

El concepto de libertad en las decisiones sobre libertad de conciencia de la Corte Constitucional colombiana*

The concept of freedom in decisions on
freedom of conscience of the Colombian
Constitutional Court

Liliana Burbano Gelpud**

Resumen

El artículo hace un análisis hermenéutico del concepto de libertad, con el fin de entender en qué sentido la libertad de conciencia, que es una forma positiva de la libertad en sentido filosófico, es entendida en las disposiciones de la Corte Constitucional colombiana. Se abordan de este modo las definiciones clásicas de libertad positiva y libertad negativa, para determinar cuál de estas dos acepciones es la más predominante en las sentencias de la Corte y establecer de ese modo si la formulación de Estado social de derecho estipulada en la

Fecha de aceptación: 28 de agosto de 2015
Concepto de recepción: 31 de agosto de 2015
Fecha de aprobación: 09 de septiembre de 2015

* Artículo de reflexión, presentado como trabajo de grado en la Especialización de Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

** Abogada, Universidad de Nariño. Especialista y magíster en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. Profesional universitario, Gobernación de Boyacá.
liliburbano@gmail.com

Carta Política, la cual privilegia los deberes positivos del Estado, es real y efectiva. Dicho análisis estará basado en algunos casos paradigmáticos, en los cuales el derecho a la libertad de conciencia se ha visto vulnerado.

Palabras clave

Libertad, libertad de conciencia, Corte Constitucional, líneas jurisprudenciales, Estado social de derecho.

Abstract

This paper is a hermeneutical analysis of the concept of freedom in order to understand in what sense the freedom of conscience, which is a positive way of the freedom in philosophical sense, is understood by the provisions of the Colombian Constitutional Court. Thus, the classic definitions of positive and negative liberty are taken into account to determine which of these two meanings is the most prevalent in the judgments of the Court and thereby to establish whether the formulation of Social State of Law set forth in the Constitution, which prioritizes the positive duties of the State, is real and effective. This analysis will be based on some paradigmatic cases in which the freedom of conscience right has been violated.

Keywords

Freedom, freedom of conscience, Constitutional Court, case law, social State of law.

Introducción

“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad así como por la honra se puede y se debe aventurar la vida...”.

Cervantes, *Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, cap. LVIII.

Después de la vida, la libertad es el bien máspreciado del ser humano. Sin embargo, *libertad* es un concepto abstracto e incluso ambiguo, por lo que se hace necesario definir cuál es el sentido en que dicha libertad, ya positivizada como derecho fundamental, es considerada por la norma constitucional, que es la que define el derrotero político de nuestra sociedad.

Tradicionalmente, dentro de los análisis acerca de la cuestión, se habla de que la libertad puede entenderse en una acepción *negativa* o *positiva*, según la clásica formulación de Isaiah Berlin, cuyo ensayo ha sido pieza clave para entender esas acepciones y asumir, en consecuencia, una preferencia por una u otra. Tal preferencia no es en absoluto trivial, sino que, al contrario, evidencia cuál es el criterio que guía el ordenamiento jurídico y político de una nación. De hecho, se ha entendido, tradicionalmente, que la *libertad negativa*, heredada de Hobbes y los teóricos del contrato social, es más favorable a un orden regulado, que es el principio del Estado. Al contrario, la *libertad positiva* está basada en la idea kantiana según la cual el ser humano es *autónomo* y, por ende, capaz de determinar el valor de sus acciones. Ninguna de las dos opciones parece ser completamente satisfactoria, pues llevadas al extremo, ambas han dado origen a nefastos extremismos: las dictaduras, los Estados absolutistas, el fascismo, etc. (Berlín, 1996, p. 215). Sin embargo, hay que tener en cuenta que cada una desarrolla apenas un aspecto de la persona (sea su individualidad o su ser social) y que no son necesariamente excluyentes.

En el caso de la *libertad de conciencia* (una de las formas *positivas*¹ de la libertad), el hecho de identificar de qué modo es entendida y expresada en nuestra Constitución Política y, sobre todo, en las sentencias de la Corte Constitucional, permite identificar también la orientación política de la Corte y, en consecuencia, el grado de efectividad en la tutela de dicho derecho. La cuestión por dilucidar es, pues, si las interpretaciones de la Corte dan prioridad a los llamados *deberes negativos* o los

¹ El término “positivo/positiva” es tomado aquí como contrapuesto a “natural” (según la clásica distinción entre “positivismo” y “iusnaturalismo”) y no como contrapuesto a “negativo / negativa”. Así, a lo largo de este artículo, se deberá tener cuidado de no confundir estos dos sentidos del término excepto, obviamente, cuando el mismo esté precedido del sustantivo al cual califica (v. gr., “libertad positiva”, “obrar positivo”, etc.).

deberes positivos del Estado. Como es apenas notorio, los adjetivos se corresponden exactamente con aquellos con los cuales se califica tradicionalmente el concepto de *libertad*, por lo que una investigación hermenéutica en este sentido podría ayudar a entender si la formulación de Estado social de derecho (el cual es un Estado *promotor* de derechos, como se verá más adelante) tiene aplicación real y efectiva.

Este artículo se propone entonces hacer un repaso hermenéutico acerca del concepto de *libertad*, para determinar el sentido en que esta es defendida en algunas decisiones de la Corte Constitucional acerca de la *libertad de conciencia*, bajo el supuesto de que este derecho contiene lo fundamental del concepto de *libertad*, pues nada es más propio e inalienable en el ser humano que su propia conciencia. Para ello se procederá en el primer capítulo a definir el significado del concepto de *libertad*, para luego definir el más específico de *libertad de conciencia* (capítulo 2). El enfoque metodológico seguido para este análisis es el cualitativo, en cuanto el tipo de investigación ha sido el hermenéutico. Un último apartado contendrá un breve recuento de algunas sentencias de la Corte, en donde puede advertirse la tendencia de este tribunal respecto a los dos conceptos de libertad. En esta parte se tomará como base el corpus jurisprudencial compilado por el profesor Diego Higuera en su documento *Libertades jurídicas en la doctrina constitucional de Colombia* (2013) en donde ha utilizado el método conocido como “líneas jurisprudenciales”.

1. El concepto de libertad

El concepto de *libertad*, tal como hoy lo entendemos, fue definido de manera clara en el siglo XIX y su mejor formulación se halla en la filosofía práctica de Kant. Antes de Kant, la *libertad* había sido tema de debate teológico o teológico político (en el sentido de Carl Schmitt). En el primer caso, la escolástica la debatió en las disquisiciones acerca del *libre albedrío*; en el segundo, quizá sea Hobbes quien mejor formuló la idea de la *libertad* como causalidad (aunque siempre “obediente”), idea que sigue gozando de aceptación hoy en día. Abordaremos, pues, estas dos concepciones antes de arribar al concepto de *libertad* en Kant.

1.1 Antigüedad y Edad Media

La libertad era, ya en la Antigüedad, uno de los requisitos jurídicos para que alguien pudiera ser considerado “persona” (es decir, un sujeto de derecho). En Roma, esta condición recibía el nombre de “estado de libertad” o *status libertatis* y se contraponía a la *servitus* (esclavitud), la cual se definía como “una institución del derecho de gentes por la cual uno está sometido, contra la naturaleza, al dominio ajeno” (Morineau 2006, pp. 54-57). Así mismo, en el libro XLIII del *Digesto* se encuentra una disposición denominada “Homine libero exhibendo”, la cual “se interponía ante

la autoridad pública para demandar la libertad de un hombre injustamente sometido a la esclavitud” (Sanguino 1994, p. 226).

Ya en la Edad Media, la cuestión metafísico-religiosa del *libre albedrío* se convirtió en uno de los temas más debatidos por la tradición escolástica (Alonso-Fernández, 2006, p. 21). En una versión heredada de San Agustín y llevada al extremo por Lutero y Calvino, el libre albedrío, como cuestión teológica, era un concepto que se contraponía o estaba en constante contraste con la idea de la omnipotencia de Dios; su relación estaba determinada por el principio de proporcionalidad inversa: cuanto más libre fuera la voluntad del hombre, menor era la potestad divina y viceversa. Así, el hombre no era más que un títere en manos de Dios (o de Satán, en la versión pesimista de Lutero); no aspiraba a la libertad sino a la *gracia* (o la condenación). Como es apenas notorio, esta concepción generó, por una parte, un sentimiento de miedo a la libertad y por otra, una justificación para algunos “fenómenos sociales opresores, como el colonialismo, la esclavitud y el vasallaje” (2006, p. 7). Sin embargo, siguiendo la idea aristotélica según la cual en todos los seres humanos existe la libertad, Santo Tomás concebía una “relación necesaria” y no necesariamente excluyente entre la libertad y la *gracia* (Horkheimer, 1972, p. 12): la salvación era obra de la voluntad y de la gracia divina al mismo tiempo, aunque, evidentemente, ante la cuestión de determinar en qué grado participaban la una o la otra, siempre se tendía a pormenorizar o suprimir la primera.

1.2 Libertad negativa

Ya en la primera modernidad, Hobbes analizará la cuestión desde un punto de vista un tanto distinto. Mientras la Escolástica instituía a Dios como el poder supremo del cual deriva toda causalidad, Hobbes establece que ese poder divino se manifiesta, en la Tierra, en el Estado. Por supuesto, no se trata de un Estado de Derecho, sino, por el contrario, de un Estado totalitario y monárquico, pues para el filósofo inglés la Monarquía (en tanto expresión del poder de Dios en la Tierra) es el único modelo acorde con la teología. En este Estado la libertad es posible, pero solo a condición de la “obediencia”: “Al aceptar libremente la obediencia al soberano el ser humano se pone bajo la tutela segura de quien, al ejercer el poder, lo libra de la muerte misma” (Ramos, s.f., p. 18). En este esquema, la libertad está condicionada otra vez por el miedo (aunque esta vez no es miedo a Dios, sino a la muerte) y la “obediencia”, es decir, la amenaza de la coacción. Como se sabe, el Estado hobbesiano es producto de un *pacto social* destinado a garantizar la paz y prevenir que los hombres, por naturaleza libres, disputen y se aniquilen. Y lo que pactan son precisamente los límites de su libre accionar, lo que quiere decir que, como reza el axioma, cada quien es libre en la medida es que se lo permita el otro. A este tipo de libertad se ha dado en llamar “libertad como ausencia de impedimento”, “libertad como ausencia de

constricción” (Bobbio, 1993, p. 98) o, ya en la definición clásica de Bentham –quien acuñó por primera vez el término–, “libertad negativa” (Audi, 2004, p. 607).

Esta *libertad negativa* asume en tiempos más recientes la forma de “respeto a la ley” (o incluso “amor” a la ley, como quería Rousseau), expresada en la máxima de Voltaire: “la libertad consiste en depender tan sólo de las leyes” (Gascón 1999, p. 234), en la de Montesquieu: “La libertad es el derecho de hacer aquello que las leyes permiten” (Bobbio, 1993, p. 99) o ya en nuestro contexto en una famosa declaración del expresidente Carlos Lleras Restrepo: “La ley mientras no sea derogada tiene que acatarse. *Nadie puede decidir por sí y ante sí, a la luz de sus intereses y opiniones, si la cumple o no*” (Arango 1994, p. 184; cursivas añadidas). Importante es mencionar que esta forma de libertad es la que más vigencia tiene aún en diversos modelos políticos y jurídicos modernos, tal como puede evidenciarse en la famosa teoría de Kelsen (1994, pp. 28-31).

De este modo, los filósofos posteriores a Hobbes tenían una cuestión acuciante por resolver, sobre todo si se tiene en cuenta que, a partir de Descartes, el hombre era asumido como un *sujeto* capaz de reconocerse como tal. Dicha tarea fue urgente, especialmente en el período histórico europeo que se conoce con el nombre de Ilustración. Justamente, el auge del racionalismo filosófico, la industrialización y la Revolución francesa reforzaron la idea del hombre como sujeto autónomo y capaz de definir su propia suerte y ya no tan solo como un ser determinado por la causalidad y la necesidad, lo que en la historia de la filosofía se conoce como *determinismo*, sistema que encuentra su mejor expresión en la famosa tesis de Leibniz, según la cual este es el mejor de los mundos posibles. Sin escapar de ese modelo determinista, Spinoza había vislumbrado una posible solución al problema: efectivamente el hombre no es libre, pues está obligado a actuar por *necesidad* (es decir, de acuerdo con leyes universales), pero el uso de la razón le permite comprender que es libre en cuanto piensa y razona. Siguiendo la lección de Spinoza, Kant llevará la cuestión del terreno metafísico al antropológico.

1.3 Libertad positiva

Así pues, la cuestión acerca de la libertad empieza a ser moneda de uso corriente a partir del siglo XVIII y Kant tendrá un papel decisivo en la definición del concepto. Efectivamente, en su filosofía práctica, Kant afirma que el *hombre* (por desgracia –y no de manera accidental– Kant excluye de manera explícita a la mujer) es poseedor de una “voluntad moral autónoma”, expresada mediante la fórmula de un “imperativo categórico”, el cual es una suerte de obligación activa, es decir, una acción noble que está en concordancia con una ley universal: “El carácter obligatorio de las acciones nobles es una *obligatio activa*; me hallo vinculado a una actuación que, sin

embargo, es un mérito” (Kant, 1988, p. 58). La acción es producto de una elección *libre*, pues carece de obstáculos externos; es *autónoma*, pues está determinada por la sola voluntad del hombre, y es *racional* porque surge como expresión de la razón y no del instinto de conservación (como en Hobbes). De este modo, pasamos de una obligación negativa (obediencia) que genera sumisión (Hobbes) a una obligación positiva que es acción, es decir, potencia de obrar, un obrar positivo que ya no se define por lo que *no puedo* hacer, sino por lo que *sí puedo* hacer. Como dice Horkheimer: “El objetivo que se persigue es *la libertad de obrar*, no la libertad de la voluntad. Poder hacer lo que uno quiere, poder elegir entre muchas cosas, verse limitado por el menor número posible de circunstancias” (Horkheimer, 1972, p. 13; cursivas añadidas). Esto último es lo que define específicamente la *libertad positiva* o “libertad como autodeterminación” (Bobbio, 1993, p. 108). Es de recalcar, además, el hecho de que esta noción de libertad está directamente ligada con la idea que tenía Kant acerca de la Ilustración, pues como lo dice en su famoso ensayo, el hombre ilustrado es aquel que ha decidido valerse por sí mismo, de manera autónoma y eligiendo no obedecer ciegamente los dictados de un tutor, se trate de un tutor en materia política o religiosa (Kant, 2004). De este modo, la *libertad positiva* en Kant es una condición de la razón ilustrada.

1.4 La posición de Isaiah Berlin

Estos dos aspectos de la libertad, entonces, llevan a considerar dos estadios distintos de la acción humana. Por un lado, el deber, que es la obligación de actuar en un sentido específico y que está limitado por el derecho colectivo (libertad negativa); por otro lado, la capacidad de un ser humano de actuar obedeciendo a su voluntad y de acuerdo con sus principios éticos y morales (libertad positiva). Estas nociones fueron ya en el siglo XX estudiadas por el filósofo Isaiah Berlin en su famoso ensayo *Dos conceptos de libertad*. Su planteamiento es que la *libertad positiva* ha servido, paradójicamente, de justificación para los regímenes autoritarios y dictatoriales, debido a una tergiversación del concepto derivada de una interpretación demasiado rígida de los conceptos de *autonomía* y *razón* kantianas. A lo que esto conduce es a la aparición, en la libertad positiva, de defectos propios de la libertad negativa, como el poder absoluto del Estado, el respeto o amor ciego a la ley, la amenaza permanente de la coacción. Estos problemas motivaron a Berlin a optar por la libertad negativa, presumiblemente debido a que en 1958 (fecha en que se publicó por primera vez su ensayo), tras los estragos causados en Europa por los regímenes totalitaristas de derecha (el fascismo, el nazismo, el franquismo), los cuales habían extrapolado los principios revolucionarios burgueses de la Enciclopedia (con Rousseau como mayor influencia), el filósofo adquiriera un comprensible pesimismo respecto de la libertad positiva. Sin embargo, hay que insistir en que esta versión exagerada de la libertad

positiva es más una interpretación abstracta, excesivamente semántica que en nada menoscaba la formulación original kantiana.

Ante estas dificultades de tipo terminológico, quizá sea útil tratar de identificar los dos conceptos de libertad con definiciones menos problemáticas y polémicas. Así, por ejemplo, Horkheimer (1972, p. 15) habla de una *libertad material* y una *libertad moral*, las cuales no solo corresponden, respectivamente, a los conceptos de libertad negativa y positiva, sino que señalan al mismo tiempo los ámbitos de cada una, ya que “la libertad negativa es una cualificación de la acción; la libertad positiva es una cualificación de la voluntad” (Bobbio, 1993, p. 102). Ramos Cortés lo resume de este modo: “La libertad negativa es de índole mas bien física, somos libres de coacción y por eso nos movemos sin obstáculos (Hobbes), en tanto que la libertad positiva [es] de índole mas bien metafísica, en la cual somos libres para asumir un compromiso moral o político” (Ramos, s.f., p. 23; cursivas añadidas). Hay que recalcar así mismo que Rawls ha identificado que cualquiera que sea la acepción de libertad de que se trate, esta siempre tendrá en cuenta tres elementos: “los agentes que son libres, las restricciones o límites de los que están libres y aquellos que tienen libertad de hacer o no hacer” (Rawls, 2006, p. 193).

1.5 La libertad en el derecho actual

Todo esto ha llegado hasta el derecho positivo de hoy a través de la doctrina alemana (la cual ha tenido gran influencia en el nuevo ordenamiento jurídico nacional), así como a través de las declaraciones y pactos suscritos por las naciones en el siglo XX. Mencionaremos, solo a modo ilustrativo, que la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo 18 define que “toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión”, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también en su Artículo 18, lo expresa en términos casi idénticos. Ni qué decir tiene que los Artículos 18, 19 y 20 de la Constitución Política de Colombia recogen todas estas disposiciones, e incluso disponen que “nadie será molestado (...) ni compelido” a actuar en contra de su conciencia. La forma en que se hayan redactadas estas disposiciones corresponde a la noción de libertad en su acepción negativa (“nadie será compelido...”). Esta libertad tiene, en consecuencia, unos límites, los cuales, en palabras del tratadista Mario Madrid-Malo, pretenden “proteger y preservar las condiciones públicas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que integran el orden público justo” (Madrid-Malo 1996, p. 21); se trata pues, como dice el profesor Diego Higuera, de libertades “con restricción constitucional” (Higuera, 2013, p. 4).

1.6 Libertad o desobediencia

Sin embargo, esta libertad tiende a materializarse en forma de desobediencia de la norma y, a veces, en forma de desobediencia civil (lo cual podría generar caos o anomia), pues “rehusar el cumplimiento de una ley o de una orden es un acto de *desobediencia al derecho*” (Madrid-Malo 1996, p. 14); en este sentido, podríamos hablar entonces de que la libertad de conciencia es un derecho contralegal. La cuestión por debatir es, pues, si esa libertad es positiva o negativa; aunque los extremos parecen irreconciliables, lo cierto es que los dos conceptos no son necesariamente opuestos e incompatibles, pues como afirma Bobbio:

Que las dos libertades sean diferentes como para poder ser independientes la una de la otra no quiere decir que sean incompatibles y que por tanto no puedan integrarse recíprocamente. Antes bien, como veremos, en la esfera política, una sociedad y un Estado libres son una sociedad o un Estado en los que la libertad negativa de los individuos o de los grupos se une a la libertad positiva de la colectividad en su conjunto, en la que un amplio margen de libertad negativa de los individuos o de los grupos (las llamadas libertades civiles) es la condición para el ejercicio de la libertad positiva del conjunto (la llamada libertad política) (1993, pp. 104-105).

Así, pues, incluso un Estado o una sociedad que privilegie el aspecto negativo de la libertad puede mantener el orden permitiendo la existencia de ciertas desobediencias o contradicciones a la norma; como dice Dworkin: “la sociedad ‘no puede mantenerse’ si tolera toda desobediencia; de ello no se sigue, sin embargo, que haya de desmoronarse si tolera alguna” (Dworkin, 1989, p. 305).

Lo que sí es claro es que la libertad es un derecho inalienable de la persona y es lo que define su poder (poder de acción o de obra, como se ha dicho). De este modo, el poder político recae sobre la persona (o las personas) y no sobre el Estado, y este es uno de los avances más significativos de una sociedad moderna que ha visto incluso el surgimiento de Estados plurinacionales (como Bolivia) y un renovado interés por lo *común* (en lugar de “lo público”). El Estado tiene la tarea no solo de garantizar los derechos, sino, además (y esto es muy importante), la de favorecer e impulsar el ejercicio real y efectivo de los mismos, entre ellos, el derecho a la libertad; esto significa pasar de una libertad meramente *formal o normativa* a una libertad *real o social* (Alonso-Fernández, 2006, p. 15). La misma Constitución Política de Colombia, al tratar del tema del derecho a la igualdad, por ejemplo, corrobora esta tarea misional del Estado al decir que este “**promoverá** las condiciones para que la igualdad sea **real y efectiva**” (art. 13; énfasis añadido). En últimas, es la libertad (en su acepción positiva) la que funda el Estado liberal (y más adelante, el Estado social

de derecho) pues lo contrario implicaría la existencia de un Estado simplemente garantista, un Estado gendarme. Horkheimer lo ha resumido de manera inmejorable: “tan sólo en relación con la concepción de la libertad individual, tiene sentido la libertad de las naciones” (1972, p. 19).

2. La libertad de conciencia

El derecho está basado en los *hechos*, entendidos estos como los acontecimientos fácticos que pueden ser percibidos sensiblemente (Kelsen, 1994, pp. 36-38). La fórmula solemne mediante la cual una persona interpone una demanda contiene un capítulo de especial importancia referido a estos *hechos*. Esto parece querer decir que todo aquello que no quepa dentro del universo de los hechos no es materia del derecho. Sin embargo, aunque la voluntad y la conciencia no pertenecen, estrictamente hablando, al orden de los hechos fácticos, también son materia de derecho, pues se entiende que son el motor fundamental de la acción de las personas.

2.1 La conciencia moral

Ahora bien, la “conciencia” puede ser entendida, según Ferrater Mora, en dos sentidos: como “percatación o reconocimiento de algo” y como el “conocimiento del bien y del mal” (Ferrater 1994, p. 620); a esta última se la llama más exactamente “conciencia moral”, que es “una preciosa facultad interna para indagar sobre las bases éticas de la vida y sobre su sentido último” (Nussbaum, 2011, p. 23). Una definición similar a la de Ferraterse nos ofrece en *The Oxford Companion to Philosophy*: “*the sense of right and wrong in an individual (...) a reflection of the voice of God, as a human faculty, as the voice of reason, or as a special moral sense*” (“el sentido de lo correcto e incorrecto en un individuo... un reflejo de la voz de Dios, como facultad humana, como la voz de la razón, o como un sentido moral especial”) (2005, p. 160). Varios pensadores se han referido a esta conciencia como una “voz interior”, la cual está destinada a corregir un mal moral; incluso Santo Tomás la llamaba “*spiritus corrector et paedagogus*”. Se trata pues, como ha dicho Mario Madrid-Malo en una clara alusión a Kant, de un “juicio de la razón práctica” (1996, p. 16). Este espíritu de corrección, o esta apreciación subjetiva sobre lo bueno y lo malo es el que guía y determina el comportamiento y la conducta moral de un individuo.

2.2 La libertad de conciencia

Decidir entonces, de manera autónoma y libre, acerca de lo correcto o incorrecto, parece ser lo que caracteriza a la *libertad de conciencia*. Ante esto puede surgir una objeción: si cada quien tiene un criterio distinto y diferenciado acerca de lo correcto

e incorrecto, acerca de lo bueno y lo malo, entonces no sería posible construir un pacto social ni mucho menos un derecho capaz de imponer un orden social y de determinar el valor de un hecho (por ejemplo, un *hecho punible*). La respuesta a esta objeción, sin embargo, está en la formulación original kantiana, la cual podemos resumir, a modo de silogismo, así: el hombre ilustrado es un hombre de razón y la razón es un bien común (una *virtud*) de todos los hombres, por lo tanto el hombre que actúe bajo el dictado de la razón actuará siempre de manera virtuosa. Podría argüirse que es esta una formulación bastante optimista o idealista, pero no se debe olvidar que el derecho positivo es ya una creación de los hombres, un fruto de su razón; lo contrario, por supuesto, sería pensar en un *derecho natural* que es producto de Dios o la Naturaleza. Además, “la protección de la libertad de conciencia en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos no significa que las instituciones públicas deban estar vacías de contenido moral” (Nussbaum, 2011, p. 26). Lo contrario sería simplemente volver a los tiempos de la *gracia* y la condenación medievales. Así, frente al hombre carente por completo de juicio moral (el hombre medieval o el siervo luterano) y el hombre cuya naturaleza es bélica y anárquica (según la famosa expresión de Hobbes que equipara al hombre con el lobo), Kant opone al hombre noble, cuya nobleza procede del uso de la razón; esa razón no es “pura” o abstracta (la cual es tema de la epistemología), sino práctica, concreta, es una razón del actuar, es una razón ética. La Corte Constitucional ha coincidido en esta tesis afirmando que “no corresponde al Estado ni a la sociedad, sino a las propias personas decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos y modelos de realización personal” (Sentencia T-516 de 1998, M. P. Antonio Barrera Carbonell).

Como se mencionó más arriba en el texto, este ejercicio de la conciencia puede desembocar en diversas formas de desobediencia de la ley, la cual puede incluso llegar a ser contralegal. Decir contralegal no implica necesariamente que el ejercicio sea antijurídico, pues “no toda negativa a cumplir la ley es injusta, criminosa o inmoral” (Madrid-Malo 1996, p. 31). Al contrario, el reconocimiento de esta potestad de contradecir la norma es una característica de las sociedades democráticas y plurales, pues históricamente, la objeción y los casos de desobediencia o discrepancia con la ley han sido prácticas propias de grupos minoritarios. De hecho, todos los avances en materia de inclusión y reivindicación social han surgido a causa de la acción de dichos grupos: el reconocimiento de derechos civiles y patrimoniales a la comunidad LGBTI, las excepciones legales en casos de interrupción del embarazo, la libertad de cultos, la dosis mínima legal, etc., son ejemplos que muestran que la sociedad avanza hacia la diversidad gracias al continuo ejercicio de la desobediencia o contradicción con la ley, pero también en contra de la moral y la costumbre —en contra del *establishment* como diría Nussbaum (2011, p. 49)—, pues

en ciertos casos, la libertad de conciencia podrá traducirse en conductas juzgadas por la mayoría de la comunidad como heterodoxas, heréticas, contaminadas de pecado, inmorales, inconvenientes, aberrantes, ridículas, excéntricas o estúpidas. Mientras estas conductas no tengan dañosidad social será injusto que el estado las prohíba, las reprima o las impida (Madrid-Malo 1996, p. 18).

Y en este avance, el papel de la Corte (en marcado contraste con el Congreso, incapaz de legislar en estos temas) ha sido determinante, pues todas estas conquistas se le deben a ella, más que al Ejecutivo o al órgano legislativo.

2.3 Libertad de conciencia como libertad positiva

Tenemos entonces que en el ejercicio pleno de la libertad de conciencia se propende siempre a hacer prevalecer la autonomía de la persona por encima del precepto del Estado, lo cual indica una tendencia a considerar la libertad en una acepción positiva. En la Sentencia C-409 de 1992, los magistrados ponentes José Gregorio Hernández, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morán Díaz recogen el sentido ampliamente humanista de esta tesis al decir que “antes de ser un *ciudadano libre* frente a la sociedad, el hombre tiene derecho a ser un *individuo libre*” (cursivas añadidas). Así mismo, en la Sentencia T-659 de 2002, la magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández ha dicho que “el Estado Social de Derecho (...) reivindica al hombre como individuo *libre y autónomo*”; la alusión a Kant es evidente en estas dos afirmaciones.

Así pues, la libertad de conciencia se manifiesta como una de las formas más efectivas de materializar, positivizar o realizar el ejercicio de la libertad en un sentido inequívocamente positivo. El Estado no es más el Estado absolutista que exige mera sujeción a la ley (obediencia), sino un Estado

...que siempre habrá de declararse incompetente para irrumpir en el *sanctasanctorum* donde todo ser humano se pone en contacto con el bien y con la justicia. El respeto por esa libertad originaria marca la diferencia y el contraste entre el Estado totalitario, que ignora el concepto de persona como agente autónomo de la decisión moral, y el Estado social de derecho, que hace de la persona el sujeto, la razón y el fin de su existencia” (Madrid-Malo 1996, p. 22).

3. El concepto de libertad en las jurisprudencias de la Corte Constitucional

3.1 El Estado social de derecho

Dice Isaiah Berlin que “el problema central de la política [es] el problema de la obediencia y de la coacción” (Berlin, 1996, p. 190). Como ya se ha mencionado, obediencia y coacción son dos aspectos que caracterizan la libertad en su acepción negativa y el derecho en general parece preferir estas formulaciones. Sin embargo, en el Estado social de derecho (desde su primera definición en la *Ley fundamental* de Bonn en 1949), el Estado tiene, aparte de unos *deberes negativos* (que son deberes meramente formales o prescriptivos), unos *deberes positivos* que promueven el ejercicio real y efectivo de los derechos, lo cual parece indicar al menos una tendencia hacia la libertad positiva, pues uno de los fines de este Estado es crear las “condiciones para un adecuado despliegue de potencialidades de la personalidad a través de la iniciativa y de la capacidad creadora y competitiva en las que se patentiza la *autodeterminación del hombre*” (Velásquez 1994, p. 115; cursivas añadidas). (No es necesario insistir en el sentido histórico–hermenéutico de esa *autodeterminación*).

3.2 La Constitución del 91: ¿una Constitución “idealista”?

Estas consideraciones son pertinentes, toda vez que nuestra Carta Política definió al Estado colombiano como un Estado social de derecho; al tiempo, también creó la Corte Constitucional como órgano de arbitramento, es decir, como intérprete último en casos de constitucionalidad. El viraje efectuado por la Carta del 91 generó un cúmulo de críticas respecto del sentido progresista de la misma (y poco después, también de la que se conoce como Primera Corte). En ese sentido se expresaba, en 1994, el jurista y exmagistrado de la Corte Suprema, Jesús Vallejo Mejía, al acusar a la actual Carta de “estatuto idealista” y afirmar que “su iusnaturalismo recuerda a veces el de la Ilustración” (1994, pp. 102-103). Los términos de la acusación no pueden ser más claros en su apelación a la figura de Kant.

Esta tendencia “idealista” atraviesa, por supuesto, todo el conjunto de derechos contemplados en la Constitución y la libertad no será una excepción. Sin embargo, a dicha opinión se puede nuevamente oponer una respuesta plausible. En efecto, el derecho (o un derecho) es idealista en cuanto está meramente formulado en la legislación; pero el derecho existe solamente en cuanto se ejerce, de lo contrario es letra muerta. Al ejercerse, pasa de la prescripción a la acción, se positiviza, se *realiza* (es decir, se vuelve real y efectivo). Esta *realización* del derecho se hace efectiva a través de las decisiones en casos específicos en donde un determinado

derecho ha entrado en conflicto con la norma. Es ahí, entonces, donde la Corte entra a jugar un papel determinante.

Se ha dicho, a veces, que la Corte ha llegado a disputar al legislativo el poder de legislar, afirmación que tiene su razón de ser en lo que el profesor López Medina llama “el derecho de los jueces”, es decir, el derecho creado a través de “las sentencias de tutela” (2006, p. 3). Como se ha mencionado, ha sido la Corte el ente que más ha incidido en el reconocimiento y tutela de ciertos derechos relacionados con el ejercicio de la libertad y la desobediencia, por lo que una breve revisión de algunas sentencias puede dar una idea de la tendencia de la misma.

3.3 Derechos de la comunidad LGBTI

En lo relativo a los derechos reconocidos a la comunidad LGBTI, es significativo que hasta 1980, la ley consideraba la homosexualidad como delito. No obstante, las sentencias de la Corte han ido reconociendo diversos derechos a la comunidad (derecho a la intimidad, la igualdad, al trabajo, derechos patrimoniales, derecho al LDP) (Higuera, 2013, p. 82). Así, por ejemplo, la Sentencia C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez, resuelve significativamente una demanda para declarar inconstitucional el numeral del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, que consideraba causal de mala conducta la homosexualidad a la vez que la equiparaba con “la práctica de aberraciones sexuales”. Con base en estudios científicos nacionales e internacionales, la Corte muestra que la condición homosexual de una persona (un docente, en el caso demandado) no es un elemento determinante en las conductas agresoras, así como tampoco se convierte en “mal ejemplo” para los demás. Está claro que todas estas acusaciones provienen de un arraigado costumbrismo moral, circunstancia que la Corte soslaya decidiendo con base en “la materialidad de los derechos y no simplemente sobre la forma de los mismos”. Igualmente significativa es la Sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, en la cual la Corte reconoce el derecho de las parejas homosexuales sobre los bienes de la convivencia (Higuera, 2013, pp. 88-90).

Aunque no existe una *sentencia de unificación* en estos casos (toda vez que la tendencia de la Corte ha sido clara), sí es significativo lo que dice la Sentencia C-075 de 2007 respecto a que “dentro del ámbito de la *autonomía personal*, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida” (Higuera, 2013, p. 89; cursivas añadidas). La *ratio decidendi* de esta sentencia tiene un doble propósito: un mandato negativo de respeto a la libertad de las personas y un mandato positivo de protección. Con el primero se permite la realización del LDP al elegir una opción de vida como

parte del proyecto como ser humano; con el segundo se materializa el derecho a la igualdad, surgiendo la obligación (*obligación positiva*, se entiende) para el Estado de proteger los derechos de estas parejas en las mismas condiciones que se protegen los derechos de las parejas heterosexuales. Se crea así una libertad jurídica para las parejas homosexuales, en dos sentidos: 1. El reconocimiento de la libertad para elegir un compañero del mismo sexo y 2. La libertad jurídica sobre los bienes de la pareja. La influencia de estas disposiciones de la Corte es evidente justo ahora que se ha reconocido además el derecho al matrimonio de estas parejas.

En todos los casos mencionados aquí (y en los demás contenidos en la investigación del profesor Higuera) es evidente la inclinación *positiva* de la Corte, ya que siempre ha fallado en favor de la persona y en contra de las instituciones (colegios, alcaldías, asociaciones).

3.4 Interrupción del embarazo

En cuanto a los casos de interrupción del embarazo, la Corte, en sentencias que han marcado profundamente a la sociedad colombiana, ha estipulado unas excepciones. Así pues, una mujer puede optar por la interrupción del embarazo cuando el mismo es producto de relaciones no consentidas (violación e inseminación o transferencia de óvulo sin consentimiento de la gestante), cuando el embarazo es producto del incesto, cuando la salud de la madre está en grave peligro y cuando el *nasciturus* presenta malformaciones incompatibles con la vida extrauterina (Higuera, 2013, p. 162).

Sin embargo, este caso es supremamente interesante porque, aparte de las fuertes connotaciones morales, en él existe un conflicto de dos derechos fundamentales: el derecho a la vida del gestante y el derecho al LDP de la madre. En la Sentencia C-133 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell, la Corte establece que pese a que el *nasciturus* no es *persona* –pues la Constitución no define ese concepto y por lo tanto este se sule con lo que dice el Artículo 90 del Código Civil que establece que “la existencia legal de toda persona, principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre” (Higuera, 2013, p. 163)– y por lo mismo no sería sujeto de derechos, en el conflicto de estos, la madre no ve vulnerado su derecho al LDP en la prohibición, pues su derecho se ve limitado por el derecho a la vida del gestante. Estamos aquí, pues, ante una típica definición de la libertad negativa: la libertad tiene su límite en el derecho del otro como exterioridad.

Sin embargo, en el evento de la interrupción por las excepciones mencionadas, concurre un nuevo conflicto de derechos, a saber, el derecho a la vida de la mujer y su derecho a la dignidad. En este último caso, es claro que el primero prevalece sobre

el segundo (tal como se dijo en la nota al pie precedente), por cuanto es prioritario preservar la vida de la mujer en riesgo. La posición inicial de la Corte (ejemplificada en la Sentencia C-133 de 1994) es superada en la Sentencia C-647, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, la cual establece la prevalencia del derecho a la vida de la madre sobre la del nasciturus (aunque, por supuesto, solo en los casos excepcionales mencionados). La Corte argumenta que “una mujer cuyo embarazo es fruto de actos en contra de su voluntad no puede ser obligada a continuar con este proceso de gestación” (Higuera, 2013, p. 171). Pero es de notar que, pese a ello, la Corte no establece la protección del Estado en los casos de aborto, lo cual nuevamente nos remite a una concepción meramente normativa (negativa) del derecho: se puede ejercer, pero el Estado no ofrece ni promueve las condiciones para ese ejercicio.

Esta última dificultad es subsanada por la Sentencia C-355 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas, la cual posibilita a la mujer pedir al sistema de salud del Estado (o al privado) asistencia en el procedimiento y deja en firme los tres casos excepcionales por los cuales se lo puede solicitar, bajo el argumento de que el derecho de la madre prevalece sobre el del gestante, ya que es lógico “sacrificar la vida en formación por preservar la vida ya formada”. En esta última sentencia queda claro que la mujer embarazada goza de una libertad positiva, pues aunque tiene el “deber de cuidado” sobre el gestante, prevalece su derecho a decidir sobre la interrupción o continuación del embarazo.

3.5 Objetores de conciencia

El caso de los objetores de conciencia que se niegan a la prestación del servicio militar es también paradigmático, en cuanto en él se evidencian las razones morales de los objetores, aunque como dice Nussbaum “por principio, no sólo deben aceptarse las razones religiosas, sino también otras motivaciones de conciencia” (Nussbaum, 2011, p. 66).

El conflicto entre las dos formas de libertad se evidencia cuando la Corte arguye en un primer momento (Sentencia T-409 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo) que el derecho a la libertad de conciencia “no necesariamente incluye la consagración positiva de la objeción de conciencia”; de acuerdo con lo expuesto en este artículo, la *objeción* de conciencia es una forma de “libertad positiva” equiparable a la “desobediencia” de la norma. Así, mientras sentencias como la C-511 de 1994 o la T-363 de 1995 desconocían el carácter especial de los grupos indígenas, campesinos o clericales y, por lo tanto, no garantizaba su derecho a renunciar al servicio militar, la Sentencia C-728 de 2009 (que es la que marca la tendencia), reconoce, siguiendo una disposición de la ONU, que “el Estado debe garantizar que los objetores de conciencia puedan optar por un servicio alternativo

cuya duración no tenga efectos punitivos”. Es así como se crean alternativas de “servicio social” que remplazan la obligatoriedad del servicio militar. Se reconoce, así, la prevalencia del juicio personal individual, es decir, la propia conciencia de la persona, sobre el deber legal. Como es apenas evidente, el reconocimiento de la persona como sujeto capaz de determinar el valor moral de un acto (en este caso, servir en las fuerzas militares) indica una clara tendencia hacia la *libertad positiva*, la cual, sin embargo, no entra necesariamente en conflicto con el deber.

4. Conclusiones

La hipótesis que se trató de dilucidar en este artículo estaba basada en la idea de que la Corte Constitucional de Colombia mostraba, en su accionar a través del tiempo, una tendencia hermenéutica hacia considerar la libertad en su acepción *positiva*, tendencia que incidiría en la consolidación de la definición de Estado social de Derecho a través del reforzamiento de los llamados *deberes positivos* del mismo. Dicha tendencia, por supuesto, no es absoluta, pero las líneas jurisprudenciales muestran que en la mayoría de casos las sentencias de la Corte han incidido en la autonomía de la persona más que en la prescripción de la norma del Estado.

Como ha podido verse, la tendencia de la Corte Constitucional en las sentencias revisadas (en casos que se han considerado paradigmáticos) es de reconocimiento a las libertades positivas; en algunos casos (reconocimiento de derechos a los homosexuales y comunidad LGBTI en general) la tendencia ha sido unánime, no encontrándose grandes variaciones de criterio a lo largo de las sentencias de la Corte durante más de veinte años; en otros (interrupción del embarazo u objeción de conciencia respecto a la prestación del servicio militar obligatorio) se evidencia un claro “progreso” en los fallos desde las sentencias iniciales de los años noventa a las más recientes (posteriores al 2000). Dicho progreso ha estado marcado por un reconocimiento cada vez mayor de la autonomía y autodeterminación de la persona, especialmente cuando se trata de poblaciones o individuos que gozan de protección constitucional especial o reforzada, ya que sus condiciones frente al conglomerado pueden generar tratamientos desiguales o discriminatorios en menoscabo de su dignidad (mujeres, comunidad LGBTI, minorías étnicas, etc.). Las decisiones relacionadas con la órbita individual del ser humano, aquellas que dependen solo de él, en las que ni siquiera se permite al juez o al legislador interferir, gozan de esta especial protección y garantías de la Corporación creadora de pronunciamientos que, cada vez, como fuente subsidiaria del derecho, marcan una tendencia generadora de seguridad en cuanto a garantizar las libertades.

De este modo, la Corte Constitucional, como guardiana de la Carta Magna, a partir de sus pronunciamientos lleva una línea de corte progresista que redundará en la

consolidación del Estado social de derecho y recalca los *deberes positivos* de este. Como se ha dicho, la preferencia por la libertad positiva no implica necesariamente la exclusión de la libertad negativa; tal como se anotó anteriormente, la inclinación absoluta y extrema a alguna de ellas no ha producido resultados benéficos.

Todo esto parece evidenciar el choque entre la postura progresista de la Corte frente a la de otros organismos del Estado que estarían encargados de la fase de la materialización de tal decisión. El Congreso, especialmente, casi nunca ha podido legislar sobre asuntos moralmente sensibles de nuestra sociedad: la despenalización del consumo de marihuana, el aborto, los derechos patrimoniales y civiles de las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI, etc. De ahí se desprende la tan conocida acusación de que la Corte parece a veces arrebatarse al poder legislativo la tarea precisamente de legislar.

De la postura de la Corte cabe afirmar entonces que esta propende a un Estado democrático y pluralista, cumpliendo así con algo de lo que caracteriza a una sociedad de este tipo: la posibilidad y el reconocimiento de contradecir la norma. Esto, lejos de menoscabar la organización y fortaleza del Estado procura una sociedad democrática, en la cual se reconocen los conflictos –los diversos puntos de vista– como un elemento primordial de la misma.

Referencias

- Alonso-Fernández, F. (2006). *El hombre libre y sus sombras: una antropología de la libertad. Los emancipados y los cautivos*. Barcelona: Anthropos.
- Arango, J. (1994). La tutela y la seguridad jurídica. En *Grandes temas del derecho constitucional colombiano* (pp. 181-196). Medellín: Colegio de Abogados de Medellín y Biblioteca Jurídica Dike.
- Audi, R. (2004). *Diccionario Akal de Filosofía*. Madrid: Akal.
- Berlin, I. (1996). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Comte-Sponville, A. (2003). *Diccionario filosófico*. Barcelona: Paidós.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Ferrater, J. (1994). *Diccionario de filosofía, tomo I*. Barcelona: Ariel.
- Gascón, M. (1999). La tesis kantiana acerca de la obediencia al Derecho. En J. Carvajal (ed.), *Moral, derecho y política en Immanuel Kant* (pp. 227-240). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

- Hernández, R., Fernández, C. & Baptista, P. (2006). *Metodología de la investigación*. Iztapalapa: McGraw-Hill.
- Higuera, D. (2013). *Libertades jurídicas en la doctrina constitucional de Colombia*. Tunja: inédito.
- Horkheimer, M. (1972). Sobre el concepto de libertad. En M. Horkheimer (ed.), *Sociedad en transición. Estudios de filosofía social* (pp. 11-20). Barcelona: Planeta DeAgostini.
- Kant, I. (1988). *Lecciones de ética*. Barcelona: Crítica.
- Kant, I. (2004). *Filosofía de la historia. ¿Qué es la Ilustración?* La Plata: Terramar.
- Kelsen, H. (1994). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- López, D. E. (2006). *El derecho de los jueces* (2 ed.). Bogotá: Legis.
- Madrid-Malo, M. (1996). *Sobre las libertades de conciencia y de religión*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Morineau, M. (2006). *Diccionario de derecho romano*. México: Oxford University Press.
- Niño, V. M. (2011). *Metodología de la investigación*. Bogotá: Ediciones de la U.
- Nussbaum, M. C. (2011). *Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto*. Madrid: Katz Editores y Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona.
- Oxford University Press. (2005). *The Oxford Companion to Philosophy* (2nd ed.). Oxford, N.Y.: Oxford University Press.
- Pino, A. (2006). El concepto de libertad en Isaiah Berlin. *Derecho y Humanidades*, (12), 172-184.
- Ramos, V. M. (s.f.). Libertad y seguridad. La antropología de Thomas Hobbes. *Revista Jurídica Jalisciense*, (47), 15-39.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la justicia*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Sanguino, J. M. (1994). La acción de tutela. Principios ordenadores. En *Grandes temas del derecho constitucional colombiano* (pp. 223-244). Medellín: Colegio de Abogados de Medellín y Biblioteca Jurídica Dike.
- Vallejo, J. (1994). Visión prospectiva de la Constitución. En *Grandes temas del derecho constitucional colombiano* (pp. 99-110). Medellín: Colegio de Abogados de Medellín y Biblioteca Jurídica Dike.

Velásquez, C. A. (1994). El intervencionismo de Estado en la iniciativa privada. En *Grandes temas del derecho constitucional colombiano* (pp. 111-169). Medellín: Colegio de Abogados de Medellín y Biblioteca Jurídica Dike.