

Liberalismo, moral pública y jurisprudencia constitucional en Colombia*

Liberalism, public morality and constitutional jurisprudence in Colombia

Resumen

Afirmar que existe una moral pública en una democracia liberal siempre es motivo de controversia. La relación entre ética y Estado es problemática y en Colombia ese debate ha estado presente por la alusión a la “moral social” en la Constitución Política de 1991. El presente texto busca analizar lo que ha significado dicho concepto para la democracia colombiana a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Se afirmará que tras distintas interpretaciones se ha impuesto una perspectiva liberal ética que tiene el desafío de establecer con claridad los fundamentos de la moral pública.

Palabras clave: Moral pública, Corte Constitucional, liberalismo ético, conservadurismo, escepticismo.

Abstract

Say that there is a public morality in a liberal democracy is always controversial. The relationship between ethics and the State is problematical and in Colombia that debate has been present due to the mention of a “social morality” in the Political Constitution of 1991. This paper seeks to analyze what this concept means in the Colombian democracy through the jurisprudence of the Constitutional Court. I will say that after dissimilar interpretations the perspective of the ethical liberalism has won, but it has the challenge of define clearly the foundations of public morality.

Palabras clave: public morality, Constitutional Court, ethical liberalism, conservatism, skepticism.

Cristian Rojas González

Político de la Universidad del Rosario. Magíster en Filosofía Aplicada de la Universidad de los Andes (Santiago de Chile). Profesor del Programa de Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

Recibido:
5 de agosto de 2016
Aceptado:
25 de enero de 2017

* Este artículo hace parte del proyecto de investigación “Religión y moral en el liberalismo contemporáneo”, financiado por la Universidad de La Sabana.

INTRODUCCIÓN

En un famoso artículo publicado en la revista *Ethics*, Will Kymlicka (1989) afirmó que la característica distintiva de la teoría liberal contemporánea es el énfasis en la neutralidad, es decir, la visión de que el Estado no debe premiar o penalizar concepciones particulares sobre la vida buena, sino ofrecer un marco en el cual se pueda vivir según esas distintas concepciones potencialmente conflictivas. Pero ese énfasis en la autonomía moral y la neutralidad estatal no tiene una versión unívoca en el mundo liberal, al contrario, es motivo de intensos debates pues su definición determina lo que podamos entender hoy por liberalismo.

En esta discusión nadie duda de que John Rawls (1996), Joseph Raz (2001) o Ronald Dworkin (1993) son liberales, sin embargo sus perspectivas difieren profundamente frente al problema de la neutralidad. Mientras el primero se muestra escéptico y exige imparcialidad frente a las “doctrinas comprensivas”, el segundo defiende una visión perfeccionista y el último rechaza la teoría rawlsiana proponiendo un liberalismo ético. En definitiva, lo que buscan estos y otros autores es responder a la pregunta crucial sobre la relación entre el Estado y la moral en las democracias liberales.

El debate está presente en Colombia con una condición especial: el artículo 34 de la Constitución Política usa el término “moral social” sin definir el concepto, por lo que la discusión sobre su significado ha sido inevitable e inter-

minable¹. El presente texto no busca resolver el problema sobre el contenido de la expresión constitucional y mucho menos la disputa al interior del liberalismo, sino abordar la discusión que se ha dado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional como interprete autorizado de la Carta Política de 1991. Analizaré qué posturas se encuentran en las sentencias que han buscado interpretar el concepto de “moral social” o “moral pública”², cuál de estas ha prevalecido y qué consecuencias tiene esa interpretación para la relación entre Estado y moral en la democracia colombiana.

Con ese propósito, abordaré el concepto de moral pública brevemente y esbozando tres visiones: el liberalismo escéptico, el liberalismo ético (o perfeccionista) y el conservadurismo. Posteriormente haré una exposición basada en las 16 sentencias de la Corte Constitucional que han abordado el problema (10 de constitucionalidad y 6 de tutela) desde las tres perspectivas anunciadas, y para concluir explicaré los desafíos de la interpretación imperante del concepto “moral pública” en la Corte Constitucional.

1. Moral pública

Claramente el concepto de moral que se tratará en este artículo tiene un sentido ético, no otro

1 Al artículo 34 constitucional habría que sumar acuerdos internacionales suscritos por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que usa la misma expresión.

2 No existen razones suficientes para distinguir el concepto de “moral social” y “moral pública”, por lo cual se tratarán ambos términos indistintamente. Además, como se observará, la Corte Constitucional ha equiparado ambas expresiones.

tipo de acepciones que se le han dado al término en el uso común del lenguaje (Cortina, 2008). Sin embargo, el concepto concreto de moral pública es más difícil de trabajar pues, como reconoce el profesor Santiago Legarre (2004) en su *Ensayo de delimitación del concepto de moral pública*, no solo en Colombia sino en la mayoría de los casos, “la expresión es usada con frecuencia sin que se la defina explícitamente” (p. 175).

Por ese motivo, me apoyaré en el esfuerzo de Legarre por encontrar una definición que sea útil a distintos ordenamientos jurídico-políticos, y adoptaré la siguiente definición: la moral pública es “el conjunto de manifestaciones del recto obrar de los miembros de una comunidad que más inmediatamente repercuten en la esfera pública, contribuyendo a formar la ‘ecología moral’ de dicha comunidad” (Legarre, 2004, p. 180).

La definición, sin embargo, es solo un punto de partida pues el problema real es cómo se regula el recto obrar de los miembros de la comunidad y sus repercusiones sociales, y especialmente cuál es el papel del Estado en esa regulación y en el cuidado de la moral pública. Como he advertido, abordaré tres respuestas posibles: la que ofrece un enfoque conservador, la que presenta el liberalismo escéptico y la propuesta del liberalismo ético.

1.1 El enfoque conservador

La visión conservadora se entiende como una propuesta perfeccionista, aquella que defiende

que el Estado pueda exigir obligaciones morales protegiendo a la sociedad y a los individuos de los vicios. Aunque no hay una sola versión de dicho perfeccionismo, en general se trata de un enfoque heredero de una corriente que tiene como fuente a Aristóteles y como exponente indispensable a Santo Tomás de Aquino. En definitiva, se enmarca en lo que se ha llamado la “tradición central de la ética” (García-Huidobro, 2013), según la cual la comunidad política existe para que sus miembros alcancen la vida buena en la virtud.

En su artículo *The Concept of Public Morality*, Robert P. George —quien se enmarca dentro de esta corriente— (2000) afirma:

What is public morality? One way of understanding it is simply as morality—the moral uprightness of individual people and the associations they form—considered insofar as it is a public good. But morality of what sort? Political morality, that is, the principles and norms of right and wrong as they pertain to the establishment of a system of government and to the government’s actions, is in an obvious sense, a public good (p. 23).

Además, explica que la legislación moral no regula el gobierno o a los actores gubernamentales en cuanto tales, sino el comportamiento de los individuos-ciudadanos y de aquellos que residen temporal o permanentemente dentro de la jurisdicción del gobierno (George, 2000, p. 24). George defiende la protección de esa moral pública como ocurre con la salud pública, para

eso compara el consumo de pornografía con el consumo de sustancias contaminantes, pues en ambos casos se trata de comportamientos individuales que, por sus consecuencias indeseables, deben ser regulados para proteger a la sociedad.

Esta perspectiva es “conservadora” por oponerse a la renuncia liberal a la pregunta sobre la vida buena y el mejor régimen para alcanzarla (Strauss, 2007). Sin embargo, acá el término conservador lo usaré en sentido más amplio: incluiré las posturas que apelan a la tradición, las que defienden lo que Dworkin (1989) llama *majoritarianism* —la moral de la mayoría— y todas las que adoptan una forma de moral trascendente, pues es uno de los rasgos distintivos del conservadurismo (Kirk, 2009).

De esta forma, aunque pueda incluirse bajo la etiqueta de “conservadora” toda postura que defienden una legislación moral basada en un criterio ético anterior —y superior— a la norma jurídica, en el caso de la Corte Constitucional de Colombia veremos que dicho criterio es básicamente el *majoritarianism*. La teoría conservadora que podría tener un desarrollo más amplio, se ha limitado en el caso colombiano a apelar a las mayorías.

1.2 La respuesta del liberalismo escéptico

La postura más contundente en la exigencia de neutralidad moral por parte del Estado es la liberal escéptica. Básicamente consiste en rechazar el argumento moral en la deliberación y en las decisiones públicas. Aunque tiene

versiones mucho más radicales herederas del utilitarismo, acá partiremos de la propuesta de John Rawls.

En *Political Liberalism*, Rawls (1993) afirma que “the distinction between political conceptions of justice and other moral conceptions is a matter of scope... political liberalism presents, then, a political conception of justice for the main institutions of political and social life, not for the whole life” (p. 175). En el lado opuesto encontramos lo que él llama doctrinas comprensivas —suelen ser religiosas o filosóficas—, que se inscriben en una ética privada, abarcan todos los aspectos de la vida y no deben ser adoptadas como criterio de moral pública.

En esta perspectiva rawlsiana vemos con claridad lo que acá llamaré una visión “liberal escéptica” en las sentencias de la Corte Constitucional: se trata de posturas que rechazan el recurso al argumento moral. Fernando Vallespín explica que “Rawls aspira a una justificación formal de estos principios (liberales) a partir de una distinción nítida entre principios de justicia y concepciones del bien, subordinando éstas a aquellos” (Dworkin 1993, p. 14). En definitiva, en el liberalismo de Rawls se debe apelar a la justicia como imparcialidad, independiente de cualquier concepción particular y comprensiva sobre el bien.

Quienes adoptan una perspectiva liberal escéptica con una estricta exigencia de neutralidad, ya sea desde la propuesta de Rawls u otras, están dispuestos a resolver los mismos problemas que abordan los moralistas, a veces con las

mismas conclusiones, pero renunciando a criterios morales que podrían entenderse como el establecimiento de una moral particular como moral pública.

1.3 El liberalismo ético

En una orilla distinta a la de Rawls se encuentra el liberalismo perfeccionista o ético que defiende el recurso del argumento moral aunque no la idea de un Estado al servicio de una moralidad particular.

El liberalismo que defiende Joseph Raz, por ejemplo, tiene unas “firmes bases morales”, y considera que el “pluralismo de valores, y no el escepticismo ni la neutralidad de valores, constituyen el baluarte liberal contra la uniformidad, contra una sociedad que imponga a través del gobierno o de otra manera una visión uniforme del estilo de vida ideal para su población” (2001, p. 132). De esa manera Raz rechaza un Estado identificado con una perspectiva moral particular —paternalista—, especialmente en lo que concierne a la vida buena, pero rechaza la simple neutralidad moral.

Ronald Dworkin presenta una perspectiva distinta pero también de liberalismo ético en respuesta a Rawls. Busca una concepción de bien que sea fundamento de las ideas políticas liberales (Lund, 1996). Propone el rol de unos liberales éticos que participan de la deliberación pública desde sus convicciones morales, a diferencia de los liberales rawlsianos que dejan sus convicciones éticas en la entrada del ágora. La propuesta de Dworkin (1993) “espera

llegar a la neutralidad a su debido tiempo, en el curso del argumento, no al comienzo del mismo; como un teorema, no como un axioma metodológico” (p. 66). Es decir, no rechaza el argumento moral en la razón pública aunque el punto de llegada —no de partida como en Rawls— sea la neutralidad.

Las propuestas del liberalismo ético son variadas, pero tienen en común la aceptación del argumento moral y el rechazo al uso del Estado para la defensa de una moral particular, ya sea mayoritaria, tradicional, religiosa, etc. Presentan una moral que no es de máximos y que no responde a un modelo de vida buena defendido desde el Estado, sino a unos contenidos morales que permiten la vida armónica en comunidades éticamente plurales. Como mostraré a continuación, esa perspectiva ha sido adoptada en varias ocasiones por la Corte Constitucional en Colombia, pues es la que permite mantener una perspectiva liberal sin ignorar la presencia de la expresión “moral social” en la Constitución. Incluso mostraré que ha sido la perspectiva “triumfante” en la jurisprudencia de la Corte.

La pregunta que surge es ¿si la Corte reconoce una moral pública liberal, de dónde obtiene su contenido? Para responder abordaré a continuación la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2. La moral pública de la Corte Constitucional en Colombia

En los 25 años de existencia de la Corte Constitucional se pueden encontrar 16 sentencias

que han abordado el concepto de moral pública (10 de constitucionalidad y 6 de tutela). 8 de esas sentencias pueden ser consideradas conservadoras y 8 liberales éticas. Existen, además, 2 aclaraciones de voto bajo la perspectiva del

liberalismo escéptico, una desde el liberalismo ético y un salvamento de voto conservador, que serán analizados en este trabajo por su aporte a la discusión. Estas son las sentencias:

Conservadurismo	Liberalismo ético	Liberalismo escéptico
C-224/94 Jorge Arango Mejía (Ponente)	C-427/94 Fabio Morón Díaz (Ponente)	C-404/98 Carlos Gaviria Díaz Alejandro Martínez Caballero Alfredo Beltrán Sierra (En la aclaración de voto)
T-503/94 Vladimiro Naranjo Mesa (Ponente)	C-404/98 Eduardo Cifuentes Muñoz (Ponente)	C-241/12 Juan Carlos Henao (Aclaración de voto)
T-620/95 Vladimiro Naranjo Mesa (Ponente)	T-301/04 Eduardo Montealegre Lynnet (Ponente)	
C-814/01 Marco Gerardo Monroy Cabra (Ponente)	T-917/06 Manuel Cepeda Espinosa (Ponente)	
C-371/02 Rodrigo Escobar Gil (Ponente)	C-241/12 Luis Ernesto Vargas Silva (Ponente)	
C-1175/04 Marco Gerardo Monroy Cabra Rodrigo Escobar Gil (Salvamento de voto)	T-276/14 María Victoria Calle Correa (Ponente)	
C-431/04 Marco Gerardo Monroy Cabra (Ponente)	C-931/14 Luis Ernesto Vargas Silva (Aclaración de voto)	
C-570/04 Rodrigo Escobar Gil (Salvamento de Voto)	C-958/14 Martha SÁCHICA (Ponente)	
C-931/14 Jorge Pretelt (Ponente)	T-129 /15 Martha SÁCHICA (Ponente)	

2.1 Moral liberal y moral conservadora

Como puede observarse, en 1994 aparecen las primeras sentencias que abordan el concepto de moral pública. La primera es la sentencia C-224 del 5 de mayo y la segunda es la C-427 del 29 de septiembre. A partir de ese año empiezan a señalarse los dos grandes enfoques que estarán presentes en la jurisprudencia constitucional: el conservador y el liberal ético. En primer lugar, el magistrado Jorge Arango Mejía presenta una lectura conservadora de la moral social en los siguientes términos:

La Constitución de 1991 no es contraria a la moral cristiana. No hay uno solo de sus preceptos que pugne con lo que hoy se entiende por “moral cristiana” en Colombia. El hecho de haber desaparecido del preámbulo de la Constitución la referencia a la Iglesia Católica, Apostólica y Romana como “la de la nación” y como “esencial elemento del orden social”, no trae consigo un cambio en la moral social. Apenas ratifica la separación de la Iglesia y el Estado. No puede, en consecuencia, ser contraria a la Constitución una norma que se limita a reconocer la moral de las mayorías (1994).

La afirmación de Arango se da en respuesta a una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 de la Ley 153 de 1887 (anterior a la nueva Constitución) que advertía que “la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”. Dos elementos pueden

encontrarse en la cita de la sentencia, que permiten afirmar que se trata de un enfoque conservador: la identificación de la moral social con una visión particular religiosa —cristiana— y el fundamento de tal identificación en el argumento mayoritario, es decir, en que se trata de una moral de las mayorías.

Un abordaje distinto señaló meses después la sentencia C-427 que tuvo como ponente a Fabio Morón Díaz y que se aproximó al liberalismo ético. En esta se advierte que la expresión moral en el ordenamiento colombiano es un “concepto jurídico que aquí no responde a ninguna particular exigencia confesional o subjetiva, sino, se repite, al marco ético conceptual, propio de la moral media o social, que contiene la Constitución” (1994). Es decir, acepta la alusión a la moral pero se separa de la consideración de Arango de que esta pueda identificarse con el cristianismo. En este caso se reconoce —como lo hizo la C-224— que esa moral no solo está anunciada sino contenida en la Constitución.

Esta sentencia, no obstante, es sospechosa de conservadurismo por equiparar la moral social a la “moral media” cuyo significado es impreciso. Dentro de las acepciones que acepta la RAE de la palabra “media”, esta es la más aproximada: que “corresponde a los caracteres o condiciones más generales de un grupo social, pueblo, época, etc.”, y en ese sentido la expresión usada por Morón podría entenderse como referencia a una moral mayoritaria. De esta manera, aunque se aproxima al liberalismo ético —por su aceptación del argumento moral rechazando que se trate de una moral confesional particular—,

mantiene un elemento conservador por su alusión a las mayorías.

Con el antecedente de Morón, será Eduardo Cifuentes Muñoz quien en 1998 señale el derrotero de la interpretación liberal de la moral pública en la Corte. En la sentencia C-404 de ese año, se ratificó la constitucionalidad del artículo del Código Penal que penaliza el incesto y el problema de la moral pública estuvo en el centro del debate. Lo que se dijo al respecto fue lo siguiente:

No escapa a esta Corte la posibilidad de que, en una sociedad plural, la utilización de argumentos morales a favor de la constitucionalidad de una determinada norma legal, puede originar atropellos inmensos en contra de la libertad de personas que, en ejercicio de su autonomía, no comparten los principios de la mayoría (1998).

Hasta allí, se observa una perspectiva liberal escéptica que ve con preocupación la existencia de un discurso moral oficial, defiende la autonomía individual y rechaza la imposición por las mayorías de un modelo de vida buena. Sin embargo, reconoce que hay un lugar para el argumento moral en el orden constitucional:

No obstante, para evitar este tipo de abusos se han diseñado herramientas estrictas de control constitucional que, como el juicio de proporcionalidad, impiden o dificultan su ocurrencia, además de la obligatoriedad superior de los principios

y libertades garantizados por la Constitución. En primer lugar, toda norma jurídica que persiga exclusivamente la defensa de un principio de moral pública debe estar sometida a un juicio estricto de proporcionalidad. En consecuencia, sólo si la finalidad corresponde verdaderamente a un principio de moralidad pública —en el sentido que se precisa más adelante— y, si es útil, necesaria y estrictamente proporcionada respecto de tal finalidad podrá resultar ajustada a la Constitución (Cifuentes, 1998).

Así, se entiende que una moral pública bien ponderada es criterio legítimo para limitar la autonomía individual en comportamientos como el incesto:

En este sentido, se admite, por ejemplo, que la realización de determinados comportamientos o prácticas que pueden afectar gravemente principios de moralidad pública imperantes se vean sometidos a una restricción, consistente, por ejemplo, en limitar su realización a lugares privados o reservados o en someter su difusión pública a ciertas condiciones especiales (franjas, horarios, autorización previa, etc.) (Cifuentes, 1998).

A la pregunta sobre cuál es esa moral pública que puede limitar la libertad, Cifuentes responde que “es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles

con una democracia constitucional” (1998). No es un modelo determinado y estricto de buena vida hacia el cual un Estado paternalista puede conducir a sus ciudadanos, sino una moral que permite vivir adecuadamente en una comunidad democrática y plural, y que es “indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional” (1998).

En definitiva, “la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad” (1998). Estos son los criterios de la perspectiva liberal que hizo carrera en la Corte Constitucional: una moral que permite la vida democrática, no una moral confesional ni mayoritaria que afirma un modelo particular de vida buena privilegiado por el Estado.

2.2 ¿Y el liberalismo escéptico?

Antes de abordar la pregunta sobre las fuentes de la moralidad en la perspectiva liberal ética y en la conservadora, vale la pena detenerse en la escasa presencia del liberalismo escéptico en la historia sobre la interpretación del concepto de moral pública en el control de constitucionalidad. Esta perspectiva solo puede encontrarse en dos aclaraciones de voto por lo que puede considerarse derrotada.

La primera ocasión se dio en la demanda contra la penalización del incesto. Ese proceso —que terminó con la citada sentencia C-404— tuvo

como ponentes al magistrado Cifuentes Muñoz y a Carlos Gaviria Díaz. Díaz, sin embargo, no adhirió a la totalidad de la argumentación y junto a los magistrados Alejandro Martínez Caballero y Alfredo Beltrán Sierra, rechazó el uso del argumento moral en los siguientes términos:

Si algo está por fuera de toda discusión, es que la Constitución colombiana considera a la familia una institución valiosa y, por tanto, digna de ser protegida; si las ciencias empíricas establecen con meridiana claridad que los comportamientos incestuosos la desestabilizan y ponen en peligro su unidad, parece lógicamente plausible inferir que tales comportamientos deben ser jurídicamente desestimulados y el libre desarrollo de la personalidad encuentra allí un límite razonable. ¿Para qué entonces enturbiar lo que es claro agregando algo tan absurdo como que, además, el incesto es atentatorio de la moralidad pública y ésta constituye un límite al libre desarrollo de la personalidad?

Este enfoque escéptico respondería de manera similar a Robert P. George (2000), cuando defiende la necesidad de proteger la moral pública presentando el costo social de la pornografía. Si la evidencia empírica y científica demuestra que ciertos comportamientos dañan las instituciones sociales fundamentales ¿qué necesidad hay de hacer juicios morales oficiales sobre dichos comportamientos? Bastan los hechos y sobran los juicios de valor, es lo que alegan los

escépticos en estos casos para rechazar el argumento moral. Según Gaviria y sus compañeros, en la aclaración de voto lo que consigue esa alusión “abstrusa” a la moralidad es oscurecer el razonamiento pues sobre esos argumentos no existen certezas, la moral pública es casi un problema esotérico:

Unas pocas inquietudes ponen de presente lo que implícitamente se afirma en la pregunta. i) ¿Cómo se reconoce esa “moralidad pública”? ¿Existe algún criterio objetivo para reconocerla, análogo a la regla de reconocimiento propuesta por Hart como instrumento conceptual que permite identificar las normas de un ordenamiento jurídico? ii) Y si tal es el caso, cómo saber con certeza, o con un alto grado de probabilidad, que esa “moralidad pública” que repudia el incesto, clama porque se le desestime con una sanción penal? ... iii) Y dentro de una sociedad pluralista como la colombiana, cabe preguntar: ¿Hay una sola moralidad pública, o hay varias? Si hay una sola, ¿quién la determina? y si hay varias, ¿cuál prevalece y por qué?

Esa perspectiva claramente escéptica solo volverá a aparecer en una aclaración de voto del magistrado Juan Carlos Henao en 2012, en la sentencia C-241 que retoma el problema de la penalización del incesto. Henao respalda también mantener la penalización, pero retoma el razonamiento de Gaviria sobre la irrelevancia del argumento moral y el problema que supone reconocer una moral pública. Explícitamente

lamentaba que no se haya tenido en cuenta la aclaración de voto que en 1998 habían expuesto Gaviria, Martínez y Beltrán.

El motivo de la derrota de esta posición puede hallarse en la presencia de la expresión “moral social” en la norma superior, es decir, si la Constitución ha validado el argumento moral, los magistrados tienen la opción de interpretarlo en uno u otro sentido pero no rechazar la posibilidad de ese recurso en una democracia.

2.3 Dos perspectivas y un mismo dilema

Los dos enfoques que han buscado responder a la expresión constitucional “moral social”, la liberal —ética— y la conservadora, deben poder responder a la pregunta sobre la fuente de esa moral, deben poder decir de dónde se obtiene el contenido de la moral social o pública. La respuesta conservadora es más evidente pero no por eso menos problemática: la moral tiene una fuente anterior y superior a la Constitución pues puede hallarse en la tradición recogida por las mayorías, sin entrar a considerar que la fuente última es la ley natural o la ley divina. Esa ha sido la línea de los conservadores en la Corte, por ejemplo, en sentencia de tutela —503 de 1994— el magistrado Vladimiro Naranjo propuso 3 elementos de la moral como objeto jurídico protegido:

1. Que contenga principios, valores y virtudes fundamentales (y expone las virtudes en un sentido aristotélico)
2. Aceptados por la generalidad de los individuos

3. Que constituyen el soporte de una vida digna, libre y respetuosa.

Se entiende, entonces, que esos elementos fundamentales son anteriores a la Constitución de 1991 y que han sido identificados gracias a que son reconocidos por la mayoría. El mismo Naranjo advirtió al año siguiente —T 620 de 1995—, que las conductas individuales deben ajustarse a “ciertos principios éticos y a lo que esa sociedad considera deben ser reglas de conducta que conduzcan a una convivencia armónica”, es decir, reafirma el argumento mayoritario.

Que parte de esa fuente de valores fundamentales reconocido por la sociedad sea la religión, es algo que defienden algunos conservadores como vimos en la perspectiva de Arango Mejía y reafirmado en el salvamento de voto de Escobar Gil y Monroy Cabra en la C-1175 de 2004, donde advirtieron que la “relación entre la moral religiosa y la moral objetiva o moral social ha sido reconocida por la Corte, en especial en la Sentencia C-224 de 1994”³, pero no es la que define el enfoque conservador en la Corte como si lo hace la alusión a las mayorías. Según este enfoque la moral religiosa puede identificarse con la moral social por ser mayoritaria y tradicional, es decir, por razones sociológicas e históricas, no teológicas.

La respuesta más clara frente esa visión conservadora vino del magistrado Luis Ernesto

Vargas en su salvamento de voto de la sentencia C-931 de 2014. En esa ocasión se abordó una demanda contra el Código Sustantivo del Trabajo por su referencia a los “actos inmorales” de los trabajadores, sobre lo cual el magistrado ponente, Jorge Pretelt, advirtió que es una expresión que debe entenderse en una “moralidad pública (que) remite a los principios y valores fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos”. Aunque Pretelt se alejó de la perspectiva iniciada por Arango al advertir que “no corresponde a creencias particulares confesionales o subjetivas sino a la ética moral colectiva”, su referencia al argumento mayoritario lo enmarcan en una visión conservadora.

Vargas, aunque reconocía la pertinencia de la alusión a la moral pública, no compartió el enfoque de Pretelt y advirtió lo siguiente:

¿A cuál sistema moral de normas debe remitirse el juez o el aplicador. Puede haber varias posibilidades, pero las posiciones fundamentales son tres⁴: i) a un conjunto de normas morales objetivamente verdaderas (moral objetiva), ii) a un conjunto de normas morales subjetivamente escogidas por el intérprete (moral crítica) o iii) a un conjunto de normas morales intersubjetivamente aceptadas (moral social).

3 Se trataba de una demanda contra el artículo 152 del Código de Policía que establecía la presencia de un miembro del curio arquidiocesano de Bogotá en los comités de clasificación de películas.

4 Advierte el Magistrado: “Sigo con algunas modificaciones el esquema que propone Comanducci, Paolo, ‘Derecho y moral’”. En Id., *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 67 y ss.

Sobre la primera posición, la moral objetiva, señala que “presenta problemas epistemológicos evidentes pues nunca ha sido ofrecida evidencia alguna acerca de dónde están, cuáles son y cómo pueden ser conocidos los supuestos hechos morales, así que el juez terminaría no hallando las normas morales sino afirmando aquellas que cree existentes”⁵, y hace referencia a Ross⁶, Kelsen⁷ y Ferrajoli⁸ desde una perspectiva escéptica.

En cuanto a la opción de la moral crítica, dice que “equivaldría a dejar completamente en manos de la discrecionalidad de los jueces la interpretación y la aplicación del derecho y su pretendida certeza quedaría librada a la conciencia moral de cada operador”. Frente a la tercera, advierte la posibilidad de una tiranía sobre las minorías y el problema de suponer que “el juez dispone de las habilidades y herramientas para constatar, mediante un trabajo sociológico, cuáles son los valores compartidos efectivamente en toda la sociedad, lo cual es altamente improbable”.

Vargas propone que “un comportamiento o una conducta solo podría ser calificado de inmoral y serle atribuidas las correspondientes consecuencias jurídicas si, dadas las condiciones en que se

desarrolla, comporta una perturbación indebida a las prerrogativas de otros o un traumatismo o perjuicio a bienes que interesan a la sociedad en su conjunto”, considerando que esa es la única moral que puede ajustarse a la Constitución.

El magistrado deja sin resolver el problema del sistema moral al cual debe remitirse el juez, pues cuando se refiere, por ejemplo, a los “bienes que interesan a la sociedad en su conjunto”, cae también en el problema presente en la moral crítica pues se requieren herramientas para un trabajo sociológico que permita conocer los valores compartidos por la sociedad, lo que ha considerado “altamente improbable”.

¿Cuál es entonces la fuente de la moral social? En definitiva, la respuesta que dan a este dilema la visión conservadora y la visión liberal es la misma: la Constitución. Pretelt dice que la moral social es la que “que contiene la Constitución” (C 931/14) como lo afirma también Morón Díaz (C 427/94). Vargas cree que su auténtico sentido debe partir del principio de libertad general consagrado en el artículo 16 de la Carta desde el cual desarrolla su teoría contenida en la mencionada aclaración de voto.

Si bien los conservadores han apelado a las mayorías —y a la religión mayoritaria y la tradición mayoritaria—, entienden que su perspectiva moral ha sido recogida por la Constitución, es decir, al igual que los liberales piensan que la Carta Magna no solo anuncia la existencia de la moral social sino que la contiene. Si la moral que se encuentra en la Constitución es anterior a la misma o se origina en ella, es indiferente

5 Cita el Magistrado: Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”. En Carbonell Miguel; García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2010, p. 187.

6 Cita el Magistrado: Ross, Alf, “Validity and the conflict between legal positivism and natural law”. En Paulson Stanley L.; Paulson Bonnie Litschewski (edited by), *Normativity and norms. Critica! perspectives on kelsenian themes*. Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 147-163.

7 Cita el Magistrado: Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*. Porrúa, México D.F., 2007, pp. 71-82.

8 Cita el Magistrado: Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Vol. II. Teoría della democrazia*, Laterza. Roma-Bari, 2007, pp. 309 y ss.

pues es en la interpretación del texto donde debe hallarse la moral social, una tesis en la que parece haber consenso entre liberales y conservadores.

Sin embargo, el problema surge cuando se advierte que si bien la Constitución puede ser una fuente suficiente de comprensión de la moral pública, no es clara y específica en su contenido. El texto constitucional no plantea un decálogo de normales morales explícitas, no desarrolla el concepto de moral social ni pretende ser exhaustivo en referencias morales manifiestas que están mencionadas en solo 8 artículos⁹.

Si el contenido moral de la Constitución debe ser desentrañado es una tarea que corresponde a la Corte Constitucional como máximo intérprete de la Carta Política (C-539 de 2011). En consecuencia, esa corporación —en sentencia que tuvo como ponente a Martha SÁCHICA— advierte que la moral social debe ser entendida “en los términos desarrollados en la jurisprudencia constitucional” (C-958 de 2014).

Conclusiones

Finalmente, la indefinición del concepto de “moral social” ha hecho que en la Corte Constitucional colombiana se desarrollen dos enfoques dominantes: el liberal ético y el conservador. Considero al liberalismo ético como el enfoque que prevalece pues al final la jurisprudencia se ha decantado por hallar la moral social en la Constitución misma y el argumento mayoritario se ha perdido de vista.

Las divergencias entre ambos enfoques permiten afirmar que no existe una interpretación unívoca sobre la moral pública, pero sí puede afirmarse que ambas posturas han coincidido en afirmar que la moral puede hallarse implícitamente en la Constitución y precisada es la jurisprudencia de la Corte.

Acudiendo a la explicación del magistrado Vargas y sus referencias a la obra de Paolo Comanducci, podríamos considerar que desde esta perspectiva la Corte corre el riesgo de adoptar la perspectiva de la moral crítica, es decir, aquella en la que el juez como intérprete escoge las normas morales con la certeza que le ofrece su conciencia moral pero con una alta carga de subjetividad.

REFERENCIAS

- Colombia, Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-224 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-427 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (1994). Sentencia T-503 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (1995). Sentencia T-620 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (1998). Sentencia C-404 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá.

⁹ Artículos: 34, 44, 67, 68, 88, 182, 209, 219.

- Colombia, Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-814 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-371 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-1175 de 2004. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-431 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-570 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Vargas, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2004). Sentencia T-301 de 2004. M.P. Eduardo Montalegre Lynett, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2006). Sentencia T-917 de 2006. M.P. Manuel Cepeda Espinosa, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-241 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2014). Sentencia T-276 de 2014. M.P. María Victoria Calle, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-931 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-958 de 2014. M.P. Martha Victoria SÁCHICA, Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional. (2015). Sentencia T-129 de 2015. M.P. Martha Victoria SÁCHICA, Bogotá.
- Dworkin, R. (1989). Liberal community. *California Law Review*, 77, 479-504.
- Dworkin, R. (1993). Ética privada e igualitarismo político. Barcelona: Paidós.
- George, R. (2000). The concept of public morality. *The American Journal of Jurisprudence*, 45, 17-31.
- Kirk, R. (2009). *Qué significa ser conservador*. Madrid: Ciudadela.
- Kymlicka, W. (1989). Liberal Individualism and Liberal Neutrality. *Ethics*, 99, 883-905.
- Legarre, S. (2004). Ensayo de delimitación del concepto de moral pública. *Revista Chilena de Derecho*, 31, 169-182.
- Lund, W. (1996). Politics, Citizens, and the Good Life: Assessing Two Versions of Ethical Liberalism. *Political Research Quarterly*, 49, 479-504.
- Rawls, J. (1996). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa.
- Strauss, L. (2007). *Liberalismo antiguo y moderno*. Buenos Aires. Katz.