

El control constitucional de la Ley de Justicia y Paz ¿Es un discurso racional?*

The constitutional control of the Law of Justice and Peace, ¿is it a rational discourse?

BEATRIZ CUERVO CRIALES¹,

LYNDA LÓPEZ, CARLOS MALAVER, DANIELA TORRES, CLAUDETTE CONSUEGRA²

RESUMEN

El objeto de este artículo es presentar los resultados de una investigación realizada en el área de derecho penal, en la Cátedra de Interpretación Judicial, con el propósito de hacer una reflexión sobre la sentencia C-370 de 2006 que declara la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz, para concluir que la carga argumentativa en que se fundamentó la Corte, no se compadece con el discurso racional que sustenta la Teoría de la Argumentación Jurídica a la luz de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVES: Conflicto armado, derechos fundamentales, paz, justicia, verdad, reparación, reglas, principio y ponderación.

Fecha de recepción: 25/03/2012

Fecha de aceptación: 12/04/2012

ABSTRACT:

The purpose of this article is to present the results of research to did in the area of criminal law, to the Judicial professorship, with a purpose to make a reflection about judgment C-370 of 2006 that states the constitutionality to the law of justice and peace, for conclude that burden argumentative of that is a foundation to the Court, It isn't relent with to rational discourse that based The Theory of Legal Argumentation to a light of Fundamental Rights.

KEYWORDS: Armed Conflict, Fundamental Rights, Peace, Justice, Truth, Repair, Rulers, beginning and Weighting.

204

* El presente artículo expone un avance del trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación sobre la Ley de Justicia y Paz que adelanta el grupo de investigación Escuela Política y Normativa.

1. Docente de pregrado y postgrado de la Universidad Autónoma de Colombia. Abogada. Especializada en Instituciones Jurídico Penales en la Universidad Autónoma de Colombia. Mg. en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Doctorado en Derecho Penal.
2. Estudiantes de décimo semestre, de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia, integrados a la Cátedra de Interpretación Judicial.

Introducción

La Corte Constitucional como institución estatal debe garantizar en los fallos que profiere un juicio racional y legítimo en cada caso concreto para salvaguardar los derechos y libertades públicas. Sin embargo, a partir del estudio realizado a la sentencia C-370 de 2006, se observa cómo este objetivo ha sido desviado, todo con la finalidad de afirmar políticas y hacer prevalecer intereses de carácter colectivo sobre las minorías. De esta manera, la problemática investigada se centra en probar que la Corte falló sin un discurso racional y de este modo determinar las consecuencias de un discurso ilegítimo.

Para el logro de lo expuesto en el trabajo investigativo realizado en la Cátedra de Interpretación Judicial, se empleó una metodología cualitativa, documental, de carácter sociojurídico con interpretaciones interdisciplinarias desde relaciones internacionales, y cuyo tipo de metodología es descriptiva, histórica, lógica, explicativa, inductiva-deductiva y transdisciplinar.

De esta manera, la importancia del tema propuesto radica en que se realiza el estudio del conflicto armado en Colombia, de la Ley de Justicia y Paz, y de los derechos fundamentales que rigen la mencionada ley, ya que por parte de la Corte no se han abordado los temas referidos de una manera analítica sino más bien desde una perspectiva eminentemente tajante, al darle prevalencia al derecho de la paz frente a otros que entran en colisión con la Ley de Justicia y Paz, olvidando

así los argumentos jurídicos que validen sus afirmaciones, por lo que la investigación determina el tema de la ponderación particularmente olvidado por la Corte en la demanda de inconstitucionalidad, como la base esencial del artículo para resolver la problemática investigativa que se planteó en un principio.

La política de delación y autodelación contra el conflicto armado en Colombia

Clawsewitz³ afirmó que “la Guerra es la continuación de la política por otros medios”. Al respecto dice Lenin: “Todas las guerras son inseparables del régimen político que las engendra” y la Ley de Justicia y Paz no es la excepción. Esta ley pretendió regular el conflicto armado mediante la judicialización de los actores pertenecientes a los grupos armados al margen de la ley, a saber: los grupos paramilitares en cabeza de las Autodefensas Unidas de Colombia y de manera residual los desmovilizados de los grupos guerrilleros de forma individual.

Es así como el objeto de esta ley, tal como lo establece el artículo primero, es “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley...” Se desprende necesariamente de este objeto que si de lo que se trata es de buscar un proceso de paz, es porque existe un conflicto que debe resolverse para lograr el tan anhelado fin de la paz.

205

3. CLAUSEWITZ, Karl Von. *De la guerra*. Editorial Zeta Ltda. Marzo de 1972. Nota introductoria.

Se dijo en la exposición de motivos de esta ley que:

En otras palabras, no se trata simplemente de solucionar problemas jurídicos de los integrantes de esos grupos, o de definir el adecuado castigo por sus crímenes. No se trata tampoco de limitarse a proponer el reemplazo de una seguridad privada por una pública en zonas rurales, ni de un asunto que asegure la adecuada desmovilización de los reinsertados. Todo esto es fundamental, pero insuficiente para conseguir el desmonte efectivo de las organizaciones criminales que muestran el propósito de abandonar las armas. Para el logro efectivo de este último propósito, el proyecto incluye un generoso tratamiento penal –pues permite bajar de 40 a 8 años el tiempo de prisión efectiva para una persona que ha ordenado los más graves crímenes– pero, al mismo tiempo, establece rigurosos mecanismos de reconstrucción de la verdad, penas principales y alternativas, así como medidas de reparación simbólica y material que tienden, entre otras cosas, a la devolución de los bienes de origen ilícito. Como habrá de verse, el proyecto incluye instrumentos que tienden al desmonte efectivo de estos grupos, mediante la entrega de valiosa información, la identificación de cuerpos y fosas comunes, la devolución de bienes arrebatados por la fuerza a los campesinos, la colaboración con la justicia y la aplicación de sanciones –de distinto tipo–. Estas y otras medidas parecen verdaderamente indispensables para desmontar efectivamente las estructuras criminales –e impedir que se legalicen y se conviertan en peligrosas fuerzas de seguridad o en estructuras mafiosas–, y para demostrar que los colombianos ya no estamos dispuestos a aceptar y perdonar, impunemente, los crímenes que

se cometan en nuestra patria. Si esto no queda claro, de una vez y para siempre, entonces estos movimientos –de autodefensa o guerrilleros– se reproducirán, unos grupos se desmovilizarán y otros aparecerán, unos jefes recibirán beneficios judiciales y otros tomarán su puesto.

No obstante, lo que se evidencia realmente no es una normatividad para la búsqueda de la paz, sino una ley que reduce las penas ordinarias a una pena alternativa⁴ que oscila entre 5 y 8 años, con la condición de desarrollar una política de delación y auto delación como condición para la obtención de un beneficio punitivo que no es otra cosa que “el tratamiento penal de la figura del arrepentido, legalizando el tratamiento, especial, benévolo y premial a la figura de los delatores/ arrepentidos/ colaboradores con la justicia, etc.”⁵.

Para lograr este objetivo, necesariamente se debía sacrificar el principio dogmático del derecho penal de la proporcionalidad de la pena, reconocido desde el mismo texto de Beccaria, *De los delitos y las penas*, en el que planteó que la pena debía ser proporcional a la conducta realizada y que dicho juicio de proporcionalidad estaba referido al daño causado.

De igual modo, los bienes jurídicos protegidos por el Estado en la Ley de Justicia y Paz no son compatibles con los bienes jurídicos de la dogmática penal consagrada en el ordenamiento penal

4. Ley 975 de 2005. Artículo 29. “En caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley, la Sala le impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un periodo mínimo de cinco (5) años y no superior de ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos”.

5. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y posibles formas de penalidad*. Barcelona: Arthropos, 2005, p. 117.

ordinario, sino que lo que se busca es una pena menor frente a delitos y crímenes de lesa humanidad violatorios del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos. La razón: la política de delación para dismantelar estos grupos al margen de la ley.

En efecto, el DHI solo es aplicable en casos de conflicto armado, no a las situaciones internas, y tiene dos modalidades: un conflicto armado internacional y un conflicto interno. En estos conflictos se deben aplicar los convenios de Ginebra.



Son conflictos armados no internacionales (o conflictos armados internos) los que se desarrollan en el territorio de un Estado entre: fuerzas armadas del Estado y fuerzas armadas disidentes; Fuerzas armadas del Estado y grupos armados de particulares; Grupos armados de particulares. En estos conflictos se aplican las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II⁶.

A pesar de que en Colombia no se reconoció por parte del gobierno nacional que existía un conflicto armado, esto no fue óbice para que el mismo gobierno nacional presentara la iniciativa ante el Congreso de la República para que tramitara la Ley de Justicia y Paz. Sin embargo, a la luz de los postulados del derecho internacional humanitario

La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.

207

es claro que en Colombia se presenta un conflicto entre las fuerzas armadas del Estado y las fuerzas armadas disidentes y grupos armados de particulares y sobre esta base se configura la mencionada ley que contempla la desmovilización colectiva y la desmovilización individual. La primera se ha presentado con la desmovilización de los bloques

6. *Derecho Internacional Humanitario*. Defensoría del Pueblo. Bogotá. 2005. P. 25.

de los grupos de Autodefensas y la segunda con la desmovilización de los guerrilleros pertenecientes a grupos insurgentes no desmovilizados colectivamente.

En este sentido, la existencia de un conflicto armado acarrea la vulneración ilimitada de derechos humanos; debido a ello, se hace indispensable desarrollar el estudio sistematizado de los derechos fundamentales inherentes al ser humano y su clasificación en el ámbito nacional como también el internacional.

Los derechos fundamentales

208

“Ningún hombre puede transferir o despojarse de su derecho de protegerse a sí mismo de la muerte, las lesiones o el encarcelamiento”⁷.

Se realiza a continuación el estudio de lo que se considera derechos fundamentales, de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la sentencia T-008 de 1992⁸, en la cual establece primero la clasificación de los derechos humanos para desarrollar posteriormente la definición y ubicación de los derechos fundamentales en nuestra Carta Constitucional. Tiene como punto de enfoque el historiográfico, es decir, un enfoque periódico en relación con la protección progresiva de los derechos humanos. La clasificación es la siguiente:

- I. Derechos humanos de Primera Generación. Esta primera clasificación comprende libertades fundamentales, que corresponden al individuo frente al Estado o frente a cualquier autoridad: los llamados derechos civiles y políticos los cuales los encontramos en la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.
- II. Derechos humanos de Segunda Generación. La constituyen los derechos económicos, sociales y culturales con la finalidad de proporcionar mejores condiciones de vida, ampliando la esfera de responsabilidad del Estado, al imponerle la obligación de satisfacer necesidades y prestar servicios a la comunidad condicionado a las posibilidades económicas del país.
- III. Derechos humanos de Tercera Generación. Denominados también derechos de los pueblos o derechos de solidaridad, los cuales comprenden los derechos de la paz, el desarrollo y el medio ambiente, que se fundamentan en la colaboración del Estado, los individuos y otros entes públicos y privados.

En cuanto a la definición y la ubicación de los derechos fundamentales, la Corte establece en sus consideraciones, que los derechos fundamentales son los que se encuentran ubicados en la clasificación de los derechos humanos de Primera Generación. Lo infieren de la legislación internacional, específicamente del preámbulo de la Declaración

7. HOBBS, Thomas. (1983). *Leviatán*, Tomo I. Madrid: Editorial Sarpe. P. 148.

8. Corte Constitucional, sentencia T- 008 de 1992. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz Rodríguez.

de los Derechos Humanos de 1948. Por tanto, los derechos fundamentales en la Constitución Política de Colombia de 1991 son los que se encuentran en el Título II: De los Derechos, las Garantías y los Deberes (Capítulo 1, artículos 11 al 41). Sin embargo, la Corte ha considerado que no son los únicos derechos fundamentales, como es el caso de los consagrados en el artículo 44 (derechos fundamentales del niño) y en el artículo 229 (el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia). De tal modo, se observa que la enumeración de derechos fundamentales no solo es la que se encuentra en los artículos 11 al 41 de la Constitución Política.

Explica el constitucionalista español Antonio Pérez Luño bajo este mismo contexto que “(...) los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan solo describen el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo. Se trata por lo tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de derecho”⁹.

Ahora bien, para tener una ubicación clara de qué es o qué no es un “derecho fundamental”, es necesario tener en cuenta la sentencia T-406 de 1992¹⁰, la cual

establece los requisitos esenciales que un derecho debe tener para obtener la calidad de fundamental y los criterios de distinción para la determinación del carácter fundamental, los cuales son¹¹:

A. Requisitos esenciales

a) Conexión directa con los principios.

Los principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios, como también los derechos fundamentales porque son la emanación directa de principios.

b) Eficacia directa.

Es importante tener en cuenta que la eficacia de las normas constitucionales no se puede determinar en abstracto; ella varía según las circunstancias propias de los hechos: una norma de aplicación inmediata¹² puede tener mayor o menor eficacia dependiendo del caso en cuestión; lo mismo un valor o un principio. El juez debe encontrar, en la relación hecho-norma la decisión más razonable, no solo desde el punto de vista jurídico sino también desde el punto de vista fáctico.

9. CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Bogotá: Editorial Temis. P. 58.

10. Corte Constitucional, sentencia T- 406 de 1992. Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

11. *Ibidem*.

12. *Constitución Política de Colombia 1991*. Artículo 85: son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37, 40.

c) El contenido esencial.

Es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, donde quedan excluidos aquellos derechos que requieren de una delimitación en el mundo de las mayorías políticas. Los derechos sociales, económicos y culturales de contenido difuso, cuya aplicación está encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional, no pueden ser considerados como fundamentales, salvo aquellas situaciones en las cuales en un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental.

- La remisión expresa: Colombia le da prevalencia a convenios y tratados internacionales ratificados por el Congreso¹⁴, para dar pautas concretas a la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución de 1991.
 - La conexión directa con derechos expresamente consagrados: en ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial.
 - El carácter de derecho inherente a la persona: en un Estado Social el concepto de derecho fundamental tiene un sentido amplio y dinámico, que depende de la existencia de un consenso histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de un derecho, sobrepasando la consagración expresa de ellos.
- b) Fácticos
- Importancia del hecho: el juez como instrumento de paz social y como pieza central de un orden democrático basado en el consenso, deberá ir construyendo por intermedio de las normas y los hechos, interpretaciones razonables de los derechos consagrados en la

210 B. Criterios de distinción

a) Analíticos.

- La consagración expresa: Al no obrar la voluntad jurídica de la Asamblea se crearon errores en la clasificación de los derechos, por tanto, le corresponde a la Corte Constitucional la definición de la naturaleza y alcance de los derechos fundamentales, pues aunque siendo calificados taxativamente, la consagración expresa de inmediato cumplimiento¹³ no recoge todos los derechos que se considerarían como fundamentales para el ser humano.

13. *Ibidem*.

14. *Constitución Política de Colombia 1991*. Artículo 93: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Constitución Política para darles el carácter de fundamental.

- Carácter histórico. Tiene dos implicaciones:
 - i) De acuerdo con la evolución de la sociedad civil algunos derechos fundamentales se han venido desarrollando mientras que otros han ido perdiendo el carácter de derecho fundamental.
 - ii) La calidad de derechos fundamentales se relaciona al estado de la representación colectiva sobre el tema.

En este mismo sentido, se establece que “un derecho puede ser fundamental si, además de traducir un imperativo axiológico y constituir un asidero del orden político, posee una estructura normativa que posibilita su óptima tutela con los mecanismos reforzados que hoy ofrece el derecho constitucional de un Estado social y democrático de derecho”¹⁵. Es decir, el primer requisito de fundamentalidad es su inclusión explícita en norma de rango fundamental “la fuente Constitucional”, pues según Alexy, solo puede denominarse norma de derecho fundamental a aquella que surge directamente de un enunciado de derecho fundamental contenido en el texto de la Ley Fundamental o aquella que surge adscriptamente (por inferencia hermenéutica) de

ese mismo texto¹⁶; como segundo y último requisito es que cierto grupo privilegiado de derechos constitucionales reconocidos, recibe un tratamiento garante cualificado frente a intentos de vulneración, todo ello porque el grupo preferente de derechos es asumido como concreción de los postulados éticos superiores y es el fundamento del orden sociopolítico justo y pacífico¹⁷.

De tal modo que, a continuación se analizarán los derechos que rigen la Ley de Justicia y Paz para determinar posteriormente si se les debe dar un tratamiento de derecho fundamental, pues si resultara de esa manera, esta ley sería inconstitucional, por no haber sido tramitada como ley estatutaria.

211

Derechos que rigen en la Ley de Justicia y Paz

Para abarcar este tema debemos tener en cuenta cuál es el propósito de la Ley de Justicia y Paz. Fue concebida por su proponente como un proceso de reconciliación, quedando como uno de sus desafíos una articulación entre los procesos de paz con la aplicación de la justicia, buscando de esta manera un equilibrio entre la justicia y la paz¹⁸ sin que se le diera trato preferente a alguno.

15. CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Bogotá: Editorial Temis. P. 153.

16. ALEXY, Robert. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción castellana de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pp. 46-47.

17. CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Bogotá: Editorial Temis. P. 67.

18. PALACIO CEPEDA, Marisol. (2008). *Víctimas y Reparación – ¿Qué tipo de ley es?* Bogotá: Editorial Leyer.



212

La justicia reparadora es entendida como un proceso donde las partes involucradas en un conflicto, originado por la comisión de un delito, resuelven colectivamente solucionarlo tratando las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro. En ese proceso participan, necesariamente: las víctimas, los victimarios y la comunidad.

De tal manera que se planteó como uno de los aspectos fundamentales el reconocimiento de los derechos de las víctimas –las víctimas y miembros del Estado colombiano– a la verdad, justicia y reparación. Por otra parte se plantearon beneficios punitivos para sus victimarios consiguiendo así el propósito de la ley: la resolución del conflicto armado y la búsqueda de la paz.

La paz

“el derecho es por esencia un orden para preservar la paz”¹⁹

Con esta frase se pretende hacer énfasis en el tema de la paz, desde el punto de vista de que esta deberá afianzarse como una idea de justicia, libertad y equilibrio, así como de la dignidad humana pues estos derechos son inherentes al ser humano, es decir que su pleno goce y ejercicio puede lograr convivencia pacífica pero no al contrario. La paz se integra al ordenamiento jurídico colombiano con la Constitución Política de 1991, al designarla como “un tratado de paz” pues su desenlace se origina desde el preámbulo y pasa por el terreno de los fines de un Estado, como una de sus ideologías de logro y motivo de los gobernantes, por lo que se podría

añadir que es el resultado de una Constitución multifacética que la contempla como un derecho y un deber para los ciudadanos.

El concepto intrínseco de la paz fue convertido en un derecho fundamental cuando se le otorgó el carácter para ser tutelado, y este carácter generó una de las primeras contradicciones desde

19. Hans Kelsen. (1945).

el momento mismo que la perfiló en el orden constitucional como un derecho subjetivo e individual, dejándola por fuera de la categoría de los derechos colectivos, los cuales se encuentran inmersos dentro de los fines del Estado social.

Es así como, mediante el Decreto 2591 de 1991²⁰ y el fallo de la T-008 de 1992²¹ se le empieza a otorgar carácter colectivo, tal como lo menciona la Corte: “Se ha sostenido que este tipo de derechos tiene un carácter proclamatorio en razón de las dificultades para que de ellos se predique la eficacia jurídica. De todos modos, y es lo que interesa ahora, no se trata de un derecho natural cuyo cumplimiento inmediato pueda demandarse de las autoridades públicas o de los particulares a través de la acción de tutela”.

Con base en este fallo es claro que existe una contradicción en las diferentes posturas de la Corte frente al postulado de la paz, ya que si no se trata de un derecho natural sino de una proclamación mal podría tutelarse. Esto se corrobora con lo preceptuado en el artículo 85 de la Carta Política cuando hace referencia a la enunciación expresa de los derechos fundamentales y en ningún momento se incorpora a la paz como uno de estos derechos.

Frente a esta disyuntiva se plantea la siguiente interrogante: ¿La paz es un derecho individual o colectivo? A este cuestionamiento se le dará un contexto en relación con los fallos proferidos por la Corte Constitucional (ver figura 1), corporación que fue creada por el constituyente de 1991 y entre sus funciones principales se encuentra la garantía y control de los derechos tanto generales como particulares.

En primera instancia se hará hincapié en la sentencia T-008 de 1992, pues esta sentencia es el punto de partida para que el derecho a la paz fuese catalogado como colectivo y dejara de ser objeto de tutela, ya que en este escenario se identificó como un derecho fundamental inherente, y como la misma Corte lo ha dicho, es un derecho de tercera generación subsistente por un principio solidario de las poblaciones y, como tal, no puede tener carácter de individual sino de colectivo. Situación que dejó en vilo la T-406 de 1992 cuando no se inclinó ni hacia un lado de la línea ni hacia el otro, motivo por el cual la dejamos en el medio de la línea jurisprudencial planteada, pues sus argumentos contundentes frente a los derechos fundamentales establecen que se les debe dar un tratamiento flexible, humano y no limitado.

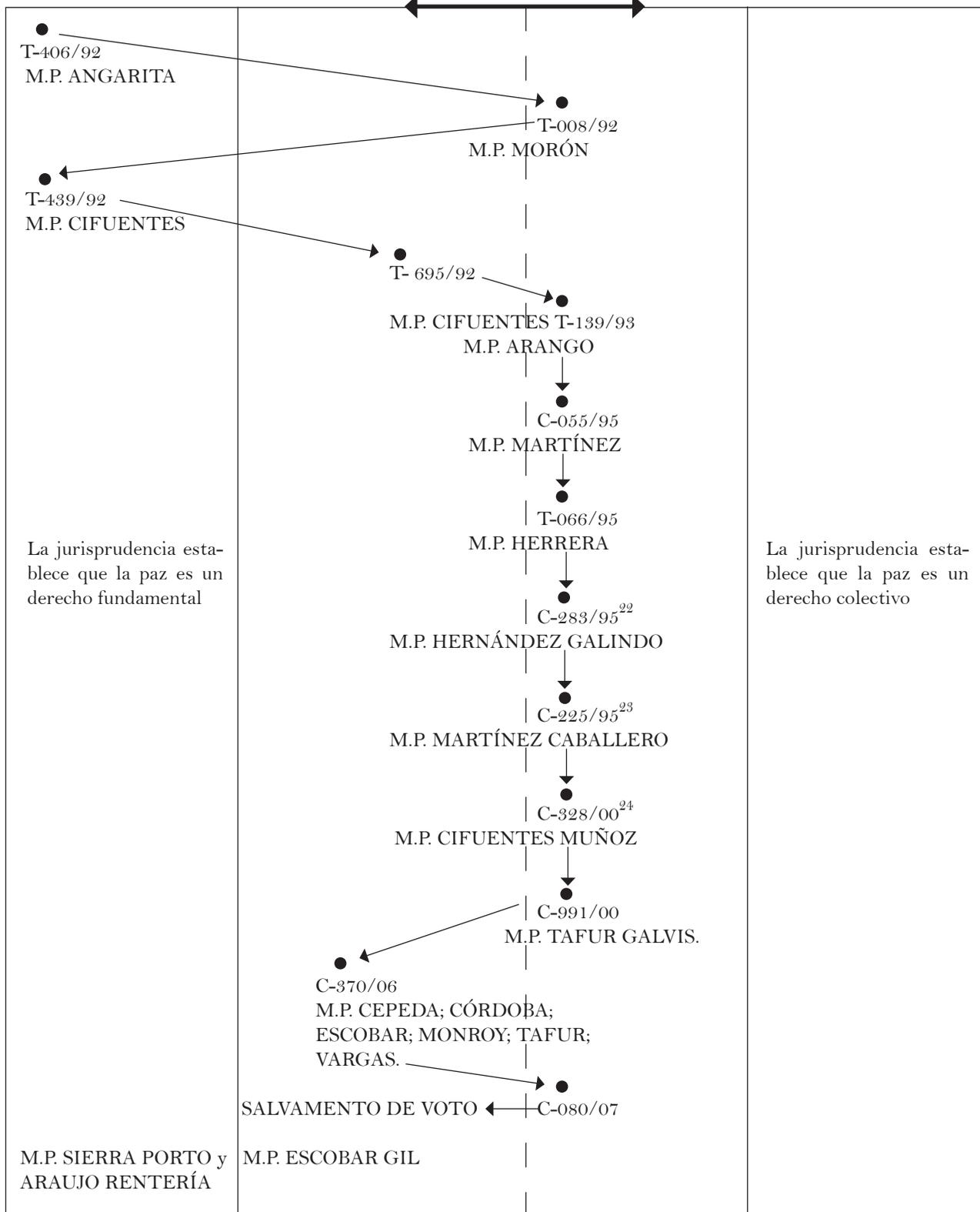
213

20. Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, *Diario Oficial* No. 40.165 del 19 de noviembre de 1991.

21. Fabio Morón Díaz (M.P.) T-008 de 1992, Corte Constitucional de Colombia.

¿La paz es un derecho individual o un derecho colectivo?

214



Una de las sentencias que se aparta del inicio de la línea que plantea la paz como derecho colectivo es la T- 439/92 M.P. Cifuentes. En este fallo se dijo puntualmente, aun existiendo un precedente sobre el derecho a la paz de carácter colectivo lo siguiente: “La paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales. El lugar central que ocupa en el ordenamiento constitucional llevó a su consagración como derecho y deber de obligatorio cumplimiento. El mínimo de paz constituye así un derecho fundamental ya que de su garantía depende la efectividad de los demás derechos civiles y políticos de la persona”. (Itálicas fuera de texto).

Asimismo, en el fallo de tutela T- 695/92, se mantuvo la misma línea no decisoria, es decir, no participativa en la inclinación del interrogante jurisprudencial que se planteó, pues en este caso aunque los magistrados reconocieron un derecho a la paz en una tutela en el caso de los caminos para acceder al mar, situación que se planteó como una vulneración concatenada con derechos a la propiedad, el trabajo y la vida, los cuales sí son reconocidos con carácter fundamental por el constituyente, sin embargo, reconociendo la vulneración no se plasmó una inclinación en cuanto al derecho a la paz como individual o colectivo, motivo por el cual se dejó en el medio de nuestra línea jurisprudencial.

Respecto a los fallos proferidos por la Corte desde 1993 al 2000, se mantuvo una línea recta, resolviendo que la paz es derecho colectivo. En fallos que tienen características especiales en cuanto a la inclinación de la paz como derecho fundamental o colectivo, se encuentran los siguientes: la C-283/95, donde se establece que la paz solo sería un derecho fundamental cuando el Estado colombiano se enfrentara a casos de excepción que contempla la Constitución de 1991; en los demás casos se mantendría su característica de colectivo ya que nos enfrentábamos a un derecho social de tercera generación.

En la sentencia C- 225/95 ocurre también una situación curiosa, cuando en una de sus fundamentaciones sobre el tema de la paz el magistrado ponente para la época (Martínez Caballero), hace erróneamente una referencia jurisprudencial a la sentencia T-539/92 (M.P. Cifuentes), refiriéndose en realidad a la sentencia T-439/92 (M.P. Cifuentes), en este caso sí es el magistrado ponente y la referencia correcta; pero la situación de relevancia para nuestro análisis fue el concepto dado sobre la categorización de la paz, pues faltó a los principios de la argumentación en cuanto a su integralidad y coherencia en el sentido del término, de la siguiente manera: (Texto citado de manera integral. Itálica fuera de texto).

215

22. Aunque la sentencia citada mantiene la convicción de que la paz es dilucidada como un derecho colectivo, se hace la apreciación de que esta pasa a la categoría fundamental cuando la paz se ve involucrada en el caso de los estados de excepción contemplados en la norma.

23. Aunque realiza una cita de la T-439/92, no hace una referencia completa toda vez que esta referida tutela nos habla de un derecho fundamental y en este caso se aparta otorgándolo como colectivo.

24. En este fallo se hace referencia a la paz como una regla de conducta que debe inspirar a todos los ciudadanos.

T-439/92	C-225/95
<p>“La convivencia pacífica es un fin básico del Estado (CP, art. 2) y el móvil último de la actividad militar de las fuerzas del orden constitucional. La paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales. El lugar central que ocupa en el ordenamiento constitucional llevó a su consagración como derecho y deber de obligatorio cumplimiento (CP, art. 22)”.</p> <p><i>El mínimo de paz constituye así un derecho fundamental ya que de su garantía depende la efectividad de los demás derechos civiles y políticos de la persona.</i></p>	<p>“La convivencia pacífica es un fin básico del Estado (CP, art. 2) y el móvil último de la actividad militar de las fuerzas del orden constitucional. La paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales. El lugar central que ocupa en el ordenamiento constitucional llevó a su consagración como derecho y deber de obligatorio cumplimiento (CP, art. 22)”.</p>

El texto resaltado hace hincapié en la situación anteriormente señalada, ya que al analizar la integralidad del texto se evidencia una variante en el citado de la sentencia C-225/95, al no haber sido referido de forma completa, pues es fundamental la parte destacada, que hace que la jurisprudencia se encuentre a un lado o al otro de la línea jurisprudencial. Por esta razón, es que esta sentencia, plasmada en este paralelo, pasa de catalogar la paz como derecho fundamental a dejarlo previsto como un derecho de carácter colectivo, situación criticable pues las citas deben mantener una integralidad y a su vez una línea coherente y si no hay acuerdo asumir la carga argumentativa que le permita apartarse del precedente, sin necesidad de copiar solo los fragmentos que convengan, incurriéndose así en falacias argumentativas para justificar posturas.

Siguiendo con nuestro estudio, en la sentencia C-328 del 2000 la situación importante que se refleja es que a la paz se le ha sustraído su identificación de derecho, dejándola solo como una regla de conducta que debe inspirar a todos los colombianos, lo cual la deja solo como un fin y deber colectivo a cargo del Estado como ente protector.

En este contexto, es importante referirnos a la sentencia C-370 de 2006, en la cual se mantienen los argumentos de la línea jurisprudencial analizados, pero sin olvidar que al ser esta jurisprudencia un análisis constitucional de la Ley de Justicia y Paz, bajo argumentos un tanto confusos, constituyeron en principio el derecho a la paz como un derecho fundamental de los más importantes para aplicar el test de ponderación

y en sus consideraciones finales se le otorgó el carácter de un derecho colectivo.

Dice Robert Alexy²⁵ que “hay un procedimiento racional de ponderación” y que “el resultado de un discurso racional sería un sistema de derechos fundamentales que incluya una preferencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los bienes colectivos”.

Desde esta perspectiva es claro que la paz como derecho o bien colectivo dentro de los fines que persigue con el carácter de una proclamación no cumpliría los presupuestos para el test de ponderación.

La justicia

Para poder establecer un concepto de justicia podría empezarse por afirmar que aquel comporta la idea de rectitud que debe existir en todo ordenamiento jurídico²⁶, pero que a través de la historia se han adoptado una serie de modelos introducidos por estudiosos de diferentes épocas y sociedades con el fin de adecuarlos a la concepción de un determinado Estado. Desde Aristóteles, inclusive desde la misma Biblia, se acoge un concepto de justicia distributiva, que básicamente respalda la idea de dar a cada quien lo que le corresponde, la cual se complementa

con la justicia conmutativa, orden entre iguales, estableciendo la relación entre lo que se da a cada uno y lo que de cada uno se toma²⁷.

La justicia ordinaria en Colombia no ha sido la excepción al concepto tradicional de justicia retributiva que consagra el artículo 4 de la Ley 599 de 2000, que estipula que uno de los fines de la pena es la “retribución justa”. El profesor Santiago Mir Puig²⁸, en términos muy concretos plantea tres aspectos relacionados con la justicia retributiva: el punto de vista religioso que hace referencia a que “el juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución”. El punto de vista ético hace referencia a la filosofía kantiana en cuanto el hombre es un fin en sí mismo y como tal debe responder penalmente ya que la ley penal es un imperativo categórico. En el aspecto jurídico Hegel desarrolla este concepto sobre la base de la dialéctica, a partir de la voluntad general que es vulnerada como consecuencia de la voluntad especial del delincuente y que debe ser restablecida con el castigo de acuerdo con la falta cometida.

Sin embargo, en la Ley de Justicia y Paz artículo 6°, se incorporó el derecho a la justicia de la siguiente manera: “De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por

25. ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México, pp. 30-33.

26. Justicia. *Gran Enciclopedia Ilustrada Círculo*. Volumen 7. Bogotá: Plaza y Janés Editores. 1994.

27. *Ibidem*.

28. MIR PUIG, Santiago. (2004). *Derecho penal*. Parte general, 7ª edición. IBdeF 2004. Páginas 87 y 88

los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones”.

A continuación se hará una referencia puntual a los conceptos de justicia retributiva, restaurativa y transicional, ya que son estas tres concepciones de justicia las que intervienen en el derecho moderno como fundamento de su aplicación, y más exactamente soportan la discusión en el fallo objeto de análisis.

Como punto de partida tenemos la concepción clásica de justicia retributiva que advierte Beccaria al hablar de “la proporcionalidad de la pena como respuesta al hecho”²⁹, con lo que quiere indicar que la coherencia que debe existir entre el hecho y el daño causado a la sociedad determinarán la pena que debe sufrir el autor del injusto para restablecer el derecho que con su acto quebrantó, concepto que acoge el actual Código penal colombiano³⁰.

Por otro lado, para hablar del concepto de justicia restaurativa se hace uso del artículo “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el

contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”³¹, en el cual su autor manifiesta: “es una nueva manera de considerar a la justicia penal la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes”. Bajo este orden de ideas la justicia reparadora es entendida como un proceso donde las partes involucradas en un conflicto originado por la comisión de un delito, resuelven colectivamente solucionarlo tratando las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro, en ese proceso participan necesariamente: las víctimas, los victimarios y la comunidad.

En la definición de la Ley 906 de 2004 se enfatiza en dos conceptos: en el proceso y en el resultado restaurativo, como se aprecia en el artículo 518 *ibidem*, donde se indica:

Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador. Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

218

29. BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas*. Temis. Tercera Edición. Bogotá. 2000.

30. Ley 599 de 2000, artículo 3: Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan. (Itálica fuera de texto).

31. CÁRDENAS MÁRQUEZ, Álvaro E. *La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria*. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, D.C., Colombia. Volumen X. N° 20. Julio-Diciembre 2007. ISSN 0121-182X. Pp. 201-212.

En cuanto a la justicia transicional, según el Centro Internacional para la Justicia Transicional:

Es el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales. La justicia transicional no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado. Al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación de las víctimas, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de derecho³²

lo cual es dialécticamente contrario a los fines del derecho penal colombiano³³.

Tal como lo plantean Uprimny y Safón, al abordar el tema de justicia transicional en Colombia, hay que tener en cuenta varios factores que inciden en dicha definición, tal como las características que el conflicto armado posee, las cuales hacen un poco delicado dicho proceso. En primer lugar, nos encontramos inmersos en uno de los conflictos más largos del mundo, lo cual pone en peligro la calidad y la durabilidad del proceso de paz que se intenta implementar; en segundo lugar, todo conflicto armado posee dos partes, sorprenden-

temente el colombiano posee tres: el Estado, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y los grupos paramilitares, donde solo los segundos poseen interés real de realizar conversaciones de paz con el gobierno nacional, pero penosamente la naturaleza de dichos grupos hace dudar de la eficacia del logro efectivo de la paz donde se desmonte la estructura que estos poseen y la no repetición de los actos atroces que se comenten, ya que poseen poder económico y político, el cual pesa más que su poder militar. Por lo tanto, la paz no puede conseguirse únicamente con un proceso de desmovilización armada, ya que el narcotráfico cumple un papel muy importante en el conflicto que vive el país y, lastimosamente, por ello no se le puede dar una definición al conflicto colombiano³⁴.

219

Definida la complejidad de nuestro conflicto, podemos hablar de la justicia transicional, entendida como las medidas políticas y judiciales que utilizan países que se encuentran en conflictos beligerantes en los que se violan masiva y sistemáticamente derechos humanos y alrededor de los cuales se configuran una gran cantidad de acciones y medidas para tratar de conseguir una rendición de cuentas así como la reparación de las víctimas directas y el reconocimiento de sus derechos, pero también recuperar la confianza en la sociedad que sufre indirectamente el conflicto.

32. <http://ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>

33. Ley 599 de 2000, artículo 4: Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

34. UPRIMNY Rodrigo, SAFFÓN María Paula. (2009). *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*. Ed. Intermedio. Bogotá. P. 172.

Al respecto resulta aleccionador el caso de la República de Rwanda, donde los actos violentos sobrepasaban cualquier estándar internacional, puesto que se violaron gran cantidad de derechos humanos, en el momento en que se decidió el conflicto fueron tajantes en la necesidad de la justicia transicional para proteger los derechos de las víctimas, las cuales estuvieron constantemente presentes en los procesos; los victimarios pidieron perdón a las víctimas y a sus familias (aunque esto pertenezca a un ámbito más moral que jurídico) y se dio una discusión real entre los armados y el Estado para buscar una solución que produjera una culminación real de las actividades armadas. En este caso el Estado tenía claras las consignas de (i) la responsabilidad de cesar y prevenir que se cometan crímenes de naturalezas tan violentas, (ii) la responsabilidad de reaccionar en cuanto a la ocurrencia de sucesos tan lamentables y (iii) la responsabilidad de reconstruir la sociedad la cual se había visto tan golpeada por la violencia soportada por años³⁵. De esta manera constituyó un proceso de paz efectivo y constante, el cual no fue sencillo pero no tuvo resultados duraderos y de verdadera responsabilidad de los victimarios frente a las víctimas.

En Colombia se presenta un caso totalmente distinto: la justicia transicional no es completa sino fragmentaria, ya que se da con secciones de grupos armados y se evidencia una clara necesidad de un grado mínimo de castigo y pena para que esta pueda funcionar, da una importancia desmesurada a la verdad y la búsqueda de la paz,

ya que con la Ley 975 de 2005 se deja a un lado la idea de una justicia retributiva, convirtiéndose en un obstáculo para la búsqueda de la paz, pues los sujetos que forman parte de este conflicto nunca aceptarían la pena real que esta ofrece. Por tal razón muchas son las críticas a la Ley de Justicia y Paz por ONG nacionales, que catalogan la justicia transicional que esta ley ofrece, y basada la idea más en su política de la paz que en el verdadero significado que es la protección de los derechos de las víctimas directas e indirectas de este conflicto, además, y no genera un equilibrio entre la búsqueda de la paz tan anhelada y la protección de las víctimas.

El discurso que utiliza la justicia transicional en Colombia es meramente retórico, pues acude aun lenguaje simbólico, sin ningún efecto práctico o material, ya que busca la verdad tan general produciendo unos mecanismos alternativos de penas y disminuyendo los derechos de las víctimas a su más mínima expresión, además encontramos una manipulación al concepto de justicia transicional que nos genera una asimetría evidente entre los beneficios de los victimarios y la verdad y reparación de las víctimas³⁶.

A pesar de tantas inconsistencias, la Corte Constitucional produjo la sentencia C- 370 de 2006, y explica que la ley se encuentra fundada en la idea central de la justicia transicional como mecanismo que equilibraría la búsqueda de la paz para Colombia con la constante protección de los derechos violados a las víctimas, en la cual es justificable una

35. <http://escolapau.uab.cat/img/programas/rehabilitacion/paises/06rwan.pdf>

36. UPRIMNY, Rodrigo, SAFFÓN María Paula. (2009). *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*. Ed. Intermedio. Bogotá. P. 181.

El derecho de reparación, desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición.



reducción de las penas y castigos pero en realidad se afecta visiblemente a las víctimas y se rompe el concepto de justicia transicional, ya que rompe con estándares internacionales en cuanto a dichos derechos; por ello se decretó la inconstitucionalidad de algunas disposiciones y la constitucionalidad del resto con argumentos frágiles y poco concretos ya que esta no se había puesto en funcionamiento en el momento de su expedición.

Adicionalmente, refiriéndonos específicamente a la sentencia C-370 de 2006, en sus consideraciones se aprecian los contenidos internacionales proferidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁷, el “Conjunto de Principios

para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, proclamados por la ONU en 1998 y algunos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de la justicia, en los cuales se percibe que aquella noción se limita únicamente a que las víctimas de violaciones de derechos humanos tengan acceso a la administración de justicia para que les sean garantizados sus demás derechos y para que el Estado cumpla su deber de investigar y sancionar a los responsables de aquellos delitos, lo cual si se hace una interpretación extensiva de traduce en que la justicia es concebida como la pena.

37. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de enero de 1989; Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 14 de marzo de 2001; Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2003; Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 8 de julio de 2004; Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de septiembre de 2005.

Por último, en el plano de establecer si el derecho a la justicia es o no un derecho fundamental, podemos responder de acuerdo con los requisitos esenciales de conexión directa con los principios, eficacia directa y contenido esencial y los criterios de distinción; debemos tener en cuenta que no se encuentra consagrado expresamente en el artículo 85, por lo tanto no es de aplicación inmediata, tampoco se entiende como tal en los convenios y tratados internacionales, como tampoco podemos afirmar que sea inherente a la persona, aunque por supuesto tenga conexión con los principios pero no por ser un derecho fundamental con contenido esencial sino porque está integrado en ellos.

La verdad

222

En los contenidos internacionales a los que se hizo referencia anteriormente para hablar de la justicia y que fueron objeto de consideración por la Corte en el fallo que nos ocupa, al hacer referencia a la verdad se entendió como, el derecho que tienen los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido como parte de su reparación, desde una perspectiva individual, y desde la perspectiva colectiva; se entendió como el derecho que tiene toda comunidad o sociedad a conocer la realidad de los hechos para la construcción de su memoria histórica como parte de su patrimonio. Sin embargo, frente a la ley de justicia y paz, este derecho se encuentra estipulado en el artículo 7º, determinando que tanto la sociedad y en especial las víctimas tienen derecho a saber la verdad en cuanto a los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y su vez sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada.

Por otro lado, la Corte en la sentencia C-454 de 2006 cuyo magistrado ponente fue Jaime Córdoba Triviño indica: “El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte”.

De igual manera, en la sentencia C-396 de 2007 cuyo magistrado ponente fue Marco Gerardo Monroy Cabra, señala al respecto que:

la concreción de la justicia penal, resulta indudable que el concepto de verdad adquiere una enorme relevancia, puesto que, aunque difusa e indeterminada, la verdad es el punto de partida de la decisión judicial que hace justicia. De hecho, una decisión judicial en el marco del derecho penal no es justa si está fundada en la comprobación equivocada, hipotética e inverosímil de los hechos o de las condiciones que condujeron a la producción del delito. Es, pues, la verdad en el proceso penal un presupuesto de la justicia y, por consiguiente, no es un asunto neutro o indiferente en la Constitución, sino una premisa fundamental en el ordenamiento superior que realiza y legitima el Estado.

Lo cual nos permite comprender que la verdad no es un derecho fundamental sino más bien el fin que persigue todo proceso y que por consiguiente garantiza la consecución de los demás derechos y que en una sociedad que persigue un tránsito hacia la paz cobra una importancia fundamental en la reconstrucción de la sociedad y en el propósito de reconciliación.

La reparación

Dentro de la sentencia C-370 de 2006 y el referente internacional citado, la reparación es entendida como el derecho que toda persona tiene a que le sea restablecido su estado anterior a la violación cuando sea posible; de no serlo, deben garantizarse las medidas necesarias para que tales derechos no sean nuevamente vulnerados hasta lograr de la manera más completa posible tal reparación.

El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva involucra medidas de satisfacción de alcance general, como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas³⁸. Todo con la finalidad de que la víctima de alguna manera regrese a la situación anterior a la comisión del delito.

En la Ley 975 de 2005 se encuentra la definición de las medidas que abarcan el derecho de reparación en el artículo 8°, de la siguiente manera:

- La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

- La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.
- La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.
- Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.
- Se entiende por reparación simbólica, toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.
- La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.

223

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta este punto, se analizará la sentencia C-370 de 2006, la cual tiene un valor histórico por desarrollar un examen de constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, a través de los múltiples cargos que fueron presentados, en la que la Corte realiza un proceso de ponderación.

38. Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

El proceso de ponderación efectuado por la Corte en la sentencia C-370 de 2006

La demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Justicia y Paz se estructura en cuatro pilares fundamentalmente³⁹, en los que la Corte al realizar su examen considera que se presenta una colisión entre diferentes derechos constitucionales, por lo que el juez constitucional se vio llamado a aplicar el método de la ponderación. Pero antes de entrar al test de ponderación es pertinente tener clara la distinción entre reglas y principios que presenta la doctrina.

Reglas y principios

224 Las normas se conciben como reglas o principios, de acuerdo con los criterios de distinción que se les atribuye para su funcionamiento y sus límites en el sistema jurídico de los derechos fundamentales. En efecto, la doctrina ha establecido tres tipos de tesis sobre la distinción de reglas y principios; según la primera, se niega la posibilidad de dividirlos, debido a la pluralidad existente de la realidad; la segunda tesis, sostiene la opinión

de que es posible la clasificación de normas en reglas y principios, con base en un criterio de grado; y finalmente, la tercera, señala que existe una diferencia no solo gradual sino cualitativa entre reglas y principios⁴⁰.

Sobre la base de estos tipos de criterios, la teoría de Dworkin y la de Alexy sostienen la diferencia de reglas y principios del tercer tipo, una diferencia de tipo lógico, compuesta por tres componentes: el primero se refiere a la función especial entre las normas en relación con los principios; el segundo comprende la dimensión de peso que caracteriza a los principios; y el tercero corresponde a las diferentes formas y métodos para la solución de conflicto entre reglas y principios⁴¹.

En este sentido Dworkin establece dos criterios de distinción:

1. La función de las reglas se aplica con base en un todo o nada, en cambio los principios no. Es decir, las reglas son válidas o no son válidas, en la medida en que si son válidas se deberá aceptar las consecuencias jurídicas o si bien son inválidas no contará para nada la decisión⁴².

39. Los cuatro pilares son: 1) Inconstitucionalidad formal por no haberse tramitado como una ley estatutaria; 2) Inconstitucionalidad formal de algunos artículos, por faltas graves en el procedimiento; 3) Inconstitucionalidad material de la ley por generar un perdón general al modo de indulto frente a graves violaciones de derechos humanos; y 4) Inconstitucionalidad material de algunos artículos de la norma por desconocer parcialmente los derechos de las víctimas y de la sociedad a la verdad, justicia y reparación por los hechos sucedidos.

40. ALEXY, Robert. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción castellana de Carlos Bernal Pulido. Madrid. 2ª Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

41. ALEXY, Robert. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción castellana de Carlos Bernal Pulido. Madrid. 2ª Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pp. 66-67.

42. ALEXY, Robert. (1998). *Derecho y razón práctica*. México. 2ª Ed. Fontamara. P. 11.

2. Los principios tienen una dimensión de peso que las reglas no poseen. Si una regla aprueba algo y la otra lo prohíbe, sin una aplicación de excepción de una regla para la otra, una de las normas será inválida y la otra será válida. En cambio, frente a una colisión de principios el valor decisivo para un principio frente al otro estará sujeto a la dimensión del peso que cada uno sustente en un caso concreto, sin que por ser elegido uno de los dos sea declarado el otro inválido⁴³.

Sin embargo, la teoría decisiva para poder extraer las distinciones correctas entre reglas y principios es planteada por Robert Alexy, de la siguiente manera: las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno, es decir, pueden ser solo cumplidas o incumplidas y están compuestas por determinaciones en el campo de lo posible fáctico y lo jurídico. En cambio los principios son abstractos; universales; mandatos de optimización, es decir, son normas que deben realizarse en la mayor medida posible⁴⁴; tienen una dimensión de peso, esto indica que pueden ser cumplidos en diversos grados; su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas⁴⁵; y tienen un carácter valorativo-axiológico, en el que los derechos fun-

damentales son su límite. Sin embargo, ante esta teoría, no solo hay que pensar que se puede dar una colisión entre principios, ya que Alexy cuando se opone al planteamiento de Habermas⁴⁶ establece que los valores pueden entrar también en colisión por tener una coincidencia estructural, de tal modo que la manera de resolver los principios es con el criterio de lo debido, y los valores con el criterio de lo que es mejor, a la manera de Alexy:

El comportamiento de colisión de los principios pone claramente de manifiesto que entre principios y valores existe una amplia coincidencia estructural. En lugar que el principio del funcionamiento eficaz de derecho natural entre colisión con el de la vida y la integridad física puede decirse que existe una colisión entre el valor de funcionamiento del Código Penal y el valor de la vida y de la integridad física. Toda colisión de principios puede ser presentada como una colisión de valores y toda colisión de valores como una colisión de principios. La única diferencia reside en el hecho de que en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, es definitiva, a lo que es mejor. Una pauta que dice qué es lo bueno o malo o mejor o peor, tiene status axiológico. Por lo tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico⁴⁷. (Destacados fuera de texto)

225

43. *Ibidem*. P. 11.

44. ALEXY, Robert. (1998). *Derecho y razón práctica*. México: 2ª Ed. Fontamara. P. 12.

45. *Ibidem*.

46. Habermas establece que los principios y los valores deben ir por caminos separados dado su carácter y por el distinto papel que juegan en la lógica argumental. LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. (2001). *Derecho y argumentación*. Bogotá: 1ª Edición. Universidad de Manizales, Ediciones ECOE. Pág. 83. Habermas establece que los principios y los valores deben ir por caminos separados dado su carácter y por el distinto papel que juegan en la lógica argumental.

47. LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. (2001). *Derecho y argumentación*. Bogotá: 1ª Edición. Universidad de Manizales, Ediciones ECOE. P. 84.

La ponderación

Se entiende por ponderación la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario⁴⁸. En relación con esta definición, la teoría de Ronald Dworkin establece que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso⁴⁹, es decir, los principios tienen un peso en cada caso concreto; concatenado con lo anterior, se establece que la ponderación es una actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto, para determinar cuál de ellos tienen un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto, cuál de ellos determina la solución del caso⁵⁰.

226

La ponderación, como operación fundamental de aplicación jurídica está compuesta por tres elementos: i) La ley de ponderación; ii) La fórmula del peso; y iii) las cargas de argumentación, que se explicarán a continuación:

i) LEY DE PONDERACIÓN. Se formula de la siguiente manera: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de satisfacción de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁵¹.

Robert Alexy identifica tres pasos en los que se divide la ley de ponderación⁵²:

- a) Es preciso definir el grado de la no satisfacción o de satisfacción de uno de los principios.
- b) Se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
- c) Debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la aceptación o la no satisfacción del otro.

Es decir, ante la primera variable es necesario establecer el grado de afectación de los principios en el caso concreto. Para lograrlo es inevitable emplear la escala tríadica que Alexy denomina como “leve”, “medio” o “intenso”⁵³. La segunda variable se denomina “peso abstracto”, la cual se

48. BERNAL PULIDO, Carlos. (2007). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. P. 96.

49. El criterio de la dimensión de peso que establece Dworkin o la importancia del principio general para resolver los conflictos entre principios lo desarrolla de la siguiente manera: “Cuando los principios se interfieran quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una medición exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene”. LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. (2001). *Derecho y argumentación*. Bogotá: 1ª Edición. Universidad de Manizales, Ediciones ECOE. P. 85.

50. *Ibidem*. P. 97.

51. ALEXY, Robert. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción castellana de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: 2ª Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. P. 351.

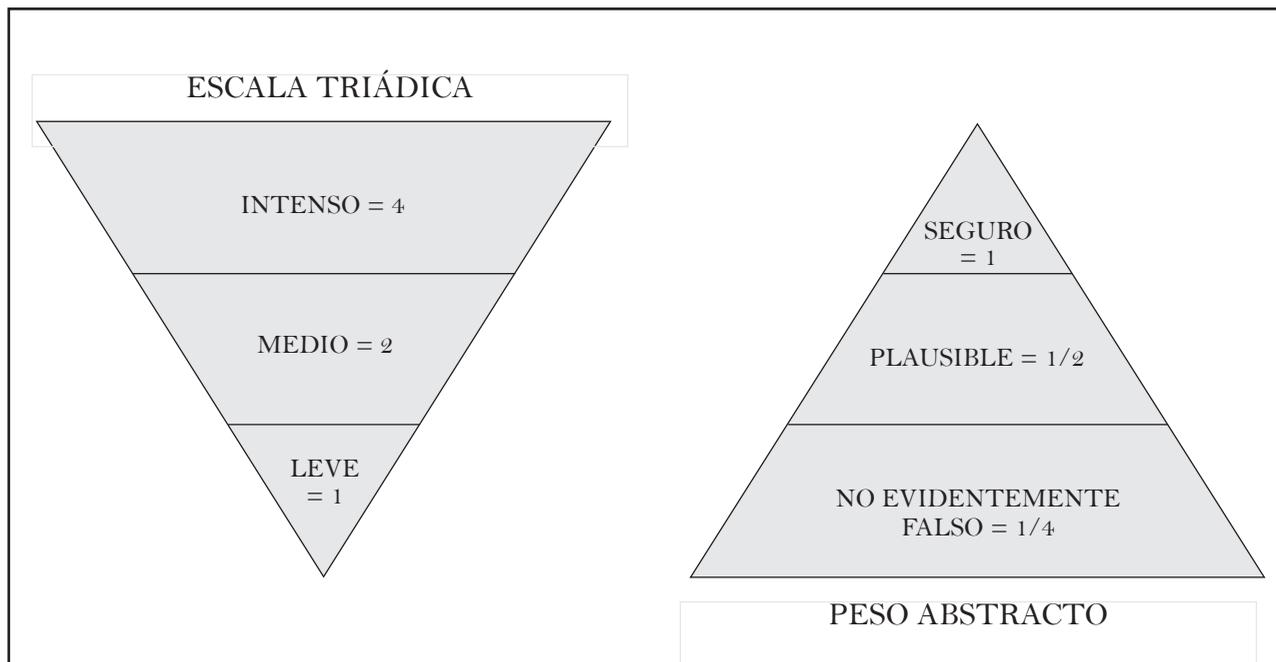
52. *Ibidem*.

53. *Ibidem*. Pág. 357. Sin embargo estas denominaciones no son reducidas, también se pueden emplear para los casos de “leve” los términos de “reducido” o “débil”, y en cuanto a “grave”, también se pueden emplear los términos de “elevado” o “fuerte”.

funda en el reconocimiento de establecer la mayor importancia en abstracto, que pueda tener un principio con otro de acuerdo con la concepción de los valores predominantes de la sociedad. Y, finalmente, la tercera variable se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes⁵⁴.

ii) LA FÓRMULA DEL PESO. Es la parte decisiva de la ponderación.

Sin embargo, para establecer la fórmula del peso Alexy atribuye un valor numérico a la variable de la afectación de los principios y del peso abstracto. La afectación de los principios con los tres grados de la escala triádica, es de la siguiente manera: leve 1, medio 2 e intenso 3. En cuanto a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas, se les atribuyó igualmente un valor numérico, el cual es: seguro 1, plausible $\frac{1}{2}$, no evidentemente falso $\frac{1}{4}$.



227

iii) LAS CARGAS DE LA ARGUMENTACIÓN. Operan cuando existe un empate entre valores que re-

sultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando el peso de los dos es igual⁵⁵.

54. BERNAL PULIDO, Carlos. (2007). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Pp. 100-101.

55. *Ibidem*. Pp. 103-104.

Test de ponderación en la sentencia C-370/06

La Corte Constitucional colombiana al adoptar el test de proporcionalidad establece, sin hacer previamente la distinción de si son derechos fundamentales o valores constitucionales, lo siguiente: “El método de ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber: la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas”⁵⁶. Según la siguiente fórmula:

Corresponde al juez constitucional no solo estudiar la constitucionalidad de la finalidad perseguida por la medida examinada sino, además, examinar si la reducción del derecho es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. Para ello, debe el juez primero determinar si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son “adecuados” para lograr el fin perseguido, segundo si son “necesarios”, en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, tercero, si son “proporcionados *stricto sensu*”, esto

es, que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer⁵⁷.

Posteriormente, la Corte realiza un análisis constitucional del derecho a la paz y del derecho a la justicia⁵⁸, dando en sus argumentaciones de antemano prevalencia a la paz, por considerarla un valor fundamental y representar por lo tanto los fines del Estado colombiano. La Corte solo examinó las medidas propuestas por la Ley 975 e impugnadas por la demanda, planteándose como problema jurídico ¿si son justificables las restricciones a los derechos de la sociedad y de las víctimas para lograr el objetivo de la paz?, por lo que resuelve:

El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable. Se trata de una decisión política y práctica del Legislador, que se orienta hacia

56. Sentencia C-309/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero. (itálicas ajenas al texto).

57. *Ibidem*. (itálicas ajenas al texto).

58. Sentencia C-370/06, Párr. 4.1.8. En conclusión de todo lo anterior cabe afirmar que la Paz constituye (i) uno de los propósitos fundamentales del derecho internacional; (ii) un fin fundamental del Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y (v), un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento. (...) 4.2.5. Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el derecho internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los derechos humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación.

el logro de un valor constitucional. En ese sentido, la Ley 975 de 2005 es un desarrollo de la Constitución de 1991. Pero la paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado. El Legislador ya optó por fórmulas concretas de armonización entre tales valores y derechos, que como se dijo, restringen el ámbito de efectividad del valor y el derecho a la justicia en aras de lograr la paz, por medio de la concesión de beneficios penales y procedimentales a los desmovilizados⁵⁹.

Al no haber realizado la Corte a lo largo de la sentencia, el test de la ponderación que pretendía aplicar en un principio, se afirma que la sentencia presenta tres problemas en la operación fundamental de aplicación jurídica, es decir, la ponderación que ellos pretendieron realizar tiene una estructura en cuanto a los derechos en colisión: la paz, la justicia y la verdad de las víctimas, pero no tiene una racionalidad y una legitimidad⁶⁰, de tal manera que al no realizar un discurso racional a un tema tan relevante y de trascendencia política, social y cultural, la protección y la garantía constitucional de los derechos que tiene el ser humano fracasaron en el fallo objeto de estudio,

pues no se pensó en el óptimo de Pareto⁶¹, sino en una política de delación y autodelación que lo que menos busca es la paz, y constituye una distracción del conflicto armado en Colombia.

Conclusiones

Los planteamientos esbozados en los numerales anteriores nos permiten hacer, a título de conclusiones, las siguientes afirmaciones:

1. La Ley de Justicia y Paz es un sofisma de distracción para dirimir el conflicto armado en Colombia: no es mediante la punibilidad en el ámbito del derecho penal el instrumento y la solución para lograr la paz; no es mediante la política de delación y la aplicación soterrada del derecho penal del enemigo como se logra dirimir el conflicto armado. No es un secreto, no es una fórmula mágica, no es tabú, saber cómo se puede lograr el cese del conflicto.
2. Es mediante un cambio estructural a nivel cultural, político, económico y social; es mediante la implementación material del principio de solidaridad; es materializando el postulado que consagra nuestra Carta Política de 1991 de la dignidad humana; es mediante el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos,

229

59. *Ibidem*.

60. Pues tanto la racionalidad como la legitimidad se interrelacionan de acuerdo a lo que establece ALEXY, ya que “cuanto más sea la ponderación racional, más legítima será la práctica de la ponderación”. ALEXY, Robert (2008). *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción castellana de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: 2ª Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales. Pp. 350-351.

61. El óptimo de Pareto trata de evitar el daño de derechos fundamentales, que sean evitables para el costo de otros principios. *Ibidem*.

entre otros aspectos, como se pueden materializar los fines del Estado y la convivencia pacífica.

3. La Ley de Justicia y Paz no es otra cosa que un paleativo a los grupos al margen de la ley; una política de emergencia con mecanismos de delación y arrepentimiento para buscar una pena más baja, que para nada resuelve el conflicto armado.
4. Se puede afirmar que la justicia no es un derecho fundamental de aplicación inmediata sino un derecho que está concebido con el fin de restablecer los derechos fundamentales vulnerados dentro del marco de un proceso de paz y de la aplicación de justicia transicional.
5. En la sentencia C-370 de 2006 no se evidenció claridad lingüística ni argumentativa acerca de la justicia ni de las nociones de esta, tampoco se explica cómo se le atribuye el carácter de derecho fundamental para hacerla objeto del test de ponderación frente a cualquier otro derecho.
6. El discurso argumentativo de la Corte Constitucional en la sentencia objeto de estudio, es un discurso ilegítimo, por no presentar el análisis de las variables que dan lugar en una colisión de principios.

Bibliografía

LEGAL

Constitución Política de Colombia de 1991.

Código penal. Ley 599 de 2000.

T- 406 de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón.

T-008/92, M.P. Fabio Morón Díaz, Simón Rodríguez Rodríguez, Jaime Sanín Greiffenstein, Ref.: Expediente T-399.

T-439/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Ref.: Expediente T-1088, 2 de julio de 1992.

T-695/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Ref.: Expediente T-4759, 14 de diciembre de 1992.

T-139/93, M.P. Jorge Arango Mejía, Ref.: Expediente T-7226, 16 de abril de 1993.

T-188/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Ref.: Expediente T-7281, 12 de mayo de 1993.

C-179/94, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Ref.: Expediente P.E. 002, 13 de abril de 1994.

C-055/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero Ref.: Demanda No. D-549, 16 de febrero de 1995.

T-066/95, M.P. Hernando Herrera Vergara, Ref.: Expediente T-50845, 22 de febrero de 1995.

C-283/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Ref.: D-750, 29 de junio de 1995.

C-225/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Ref.: No. L.A.T. 040, 18 de mayo de 1995.

T-226/95, M.P. Fabio Morón Díaz, Ref.: Expediente T-57255, 25 de mayo de 1995.

T-300/95, M.P. Hernando Herrera Vergara, Ref.: Expediente T-61004, 11 de julio de 1995.

C-328/00, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Ref.: Revisión LAT- 160, 22 de marzo de 2000.

C-991/00, M.P. Álvaro Tafur Galvis, Ref.: Expediente LAT-168, 2 de agosto del 2000.

C-665/02, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Ref.: Expediente D-3945, 28 de agosto de 2002.

C-876/02, M.P. Álvaro Tafur Galvis, Ref.: Expediente R.E. 117, 16 de octubre de 2002.

C-454 de 2006. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

C-370/06, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa,

- Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. C-080/07, M. P. Rodrigo Escobar Gil, Ref.: Expediente D-6389, Bogotá D.C. siete de febrero de 2007.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de enero de 1989.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 14 de marzo de 2001.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2003.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 8 de julio de 2004.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de septiembre de 2005.
- Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, D.C., Colombia.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá, Colombia. Temis.
- CLAUSEWITZ, Karl von. (1972). *De la guerra*. Editorial Zeta Ltda.
- Gran Enciclopedia Ilustrada Círculo. (1994). Volumen 7. Plaza y Janés Editores, Bogotá, Colombia.
- Defensoría del Pueblo. (2005). *Derecho internacional humanitario*. Bogotá.
- LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. (2001). *Derecho y argumentación*. Bogotá: 1ª Edición. Universidad de Manizales, Ediciones ECOE.
- MORTEN, Bergsmo y KALMANOVITZ, Pablo. (2010). *Law in the peace negotiations*. Second Edition. Torkel Opsahl Academic EPublisher. No-

DOCTRINA

- ALEXY, Robert. (1998). *Derecho y razón práctica*. México: 2ª Ed. Fontamara.
- ALEXY, Robert. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción castellana de Carlos Bernal Pulido. Madrid: 2ª Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales.
- ALEXY, Robert (2008). *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción castellana de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: 2ª Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BECCARIA, César. (2000). *De los delitos y de las penas*. Bogotá: 3ª Ed. Temis.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2007). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia.
- CÁRDENAS MÁRQUEZ, Álvaro. (2007). *La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria*. Volumen X, N° 20. ISSN 0121-182X.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. (2005). *Recorridos y posibles formas de penalidad*. Arthropos. Barcelona.
- UPRIMNY, Rodrigo y SAFFÓN, María Paula. (2009). *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*. Ed. Intermedio, Bogotá.
- Derecho de sindicación y de negociación colectiva 1949, Rwanda (2005).
- Webgrafía
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. El concepto de derecho de Ronal Dworkin. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/246/art/art16.pdf>. <http://ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>