyas manifestaciones más evidentes se dan en los casos de la pornografía y el discurso hostil. En los primeros, y en forma coherente

con la filosofía que defiende, el conservadurismo ha negado la teoría liberal de la regulación neutral y ha optado por la prohibición de este tipo de expresión por considerarla atentatoria contra la moral social dominante⁶³. En los segundos, en forma paradójica, ha asumido como propia la doctrina de la neutralidad⁶⁴ y ha negado la posibilidad de regular el discurso hostil por considerar cualquier limitación basada en el contenido del discurso violatoria de la exigencia de imparcialidad y neutralidad que tiene el Estado en este tema⁶⁵.

El conservadurismo aparece así definiendo una nueva interpretación de los derechos en la Constitución mediante la expresa o tácita declaración de invalidez o la limitación del alcance de muchas de las decisiones tomadas durante el predominio liberal.

D. Las nuevas voces constitucionales: el constitucionalismo progresista

Minorías raciales, mujeres, homosexuales, desposeídos económicamente; esa inmensa mayoría de minorías es la fuente de inspiración de lo que se ha denominado las nuevas voces constitucionales⁶⁶. Impulsadas ya no sólo por la crítica a la lectura liberal o conservadora de la Constitución, sino por

⁽⁵⁹⁾ *Ibid.* Opinión de la mayoría en cabeza del magistrado White.

⁽⁶⁰⁾ *Ibid.* Opinión del magistrado Burger en apoyo a la decisión mayoritaria.

⁽⁶¹⁾ *Ibid.* Opinión del magistrado White.

⁽⁶²⁾ "No person shall be... deprived of life, liberty, or property, without due process of law..." (Ninguna persona será....privada de la vida, la libertad, o la propiedad sin que medie el debido proceso).

⁽⁶³⁾ Véase, salvamento de voto en *American Booksellers Ass. v. Hudnut* 475 U.S. 1001 (1986).

⁽⁶⁴⁾ Al respecto, ver Robert Burt, "Precedent and Authority in Antonin Scalia's Jurisprudence", 12 *Cardozo Law Review*, 1991 y David A. Strauss "Tradition, Precedent and Justice Scalia" 12, *Cardozo Law Review*, 1991.

⁽⁶⁵⁾ *R.A.V v. St. Paul*, U.S 112 S. Ct. 2538, 120 L.Ed.2d 305 (1992).

⁽⁶⁶⁾ Indudablemente han surgido críticas de diversa índole a estas nuevas perspectivas. Sin embargo, no es objeto de este ensayo detenerse en ellas, pues de lo que se trata es de utilizarlas como un punto de partida para evaluar los límites del Estado neutral.

el escepticismo frente a la Carta de derechos, inician desde la academia⁶⁷ un desafío radical al tradicional constitucionalismo norteamericano.

Estos académicos, que se pueden agrupar bajo el nombre de constitucionalismo progresista, parten de la cobicción de que el liberalismo es incapaz de proveer los mecanismos necesarios para alcanzar un mundo en el cual los individuos compartan una vida social caracterizada tanto por la riqueza en opciones vitales como por la igualdad de oportunidades y la ausencia de violencia y opresión⁶⁸. El problema esencial que le impide alcanzar esta meta, es su convicción de que el más serio obstáculo para un mundo con estas características lo constituye el Estado, mientras que para los progresistas, la concentración de poder en manos privadas y la violencia ejercida en el ámbito íntimo son las responsables de la imposibilidad de alcanzar un mundo social más igualitario. Consideran que, aunque algunos obstáculos provienen del Estado,

"los más serios impedimentos se derivan de las injustas concentraciones de poder privado -el poder social de los blancos sobre los negros, el poder que tienen en la intimidad los hombres sobre las mujeres, el poder económico de los privilegiados económicamente sobre los que nada tienen."⁶⁹

Es así como el constitucionalismo progresista se opone al carácter de inviolabilidad que el liberalismo defiende para la esfera privada y ve en ella el lugar de las más constantes violaciones a los derechos fundamentales. La Constitución, concentrada en la protec-

ción de los individuos contra la acción estatal, abandona la esfera privada perpetuando con ello la dominación de algunos individuos sobre otros. Por esta razón, las vertientes progresistas se definen escépticas frente al Carta de derechos y desafían, además de sus lecturas tradicionales, el texto en su literalidad. Consideran que sustentada en los conceptos de libertad negativa e igualdad formal y propulsora únicamente de derechos negativos⁷⁰, la Constitución es incapaz de superar su limitado destino: servir de protectora de los intereses del sujeto masculino blanco que la creó.

El constitucionalismo progresista se distancia del liberal por su oposición a la neutralidad que éste profesa frente a las concepciones del bien y se aleja del conservadurismo porque no acepta la autoridad que éste le delega a la tradición para la definición de lo que es bueno. Rechaza también la perspectiva comunitaria, porque ve en ella la aceptación de una adjudicación incuestionada de roles en la cual la mujer o las minorías raciales quedan destinadas a seguir los estándares y las jerarquías tradicionales⁷¹. Antes que suponer la necesaria abstención estatal en el dilema sobre la vida buena, el constitucionalismo progresista busca la orientación moral de la vida colectiva en las experiencias, ideas y aspiraciones de los desposeídos, en la experiencia de libertad, o en la vivencia del daño que se deriva de las estructuras jerárquicas de poder privadas y sociales⁷².

El desafío iniciado por estas perspectivas a la Constitución y a sus lec-

⁽⁶⁷⁾ Desde la academia exclusivamente, ya que esta perspectiva no tiene representantes en la Corte.

⁽⁶⁸⁾ Robin West, "Constitutional Scepticism" *op. cit.*, p. 245.

⁽⁶⁹⁾ *Ibid.*

⁽⁷⁰⁾ Mary Becker, "The Politics of Women's Wrongs and the Bill of "Rights": A Bicentennial Perspective", *op. cit.* y "Prince Charming: Abstract Equality", *op. cit.*

⁽⁷¹⁾ Véase, Susan Hekman, "The Embodiment of the Subject: Feminism and the Communitarian Critique of Liberalism", *The Journal of Politics*, vol. 54, No. 4, November 1992.

⁽⁷²⁾ Robin West, "Progressive and Conservative Constitutionalism", *op. cit.*

turas tradicionales encuentra en el debate acerca de la pornografía uno de sus aspectos más reveladores. En efecto, el privilegio de la libertad de expresión, protegida por la Primera Enmienda, frente a la degradación de la mujer en la pornografía, es fuente de una de las más contundentes críticas del progresismo constitucional al liberalismo. La idea de quienes se oponen a la protección constitucional a la pornografía es superar el debate moral alrededor de la obscenidad -característico de la posición de la Corte para excluir ésta de la categoría de expresión- y situarlo en el campo de la dominación de un sexo sobre el otro. "La obscenidad es una idea moral, una idea acerca de los juicios del bien y el mal. La pornografía, por el contrario, es una práctica política de poder e impotencia."⁷³ Con esta distinción, se saca el problema del ámbito de la neutralidad estatal para erigirlo en un conflicto de derechos, en un conflicto entre la igualdad y la libertad: la igualdad de la mujer y su posibilidad de realización social versus la libertad del hombre para producir y consumir pornografía.

Algunas feministas buscan también excluir del tema de la neutralidad la libertad de la mujer para no llevar a término un embarazo. El aborto, defendido y atacado en la Corte con argumentos centrados en la privacidad, encuentra en el pensamiento feminista una nueva mirada: el derecho a abortar no se deriva de la privacidad abstracta, sino de una idea concreta de igualdad que significa la invalidez constitucional de las normas que no

son neutrales en términos sexuales⁷⁴

El constitucionalismo progresista redefine así los valores constitucionales, aporta una definición de libertad en sentido positivo -es decir, coherente con una idea de igualdad-, replantea la división liberal de las esferas pública y privada, y solicita al Estado la intervención en esta última en defensa de causas y políticas progresistas, tales como la integridad femenina en el espacio doméstico o la igualdad de las razas en el espacio social.

II. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

En 1991 Colombia expidió una Constitución que puso fin a la tradicional estructura estatal liberal y dio paso al Estado social de derecho. El Estado social de derecho, fórmula constitucional adoptada por algunos países europeos durante la segunda mitad del siglo XX, ha sido identificado con unas circunstancias sociales específicas, y viene vinculado a importantes cambios conceptuales en el derecho. Las primeras tienen que ver con los límites del Estado liberal para dar respuesta a profundos problemas de justicia social; los segundos tienen como característica más notoria el cambio del derecho formal, característico del Estado liberal, al derecho material, característico del Estado social⁷⁵. En términos conceptuales, estas modificaciones vienen acompañadas por lo que se conoce como el derecho por principios⁷⁶. Los principios consagrados en las constituciones contemporáneas tienen un papel

⁽⁷³⁾ Catharine A. Mackinnon, *Feminism Unmodified*, op. cit.

⁽⁷⁴⁾ Véase, Cass Sunstein, "Neutrality in Constitutional Law", op. cit.

⁽⁷⁵⁾ Véase, entre otros, José A. Estevez Araujo, "Estructura y límites del derecho como instrumento del Estado social" en, Enrique Olivas, *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1990.

⁽⁷⁶⁾ Al respecto véase, entre otros, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984 y Gustavo Zagrebelsky, *El derecho díctil*, Trotta, Madrid, 1995.

constitutivo en el ordenamiento jurídico. Recuperan la importancia de los hechos y de la realidad social, y por ello sólo pueden ser interpretados acudiendo a conceptos metajurídicos ya que para los principios resultan inadecuados los métodos lógicos y silogísticos propios de las concepciones positivistas. Definen el derecho como una práctica social inmersa en la realidad y hacen depender su validez de la comprensión del espacio en el que opera. Con ello, los principios rompen con la estricta dualidad positivista del mundo del ser como irreconciliable con el mundo del deber ser.

Este paso de lo formal a lo material, de convivencia de principios con reglas y de separación conceptual entre la ley y la justicia⁷⁷, tiene como una de sus más significativas consecuencias una nueva concepción de los derechos fundamentales y del papel de la interpretación constitucional. A diferencia de la aplicación del derecho que defiende la perspectiva positivista que resta valor a aquello que se interpreta y define la correcta aplicación del derecho como su ajuste a las exigencias jurídico-formales, la interpretación del derecho en perspectivas como la que inaugura la Constitución de 1991 hace de la interpretación jurídica una síntesis del derecho y la realidad; una mezcla equilibrada entre las exigencias de la norma y las exigencias de la realidad social. El mito de la voluntad del legislador como única guía en la interpretación, se desvanece ante las exigencias críticas de un nuevo derecho que hace depender la validez de la ley de un juicio material de constitucionalidad.

Esta nueva realidad incorpora la presencia de otros métodos de interpretación y de renovadas jerarquías en los métodos ya existentes. Revelar el

significado de un principio es contrastarlo con los hechos y la cultura en la que se origina; requiere ponderación y equilibrio y ya no simple lógica formal. Además, los principios no tienen una estructura jerárquica que permita, en caso de conflicto, hacer primar uno sobre otro. Frente a la pluralidad de principios no hay fórmulas sistemáticas de resolución, no existe una ciencia sobre su articulación, "sino prudencia en su ponderación"⁷⁸. De allí que el contexto ético y político en el que opera un juez adquiere relevancia, y las teorías de la argumentación jurídica, con sus exigencias de racionalidad y coherencia para las decisiones jurídicas, se vuelvan pertinentes.

Todas estas modificaciones provocan una mirada crítica a las decisiones de la Corte Constitucional. La importancia de su papel en la interpretación de las normas, derivada del enorme *quantum* de libertad interpretativa que genera el derecho por principios, obliga a la sociedad civil a evaluar la forma como los jueces constitucionales deciden. El propósito de esta sección es analizar las sentencias de la Corte Constitucional colombiana en relación con el aborto y la homosexualidad para develar los referentes ético-políticos que las orientaron y confrontar la lectura que hace la Corte del derecho al libre desarrollo de la personalidad con el marco teórico norteamericano mencionado.

EL ABORTO COMO ASUNTO CONSTITUCIONAL

En 1994, la Corte Constitucional colombiana abordó por primera vez el tema de la constitucionalidad de la ley que penaliza el aborto. En ese momento, con una mayoría de 6 a 3 y una

⁽⁷⁷⁾ *Ibid.*

⁽⁷⁸⁾ Gustavo Zabrebelsky, *op. cit.*, p. 125.

argumentación centrada en el carácter sacro de la vida y la convicción de que ésta comienza con la concepción, la Corte estableció que la ley penal que castiga el aborto estaba ajustada a la Constitución de 1991⁷⁹. En 1997, la Corte debió abordar nuevamente este tema, esta vez pronunciándose sobre la constitucionalidad de las atenuaciones punitivas que contempla el Código Penal colombiano para el aborto en condiciones especiales, tales como el embarazo producto de una violación. Remitiéndose a sus consideraciones anteriores, y aportando sólo razones en defensa de la competencia del legislador para fijar el monto de las penas de acuerdo con los principios de razo- nabilidad y proporcionalidad, la Corte consideró que la atenuación punitiva era constitucional⁸⁰. Con esta decisión, la Corte clausuró la polémica constitucional más problemática que quizás hayan enfrentado los tribunales constitucionales occidentales.

Si bien gran parte de las características de este debate comparte sus rasgos principales con otros países, la discusión sobre el aborto en Colombia tiene ciertas particularidades. En este, como en la mayoría de los casos que tienen importantes implicaciones en la moral social, el tribunal constitucional colombiano se ha visto polarizado en un enfrentamiento liberal-conservador que no sólo ha empobrecido la discusión acerca de la intervención del Estado en la definición de los derroteros morales de una sociedad, sino que ha llevado a que el país posea, en esta materia, una jurisprudencia profundamente incoherente. Sólo así puede ser calificada una jurisprudencia que

mientras reconoce el derecho a la eutanasia, prohíbe el aborto y mientras eleva a derecho constitucional el consumo de droga, desconoce el derecho a la sexualidad homosexual.

En términos generales, el tema de la legalidad o ilegalidad del aborto puede ser enfrentado con tres tipos de argumentos. El primero hace una expresa valoración del derecho a la vida e impide que cualquier otro derecho le sea enfrentado. El segundo gira alrededor del alcance de un Estado en la definición de la moralidad pública y se basa en el deber de neutralidad. El tercero enfrenta los valores e intereses que se expresan en el tema del aborto, desplazando la pregunta por el origen de la vida, para centrarse en la discusión acerca de los valores que privilegia una política estatal que prohíbe el aborto.

El argumento que gira en torno al momento en que comienza la vida es por lo general acogido por el pensamiento conservador, en especial por aquellas perspectivas comprometidas con una visión religiosa acerca del valor de la vida. Sin embargo, su estructura argumental busca, en últimas, probar la existencia de un tercero vulnerable; un otro a quien se daña con el aborto, recogiendo así el más extendido principio liberal: el Estado sólo puede penalizar conductas que afecten a otro. El segundo argumento se centra en la incapacidad de un Estado liberal para privilegiar, mediante la penalización de conductas indeseadas, una concepción particular sobre el valor de la vida. Por lo general los liberales apoyan esta mirada y la fundamentan en la idea de autonomía

⁽⁷⁹⁾ Sentencia C-133 de 1994, MP, Antonio Barrera Carbonell. Salvamento de voto, Carlos Gaviria, Eduardo Cifuentes, Alejandro Martínez.

⁽⁸⁰⁾ Sentencia C-013 de 1997, MP, José Gregorio Hernández. Salvamento de voto, Carlos Gaviria, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez.

personal. El tercer argumento, defendido por los progresistas y algunas feministas, sitúa el acento en el conflicto de derechos e intereses que involucra esta decisión, aunque considera que el tema no puede girar alrededor de la autonomía sino de la igualdad.

Las sentencias de la Corte colombiana recogen sólo los dos primeros argumentos. La mayoría toma posición en relación al momento en que comienza la vida humana y construye su decisión alrededor de tres puntos. Primero, la vida es potencialidad de vida, por ello comienza a partir de la concepción. Segundo, el Estado colombiano protege el derecho fundamental a la vida y ningún otro valor, por importante que sea, puede serle opuesto. Tercero, el eventual conflicto entre la autonomía de la pareja o de la mujer y el derecho a la vida del feto, no debe ser resuelto por la Corte, sino por el legislador. Los salvamentos de voto, por su parte, acogen la perspectiva de la neutralidad estatal y del conflicto de intereses y se centran en la defensa de la autonomía individual.

La decisiones de la mayoría reflejan una posición conservadora en tres niveles: la decisión es conservadora en términos morales, la argumentación es conservadora en términos hermenéuticos y la delimitación del rol de la Corte como tribunal constitucional es conservadora en términos jurídicos. Lo es en términos morales por considerar que el Estado debe definir los patrones morales de conducta apelando a lo que los magistrados colombianos estiman que es la tradición; a saber, los dictados de la religión católica. En ese sentido, los límites de esta decisión residen en lo excluyente que resulta definir que los dictados de la moral

católica constituyen la tradición de una sociedad plural y multicultural. Dentro de la perspectiva así delineada, no sólo la vida es el valor supremo oponible a cualquier otro, sino que los roles sociales no admiten alternativas diferentes a las adjudicadas por la "naturaleza". En efecto, la Corte busca en la naturaleza y en la distribución natural de roles, una fuente aun más cierta para justificar su decisión. Para la mayoría, no existe mejor destino para una mujer que el de ser madre ya que esta condición la dignifica. Con ello, la Corte avala el cuestionable y dramático estereotipo de la mujer abusada.

Las fuentes y el método utilizados por los magistrados son conservadores en términos hermenéuticos. Tanto en la primera como en la segunda sentencia, la mayoría de la Corte acoge un método de interpretación literal para asegurar así una decisión judicial legitimada democráticamente (tendencia a la cual es proclive el pensamiento conservador)⁸¹. La mayoría lee entonces las convenciones de derechos humanos, el Código Civil, el Código del Menor y las encíclicas papales con la misma mirada con la que lee la Constitución. Es decir, la mirada que simplifica el sentido múltiple de los términos y que sólo les reconoce un significado. Finalmente, en especial en la segunda sentencia, la Corte demuestra su carácter conservador en términos jurídicos. No obstante la importancia social y el alcance ético de la decisión sobre el aborto después de una violación, la Corte se limita a hacer un control de constitucionalidad formal, sin ponderación, sin evaluación y sin responsabilidad ética, política o social. Establece que el legislador

⁸¹ En el debate –intenso en varios países– acerca de la legitimidad democrática de los jueces no electos popularmente, el pensamiento conservador es especialmente proclive a considerar que una lectura literal de la Constitución es capaz de superar esta carencia.

es competente para atenuar penas y que la Corte sólo entraría a estudiar esta decisión autónoma en casos de desproporcionalidad o irrazonabilidad.

En los salvamentos de voto, la minoría de la Corte adopta una perspectiva liberal centrada en dos principios: la neutralidad y la autonomía. La neutralidad aparece en la exigencia que le hace al Estado para que se mantenga al margen en temas moralmente controvertibles. La minoría considera que la controversia moral en el caso del aborto reside en el valor que se le adjudica a la vida. El que el Estado asuma su carácter sagrado y lo imponga a los ciudadanos mediante la prohibición legal del aborto vulnera la exigencia de neutralidad frente a concepciones morales divergentes que debe caracterizar a los estados liberales. El argumento de la autonomía es esgrimido para apoyar el de la neutralidad y para defender la vida privada de la intervención estatal.

No obstante ofrecer una mirada distinta, esta perspectiva no responde en forma adecuada los argumentos de la mayoría conservadora. A la afirmación conservadora "la vida posee un valor sagrado", los liberales responden "no todos consideran que la vida tiene este valor"... No es difícil imaginar quién puede resultar vencedor en un debate así planteado, sobre todo cuando el respaldo de los primeros está en la tradición de la comunidad y el de los segundos se encuentra en la defensa de un principio de neutralidad con argumentos no neutrales. La objetividad, la imparcialidad, en últimas, el silencio⁸² del principio de neutralidad no sólo resultan insuficientes, sino que son inconvenientes para enfrentar tradiciones ancestrales. La verdadera oposición

al conservadurismo y a la parálisis de sus convicciones morales no está en el silencio frente a éticas divergentes, ya que éste es el espacio para el triunfo del número sobre el principio. Está, al contrario, en la toma de posición activa, participativa y decidida frente a las experiencias de daño, discriminación, segregación e injusticia que caracterizan nuestra sociedad. En el caso del aborto, esto significaría una toma de posición frente al impacto social de su prohibición y no frente al impacto teórico que puede tener el que un Estado asuma la tarea que le es propia.

LOS DERECHOS DE LOS HOMOSEXUALES

En 1996, la Corte Constitucional conoció de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 y el literal a del artículo 2 de la Ley 54 de 1990 en los que se definen las uniones matrimoniales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. En este artículo, el legislador reconoce las uniones de hecho entre un hombre y una mujer y les otorga beneficios patrimoniales. El demandante considera que circunscribir este reconocimiento a las parejas heterosexuales es violatorio del pluralismo que establece el artículo 1 de la Constitución, del principio de igualdad, del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la honra y de la libertad de conciencia. La Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes⁸³, rechazó la pretensión de inconstitucionalidad del demandante.

En junio de ese mismo año, la Corte conoció de una tutela presentada por un profesor NN contra la directora del jardín infantil en el que trabajaba, por considerar que ésta se negó a renovarle

⁽⁸²⁾ Ver, Robin West, "Liberalism Rediscovered: A Pragmatic Definition of the Liberal Vision", *op. cit.*

⁽⁸³⁾ Sentencia C-098 de 1996.

el contrato de trabajo debido a su condición homosexual. La Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Antonio Barrera⁸⁴, negó la tutela. Un año antes, en julio de 1995, la Corte Constitucional había revisado una tutela interpuesta contra el ICBF por José Gerardo Córdoba, quien consideró que el rechazo a su solicitud de adopción de una niña abandonada a quien cuidó durante dos años, se fundamentó en su condición homosexual y por ello vulneró su derecho a la igualdad y el derecho de la menor a tener una familia. La Corte, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria⁸⁵, negó la tutela.

En ese mismo año, Marta Lucía Alvarez, una mujer homosexual interna en la cárcel La Badea, interpuso una acción de tutela contra la administración del penal que le negó, en forma recurrente, el derecho a la visita conyugal debido a que ésta sería de una persona de su mismo sexo. La tutela le fue negada en dos instancias y la Corte Constitucional se negó a revisar el caso⁸⁶. Viendo así agotadas las instancias jurídicas nacionales, la demandante llevó su caso a la justicia internacional y hoy Colombia está demandada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁸⁷ por discriminación contra los homosexuales.

En febrero de 1995, la Corte se pronunció acerca del caso de Milton Za-

pata, estudiante de la Escuela de Policía Simón Bolívar, quien interpuso el recurso por haber sido expulsado del establecimiento educativo por haber realizado actos homosexuales. La Corte Constitucional, con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández⁸⁸, negó la tutela.

A finales de 1994, la Corte revisó el recurso utilizado por Rosa María Díaz contra el Instituto Técnico Industrial Piloto, por considerar que éste había violado los derechos a la educación y libre desarrollo de la personalidad de su hijo homosexual expulsado del colegio por hacer evidente su condición. En esa ocasión la Corte, con ponencia del magistrado Hernando Herrera⁸⁹, negó la tutela.

En ese mismo año, dos ciudadanos interpusieron una tutela contra el Consejo Nacional de Televisión. En la petición planteaban que la decisión de no permitir la presentación de un comercial de prevención contra el SIDA caracterizado por dos homosexuales violaba, además del derecho a la vida, los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra y las libertades de conciencia, expresión, información, enseñanza y aprendizaje. La Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo⁹⁰, negó la tutela⁹¹. De igual forma, en ese año José Moisés Mora utilizó el mismo recurso contra la Escuela de Cara-

⁽⁸⁴⁾ Sentencia T-277 de 1996.

⁽⁸⁵⁾ Sentencia T-290 de 1995.

⁽⁸⁶⁾ La sala de selección en ese entonces estuvo constituida por los magistrados Fabio Morón y Vladimiro Naranjo. En esa sala se seleccionaron, en cambio, los expedientes que corresponderían luego a las sentencias de tutela 415, 377 y 370 de 1995 que versan sobre la improcedencia de la acción cuando existen otros medios de defensa judicial, sobre el derecho de petición y sobre el derecho a la educación y la autonomía de los estudiantes.

⁽⁸⁷⁾ Denuncia internacional, caso número 11.656.

⁽⁸⁸⁾ Sentencia T-037 de 1995.

⁽⁸⁹⁾ Sentencia T-569 de 1994.

⁽⁹⁰⁾ Sentencia T-539 de 1994.

⁽⁹¹⁾ No obstante, en esta sentencia aparece una larga y favorable constancia acerca de libertad sexual y el principio de igualdad que protege a los homosexuales.

bineros Eduardo Cuevas que lo expulsó, sin cumplir el debido proceso, por realizar actos homosexuales. La Corte, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes⁹², concedió la tutela.

Sin duda este enunciado de sentencias parece sugerir la ausencia de compromiso de la Corte Constitucional con la libre opción sexual. En el debate entre liberales y conservadores que caracteriza la actual Corte Constitucional, las perspectivas conservadoras están adquiriendo una significativa ventaja frente a las liberales, hasta ahora incapaces de recoger condiciones argumentativas centradas en una toma de posición ética en relación con la homosexualidad. Así, el constitucionalismo conservador, exento de otorgar razones distintas a las tradicionales o comunitarias, ha ganado en el terreno de la consistencia, la coherencia y la adhesión y está definiendo el alcance de la intervención del Estado en la esfera privada de los individuos.

Tanto en la sentencia de constitucionalidad, como en cinco de las seis decisiones de tutela que la precedieron⁹³, la Corte enfrenta el tema de la homosexualidad pero no reconoce en los hechos la pertinencia de una decisión basada en la libertad sexual. Si bien gran parte de las decisiones⁹⁴ traerían razones que permitirían afirmar que la Corte Constitucional profesa un liberalismo tolerante que reconoce la libre opción sexual y concibe la homosexualidad como una diferencia que

debe ser valorada en forma neutra⁹⁵, éstas se reducen a las partes motivas y a las aclaraciones de voto de las sentencias, espacios de impacto simbólico y alcance limitado. Las partes resolutivas, por el contrario, desvirtúan las pretensiones de los homosexuales involucrados al no reconocer ningún tipo de discriminación por razones de opción sexual, ni exigir al Estado o a los particulares el abstenerse de regular o intervenir en esta materia⁹⁶.

En esencia son tres las formas como los estados pueden enfrentar la homosexualidad⁹⁷: primero, es común encontrar en las decisiones judiciales o legislativas la concepción de esta condición como un pecado. En ella se conciben los actos homosexuales como inmorales y errados, y no se reconoce que la opción sexual pueda ser un rasgo de identidad personal capaz de motivar su protección. De igual forma, es usual concebirlo como una enfermedad; como un rasgo más de una personalidad, que si bien está enferma, es susceptible de ser curada.

Por lo general, esta es la mirada que subyace al constitucionalismo conservador ya que al acoger un criterio rector sin contenidos, lo que diga la tradición, los conservadores terminan adoptando las concepciones particulares vigentes en comunidades específicas, concepciones que por lo general tienden a rechazar la homosexualidad por considerarlo una enfermedad o un pecado. Un ejemplo ilustrativo de esta

⁽⁹²⁾ Sentencia T-097 de 1994.

⁽⁹³⁾ Con excepción de la sentencia T-097 de 1994, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes.

⁽⁹⁴⁾ La excepción la constituyen los magistrados José Gregorio Hernández y Hernando Herrera. (Sentencias T-037, 1995 y T-569 de 1994).

⁽⁹⁵⁾ En especial, las sentencias T-539 de 1994, MP, Vladimiro Naranjo y T-094 y C-098 de 1996, MP, Eduardo Cifuentes.

⁽⁹⁶⁾ La única sentencia que podría haber decidido en este sentido es la T-097 de 1994, sin embargo, la pretensión del demandante se limitó al debido proceso.

⁽⁹⁷⁾ Ver, *Harvard Law Review* (editors), "Sexual Orientation and the Law", Harvard University Press, Cambridge, 1989.

perspectiva lo ofrecen los argumentos del magistrado José Gregorio Hernández, quien apela a las "buenas costumbres"⁹⁸ para fijar los parámetros de acción admitidos en una comunidad y quien considera que "para la Corte es claro que...los actos de homosexualidad...ofenden a los demás integrantes de la comunidad..."⁹⁹ o que "la igualdad ante la ley no consiste en admitir que quien presenta una condición anormal -como la homosexualidad- esté autorizado para actuar explícita y públicamente con el objeto de satisfacer sus inclinaciones..."¹⁰⁰

También parece acoger esta visión del tema el magistrado Hernando Herrera, quien considera que reconocer efectos civiles a las parejas homosexuales no guardaría "consonancia con los principios del orden jurídico y con las situaciones normales y morales que regulan la familia como núcleo fundamental de la sociedad..."¹⁰¹

Una segunda aproximación al tema de la libre opción sexual es aquella que define la homosexualidad como una particularidad que aunque haga del individuo una persona diferente, debe ser valorada en forma neutra. Esta visión de la neutralidad frente a las opciones sexuales, consistente con el pensamiento liberal, es apoyada por el magistrado Eduardo Cifuentes cuando establece que

el Constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales, y en consecuencia, enfatizó el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y la organización social.¹⁰²

Finalmente, una tercera aproximación ve la homosexualidad como una construcción social que no se diferencia en ningún aspecto de las relaciones heterosexuales. El pensamiento progresista, que tiende a respaldar la perspectiva de la construcción social de la sexualidad, eliminando cualquier diferencia con las opciones heterosexuales, y buscando que el Estado se encargue de suprimir las formas de discriminación existentes, no tiene representantes en la jurisprudencia de la actual Corte Constitucional colombiana.

En la más importante de las decisiones tomadas por la Corte para definir el alcance de los derechos de los homosexuales, la sentencia que decide sobre la constitucionalidad del reconocimiento jurídico a las uniones de hecho heterosexuales, el magistrado Eduardo Cifuentes se aleja de sus tradicionales posturas liberales y declara con cuatro argumentos, la constitucionalidad de la norma. Primero, defiende el texto legal por considerar que no incluir parejas homosexuales es una omisión sin intención discriminatoria. Segundo, no ve en la omisión legislativa un límite a esta libertad. Cree que dejar sin protección civil y patrimonial a las uniones homosexuales no impide, a quienes tienen esta orientación, vivir su sexualidad en forma plena y autónoma. Tercero, subraya las diferencias entre las uniones heterosexuales y las homosexuales y sitúa allí la pertinencia de su trato legal diferenciado. Cuarto, afirma que al legislador sólo se le debe exigir eliminar una injusticia a la vez y que declarar esta norma inconstitucional sería eliminar una valiosa conquista social

⁽⁹⁸⁾ Sentencia T-057 de 1995. MP. José Gregorio Hernández.

⁽⁹⁹⁾ *Ibid.*

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibid.*

⁽¹⁰¹⁾ Hernando Herrera, aclaración de voto a la sentencia C-098 de 1996.

⁽¹⁰²⁾ Sentencia T-097 de 1994. MP. Eduardo Cifuentes.

para las uniones heterosexuales de hecho.

Estos argumentos provocan varias reflexiones: no por ser novedoso es plausible el argumento que reposa en la ausencia de intención discriminatoria del legislador. Si como método de interpretación de derechos acudir a la voluntad última del legislador resulta inconveniente, lo es aún más el tratar de calificar la bondad o maldad de esa voluntad. La pregunta por el carácter de la intención del legislador es irrelevante en la interpretación de derechos ya que el juez constitucional está obligado simplemente a verificar la adopción que ha hecho el legislador de una posición jurídica acorde con un valor defendido por la Constitución. Tener un derecho constitucional es tener derecho a reclamarlo sin reparar en las razones por las cuales ha sido negado. En este caso, la exclusión de las parejas homosexuales debe ser leída como una postura jurídica inequívoca que deja por fuera de los beneficios legales a las parejas homosexuales.

En este sentido, la posición de las aclaraciones de voto de los magistrados Herrera y Hernández es más consistente. Con apoyo en su perspectiva teórica conservadora y su exegética visión de la interpretación constitucional, no se preguntan por la intención del legislador y por ello no ven en este caso una omisión del mismo. Al contrario, descubren en el texto de la ley

la expresión de una posición jurídica consistente con la Constitución, que para ellos es muy explícita en su definición de familia como unión heterosexual.

De otra parte, la idea de que la omisión no es una prohibición es una idea sin más alcance que el tautológico y sin mayor significado jurídico, especialmente en materias como el derecho de familia, donde para poder ejercer y ser beneficiario de ventajas jurídicas y patrimoniales se requiere el expreso reconocimiento de la ley. Este argumento implica retomar una idea de justicia formal varias veces definida por la Corte Constitucional como ajena a un Estado social de derecho, ya que implica considerar que la simple enunciación formal de los derechos asegura su protección. De igual forma, la limitación del concepto de derecho a la libre opción sexual a la capacidad para escoger libremente las formas de la propia sexualidad carece de significado ético y constitucional ya que sólo cobija el ejercicio de un aspecto de la vida carente de manifestaciones externas. El aspecto social de la sexualidad, aquel que busca regular el derecho a través del matrimonio, no puede estar fundamentado exclusivamente en un concepto de autonomía exento de confrontación. Se sustenta también en el apoyo dado por el Estado y por la sociedad a las relaciones estables y lo que de allí pueda surgir como familia.

⁽¹⁰³⁾ Ver al respecto, Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, *op. cit.*

⁽¹⁰⁴⁾ John H. Ely, *Democracia y desconfianza*, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997.

⁽¹⁰⁵⁾ Hernando Herrera y José Gregorio Hernández, aclaraciones de voto a la sentencia C-98 de 1996.

⁽¹⁰⁶⁾ Ver, *Harvard Law Review*, *op. cit.* p.p. 95-99.

⁽¹⁰⁷⁾ Este es el argumento esgrimido por la vertiente conservadora de la Corte para justificar la penalización del aborto de un embarazo producto de una violación o deformación del feto (sentencia C-013 de 1997). Los magistrados, con una muy cuestionable lógica argumentativa, consideraron que declarar inconstitucional la norma que penalizaba este tipo de aborto significaba establecer que todos los tipos de aborto deberían ser tratados en igual forma.

El ejercicio libre de la sexualidad no se puede limitar al espacio sin confrontación de la intimidad. Si es un derecho protegido, debe serlo por la capacidad que tiene un individuo de ponerlo a prueba frente a los otros; es decir, frente al Estado y la sociedad, actores frecuentes de su limitación.

Finalmente, las diferencias entre las uniones homosexuales y heterosexuales basadas en la capacidad procreativa constituyen una razón sin validez constitucional por su contradicción con la libertad de reproducción reconocida a las parejas heterosexuales, y sin pertinencia real después de los avances científicos en esa materia. La inseminación artificial y el arrendamiento de vientres son una realidad científica y social que deja sin argumentos a quienes ven la procreación como requisito de la idea de familia y del derecho al matrimonio, y por ello, como argumento para impedir las uniones homosexuales. Además, declarar la norma inconstitucional por reflejar una discriminación por motivos de opción sexual no significa, ni lógica ni constitucionalmente, privilegiar a un grupo sobre otro ni hundir una conquista social. Una declaración de constitucionalidad condicionada que plantee un argumento de principio y no de conveniencia hubiera resultado más acorde con el papel del juez constitucional y más coherente con recientes decisiones de este mismo magistrado¹⁰⁸.

III. CONCLUSIÓN

Los debates sobre el aborto y la homosexualidad demuestran que la discusión constitucional en Colombia, que en un inicio prometía estar definida por las respuestas de un Estado capaz de asumir las demandas de minorías raciales, culturales o sexuales, y por el fuerte acento social de una aproximación progresista, se ha visto reducido a monólogos excluyentes que luchan por definir espacios en los que las libertades privadas sean más o menos amplias y en los que el Estado tenga una mayor o menor participación en la definición de los derroteros morales de la sociedad. Con excepción de la jurisprudencia de la primera Corte, especialmente aquella en cabeza del magistrado Ciro Angarita, quien erigió posturas progresistas en estos y en otros temas, la Corte Constitucional colombiana no ha asumido el desafío teórico que significa un Estado social de derecho. Desafío que se ejerce con posturas teóricas radicales y con una lectura ponderada y contextualizada de la Constitución. La ausencia de perspectivas alternas a las liberales y las conservadoras ha hecho que la Constitución pierda en su alcance democratizador, que la sociedad pierda con el carácter pendular de las decisiones de la Corte y que el derecho constitucional pierda con la simpleza conceptual de sus debates.

¹⁰⁸ En la ponencia original de la segunda sentencia sobre el aborto, el magistrado Eduardo Cifuentes se manifestó en favor de una constitucionalidad condicionada que estableciera que en las circunstancias anotadas el aborto no sería considerado delito. De igual forma, en el salvamento de voto a la misma sentencia, el magistrado rechaza los argumentos de conveniencia declarando que “toda desviación del legislador penal, respecto de la Constitución, debe ser invalidada”. (Salvamento de voto, sentencia C-013 de 1997).

