

# Carlos Garriga Díaz

Maestro de la democracia



**Carlos Gaviria Díaz**

**Maestro de la democracia**

Primera edición  
Medellín, julio de 2015

Edita:

**Fundación CONFIAR**

Calle 52 N.º 49-40 Tel: 448 75 00 Medellín

[www.confiar.coop](http://www.confiar.coop)

ISBN: 978-958-58635-8-3

Diseño e impresión:

**Pregón S.A.S.**

Este cuadernillo es divulgación educativa y cultural, no tiene valor comercial y su distribución es gratuita. Su producción se deriva de los excedentes generados con los Asociados y Ahorradores de **CONFIAR** Cooperativa Financiera, en el ejercicio cotidiano de hacer ahorro y crédito con solidaridad para el bienvivir.



## Contenido

|   |    |
|---|----|
| Presentación .....  | 5  |
| La defensa de la autonomía<br>en un país heterónimo ..... | 10 |
| <i>Carlos Gaviria Díaz</i>                                |    |
| La tutela como instrumento de paz.....                    | 34 |
| <i>Carlos Gaviria Díaz</i>                                |    |
| Un presocrático .....                                     | 62 |
| <i>Antonio Caballero</i>                                  |    |
| Tristes días para todos.....                              | 66 |
| Homenaje a la memoria de Carlos Gaviria Díaz ...          | 70 |
| <i>Héctor Abad Faciolince</i>                             |    |
| Hombre pan, hombre luz .....                              | 75 |
| <i>Reinaldo Spitaletta</i>                                |    |



## Presentación

Con el trazo propio que dejara su palabra razonada y liberal, formada en la lectura y en la conversación habituales y renovadas de manera laboriosa, cuando los escenarios de la vida pública la reclamaron audaz y al servicio de remover lo evidente, surge un soporte para el reconocimiento y la identificación de un obrar, resueltamente inclinado a la construcción de realidades democráticas en Colombia. Composición del autorretrato de un hombre esperanzado en una fuerte convicción: podemos regir nuestro proceder individual y colectivo con atención a principios y normas, sin que por ello se nos prive de la posibilidad vital de dar sentido a nuestros actos y elecciones.

*La defensa de la autonomía en un país heterónimo.*  
El primero de los textos que enlaza la presente publicación guarda para el lector una voz potente, que desde su introducción se opone a las propuestas

de solucionar el conflicto por vías violentas o autoritarias. Una oposición que, además, rinde frutos al crear medidas para abordar problemas en el marco de la Constitución, catalizadoras de otras realidades ante los conflictos. Una de las principales tesis que desarrolla el escrito es el reconocimiento que hace nuestra carta política de un *sujeto moral pleno* a través de dos de sus artículos: *el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad*. Principios de convivencia que se oponen a la sustitución del individuo por parte del Estado en la evaluación de qué es perjudicial o qué es conveniente para él, en asuntos que sólo a él conciernen.

En este sentido, los fallos de la Corte Constitucional, que son ampliamente tratados en el texto, conducen a eliminar del ordenamiento jurídico preceptos legales en los que el Estado incurría en la sustitución del individuo en la evaluación de dos situaciones que cada uno podría formularse de la siguiente manera: ¿Es perjudicial o no para mí consumir sustancias psicoactivas? ¿Cuánto debe prolongarse mi existencia y bajo qué condiciones? Dos sentencias que al resolverse a favor de la autonomía personal, devuelven la posibilidad de que la autoridad de los principios y valores morales que en una sociedad se promueven —diversos en un país plural— entren en juego mediante una evaluación y decisión que sólo concierne a los individuos ante estos dos asuntos.

***La tutela como instrumento de paz.*** El segundo de los escritos de Carlos Gaviria Díaz compilados en la presente publicación, es una nítida huella de los treinta años de su magisterio, elaborada en forma de ensayo. Magisterio que constituye un tiempo vital en el que estuvieron presentes la aplicación y la fruición que demanda el estudio a profundidad del derecho, la filosofía y la política, bajo el enfoque particular que ofrece el problema de la interpretación en el pensamiento jurídico. Aspecto de relevancia para el lector, por el lugar que cobra en el cuerpo del texto el seguimiento que nos ofrece el entonces magistrado de las significaciones del derecho que son posibles para los colombianos, antes y después de la creación de una nueva Constitución en el año 1991.

Así, sin perder de vista las complejidades presentes en cualquier ordenamiento normativo que incorpore la intención de disminuir la brecha que exhibe *el derecho en la vida y el derecho en el papel*, y reconociendo el lugar fundamental que ha tenido la organización y la movilización de los sujetos, en procesos de reclamación y obtención de condiciones más acordes con el objetivo de consolidar un estado social de derecho y en la creación de aperturas para la democracia, nuestro autor no dudó en resaltar a través de las razones argumentadas que enriquecen su escrito, que *la acción de tutela* ha sido la más importante de las reformas introducidas con la nueva carta



política. Opinión fundamentada en el texto, que esperamos sea aliciente de lecturas y de procesos de apropiación de este mecanismo, creado para garantizar el acceso directo de los ciudadanos al sistema judicial, en lo concerniente a la protección de los derechos fundamentales plasmados en la nueva Constitución; un instrumento que debido a la simplicidad de su procedimiento, a la posibilidad de hacer uso de él sin necesidad de abogado y a su carácter ágil y efectivo, ha merecido también el reconocimiento en el escrito como un factor convocante de ese bien tan anhelado que llamamos paz.

El proceso constituyente que da origen a una nueva carta política responde a un punto alto de crisis en nuestro país, sólo superable bajo la construcción de condiciones para *un sistema político más democrático capaz de promover la autonomía personal, la participación comunitaria y la equidad social*. Un momento de reordenamiento en el que también se encaran los desafíos, y en el cual nace la primera Corte Constitucional en Colombia, de la que Carlos Gaviria Díaz llegaría a ser presidente y merecedor de reconocimiento mundial por la promoción de paradigmáticas sentencias.

Ambos textos nos recuerdan que participamos de un mundo donde ni el azar ni la espontaneidad ni la historia han sido desterrados, y por ende, las normas tendrían que estar al servicio de una

expresión civilizada para dirimir los conflictos. Asimismo, nuestra experiencia vital tendría pocas posibilidades de ocurrir en un artificio saturado de preceptos para el arbitraje que impida ponernos alguna vez en juego, pero que tampoco acaece como un movimiento, como una oportunidad de cotejo, del que varios y distintos puedan prolongadamente participar y disfrutar ante la ausencia total de referentes.

Más allá de su palabra publicamos algunas de sus amigos o conocidos, pronunciadas como homenaje a su memoria y que nos dejan una semblanza de este gran maestro. En **CONFIAR** queremos sumarnos con esta publicación como una forma de mantener vivo el pensamiento de un hombre que dejó su aporte a la construcción de condiciones para la democracia, que son a su vez condición para la construcción del bienvivir.

# La defensa de la autonomía en un país heterónimo<sup>1</sup>

Carlos Gaviria Díaz

## Introducción

En 1991 se expidió en Colombia una nueva Constitución, en un momento de gran anomia para el país. La violencia inclemente que nos venía (y nos sigue) abrumando, originada principalmente por el actuar de la guerrilla, el paramilitarismo y la delincuencia común organizada (carteles de la droga), y el consecuente desbordamiento de la capacidad de las autoridades para mantener el orden y la seguridad de las personas, llevaron a que muchos colombianos clamaran con insistencia por una reforma constitucional. Pero no cualquier

---

1 Síntesis de la presentación elaborada por Carlos Gaviria Díaz en la Conferencia Internacional Sobre Ley y Justicia en el siglo XXI, en el Coloquio Internacional Derecho y Justicia en el Siglo XXI. Documento tomado de: [http://www.mamacoca.org/docs\\_de\\_base/Legislacion\\_tematica/CGaviria\\_La\\_defensa\\_de\\_la\\_autonomia\\_mayo2003.pdf](http://www.mamacoca.org/docs_de_base/Legislacion_tematica/CGaviria_La_defensa_de_la_autonomia_mayo2003.pdf)

reforma, sino una en la que todos fueran convocados, para buscar, por consenso, pautas de conducta que permitieran vivir civilizadamente.

La Asamblea Constitucional, elegida popularmente, entendió que la nueva Constitución debía constituirse en un instrumento normativo más cercano al individuo y a las necesidades sociales que lo aquejan, al igual que convertirse en una herramienta que permitiera actuar de manera más eficaz, e incluso audaz, en el diseño de soluciones a los problemas que afectan al país. Así, el constituyente consideró que para superar la anomia era necesario instaurar un sistema político más libertario, más democrático y más dispuesto a reconocer que sin autonomía personal, participación comunitaria y justicia social, la tan anhelada convivencia pacífica será un bien que los colombianos jamás podremos disfrutar.

Hoy, cuando en Colombia se escuchan voces que claman por regresar a un sistema represivo, más restrictivo de los derechos y las libertades individuales, es preciso insistir en que los lineamientos que trazó el constituyente, plasmados en la Constitución del 91, y defendidos con vehemencia por la Corte Constitucional colombiana, son herramientas eficaces en la solución de los problemas de una sociedad en conflicto. Si muchos de aquéllos subsisten no es debido a la Constitución, ni a los fallos de los jueces

constitucionales, sino, en parte, a que nos hemos rendido ante soluciones violentas y autoritarias, y no hemos ensayado decididamente un camino más libertario y más protector de los derechos.

En este escrito no pretendo agotar el tema. Simplemente quiero exponer algunas ideas generales para motivar la discusión. Para ello, presentaré dos decisiones de la Corte Constitucional, de las cuales tuve el honor de ser ponente: la sentencia que despenalizó el consumo de la dosis personal de droga y la que autorizó el homicidio piadoso consentido, que me permitirán mostrar cómo este Tribunal, con fundamento en los principios y derechos plasmados en la Constitución del 91, ha tenido el valor de tomar decisiones paradigmáticas, que si bien han ido en contra de la corriente, e incluso resultan paradójicas para la situación social que vive Colombia, buscan, precisamente, convertirse en catalizadoras de esa realidad y, ante todo, reivindicar la existencia de un *sujeto moral pleno*, como el que a mi juicio se plasma en la Constitución Colombiana de 1991.

## **Consumo de droga y régimen de libertades**

En mayo de 1994 la Corte Constitucional produjo un fallo que suscitó gran controversia en el país y aun fuera de él: excluyó del ordenamiento jurídico dos preceptos legales que imponían penas de

prisión o internamiento forzoso en establecimiento psiquiátrico a quienes llevaran consigo o consumieran pequeñas dosis de marihuana, hachís, cocaína o metacualona, o a quienes, aun sin ser sorprendidos en tales situaciones, se les probara alguna afección derivada del “consumo de drogas que producen dependencia”<sup>2</sup>.

El debate interno en la Corte, previo a la decisión, se centró en esta pregunta: ¿Encuentran respaldo en la nueva Constitución (de 1991) las sanciones penales por el consumo de droga? Por una mayoría de 5 a 4, se respondió negativamente a la pregunta. Desde luego la Corte, al pronunciar su fallo, tomaba partido en una controversia de gran actualidad no sólo en las esferas oficiales sino, y muy especialmente, en los círculos académicos que versa sobre este asunto. ¿Es compatible con la filosofía que sustenta al Estado social de derecho la imposición de penas a quienes consumen droga? Porque la Constitución colombiana actual no se diferencia significativamente de cualquiera otra contemporánea que pretenda, como en ella, configurar un “Estado social de derecho”.

Como autor del proyecto de fallo que resultó aprobado con algunas pequeñas modificaciones, presentaré muy sintéticamente las razones que

---

2 Ley 30 de 1986, conocida como “Estatuto nacional de estupefacientes”.

resultaran triunfantes, y la manera como se les halló respaldo en las normas constitucionales pertinentes.

### ***El Estado de estirpe liberal excluye el paternalismo***

Los partidarios de mantener la penalización del porte y consumo de la dosis mínima de droga aducían como uno de los más sólidos fundamentos de constitucionalidad de las normas cuestionadas, el Artículo 49 de la Constitución, que en su parte pertinente establece: “*Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad*” (énfasis fuera del texto).

Para los defensores de la penalización, tal artículo impone a sus destinatarios el deber jurídico (indiscutible) de cuidar de su salud. En consecuencia, para ellos no parece siquiera cuestionable la facultad legítima del legislador, de sancionar la trasgresión de ese deber aun con medidas que impliquen la privación de la libertad. De otra parte, la *prevalencia del interés general*, consagrada como uno de los principios fundamentales del Estado colombiano, en el Artículo 1 de la Constitución, suministra un soporte adicional que da aún más consistencia a la penalización.

Quienes propugnamos la inconstitucionalidad de las normas demandadas sostuvimos, en cambio,

que haciendo una interpretación contextual del Artículo 49, había que concluir que de él no se desprendía un auténtico deber jurídico sino apenas un deseo del Constituyente llamado a producir ciertos efectos psicológicos, que se consideran plausibles. Porque *dentro de un ordenamiento informado por principios de filosofía liberal, no puede el Estado sustituir al individuo en la evaluación de lo que para éste puede resultar provechoso o nocivo*. Como fundamento constitucional de esta tesis invocamos especialmente dos normas: el mismo Artículo 1, que señala *el respeto a la dignidad humana*<sup>3</sup> y el Artículo 16, que consagra como uno de los derechos fundamentales de la persona *el libre desarrollo de su personalidad*<sup>4</sup>.

Reconocido el sujeto moral sobre esa doble base: respeto a su dignidad humana y libre desarrollo de su personalidad, la imposición de deberes en su

---

3 “Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía en sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

4 “Artículo 16: Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. A propósito de esta disposición, la Corte Constitucional ha sentado una doctrina, apenas obvia, reiterada muchas veces, en el sentido de que las normas de estratos inferiores al constitucional no pueden, so pretexto de establecer límites plausibles, afectar el núcleo esencial del derecho (Ver, entre otras, las sentencias C-368 de 1996, C-379 de 1996, C-489 de 1997, C-568 de 1997 y C-110 de 1999).



propio beneficio resulta incongruente. Porque una vez se reconoce a la persona como sujeto moral, y en consecuencia responsable y autónoma, no se le puede luego arrebatarse la capacidad de tomar decisiones en asuntos que sólo a ella incumben (tal, el caso de consumo de droga). La restricción de su órbita de libertad sólo es legítima, entonces, cuando se hace, no en función de sus propios intereses sino en función de los otros sujetos morales con quienes está abocado a convivir.

Si el Estado colombiano reconoce la autonomía de la persona (artículos 1 y 16 de la Constitución), en concordancia con la filosofía liberal que informa su normatividad básica, cualquier asomo de paternalismo, como el que se seguiría de admitir que el Artículo 49 genera un deber jurídico, resultaría manifiestamente incongruente<sup>5</sup>. Por esa razón se ensayan varias posibles interpretaciones de esa norma, para optar por la única que parece armoniosa con el carácter genuinamente liberal

---

5 Al respecto ha escrito Isaiah Berlin: “El paternalismo es despótico, no porque sea más opresivo que la tiranía brutal, descarada e inculta, ni sólo porque ignore la razón trascendental que está encarnada en mi cuerpo, sino porque es un insulto a la concepción que tengo de mí mismo como ser humano, determinado a realizar mi propia vida de acuerdo con mis propios fines (no necesariamente racionales o benéficos) y, sobre todo, con derecho a ser reconocido como tal por los demás (*Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1993, pág. 21). Y Kant, repudiando ese mismo tipo de paternalismo había dicho: “Nadie puede obligarme a ser feliz a su manera” (citado por Berlin, pág. 12).

que, en materia de derechos fundamentales, ostenta la Constitución colombiana. En ese orden de ideas, se descartan como hipotéticos sujetos pretensores del presunto deber jurídico: 1) El individuo mismo, en cuyo beneficio se establecería aun en contra de sus propios deseos y de su propia capacidad evaluadora, juzgados incorrectos o inmaduros por el propio Estado que reclamaría para sí el criterio valorador objetivamente acertado; 2) La sociedad civil, presuntamente interesada en preservar la salud de un miembro potencialmente útil, y 3) el círculo familiar del consumidor ocasional o del drogadicto, porque también en tales situaciones subsistiría el paternalismo aunque encubierto de otro tipo de razones sociales o altruistas, desmentidas por la forma como el legislador tipificó las conductas punibles, sin referencia alguna a las posibilidades del sujeto activo de incrementar el bien común, o al hecho de tener parientes que pudieran afectarse con su condición de adicto.

Ahora bien: si un ejercicio hermenéutico contextual y razonable no permite identificar al sujeto pretensor, condición necesaria para que pueda hablarse de un deber *jurídico*, es que se trata entonces de un contenido que el Constituyente evalúa como *moralmente* obligatorio, en consecuencia, vinculante tan solo para quienes coincidan en esa apreciación.

Resulta problemático entonces saber en qué consiste el *interés general* que se tutela mediante la prohibición del consumo de droga, cuando dicho consumo, en principio, sólo afecta a quien decide consumir, en ejercicio de una libertad que la Constitución ha consagrado como *derecho fundamental* y cuya preservación, por tanto, sí es parte indiscutible del interés general. En otros términos: cuando el Constituyente incluye dentro de los derechos fundamentales el libre desarrollo de la personalidad, lo que pretende es conformar una comunidad de hombres libres, y tal propósito no se persigue solamente en beneficio de este o aquel individuo, sino en beneficio de todos, es decir, en función del interés común (en el lenguaje de Rousseau) al que nuestra norma fundamental alude en su Artículo 1 como *interés general*.

## **Las relaciones entre la moral y el derecho en un Estado liberal pluralista**

Un presupuesto subyacente en el salvamento de voto es éste: el derecho debe conferir fuerza jurídica obligatoria a lo que es moralmente bueno y, recíprocamente, sancionar lo que se estima moralmente perverso (como es el caso, a juicio de los magistrados disidentes, del consumo de droga). La adhesión a un supuesto como ése —en el caso que nos ocupa—, implica la aceptación de otros dos a saber: a) Hay un único modo correcto de

enjuiciar lo bueno y lo malo, y b) Lo que es nocivo para el individuo (a juicio del Estado) contradice su *fin, su naturaleza* (criterio ético incuestionable e infalible), es moralmente malo y, en consecuencia, debe ser sancionado jurídicamente.

El Estado tiene, pues, como uno de sus fines esenciales la promoción de la virtud, según un paradigma único. El contenido de los deberes jurídicos resulta entonces idéntico al de los deberes morales.

En contraposición a ese punto de vista, se sostiene en el fallo la tesis de que si bien en el marco de una filosofía dogmática resulta congruente que se les asignen a las personas los fines que deben perseguir, que se les indiquen los cauces por donde debe discurrir su vida moral, derivados de un paradigma de virtud único y “verdadero”, no es ése el caso de la Constitución colombiana, que al plasmar el Estado colombiano como una *República pluralista* reconoce la posibilidad de que el problema de *lo bueno* sea enjuiciado desde diferentes perspectivas y, por ende, de que en su ámbito personal y territorial coexistan las más diversas cosmovisiones. Dentro de un contexto como el descrito, la conexión entre moral y derecho no tiene lugar a la altura de los deberes sino a la altura de las facultades. No se trata, entonces, de que el Estado me imponga como jurídicamente obligatorio lo que él juzga moralmente bueno,

sino de que me reconozca un ámbito de derechos suficientemente amplio dentro del cual yo pueda asumir a plenitud mi vida moral. “El derecho sirve a la moral —había escrito Radbruch a comienzos del siglo— no por los deberes jurídicos que ordena sino por los derechos que garantiza; está vuelto hacia la moral por el lado de los derechos y no por el de los deberes. Garantiza derechos a los individuos, para que puedan cumplir mejor sus deberes morales. El orgullo moral, que siempre va unido a lo que el hombre se da a sí mismo, va ligado a los derechos subjetivos, a lo que uno aporta a los demás; el impulso y el interés, encadenados siempre por la norma, quedan ahora liberados por la misma norma. Mi derecho es, en el fondo, el derecho a cumplir mi deber moral”<sup>6</sup>.

En conclusión, dentro de una Constitución informada por una filosofía liberal humanística (como sin duda lo es la colombiana), la Corte insiste en que se ha de respetar la capacidad de la persona de decidir acerca de lo que juzga bueno. El Estado no puede sustituirla en elecciones que sólo a ella incumben, como aquella que se refiere a si es mejor una forma de vida ascética o hedonística. El Estado pluralista verifica que no hay una sola cosmovisión sino varias y, en función de la autonomía que explícitamente reconoce a las

---

6 Radbruch, Gustavo. *Filosofía del Derecho Privado*. Madrid, 1952.

personas, no oficializa ninguna de ellas sino que inviste a los sujetos destinatarios de competencia para optar, dentro de un marco jurídico que posibilite la convivencia.

### ***La discriminación del drogadicto vulnera el derecho fundamental a la igualdad***

La Constitución colombiana en 1991, como cualquiera otra Constitución contemporánea de su mismo corte, acepta el dogma de la igualdad natural de los hombres (cifrando esa igualdad en la condición digna de todas las personas) y hace de ella un derecho fundamental de aplicación inmediata. Eso significa que está proscrito el tratamiento jurídico discriminatorio en función de hechos o circunstancias ineptos para justificar un trato diferente. En consecuencia, establece en su Artículo 13: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

Es claro que las circunstancias de discriminación que señalan como prohibidas, constituyen apenas una lista no exhaustiva de ejemplos de la que es posible inferir otras análogas. Justamente, a propósito del asunto que se viene tratando, podemos inferir una de ellas. Surge de la siguiente

pregunta que parece pertinente: ¿qué razón justificativa puede invocarse para sancionar con privación de la libertad a quien consume (así sea en “dosis mínima”) marihuana, hachís, o cocaína y no hacerlo con respecto a los consumidores de alcohol?

Vale la pena ensayar la respuesta a este interrogante, al menos desde dos posibles razones justificativas del trato discriminatorio, así: a) El daño que puede ocasionar la droga a la vida y a la salud de quien la consume; y b) El peligro potencial que para los demás implica dicho consumo, por la relajación de mecanismos inhibitorios, que puede llevar al drogadicto a realizar conductas delictivas. (Una y otra se han invocado entre nosotros para justificar el tratamiento jurídico diferente.)<sup>7</sup>

Con respecto a la razón a), ya se anotó más atrás que el paternalismo no es congruente con la filosofía que informa al Estado social de derecho. Pero desde la perspectiva igualitaria puede agregarse una razón tendiente a dejar la pena sin fundamento justificativo. Porque la legislación colombiana, que en este punto no es una excepción respecto de la mayoría de legislaciones occidentales, no

---

7 Quizás sea ilustrativo de la falacia de tales argumentos, aludir al siguiente hecho: simultáneamente con la expedición del fallo y con las fuertes censuras que el Gobierno le dirigió, aduciendo argumentos como los ya expuestos, el propio Gobierno presentó ante las Cámaras un proyecto de ley encaminado a disminuir el impuesto de la cerveza y de los cigarrillos.

sanciona el consumo del alcohol, sustancia nociva sin discusión alguna, ni tampoco el consumo de tabaco, cuyas consecuencias desastrosas para el organismo parecen estar científicamente probadas. Si fuera ésta la razón legítimamente de la pena, habría que añadir a la lista de drogas enumeradas en la ley de estupefacientes, otra, más extensa aún, de sustancias tanto o más nocivas que las sicotrópicas.

Y a propósito de la razón b), se anota en el fallo (citando datos estadísticos): 1) que entre nosotros es un factor significativamente más determinante en la comisión de delitos el alcohol que la droga, y 2) que —aun ignorando esa circunstancia— no es válido argüir que la pena es una medida socialmente preventiva, encaminada a desestimular las conductas delictuales que eventualmente pueden seguirse del consumo de drogas, porque dentro de una concepción liberal del derecho represivo, a una persona no se le puede sancionar (legítimamente) por lo que probablemente hará, sino por lo que efectivamente hace, consideración que sí parece tener el legislador cuando permite el consumo de alcohol, y en cantidad ilimitada.

### *El castigo, con el traje benigno del tratamiento médico*

Ahora bien: uno de los artículos declarados inconstitucionales por la Corte (ver nota 2) disponía que las personas afectadas de drogadicción serían



enviadas (sin contar con su consentimiento, desde luego) a establecimientos oficiales de rehabilitación, hasta que se lograra su cura.

Ese benévolo paternalismo, que si se pensara hasta las últimas consecuencias debería entonces observarse con los enfermos de cualquier mal, grave o benigno, resulta repulsivo a una filosofía que trata a la persona como digna y, en consecuencia, la reconoce como sujeto moral, con capacidad de decidir acerca de los asuntos que le incumben, de cuánto debe prolongarse su existencia y bajo qué condiciones. Pero además es manifiestamente repulsivo porque escamotea lo odioso del castigo tras el ropaje piadoso del tratamiento médico útil para el enfermo.

Desde una perspectiva liberal y personalista cabe un reproche ético a esa técnica del encubrimiento de la fuerza por el tratamiento terapéutico como medida altruista que, además, ignora que sin el consentimiento libre del drogadicto no es posible obtener su curación, al menos por métodos clínicos respetuosos de la dignidad humana.

## **Fundamentos para la despenalización del homicidio piadoso consentido**

En un fallo pronunciado en mayo 20 de 1997<sup>8</sup>, la Corte Constitucional descriminalizó la eutanasia

---

8 Sentencia C-239 de 1997.

activa con consentimiento del paciente. Este Tribunal, al decidir acerca de la constitucionalidad del artículo 236 de código penal<sup>9</sup>, que contemplaba una pena de prisión de tres años para quien cometiera un “homicidio piadoso”, dispuso que “en el caso de enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podría derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada”.

Al igual que en el fallo sobre la despenalización del consumo de dosis mínima de droga, la decisión encontró fundamento en el Artículo 1° de la Constitución que, como se señaló, establece de modo inequívoco que Colombia, República unitaria constituida como Estado social de derecho, es *pluralista* y se funda en el respeto a la *dignidad humana*, y en el Artículo 16 de la Constitución colombiana que dispone que “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”<sup>10</sup>.

A partir de esas bases normativas, en la sentencia se insiste entonces en el reconocimiento de la persona como sujeto moral autónomo, a quien corresponde elegir los principios y valores morales

---

9 “Artículo 326. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años”.

10 Ver nota 4.

que deben regir su conducta —decidir sobre lo bueno y lo malo, sin que puedan los órganos de poder, legítimamente, sustituirla en esa radical decisión—. Así mismo, y como corolario obligado, se afirma el pluralismo. Porque de acuerdo con la norma de normas no se reconoce una sola sino múltiples perspectivas desde las cuales puede examinarse el problema de lo bueno.

De allí que para la Corte se sigan lógicamente ciertas consecuencias en relación con el asunto puesto a su consideración. Tales son:

1. La persona, como sujeto moral autónomo, es quien debe decidir qué sentido ha de dársele a la vida, pues considerar que ésta ya lo tiene, conferido por un Ser superior o por la Naturaleza, es apenas una de las opciones posibles. Puede entonces la persona juzgar que la vida es un bien sagrado, acogándose a una moral religiosa (posible también de más de una interpretación), considerarla un bien valioso (pero no sagrado) bajo determinadas circunstancias, o inclusive no valorarla como un bien.<sup>11</sup>
2. Sostener que la persona no tiene derecho a decidir si vive o muere, porque la Constitución establece que “el derecho a la

---

11 Vale la pena anotar que el código penal colombiano no tipifica como delito la tentativa de suicidio.

vida es inviolable”,<sup>12</sup> no tiene razón de ser. Porque es evidente que si la vida es un *derecho*, nadie puede privarme de él legítimamente contra mi voluntad, pero yo puedo libremente elegir entre la vida y la muerte, del mismo modo que optar por quedarme quieto es una manera de ejercitar mi libertad de movimiento. Otra cosa bien diferente es que alguien crea (en virtud de la moral que profesa) que vivir es una obligación, cualesquiera sean las circunstancias en que su vida transcurra. Es sin duda legítima esa creencia y, desde luego, la conducta armónica con ella, pero no es ésa una razón para que el Estado se las imponga coercitivamente a quienes no la profesan.

3. Si la vida está consagrada como un derecho, y no como un deber, su titular puede legítimamente seguir viviendo o disponer que cese su curso vital. Y si no está en capacidad de ponerle término él mismo, es lícito solicitar la ayuda a un sujeto libre, quien podrá acceder al ruego o rehusarse a hacerlo. Y si elige lo primero, no puede ser penalizado porque no ha atentado

---

12 Nótese que de acuerdo con la decisión de la Corte el sujeto pasivo debe estar en posesión plena de sus facultades mentales en el momento en que toma su decisión, y frente al cual no puede argüirse la legitimidad moral del paternalismo. La competencia del individuo, debe además, verificarse por medios científicos fiables.

contra el derecho de nadie. No existe base alguna para justificar la antijuridicidad de su conducta. Es que si se acepta, a la luz de las premisas expuestas, que la vida es un derecho disponible (no existe en el ordenamiento colombiano una norma que establezca otra cosa, y si existiera muy diferente sería su estirpe), quien colabora a la efectividad de esa disposición, ante la imposibilidad de hacerlo el propio titular y ante la solicitud inequívoca del mismo, no puede incurrir en conducta jurídicamente reprochable, por no existir objeto que amparar.

Ahora bien, si es que, como algunos alegan, el Estado colombiano está a favor de la vida (como sin duda lo está), la valora como un *bien* y en consecuencia está siempre obligado a protegerla, debe responderse que un *bien* no puede seguir siéndolo cuando el sujeto moral (su titular) ya no lo valora de ese modo; sólo en un Estado paternalista (y Colombia por fortuna no lo es) puede pretender sustituirse a la *persona* en una decisión radical que sólo a ella incumbe. Quien, en esas circunstancias, benévolamente, accede a poner término a los sufrimientos y a la vida de quien ya no los juzga soportables, no ha suprimido *bien* alguno. Ha removido sí una situación miserable, mediante un acto que tiene todo el sello de la benevolencia, la solidaridad y el altruismo.

A mi juicio, la descriminalización franca y abierta de la eutanasia activa (con todas las restricciones y precauciones que tomó en cuenta la Corte Constitucional colombiana),<sup>13</sup> tiene, por adheala, la consecuencia benéfica de borrar la distinción frágil y farisaica entre omitir un comportamiento que prolongaría la vida de un enfermo terminal o cumplir una acción expresadamente dirigida a ponerle término. ¿Por qué es correcto lo primero

- 
- 13 La Corte en la sentencia señaló que es necesario expedir una regulación detallada sobre la muerte digna, para garantizar los siguientes supuestos:

Verificación rigurosa, *por personas competentes*, de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir.

Indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso.

Circunstancias bajo las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte o solicita que se ponga término a su sufrimiento: forma como debe expresarlo, sujetos ante quienes debe expresarlo, verificación de su sano juicio por un profesional competente, etc.

Medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico.

Incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, de tal manera que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones.

Como estas regulaciones sólo pueden ser establecidas por el legislador, la Corte considera que mientras se regula el tema, en principio, todo homicidio por piedad de enfermos terminales debe dar lugar a la correspondiente investigación penal, a fin de que en ella, los funcionarios judiciales, tomando en consideración todos los aspectos relevantes para la determinación de la autenticidad y fiabilidad del consentimiento, establezcan si la conducta del médico ha sido o no antijurídica, en los términos señalados en esta sentencia.

y moralmente censurable lo segundo? “Porque en el primer caso yo no soy *autor* de la muerte y en el segundo sí”. ¡Qué frívolo escolasticismo para tranquilizar la conciencia!, pues el resultado es el mismo (la muerte) e idéntico el propósito que informa al acto o a la omisión (que ella ocurra). Todo porque se asume como absoluto el mandamiento *no matarás* (aunque generalmente quienes así razonan son propensos a aceptar la pena de muerte).

Porque si soy más responsable del resultado de mis actos que del de mis omisiones, podría invertirse el razonamiento: ¿no es acaso mejor encaminar deliberadamente mi acción a extinguir un sufrimiento no querido por quien lo padece, a que tal beneficio se produzca como resultado de mi inactividad? La actitud denunciada se alimenta de un prejuicio tan difícil de desarraigar como ser razonablemente defendido, a saber, que la vida es el *supremo bien*. Que es condición de los demás, parece evidente, pues los *bienes* y los *males* sólo en ella ocurren. Pero eso no significa que tenga que ser estimado como el más alto. ¿O acaso no se nos enseña desde pequeños el ejemplo de los héroes o de los mártires (dignos de imitar) que dan su vida por *bienes* que han estimado más altos como la fe, la patria, la humanidad o la verdad?

Sócrates y Cristo son paradigmas de moralidad. El primero juzgó *mejor* morir que vivir sin dignidad:

fuera de Atenas, o en ella pero renunciando a formular sus impertinentes preguntas, como se lo propuso el Tribunal de los Quinientos. Y el segundo, si es que no interpretamos incorrectamente su mensaje, estimó *bueno* morir para salvar al hombre. Una y otra conducta permiten inferir que no siempre conservar la vida es lo mejor. Tampoco entonces ocasionar la muerte a otro equivale siempre a infligirle el peor de los males. *No matar* es apenas un corolario de un principio anterior: *Neminem laedere*, y parece claro que puede ser peor torturar u obligar a sufrir que suprimir un padecimiento. Y de esto último es de lo que se trata en la hipótesis del homicidio piadoso-consentido. El propósito que anima al agente es altruista y benéfico, en armonía con uno de los más preciosos derechos del hombre, reivindicado recientemente en la Declaración Europea de los Derechos Humanos: el derecho de no ser obligado a sufrir.

Es que si arrebatar la vida contra la voluntad de su “dueño” es un crimen atroz, de la misma índole es la imposición del deber de vivir a quien tiene buenas razones para no desear más hacerlo.

### **A manera de conclusión**

En muchos foros y debates académicos, que han tenido lugar con posterioridad a la publicación de los mencionados fallos, se han esgrimido



argumentos *de facto* encaminados a desacreditar las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, por considerarlas de suma gravedad ante la situación de degradación social y de abrumadora violencia que vive Colombia desde hace ya mucho tiempo.

Así, frente a la decisión de la despenalización de la dosis mínima de droga, sus críticos han señalado que la Corte desconoció que buena parte de los problemas del país se deben al flagelo del narcotráfico y que, en últimas, con su fallo no hizo cosa distinta que una apología al consumo de droga. De manera similar razonan quienes se oponen al fallo de la eutanasia activa, al argüir que en un país con altísimos índices de homicidio, la Corte dio carta en blanco para que se atente impunemente contra la vida.

En mi sentir, ni la Corte desconoció la realidad que vive el país, ni con sus fallos hizo una apología al consumo de droga ni al homicidio. Por el contrario, en atención a esa realidad, lo que hizo fue proponer, con valentía, y aun contra la corriente, caminos distintos a los ya ensayados para contribuir a transformar dicha realidad. Así, en la sentencia de la despenalización de la dosis mínima de droga la Corte mandó el mensaje de que es la legalización la mejor vía para enfrentar el problema del narcotráfico, y la educación, y no la represión, una herramienta para desestimular

el consumo de droga, más acorde con la dignidad y libertad que en un Estado social de derecho se debe reconocer al individuo. En el fallo de la eutanasia, el mensaje, bien distinto al de sus críticos, lo ha expuesto un agudo comentarista, con lógica impecable: “¡Qué bueno que en un país donde tanta gente muere contra su voluntad, haya un espacio para que muera quien libremente decide hacerlo!”.

# La tutela como instrumento de paz<sup>14</sup>

Carlos Gaviria Díaz

## Una dicotomía cara al realismo jurídico norteamericano: el derecho en el papel y el derecho en la vida

La conferencia pronunciada en Harvard por el famoso juez Oliver Wendell Holmes a finales del siglo pasado, *El sendero del derecho*, no es un hito insignificante en el pensamiento jurídico contemporáneo. Allí se aventura una definición del derecho que sin duda alude a la actividad cotidiana de los abogados: “Entiendo por derecho —dice— las profecías acerca de lo que los jueces harán”.

El énfasis en la decisión judicial es lo que en ella me interesa destacar. Ya está allí prefigurado el

---

14 Conferencia dictada en el marco de las xv Jornadas Iberoamericanas y xvii Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizadas en Bogotá del 10 al 13 de septiembre de 1996. Tomado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/37259/1/39023-173800-1-PB.pdf>

derrotero que habrá de transitar el *realismo jurídico norteamericano*, con sus afirmaciones radicales de que “el derecho es lo que los jueces declaran como tal” o “lo que los jueces dicen” o, en su versión más extrema, “lo que los jueces hacen”.

Un accidentado itinerario ha recorrido entonces la concepción del derecho, desde que los exégetas lo habían identificado con la ley. Porque la incógnita medular que nos propone la teoría jurídica es, precisamente, la de cómo se relacionan la ley y el fallo. Para la exégesis la respuesta es clara y contundente: el derecho es la ley; la sentencia es sólo una inferencia lógica a la que se llega indefectiblemente al subsumir el caso particular bajo la norma general. El protagonista del proceso jurídico es, entonces, el legislador. La función judicial es subalterna y vicaria, pues se limita a revelar de qué manera la situación concreta se halla regulada y comprendida en la ley.

Si los exégetas asimilan el proceso judicial a un razonamiento silogístico, meramente racional, axiológicamente incontaminado, los realistas, en abiertas antítesis, van a desvelar el carácter ideológico de dicha asimilación, afirmando que las cosas ocurren de un modo bien distinto, a saber: el juez, una vez conocido el asunto *sub-judice*, asume frente a él una actitud, de adhesión o de rechazo, y luego busca una ley o un precedente que legitime su valoración.

Bajo esa perspectiva, el derecho no es asimilable a la norma jurídica de carácter general que, en embrión, contiene ya el fallo, sino a la decisión judicial, susceptible de ser referida a una ley o a un precedente que pueda invocarse como su fundamento. El protagonismo en el proceso creador del derecho se ha desplazado, abruptamente, del legislador al juez. Y, como inevitable corolario, se ha contradicho la concepción del pensamiento jurídico como estructura de derivación *more geometrico*, entronizándose en cambio una suerte de pensamiento problemático que no encuentra en la lógica, sino en la retórica, su paradigma discursivo.

Yo, entonces, no tengo los derechos contenidos en el precepto general, que el juez se limita a identificar siguiendo un método lógico, valorativamente aséptico, sino los que el propio juez me adjudica, por estimarlos justificables conforme a una regla (legislativa o jurisprudencial) de ordenamiento, a la que se llega como término final de un proceso cetético (de búsqueda). Si es el juez quien decide con autoridad acerca de los derechos y obligaciones de cada quien, es él quien encarna el “derecho en la vida” mientras que la norma general (ley o precedente), pasible de diferentes interpretaciones y cuya pertinente aplicación al caso concreto puede también problematizarse, simboliza el “derecho en el papel”.

## **¿Rigió alguna vez la Constitución colombiana de 1886?**

Referida a esa útil dicotomía, cabe formular una pregunta relacionada con el asunto que nos incumbe, a saber: ¿Informó la Constitución colombiana de 1886, de modo significativo nuestro “derecho en la vida”? Creo que no es aventurado responder negativamente esa cuestión, y de modo muy especial lo atinente a los derechos humanos, que en ella se denominaban “Derechos Civiles y Garantías Sociales”. Podríamos hacer un repaso de ese catálogo, no demasiado ambicioso pero suficiente para asegurar la convivencia sobre bases civiles, confrontándolo con lo que en la práctica ocurría, para concluir sin muchas dificultades que él era un buen ejemplo de lo que los realistas norteamericanos denominan “derecho en el papel”.

Con recurso pedagógico legítimo podemos hacer esta afirmación deliberadamente exagerada pero significativa: el único artículo de la Carta anterior que durante un largo período tuvo plena vigencia fue el 121, que era precisamente el que habilitaba al gobierno para restringir o suspender el ejercicio de las libertades públicas y para sustraer de la competencia de los jueces ordinarios el juzgamiento de ciertos delitos, los políticos invariablemente, y atribuirla a los tribunales castrenses, donde el debido proceso

y el derecho de defensa eran una irrisión. La Constitución cumplía a cabalidad su función ideológica (presentar como justa y civilizada una realidad degradada), pero el ciudadano carecía de cualquier medio idóneo para que se le adjudicaran en concreto los derechos que de manera generosa se le reconocían en abstracto.

Si bien la coincidencia total entre esos dos mundos (“derecho en el papel” y “derecho en la vida”) no pasa de ser una construcción utópica, la brecha que podía advertirse en Colombia, en la época que he señalado, era paradigmática por lo abismal. Tanto que en el caso hipotético de dos observadores extraños interesados ambos en conocer el país, pero que hubieran optado por métodos diversos, el uno por el estudio de los estatutos jurídicos más importantes, y el otro por la observación empírica de la vida real (incluida la práctica de los tribunales), se habría llegado a un desenlace sorprendente por lo paradójico: habrían tenido, al término de su experiencia, la sensación de haber elegido como objeto de estudio dos países bien distintos: el primero ubicado dentro de los pueblos civilizados, y el segundo bastante cercano a la barbarie. Porque nada tan opuesto a la filosofía demoliberal de los textos entonces vigentes, como las prácticas vitandas del “estado de sitio”, que, por adheala, tenían como efecto secundario el paulatino adoctrinamiento del funcionario en la ideología de la arbitrariedad.

## **El proceso de apropiación institucional por los destinatarios**

Suelen contrastarse la Constitución colombiana de 1886 y la de 1991, más o menos de este modo: la primera era breve, en general coherente, técnicamente formulada y bien escrita. La segunda, inusitadamente extensa, farragosa, con evidentes incongruencias y escrita en un español que poco recuerda al de Miguel Antonio Caro. Ese contrapunto, tan impregnado de nostalgias gramaticales que velan un trasfondo fuertemente conservadorista, escamotea, sin embargo, un hecho inquietante: la segunda, con todas sus ineptitudes, ha revelado un poder de penetración en la conciencia ciudadana que la primera jamás tuvo.<sup>15</sup> ¿Por qué? Una respuesta cabal a esa pregunta comportaría la consideración de muchos hechos que no estoy ahora en condiciones de

---

15 La aseveración puede corroborarse por circunstancias tan significativas como éstas: mientras la Constitución anterior era texto de consultas sólo de los profesores de la materia y algunos otros especialistas (el resto de los ciudadanos la ignoraban por completo y ni siquiera advertían la laguna), sorprende gratamente comprobar ahora en foros y en conferencias con auditorios conformados en su gran mayoría por ciudadanos comunes, cuántas inquietudes importantes se formulan en torno al contenido de la Constitución y cuánto interés tienen para la opinión pública los fallos de constitucionalidad y los que deciden acciones de tutela. Basta con echar una ojeada a los medios de comunicación para advertir que una gran proporción de las noticias tiene que ver con asuntos atinentes a la Constitución.



analizar, algunos de los cuales no resultan siquiera pertinentes para nuestro propósito. Pero vale la pena indicar algunos que sí lo son, así parezcan insignificantes.

El grave estado de anomia que padecía el país (y que en alguna medida aún persiste) en el momento en que se propuso una reforma constitucional, determinó que en la opinión pública se crearan grandes expectativas en torno a los efectos positivos que tal reforma podría generar, y una inusitada curiosidad sobre un asunto que hasta entonces había sido ignorado por el ciudadano común: ¿Qué es una constitución y para qué sirve? Las mesas de trabajo que funcionaron en todo el país antes de que se instalara formalmente la Asamblea, constituyen un excelente índice de cuánta esperanza había puesto la ciudadanía y más atenta a las necesidades reales de la comunidad. Por primera vez el ciudadano corriente cobraba conciencia de que el derecho, en su expresión más alta, de algún modo se relacionaba con su vida.

Los debates que tuvieron lugar en todo el territorio nacional sobre cuál habría de ser la fisonomía de la nueva Constitución se convirtieron, sin que sus protagonistas se lo propusieran, en una eficiente catequesis política y en un proceso de pedagogía constitucional de efectos insospechados. Tales circunstancias crearon un ambiente propicio para la recepción de la nueva normatividad.

## Libertad seguridad y libertad participación

Sin duda el Constituyente, conformado por un grupo bastante heterogéneo de personas, tímido esbozo de las asimetrías culturales, sociales, políticas y económicas del país, tuvo el propósito plausible de interpretar los deseos de la comunidad más insistentemente expresados y susceptibles de ser plasmados en una carta política. En concordancia con esa idea, amplió significativamente el catálogo de derechos y libertades (llamados ahora “derechos fundamentales”), para fortalecer e incrementar la zona de la libertad seguridad, hollada de modo tan inclemente durante la vigencia de la Constitución anterior, y particularmente en los últimos 50 años de régimen, casi continuo, de estado de sitio.

De otra parte, existía el sentimiento bastante generalizado de que las instituciones representativas no satisfacían a cabalidad el anhelo democrático de que cada uno participe en las decisiones políticas que lo afecten y, por tanto, que era urgente incorporar a la nueva Carta instituciones y mecanismos propios de la democracia directa, ampliando así los límites de la llamada libertad participación, que no sólo afina y perfecciona la praxis democrática sino que se erige en la mejor garantía de la vigencia de las libertades. Se trataba, entonces, no sólo de enriquecer y afianzar las *libertades negativas* sino de incrementar las *positivas*, para usar el lenguaje corriente en autores como Berlin y Bobbio.

## La tutela: Artículo 86 de la Constitución

Si me viera precisado a señalar la más importante de las reformas introducidas a nuestro ordenamiento normativo con la Constitución de 1991, consciente como soy de que son muchas y muy significativas, no vacilaría en señalar la contenida en el Artículo 86, que consagra la acción de tutela, en los siguientes términos:

*“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

*La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*

*Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.*

*La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación”.*

La norma citada vino a recoger, tardíamente, una tradición latinoamericana que había tenido manifestaciones incipientes en las constituciones de Cundinamarca y Tunja de 1811, pero que fue claramente inaugurada por México en 1857 y continuada por El Salvador y Honduras a finales del siglo pasado, por Guatemala y la provincia de Santafé (en la República Argentina) al comenzar la década de los veinte, por Brasil en los años treinta, Panamá y Costa Rica en los años cuarenta, y por Venezuela, Bolivia, Ecuador y Paraguay, en los sesenta. Con algunas diferencias de un país a otro y bajo diferentes nombres (aunque el más constante es *amparo*), las normas en cuestión buscan, en esencia, el mismo objetivo que persigue nuestra acción de tutela: judicializar la defensa de los derechos y garantías consagrados en la Constitución.

## **Vigencia o vacuidad de los derechos fundamentales**

El incremento notable del catálogo de derechos fundamentales y la atribución a los jueces de potestades compulsivas para preservar su vigencia, removiendo situaciones amenazantes o dejando sin vigor actos oficiales (o asimilables a ellos) que los vulneren, implican dos cosas, dignas de ser desveladas desde la perspectiva teórica que hemos asumido en esta ponencia: 1) La convicción de que las reglas generales (y de ellas son un ejemplo las que plasman los principios) sí tienen fuerza motivante sobre los funcionarios que actúan el derecho en casos específicos (aserto frente al cual los realistas se mostraban escépticos), y 2) El reconocimiento de que, en lo atinente a los derechos fundamentales, volver “vivo” el “derecho en el papel” es un proceso que ineludiblemente comporta su judicialización.

La primera de esas observaciones tiende a rescatar el carácter preponderante de la norma como factor determinante de la sentencia, en contra de algunas formulaciones extremas del realismo que, al reducir el derecho a “lo que los jueces declaran como tal”, consideran que la norma es sólo un hecho más, al lado de otros de carácter social, psicológico, ideológico y económico, cuya virtualidad de incidencia en el fallo no debe sobrestimarse, so pena de distorsionar la forma

como el control jurídico tiene lugar. El derecho —desde esa perspectiva— es sólo lo que el juez declara, condicionado por un juego de factores dentro de los cuales la regla general en que su decisión pretende fundarse es uno más, y ni siquiera el más importante.

Propuestas teóricas tan dispares como las de Kelsen y Hart coinciden, sin embargo, a propósito de la interpretación, en destacar el hecho de que los jueces regularmente fundamentan sus fallos en las normas generales (leyes o precedentes) y que, justamente, la detección de las decisiones desviadas es una tarea relativamente simple porque éstas no se dejan reducir a las reglas en que pretenden fundarse, y esa sola circunstancia es suficiente para formular un reproche de invalidez. Cosa diferente es que a la norma general no se la conciba ya, al modo de los exégetas, como una formulación unívoca capaz de fundamentar sólo una decisión correcta, sino como un esquema abierto de interpretación de la conducta humana, dentro del cual varias opciones son posibles (todas ellas *jurídicas*) compitiendo al juez elegir la que juzgue mejor.

La segunda observación (la judicialización como condición de vida del derecho) tiene una conexión directa con el tema que primordialmente nos ocupa: la acción de tutela. Porque de nada sirve el enriquecimiento del catálogo de derechos y

libertades sin un mecanismo que permita hacerlos efectivos cada vez que una instancia oficial (u homóloga) los desconozca. Es decir, que garantice un alto grado de coincidencia entre los derechos enunciados en abstracto, y los que en concreto se le adjudican a su titular.

## **La paz, como factor convocante del proceso constitucional de 1991**

Creo que si es posible destacar, entre los múltiples factores determinantes del proceso constitucional que culminó con la expedición de la Carta de 1991, el más sobresaliente, ése es sin duda el deseo vehemente de paz, compartido por la inmensa mayoría de los colombianos. Se encontraba el país (y aún se encuentra por desventura) padeciendo una situación muy próxima al “estado de naturaleza” descrito por Hobbes, caracterizado por la más insensata violencia de todos contra todos, donde la obsesión prioritaria consiste en sobrevivir, y se pensó entonces en la “renovación del pacto social” como una posibilidad redentora. La reforma de la Constitución se avizoró pues como el camino más expedito para alcanzar el objetivo anhelado.

Pero, en contra de lo que cabría esperarse, no fue pesimismo hobbesiano frente a la naturaleza del hombre el que informó la propuesta. No se pensó que un sistema de corte autoritario, con poderes omnímodos férreamente concentrados en un

gobernante, fuera el llamado a superar la situación anómica que imposibilitaba la convivencia. Al contrario: con sorprendente lucidez la Asamblea Constitucional entendió que no eran ni el exceso de libertades (que el país jamás ha conocido) ni la excesiva largueza en las posibilidades participativas de la comunidad en la vida política (bien mezquinas hasta entonces), los factores determinantes del caos social. Que más bien uno y otra debían ensayarse como nuevas formas de convivencia, a ver si bajo condiciones menos constrictivas que las que habían prevalecido hasta entonces, en un ambiente político más propicio para el ejercicio de la libertad y de la democracia, se obraba la transformación benéfica que postulaba Rousseau, como consecuencia de la eliminación de los yugos que pervierten la bondad del hombre.

### **La paz como valor jurídico.**

#### **Concepto kelseniano de paz**

Puede afirmarse, sin la más mínima vacilación, que la teoría del derecho, como construcción intelectual, marca una etapa sobresaliente en la historia del pensamiento jurídico. Lo que su autor, Hans Kelsen, se propuso, fue elaborar un apartado conceptual que diera cuenta cabal del derecho, más allá de sus contingencias históricas e ideológicas, poniendo de lado el sincretismo metódico que había conducido a la identificación



del objeto jurídico con contenidos morales, políticos, psicológicos y hasta biológicos, que lo escamoteaban y empobrecían so pretexto de enriquecerlo.

Tal propósito implicaba una definición del derecho que prescindiera de cualquier referencia axiológica. V.gr. “ordenamiento normativo regulador del uso de la fuerza dentro de la comunidad, que dispone, en consecuencia, quién, cómo, cuándo y en qué medida puede realizar actos de coacción en contra de otros”.

Podemos, en armonía con la directriz kelseniana, evaluar como justo o injusto el ejercicio de la fuerza tal como queda regulada, pero lo que no puede cuestionarse es su juridicidad. Derecho y justicia quedan, pues, completamente deslindados, en contra de una vigorosa tradición que pugnaba por identificarlos. No obstante, el pensador austríaco reconoce que el estado de cosas así generado, aun siendo compatible con mucha ignominia, es en sí mismo valioso. Y al valor en él implícito lo denomina paz. De ese modo, el derecho resulta ser un ordenamiento de paz, que monopoliza el uso de la fuerza dentro de la comunidad, adscribiendo ese monopolio a los llamados “órganos del Estado”. Así, pues, cada uno tendrá la certidumbre de que sólo podrá ser sujeto pasivo de un acto de coacción bajo determinadas circunstancias, y de que sólo de ciertos sujetos puede proceder la coacción.

Podrá parecer corto, y poco ambicioso, ese concepto de paz, pero hay que convenir en que la situación que él describe constituye un supuesto fáctico esencial para la convivencia. El que justamente se echa de menos en la situación anómica que de un tiempo para acá hemos venido padeciendo los colombianos. La recuperación por el Estado del monopolio en el ejercicio de la fuerza, ha sido uno de los propósitos determinantes del proceso constitucional de 1991, del que podemos decir aún, que apenas comienza su curso.

Que las personas estén expuestas no sólo a los actos de fuerza que en su contra pueda ejercer válidamente el Estado cuando su conducta encuadra en las hipótesis que a ellos están asociadas, sino a los más indiscriminados e imprevistos hechos de violencia, procedentes de los grupos subversivos o de la delincuencia común, organizada o saltuaria, es, sin duda, inquietante factor desestabilizador de la mínima cohesión y solidaridad social exigidas para que pueda hablarse de convivencia.

### **La tutela como instrumento de paz**

¿Cómo articular, parece entonces pertinente, dentro de las reflexiones precedentes, la tutela como instrumento de paz? Permítanme apelar a un ejemplo trivial pero revelador de nuestra práctica social y jurídica, para extraer de él algunas conclusiones que no parecen abusivas. El caso, que

no es insólito sino paradigmático (en Colombia), me lo contó un amigo que ejerce la abogacía.

En un barrio de clase alta de alguna de nuestras ciudades, el propietario de un lote situado en la parte superior de una colina, ensanchó artificialmente su superficie llenando con tierra y escombros un espacio vacío. Al poco tiempo de terminarse la construcción empezaron a flaquear sus bases, amenazando seriamente las viviendas y las vidas de los moradores de la parte inferior. Requerido por los eventuales damnificados para que pusiera remedio a la situación, se negó rotundamente a enmendar su yerro. Los procedimientos policivos resultaron infructuosos y, más tarde, como era de esperarse, el desmoronamiento de una parte de su residencia afectó severamente la de uno de sus vecinos. El afectado, entonces, le propinó tres tiros al renuente. En curso el proceso de responsabilidad civil, que ha durado 7 años y aún no concluye, uno de los intervinientes en la diligencia de inspección judicial, con una gran dosis de sentido común se permitió observar: “Lo que hoy se hubiera solucionado con una tutela”.

Sin entrar a hacer una disección rigurosa del caso narrado (v.gr.: el lugar donde ocurre y las personas implicadas en la situación, no las más violentas, de ordinario), la moraleja parece ineludible: qué eficiente factor de discordia y de violencia es la impotencia frente a la injusticia.

Cuando al ciudadano se le desconocen sus derechos más elementales de un modo insolente, y la única vía pacífica de resarcimiento está constituida por tortuosos e interminables procedimientos al término de los cuales todo sigue avizorándose como incierto, la autotutela, tan incompatible con la convivencia civilizada, surge a menudo como un incontrolable mecanismo de reacción.

Con cuánta razón se desmorona la fe en el derecho, cuando se cobra conciencia de que los contenidos de los textos jurídicos poca relación guardan con la vida cotidiana del hombre común. Cuando sutilmente se manipula la conciencia de “la gente” para determinarla a creer que vive en el mundo del observador: 1. (Relacionada atrás) cuando los hechos, de manera inclemente, se encargan de mostrarle que su mundo real es el del observador; 2. Es decir, cuando se advierte la brecha, tematizada por los realistas, que supera “el derecho en el papel” al “derecho en la vida”.

Que el ciudadano sepa que mediante un proceso ágil y expedito el juez va a impedir que se le conculquen sus derechos o va a ordenar que se remuevan los hechos que han determinado la violación de los mismos, es factor decisivo para que el derecho haga tránsito del *topus uranos*, en el que sólo es accesible a unos pocos predestinados, a este mundo de la realidad tangible, el de la realidad trivial y cotidiana que es la vida del hombre común, quien así capta la cara amable del derecho que para

él había permanecido oculta. Sabe entonces que el derecho sirve de veras para apartar factores de zozobra, es decir, para ayudarle al hombre a ser menos infeliz. Y no hay duda de que el estado de cosas así inducido constituye un supuesto esencial de ese bien tan anhelado que llamamos *la paz*.

## **El “desbordamiento” de la tutela en Colombia**

De un tiempo para acá, y casi desde el mismo momento en que empezó a regir la Constitución de 1991, se ha vuelto un lugar común en los círculos forenses, y particularmente en los ámbitos más próximos a las altas cortes, la afirmación de que la tutela se salió de madre, que anda desbordada, que es urgente una nueva reglamentación que la vuelva a su sitio. Consecuencia de esa persistente opinión “autorizada” es la propuesta del gobierno, incluida en el proyecto de reforma constitucional que actualmente cursa en el Congreso, encaminada a “reencauzar” la acción de tutela.

No juzgo pertinente ahora, en esta circunstancia, detenerme a analizar las enmiendas propuestas, sino más bien llamar la atención sobre un hecho que me parece inquietante: se ha dado por supuesto que los males de la tutela radican en ella misma y no en factores externos que la tutela ha ayudado a desvelar y a identificar y que son, ellos sí, los que claman por una reforma.

El Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad de los Andes (Cijus), que dirige el jurista y sociólogo del derecho Mauricio García Villegas, ha realizado un valioso y esclarecedor trabajo de investigación denominado “Incidencia social de la acción de tutela”, que demuestra, con suficiencia, que la citada acción ha producido efectos provechosos en el ámbito en que está llamada a operar y ha determinado consecuencias colaterales plausibles en órbitas afines, donde los hábitos de indolencia y de irrespeto por los derechos fundamentales, se abroquelaban detrás de procedimientos dilatorios y prácticas burocráticas encaminados a escamotear el derecho y no a hacerlo efectivo.

Una apretada síntesis de sus conclusiones nos la ofrece el profesor García Villegas en los siguientes términos:

- “1. Las encuestas realizadas a los actores de la tutela —demandantes, demandados y jueces— ponen de presente la existencia de una notable opinión positiva en relación con este mecanismo de protección judicial de derechos. Así, por ejemplo, el 79% de los demandantes consideran que la tutela es un mecanismo útil para la protección de sus derechos. Este porcentaje es mucho mayor que el porcentaje de tutelas generalmente concedidas por los jueces (sólo 29%). En consecuencia, buena parte de los demandantes que han recibido decisiones negativas siguen considerando que

la tutela es útil. De otra parte, la encuesta a demandados dio como resultado una opinión mayoritaria favorable a la acción. Finalmente, es importante anotar cómo el 92% de los jueces tienen una opinión positiva sobre la acción.

2. La utilización masiva de la tutela por parte de los colombianos encuentra parte de su explicación en dos hechos relacionados: 1) La deficiente eficacia de los mecanismos judiciales ordinarios establecidos para la protección de derechos,<sup>16</sup> y 2) el deterioro

---

16 El problema de lentitud y congestión en los despachos judiciales tiene características estructurales de larga data, de tal manera que la acción de tutela no es una causa, sino más bien un intento de solucionar este fenómeno autónomo, como una parte —mínima además— del fenómeno conocido como “la pirámide de la litigiosidad”. En efecto, los conflictos sociales susceptibles de ser afrontados por la justicia son sólo un mínimo porcentaje de los que realmente resultan tratados por los jueces. El mayor o menor porcentaje de oferta judicial en relación con la demanda se debe a múltiples factores que no es el caso analizar en este momento. Lo cierto es que en Colombia la disociación entre estos dos factores de demanda potencial y oferta efectiva de justicia es demasiado grande, e incide cada día más en el ahondamiento de la brecha entre el Estado y la sociedad civil.

La acción de tutela ha sido un instrumento judicial que sin duda ha contribuido a disminuir dicha disociación. La simplicidad de su procedimiento, la posibilidad de que cualquier persona pueda hacer uso de ella sin necesidad de abogado y, en general, su carácter ágil y accesible, hacen de la tutela una acción especialmente efectiva para resolver los problemas de la gente. Es cierto que estas características también pueden ser aprovechadas justamente para entorpecer la justicia, en un país donde no son escasos los abogados temerarios e inescrupulosos. Sin embargo, sería una torpeza y una rendición injustificada acabar con la tutela o desnaturalizarla por estas disfunciones.

de los mecanismos sociales de solución de conflictos. Aproximadamente el 40% de las demandas de tutela son consideradas “pequeñas causas”. Los conflictos subyacentes a estas demandas claramente podrían encontrar solución en mecanismos informales, no judiciales. El éxito de la tutela como acción judicial se explica entonces no sólo por sus bondades intrínsecas —ampliamente defendidas en la doctrina y jurisprudencia nacionales— sino también por el contexto de deterioro de los procedimientos sociales e institucionales de justicia.

Desde este punto de vista, la tutela contribuye al mejor funcionamiento del sistema democrático, en cuanto la democracia es un sistema político de solución de conflictos por medio de terceros independientes que deciden con fundamento en normas depositarias de la voluntad popular.

3. La acción de tutela ha producido transformaciones institucionales importantes a lo largo de estos primeros años de aplicación. El caso más evidente es el de los procedimientos para el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación de Cajanal y otras instituciones similares. Gracias a la tutela, los pensionados pueden



hoy obtener sus derechos pensionales a través de ella con una relativa rapidez, lo cual era impensable cuatro años atrás. En términos generales, la protección del derecho a la igualdad por medio de la acción de tutela ha transformado de manera silenciosa algunas relaciones privadas e institucionales claramente discriminatorias en materias tales como educación, trabajo, petición, salud.

4. La tutela también ha sido útil como instrumento de educación social en materia de derechos fundamentales. Las decisiones de los jueces de tutela han puesto al descubierto una cantidad enorme de comportamientos violatorios de derecho que anteriormente no aparecían como tales. Desde este punto de vista, la tutela ha servido para crear ciudadanos activos y conscientes de sus derechos”.

### **Pregunta impertinente de profano a una comunidad de expertos**

Es claro que una institución como la tutela, o el amparo, si nos atenemos a un lenguaje más generalizado en América Latina, articula asuntos propios del derecho constitucional con problemas que incumben al derecho procesal. Estos últimos corresponden sin duda, específicamente, a la materia propia de un certamen como el

presente. No obstante, no era ese el aspecto que razonablemente podría esperarse que yo tratase, pues ni mis antecedentes académicos ni las funciones que hoy desempeño certifican mi idoneidad para ocuparme de ellos. Por eso me he limitado a hacer algunas reflexiones sobre una institución nueva en el constitucionalismo colombiano, esforzándome por mostrar cómo ella resulta rigurosamente congruente con la filosofía democrática que informa la Carta de 1991.

Pero como al poner de presente algunos de los hechos que corrientemente se han analizado como disfunciones de la institución, se ha sugerido que éstas deberían más bien atribuirse a mecanismos, normativos o fácticos, externos a la tutela, me atrevo a formular una pregunta a los distinguidos profesores y tratadistas presentes en las jornadas y, de modo particular, a los colombianos, que conocen con profundidad y rigor nuestras normas procesales en sus diferentes ámbitos materiales de validez. La pregunta, muy gruesa y general, es la siguiente: ¿No estará clamando la Constitución de 1991, tan sensiblemente distinta a la de 1886, por una renovación de nuestros estatutos de procedimiento, más congruentes con la filosofía de la nueva Carta?

Intentar yo mismo una respuesta sería irresponsable e irrespetuoso con un auditorio tan altamente calificado como el presente. Por ese motivo,

apenas me atrevo a plantear el interrogante: ¿no debería pensarse preferentemente, antes de alterar una institución que ha rendido frutos positivos, en reformar normas procesales cuya ineficacia ha determinado, en alguna medida, que la tutela las suplante para procurar, por ese camino, lo que por las vías ordinarias no se logra, a saber: administración pronta y cumplida de justicia?

Piénsese, por ejemplo, que en la Constitución anterior no existía una norma explícita como el actual Artículo 228 que consagra, no ya a modo de postulado teórico, sino con carácter normativo, vinculante, la prevalencia del derecho sustancial, principio constitucional que, a mi modo de ver, tendría que ser pauta constrictiva del nuevo legislador procesal.

Pero, repito, son inquietudes que, desde fuera, formula un profano a una comunidad académica, ella sí altamente capacitada para dar respuesta autorizada a estos interrogantes.

## **Lo que comporta la judicialización de los derechos fundamentales consagrados en la Carta**

En un hermoso ensayo (“El pudor de la historia”) Jorge Luis Borges escribe lo siguiente: “El 20 de septiembre de 1792, Johann Wolfgang von Goethe (que había acompañado al Duque de Weimar en un paseo militar a París) vio al primer

ejército de Europa inexplicablemente rechazado en Valmy por unas milicias francesas y dijo a sus desconcertados amigos: *En ese lugar y el día de hoy, se abre una época en la historia del mundo y podemos decir que hemos asistido a su origen.* Desde aquel día han abundado las jornadas históricas y una de las tareas de los gobiernos (singularmente en Italia, Alemania y Rusia) ha sido fabricarlas o simularlas, con acopio de previa propaganda y de persistente publicidad. Tales jornadas, en las que se advierte el influjo de Cécil B. de Mille, tienen menos relación con la historia que con el periodismo: yo he sospechado que la historia, la verdadera historia, es más pudorosa y que sus fechas esenciales pueden ser, asimismo, durante largo tiempo, secretas. Un prosista chino ha observado que el unicornio, en razón misma de lo anómalo que es, ha de pasar inadvertido. Los ojos ven lo que están habituados a ver. Tácito no percibió la Crucifixión aunque la registra en su libro”.

Luego señala algunos de esos acontecimientos que sí cambian el curso de la historia aun cuando no hubieran merecido la atención de los periodistas, por no satisfacer las condiciones de dramatismo y espectacularidad que de un hecho ordinario se exige para que haga noticia. Cito uno solo de ellos: cuando Esquilo, según cuenta Aristóteles en la Poética, elevó de uno a dos el número de actores “... un día, quinientos años antes de la era cristiana, los atenienses vieron con maravilla y tal

vez con escándalo (V́ctor Hugo ha conjeturado lo ́ltimo) la no anunciada aparici3n de un segundo actor... Un espectador prof3tico hubiera visto que multitudes de apariencias futuras lo acompa~aban: Fausto y Segismundo y Macbeth y Peer Gynt, y otros que, todav́a, no pueden discernir nuestros ojos”.

Como quien dice: ese hecho aparentemente insignificante contenía ya, en embri3n, todo el teatro occidental que no se concibe sin el diálogo.

A los acontecimientos de esa clase, enunciados por Borges, yo me atrevería a a~adir uno: el día del a~o 1804, en que el juez John Marshall, al desatar el caso *Marbury vs. Madison*, reivindic3 para los jueces, sin norma explícita previa, la potestad, ajena a su funci3n, de interpretar la norma fundamental del Estado, y extraer de ella conclusiones individualizadas y concretas. No parece un mero azar que hayan sido contemporáneos suyos quienes, en este siglo, hayan antepuesto al derecho abstracto contenido en los textos, el derecho vivo que dicen los jueces. Por eso decía al comienzo, que el dar vigencia a los preceptos constitucionales y muy especialmente a los que consagran los derechos fundamentales, implica, sin duda alguna, su judicializaci3n. Los colombianos, entonces, podemos leer nuestra Carta del 91, particularmente cuando dise~a el mecanismo de la tutela, como el m3s significativo

intento por vivificar el derecho hermosamente consagrado en los textos. Y como el propio Kelsen ha admitido que la paz es el primer don que la vigencia plena del derecho comporta, que esa Carta de 1991, como un juego de espejos, es una propuesta de conquistar la paz, que no tenemos, por la única vía civilizada que la humanidad conoce, a saber: *el derecho*.

## Un presocrático<sup>17</sup>

Antonio Caballero

Carlos Gaviria hizo muchas cosas en su vida: fue juez de pueblo, profesor universitario, magistrado de la Corte Constitucional, tratadista de Derecho, senador de la República, candidato a la presidencia de una coalición de izquierda, autor de sesudos ensayos académicos (y no me sorprendería que hubiera sido también pudoroso y secreto poeta clandestino). **En lo ideológico, lo describieron de muchos modos: “comunista disfrazado”, lo llamó su rival electoral Uribe Vélez en lo que creyó un doble insulto: y Gaviria no era ni lo uno ni lo otro.** En un artículo de entonces lo definí yo como un liberal en el sentido filosófico de la palabra; y, por liberal, hombre de izquierdas.

---

17 Tomado de: Caballero, Antonio. Mil palabras por una imagen. “Un presocrático”. *Revista Arcadia*, N.º 115, 17 de abril de 2015. En: <http://www.revistaarcadia.com/opinion/columnas/articulo/antonio-caballero-columna-un-presocratico/41871>

Ahora, en hipócritas necrologías hagiográficas (qué bueno era el difunto), subrayan lo de “liberal” para borrar lo de la “izquierda”, como si los dos conceptos no fueran un continuum histórico. Y unos que ayer lo tachaban de oportunista por haberse lanzado a la baja política desde la alta magistratura lo llaman hoy profesor de ética.

En esas diversas encarnaciones le fue a Carlos Gaviria bien en algunas, y en casi todas mal. Muy bien como escritor, para placer de sus lectores: la claridad concisa del pensamiento. Mal como político práctico: anodino parlamentario, derrotado candidato presidencial (aunque supo llevar a la izquierda colombiana a su más alta votación en la historia), incompetente jefe de partido que no pudo impedir ni su corrupción ni su disgregamiento. También bastante mal como guía ético, como “sabio de la tribu”, para usar uno de los epítetos suscitados por su inesperada muerte: la Corte admirable que él presidió hace veinte años es ahora un nido de podredumbre y un foco de vergüenza. Y muy mal como profesor de Derecho: en la Universidad de Antioquia fue su alumno el futuro atrabiliario presidente Uribe Vélez.

No hay novedad en eso, la verdad sea dicha: recordemos que ya hace dos mil años fue alumno del moralista estoico Séneca el futuro atrabiliario emperador Nerón.



**Muchas fueron, digo, las facetas de Carlos Gaviria. Empezando por su propia cara, que dibujé para ilustrar este artículo: una cara hecha de rasgos heteróclitos, como los de la quimera de la mitología.** Una alta frente de pensador, una gruesa mandíbula barbada de león, un cutis liso y sonrosado de bebé, una blanca melenita coquetamente descuidada, una naricita respingada de niño travieso, un ancho cuello de toro. ¿Una cara de qué? De Papá Noel, se dijo muchas veces. De maestro de escuela, de sabio distraído de tiras cómicas, de abuelito benévolo, de apóstol retratado por un pintor manierista (un San Pedro de El Greco). Una cara de filósofo.

Precisemos: de filósofo presocrático. Una especie de Protágoras. Pues cuando lo describí en aquel artículo de hace diez años mencioné a Kant y a Voltaire, porque no conocía entonces (ni él lo había dado todavía a la imprenta) un bello librito que, de una pudorosa y secreta manera, podría mirarse como su autobiografía intelectual: “Mito o logos” (creencia o saber). Son apenas un centenar de páginas en las que lleva al lector desde los orígenes poéticos de la filosofía de los griegos hasta el pensamiento de Platón. Y en ellas muestra Carlos Gaviria una particular amistad por la heterodoxia y el escepticismo de los sofistas del siglo v, que

tuvieron la pretensión impía, prometeica, la “descabellada y arrogante idea” de enseñarles a los hombres la virtud. Fueron por eso, para Gaviria, los fundadores del humanismo.

En la dedicatoria de ese libro a sus hijos escribe con desengañada ironía: “Para (mis hijos), cómplices de mi vocación por lo inútil”.

## Tristes días para todos

Para Carlos Gaviria

Gavo: voy a hablarte desde el alma, y por eso te llamo tal como lo hago hace más de 30 años: decirte Gaviria, como casi todo el mundo, me parecía impersonal, y Carlos se me antojaba un exceso de confianza. Estoy aquí, en el Paraninfo, frente a tus cenizas, porque María Cristina, Juan Carlos, Ana Cristina, Natalia y Ximena me honraron para que en mi calidad de discípula, amiga y persona muy allegada a la familia dijera unas palabras. Por eso —usando una expresión tuya— me arrogo la vocería de quienes fuimos tus discípulos en la cátedra de Introducción al estudio del derecho, en la que educaste a muchas generaciones que durante treinta años pasaron por los claustros de nuestra Facultad. En nombre de ellos, puedo decir sin temor a equivocarme: haber sido alumno tuyo imprimió carácter; ese solo hecho es motivo de orgullo: no se trataba de aprender contenidos sino de ejercitarnos

en el arte de pensar con rigor y claridad, a propósito de la heteronomía del derecho, la autonomía de la moral, los imperativos categórico e hipotético de Kant y la pirámide kelseniana con su famosa e ininteligible Constitución en el sentido lógico jurídico. Y cómo olvidar el capítulo relativo a la justicia y su aproximación desde el positivismo y el iusnaturalismo. Eras un positivista ‘beligerante’, posición que expusiste un martes en este mismo recinto. Muchos años después autorizaste su publicación en una revista. Posteriormente, vino tu cátedra de Filosofía del derecho, en la cual el autor de cabecera era Hart y su obra *El concepto del derecho*; a manera de chiste, decías que en esa cátedra enseñabas todo lo contrario de Introducción al estudio del derecho. Si mal no recuerdo, la antesala de la misma fue el seminario “El positivismo después de Kelsen”, que dictaste a través de la Asociación de Abogados y de la Librería Señal Editora, como curso de extensión, en 1990. Fue un deleite porque no existía el apremio del examen; nunca te animaste a publicarlo.

También tomo la vocería de quienes fuimos tus amigos y “seguidores”, si así se puede decir. No los tengo que nombrar porque ellos saben quiénes son. Estábamos en los inicios de la década del setenta y acababas de llegar de Harvard; por ese motivo eras calificado, en el lenguaje de la época, como agente del imperialismo yanqui. Rápidamente, pasaste a ser llamado comunista,

cuando la Asociación de Profesores emprendió luchas que eran simplemente democráticas. En ese entonces no faltaban aquellos que, conociendo mi cercanía con vos y con tu familia, te enviaban mensajes para que te apartaras de posiciones como la Presidencia de la Asociación; pensaban que si cambiabas de actitud podrías llegar a ocupar cargos como el de ministro de Justicia. Los que te queríamos y conocíamos sabíamos que tenías todas las cualidades y capacidades para serlo, pero que resultaría extraño que así ocurriera porque nunca actuarías en la forma que, generalmente, conduce a esos cargos. También te enviaban reclamos de por qué no escribías libros. Tus cercanos entendíamos perfectamente la renuencia y hoy, 40 años después, es muy claro que, acorde con tu método socrático, tu gran patrimonio intelectual es oral y por eso queda en tus múltiples conferencias académicas. De esa época no puedo dejar de mencionar el círculo de los que nos autodenominábamos “gavirismo científico”. ¡Cómo nos divertíamos! Estamos aquí presentes, para darte un adiós.

Cuando llegaste a la Corte Constitucional, empezaste a tener reconocimientos; los de siempre te molestábamos señalando cuántos seguidores y quizás oportunistas aparecían, porque nosotros te conocíamos y queríamos desde que eras, en cierto modo, desconocido y vilipendiado. Es difícil no sentir nostalgia de las épocas en las cuales lo más extraordinario que hacíamos era tomar aguardiente y escuchar tangos, a sabiendas

de que al día siguiente, mientras los demás a duras penas sobrevivíamos, vos ya te habías levantado a leer a Wittgenstein en alemán. Era la época en la que recitabas de memoria el *Tractatus*. Cuarenta y ocho horas después de tu muerte, fui capaz de escuchar tu última conferencia, dictada tres días antes de que te internaran, y llegué a una conclusión: habías cerrado el círculo. Me parecía estar en la primera clase del curso de Introducción al estudio del derecho; hablaste y sostuviste lo mismo, salvo que enriquecido por nuevos autores como Adela Cortina, María Zambrano, y otros que no sé pronunciar, cumpliéndose lo que también te decíamos: afortunadamente llevás más de 40 años sosteniendo lo mismo; ¡qué tal que cambiaras el discurso!

Y como si se tratase de una alegoría, este año, al final de las vacaciones, María Cristina y tus hijas te dieron la gabela de poner la última ficha de un gran rompecabezas. Nos quedan las fotos de ese momento y tu alegría casi infantil.

Gavo: gracias por todo, especialmente por tu afecto; y, como me escribiste bellamente en un correo, éste es “un cariño mutuo que ni la muerte puede acabar”.

Hasta siempre,

Clema

Medellín, 10 de abril de 2015

## Homenaje a la memoria de Carlos Gaviria Díaz<sup>18</sup>

Héctor Abad Faciolince

El 26 de agosto de 1987, en el cementerio de Campos de Paz, con manos temblorosas, pero con voz muy firme, Carlos Gaviria habló ante el cuerpo abaleado de mi padre. De ahí en adelante, en los 28 años que siguieron, cada 25 de agosto, Carlos participó de alguna manera en la conmemoración de ese crimen y de esa injusticia. Yo nunca me imaginé que un día fuera a hablar en una ceremonia fúnebre por Carlos. Son esas cosas que uno nunca piensa, tal vez porque nunca las hubiera querido tener que hacer. Carlos era tan vital y tan radiante, que yo pude pensar en su muerte solo en los últimos meses de su vida.

Carlos tenía 20 años más que yo, y lo que puedo decir es que si tengo la suerte de vivir también

---

18 En evento realizado el 10 de abril de 2015.

hasta los 77 años, y si tengo la fortuna de que mis neuronas no se atrofién del todo, en este futuro que me quede seguiré siempre recordando a Carlos como una presencia constante en mi vida, como una inspiración para mi pensamiento y para el sentido ético y justo que debo darles a mis acciones. Su ausencia real irreparable, pero su presencia dentro de mí, me dirá que nunca puedo traicionar su memoria. Su presencia viva será uno de los mayores tesoros de mi mente.

En aquel año nefasto, 1987, a Carlos no lo mataron porque lo salvó la casualidad; por eso en la dedicatoria de *El olvido que seremos* yo lo llamé a él, y a mi otro amigo ya fallecido también, Alberto Aguirre, “supervivientes”. Carlos sobrevivió a la masacre de los profesores y los estudiantes de su muy amada Universidad de Antioquia para dar testimonio de esa horrible embestida del fascismo ordinario en nuestra realidad. Sobrevivió para oponerse a los paramilitares con toda la fuerza de su humanismo y su sensatez. La divisa de los asesinos, Carlos siempre lo dijo, era “¡viva la muerte, abajo la inteligencia!”. Carlos se opuso con la fuerza de su pensamiento riguroso, con la vitalidad de su espíritu romántico, y con las virtudes de su hombría ejemplar, a que las fuerzas de la oscuridad se impusieran para siempre en nuestra sociedad. Defendió siempre la vida y la inteligencia, el pensamiento razonado, la



discusión sin violencia y con argumentos. Si hoy hay alguna luz aquí, y no todo es tiniebla, esto se lo debemos en buena medida a la voz valiente de Carlos, a las sentencias heréticas de Carlos, a su labor pedagógica paciente, rigurosa, constante, amorosa, tolerante. A su trabajo político limpio, sincero y radical. Él, como su gran maestro liberal, Gerardo Molina, fueron quizá las únicas figuras históricas colombianas capaces de unir a la izquierda en propósitos de ilusión por la justicia, sin fanatismo y sin sectarismo.

Creo que Carlos, de alguna manera, me quiso adoptar en el peor momento de mi vida, y yo acepté esa adopción simbólica como un gran privilegio. Me ayudó, me animó, me protegió. Leyó, corrigió y presentó casi todos mis libros; fue un crítico agudo de mis escritos periodísticos, siempre sincero y honesto, en el acuerdo y en el desacuerdo. Para mí su palabra, su concepto, era fundamental para seguir adelante, para rectificar, o incluso para insistir en lo que a él le parecía erróneo. Nunca nos distanciamos por un desacuerdo: la divisa de Carlos era la tolerancia, si en el desacuerdo había argumentos sólidos de parte y parte.

Teníamos un proyecto que se quedó trunco: yo le haría una larga entrevista de su trayectoria vital e intelectual para publicarla en forma de libro. Era una especie de testamento de una vida de contemplación y de acción: contemplación por la

belleza, el arte, la música, la poesía, la naturaleza, la novela, la filosofía, y el sacrificio de la acción política, que para Carlos no fue una dicha, sino un deber con Colombia, que no pudo eludir. De ese proyecto solo queda una sesión de pocas horas, que espero rescatar algún día.

Nuestra amistad, lo he dicho varias veces, se nutrió sobre todo de experiencias y lecturas compartidas. Gozamos muchas veces, juntos, por la belleza que otros creaban. El cuadro de un expresionista alemán; la sonata de un austríaco; el poema de un español... Un poeta de derecha, Jorge Luis Borges, siempre nos conmovió por la fuerza de sus palabras, por la ironía sin fin, y por la luminosa inteligencia. Cuando fui a ver a Carlos en el hospital, la última vez, pensé que podía estar mirándolo por última vez. Ya he contado que en vez de rezar le recité un poema que él, una vez, le recitó a mi padre en una reunión del Comité para la Defensa de los Derechos Humanos, “Los Justos”. Hoy quisiera terminar con otro poema de ese mismo libro, *La cifra*, un poema en que se nos aconseja mirar bien las cosas, y una cosa en particular: la luna. En diciembre del año pasado Carlos me llamó desde La Ceja, simplemente a contarme que estaba viendo un atardecer con muchos tonos de blanco, azul y rojo, precioso, y que ese atardecer le producía una honda emoción. Al mismo tiempo, me dijo, por el lado opuesto

al que el sol se ocultaba, salía una luna llena. Carlos me hacía llamadas así: con el único fin de transmitir un goce. Pues bien, tal vez él, al mirar con tanta intensidad ese anochecer en La Ceja, estuviera pensando en este poema en que Borges nos recomienda mirar con mucho cuidado. Dice así:

La amistad silenciosa de la luna  
(cito mal a Virgilio) te acompaña  
desde aquella perdida hoy en el tiempo  
noche o atardecer en que tus vagos  
ojos la descifraron para siempre  
en un jardín o un patio que son polvo.  
¿Para siempre? Yo sé que alguien, un día,  
podrá decirte verdaderamente:  
No volverás a ver la clara luna.  
Has agotado ya la inalterable  
suma de veces que te da el destino.  
Inútil abrir todas las ventanas  
del mundo. Es tarde. No darás con ella.  
Vivimos descubriendo y olvidando  
esa dulce costumbre de la noche.  
Hay que mirarla bien. Puede ser la última.

## Hombre pan, hombre luz<sup>19</sup>

Reinaldo Spitaletta

A diferencia de tantos liberales que se deslizaron hacia la derecha (y el catálogo puede incluir desde Rafael Uribe hasta Alfonso López Michelsen), este hombre, admirador de Wittgenstein y Gardel, se tornó un liberal radical, defensor de los derechos humanos y de las libertades públicas.

Y después, quizá como una consecuencia de su sentido de justicia y de ética social, pasó a robustecer los discursos y prácticas de la izquierda democrática, a la cual representó como candidato presidencial. Tal vez no le venía bien el papel de político, porque el aristotélico arte de la política, cada vez más degenerado en un país como Colombia, se asimila a la mentira, las corruptelas,

---

19 Tomado de: Spitaletta, Reinaldo. Hombre pan, hombre luz. El Espectador. Sección Opinión, 6 de abril de 2015. En: <http://www.elespectador.com/opinion/hombre-pan-hombre-luz>

los devaneos por el poder, el desprecio al pueblo y la prosternación ante las transnacionales, los magnates financieros y las doctrinas coherentes con el Consenso de Washington y los leoninos tratados de libre comercio. O, de otra manera, era un político idealista, platónico, y no tanto maquiavélico. ¿Se podría decir un metafísico de la política?

Tal vez por una charla que se le escuchó en la Universidad de Antioquia sobre Karl Kraus, leímos una obra teatral imposible de montar como *Los últimos días de la humanidad*, y un panfleto inteligentísimo: *Contra los periodistas*. Alguna noche de reportería, en la misma Alma Máter, lo vimos negociando con unos estudiantes que retenían a un agente de policía. Él estaba representando al Comité de Defensa de los Derechos Humanos. En un país de mentirosos y de asesinos, un señor como él se erigió como paradigma de ética, de ilustración y sapiencia jurídica en las cortes, como alguien que, dados sus razonamientos y sabiduría, no requería gritar. Hablaba como si cantara. ¡Ah!, y ahora vuelve su imagen, la tarde del 26 agosto de 1987, en Campos de Paz, en Medellín, cuando estaban enterrando a Héctor Abad Gómez, asesinado la víspera junto a otro médico, Leonardo Betancur, cuando ambos iban al sindicato del magisterio a sentar posición y protesta por el crimen de Luis Felipe Vélez.

Con su voz temblorosa, en medio de una multitud desconcertada, y quizá temerosa de que allí hubiera otro atentado, el hombre pronunció una oración, una elegía, que finalizó con unos versos de León Felipe: “ganarás la luz como se gana el pan”. Era el mismo que por un azar (se tardó un poco más en una cita de odontología y por eso no estaba con Abad Gómez y Betancur en el momento del crimen) había salvado su vida. Y ahí estaba despidiendo a su amigo y camarada de luchas por la dignidad y la decencia.

Se podría decir que era un “hombre de pan y de luz”, alguien que rezumaba poesía y canción y conocimientos. Era, en esencia, un metafísico. Y siguiendo su propia definición de metafísica, alguien que se ocupaba de los problemas más acuciantes del ser humano: la eternidad, el tiempo, el sueño, la vigilia, la realidad (¿existe o no la realidad?), el ser, la nada... Para él, por ejemplo, Hegel era un metafísico y Kant un filósofo. Consideraba “un metafísico a Nietzsche y un filósofo a Schopenhauer; un metafísico a Heidegger y un filósofo a Russell. Y, con algunas reservas, un filósofo al primer Wittgenstein y un metafísico al segundo” (de una charla suya sobre Borges en la U. de A.).

Y a un tipo así, adalid de la justicia y del estado social de derecho, de milagro no lo mataron y pudo llegar hasta los setenta y siete años. Y tal vez

no lo mataron porque se exilió en la Argentina, y porque cuando lo iban a matar no apareció en la escena del crimen. Se dirá por ahí que no hay muerto malo (ni novia fea), pero el señor de barba y de tantas lecturas, al que la gente de las plazas y las esquinas de barriadas pobres bautizó como el “papá Noel”, tenía la bondad que da el saber mucho y no darse ínfulas por ello.

Era un humanista, un lector empedernido, un melómano. Un hombre de izquierda en un país predominantemente conservador. Podía llorar con Gardel o con Va, pensiero, de *Nabucco*, tragedia lírica de Verdi. El profesor, el magistrado, el candidato presidencial, el hombre, el maestro, se han ido. Señor Carlos Gaviria Díaz: para usted estas palabras de León Felipe: “tuya es la luz, pero el llanto es mío”.





**Carlos Gaviria Díaz**  
**Maestro de la democracia**

---

Se terminó de imprimir en el taller de Pregón S.A.S.,  
durante el mes de julio de 2015,  
para la Fundación CONFIAR.

Medellín, Colombia.



Más allá de su palabra publicamos algunas de sus amigos o conocidos pronunciadas como homenaje a su memoria y que nos dejan una semblanza de este gran maestro. En CONFIAR queremos sumarnos con esta publicación como una forma de mantener vivo el pensamiento de un hombre que dejó su aporte a la construcción de condiciones para la democracia, que son a su vez condición para la construcción del bienvivir.