

## Algunas reflexiones sobre el contenido del derecho a la igualdad de las víctimas en el marco de la experiencia de justicia transicional en Colombia

“Los Derechos Fundamentales se afirman siempre como *leyes del más débil* en alternativa a la ley del más fuerte que regía o regiría en su ausencia. La historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos cayó del cielo sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales [...]”

LUIGI FERRAJOLI. *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*

Llegado el momento en que el Gobierno Nacional impulsa un marco normativo procesal penal especial como medio para la desmovilización de grupos armados al margen de la ley, tal instrumento se presta a varias interpretaciones y lecturas. Al margen de pretender llegar a una conclusión absoluta es imperativo el hacer varias reflexiones, tendientes a examinar las implicaciones materiales que desde la dinámica constitucional del derecho a la igualdad y su dimensión en el derecho penal, debería tener la creación y aplicación de un marco normativo de justicia transicional en la consecución de la tan anhelada verdad, justicia, reparación y no

repetición en las víctimas, como producto de la satisfacción del derecho fundamental a la paz.

En primer lugar, la promulgación de una ley de tal naturaleza debería llevar al plano del discurso jurídico varias precisiones que permitan determinar tanto el rol y papel de cada una de las partes, como sus derechos y deberes. La precisión de partida a la cual haremos referencia deviene de la misma existencia de la ley, en cuanto tal hecho significa el reconocimiento Estatal de su histórica incapacidad de protección real de la integridad y vigencia de las expectativas normativas de origen constitucional<sup>1</sup> –Derechos Fundamentales y bloque de constitucionalidad– tratados internacionales que versan sobre derechos humanos– reconocidos como bienes jurídicos por el derecho penal; y vulnerados de manera constante en desarrollo del conflicto armado. Tránsito que ha llegado a generar una crisis humanitaria cuya principal víctima ha sido la sociedad civil<sup>2</sup>. Realidad que exige más que una acción humanitaria paliativa, una solución humanitaria constructiva de sociedad que supere el fracaso político responsable del conflicto armado.

## I. ¿UNA ALTERACIÓN EN EL PAPEL HABITUAL DEL DERECHO PENAL?

Con la impulsión de un proceso de paz, y la indiscutible aplicación de un modelo de justicia transicional (entendido en su función de “brindar soluciones en puntos de tensiones entre las exigencias de paz y justicia que se presentan con ocasión de cambios político sociales estructurales de una sociedad, en particular cuando del conflicto se intenta arribar a la paz, dado que los acuerdos entre los diferentes actores están naturalmente condicionados a que resulten satisfactorios a todos)”<sup>3</sup>. Como la expedición de una ley de contenido procesal penal con algunas disposiciones de Derecho penal sustancial (v. gr.: el art. 71 Ley 975 de 2005 que modificaba la descripción típica original del delito de sedición en el Código Penal, art. 468<sup>4</sup>), se observa una modificación de la función tradicionalmente atribuida al Derecho penal<sup>5</sup>—control social—, al de construcción de sociedad.

Reforma que inclusive en áreas tan sensibles como la teoría de la pena en sus fines<sup>6</sup> y funciones hace que la norma penal en el marco de una experiencia de justicia transicional no obedezca de manera exclusiva a las funciones<sup>7</sup> de prevención, retribución o expiación por parte del condenado, sino que por su parte deba tener un contenido más amplio, que permita a partir del esclarecimiento de la verdad material e histórica tanto sobre las causas, acciones y omisiones, como de los efectos del crimen, llegar a determinar la responsabilidad penal de los culpables y la consecuente ejecución de una pena, que fuera de satisfacer en primer lugar la necesidad social de justicia material, permita la eficaz reinserción a la vida civil de los condenados una vez hayan purgado su condena, y reconstrucción institucional.

En efecto, este proceso se empieza a dar una vez se satisfagan los derechos de las víctimas, cuyo contenido delimitado por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos ha visto ampliado su espectro protector y alcance, de tal forma que en varias providencias se ha manifestado “que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que éstos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos”<sup>8</sup>. Extensión de protección a la víctima que se fundamenta en últimas en la sub-regla, o norma adscrita de naturaleza constitucional, que establece en virtud de las obligaciones contraídas por el Estado colombiano derivadas del bloque de constitucionalidad, se puede ensanchar el ámbito de protección de derechos humanos, Siéndole por el contrario prohibido desmejorar el amparo de los derechos humanos ya reconocidos.

## II. LA PAZ SIN JUSTICIA, AGRESIÓN DIRECTA AL DERECHO A LA IGUALDAD DE LA VÍCTIMAS

Una segunda sub-regla o norma adscrita de importancia medular en los procesos de justicia transicional es aquella que obliga al Estado colombiano a que adecue su ordenamiento jurídico a la legalidad internacional. Exigencia que de manera imperativa proscriba que la creación y con-

secuente aplicación de un régimen procesal penal especial de juzgamiento pueda advenir en impunidad, especialmente en delitos relacionados con el derecho internacional humanitario.

Entendida esta impunidad a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos inicialmente como “la inexistencia, de hecho o de derecho, de la responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención y procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”<sup>9</sup>. Y trascendiendo a “una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”<sup>10</sup>.

Criterios que tuvo en cuenta el Tribunal Constitucional en el examen de constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, para proferir la sentencia C-370 de 2006, en cuyas consideraciones pesó entre otras la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>11</sup> frente a los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Argumentos que demuestran la vinculatoriedad del Estado colombiano a las exigencias internacionales en materia de derechos humanos.

Aquella<sup>12</sup> impunidad intolerable en un proceso de justicia transicional es delimi-

tada por el contenido del derecho a la justicia, aplicado desde el escenario de la comisión penal, que en los casos específicos de violaciones a los derechos humanos no depende del arbitrio ni del legislador en el proceso de criminalización-incriminación<sup>13</sup> primaria (creación de la disposición en el Congreso), ni por su parte el juez en la criminalización-incriminación secundaria, sino del cumplimiento de una obligación internacional de respeto de los derechos humanos. Que se materializa en un proceso de paz tanto por vía positiva –implementación del respeto, y garantías apropiadas para su ejercicio, en especial de los derechos de las víctimas–, como por vía negativa juzgando y condenando a los penalmente responsables, primordialmente de crímenes contra el derecho internacional humanitario como bien jurídico de espacialísima entidad.

Ahora bien, si el Estado impulsa con su conducta una impunidad total, permisiva de desconocimiento de los derechos humanos de la víctimas, genera un estado de cosas discriminatorio<sup>14</sup> frente a ellas, puesto que fuera de que el fenómeno macro criminal presente en el conflicto armado es causado en gran medida por la inequidad existente en la sociedad, con esta conducta las condena a una desigualdad injustificada constitucionalmente y por demás perversa. Por ello cuando se construye un marco normativo de justicia transicional que en sus principios pretende proteger a la víctima, pero en disposiciones especiales defrauda vulgarmente sus expectativas, carece en este caso de la pretensión de corrección exigida para existir<sup>15</sup>. Al punto de afirmar valiéndonos de CARL JOACHIM FRIEDRICH en su filosofía del Derecho que “Si este valor se ve claramente amenazado, la injusticia de la acción amenazadora se dejará sentir con fuerza y, de ser posible, se le opondrá

resistencia [...] Estas y miles de situaciones semejantes demuestran que la justicia y la injusticia no pueden adjudicarse a un solo valor, ya se trate de la igualdad o de otro cualquiera, sino sólo al complejo sistema de valores del hombre, la comunidad o la humanidad”<sup>16</sup>.

En efecto, si se consolida en Colombia tal régimen, el Estado incurrirá en responsabilidad internacional, exponiéndose a ser declarado tal por organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como a su vez a que sus nacionales sean expuestos a ser juzgados y condenados por instancias internacionales, que en ejercicio bien sea de la jurisdicción universal, o del principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional<sup>17</sup>. Competencia que le permite avocarse el conocimiento de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión –conforme con el art. 5.º del Estatuto de Roma. Ley 742 de 2002– cuando el Estado territorial del presunto responsable es incapaz de juzgarlo y condenarlo, dado el caso y conforme a aquel mínimo axiológico que ha sido reconocido por los Estados en las diferentes tratados, convenios y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Hoy, aunque parezca de perogrullo, se afirma de manera categórica que la Constitución Política de 1991 fue aquella ruptura institucional que nos ha abierto el camino a nuevas dimensiones de entendimiento, interpretación y aplicación de los Derechos y garantías fundamentales, propias de un Estado social y democrático de derecho. Tal verdad se ha venido llevando al plano práctico gracias y en gran medida al incansable esfuerzo de nuestro Tribunal Constitucional, al cual debemos, luego de 15 años de labor, incontables pronunciamientos constitutivos de valiosas líneas

jurisprudenciales, controversiales en muchos casos, y rebosantes de garantismo en la mayoría de sus sentencias.

Entorno al contenido del derecho a la igualdad<sup>18</sup>, la Corte Constitucional ha tenido un amplio desarrollo, tanto en concepto, elementos, fundamentos, líneas de argumentación, alcance, justificaciones, exigencias constitucionales, criterios de trato desigual, como otros tópicos sustanciales de este indiscutible derecho fundamental. Pero la pretensión de intentar encontrar una definición universal y omnímoda del derecho a la igualdad puede llegar a ser tan arbitraria y peligrosa como la misma pretensión sobre la noción de justicia –relativismo axiológico predicado por HANS KELSEN<sup>19</sup>–. Por ello el derecho a la igualdad de las víctimas en el marco de una política de Estado<sup>20</sup> en la experiencia de justicia transicional en Colombia, como la discusión que se pretende despertar con el presente artículo será el campo concreto al cual se sujetarán mis reflexiones, puesto que extenderlo a otras dimensiones prácticas del mencionado derecho le restaría rigor metodológico y precisión.

### III. CONTEXTO DEL DERECHO DE IGUALDAD DE LAS VÍCTIMAS EN UN PROCESO PENAL<sup>21</sup> DENTRO DEL MARCO DE UNA EXPERIENCIA DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

El principio de igualdad<sup>22</sup> en su alcance da a la legislación penal<sup>23</sup> un contenido especial, que como mandato exige que tanto en la etapa de incriminación primaria como secundaria se materialice su dimensión objetiva –*Desde esta perspectiva, la igualdad, de la cual se predica su carácter de principio, valor y de derecho fundamental, constituye uno de los pilares del Estado colombiano y de la con-*

cepción dignificante del ser humano que caracteriza la Constitución de 1991<sup>24</sup>, y subjetiva—el derecho a la igualdad<sup>25</sup>—(derecho fundamental). Exigencia constitucional que en la mayoría de pronunciamientos jurisprudenciales se ha manifestado principalmente en el análisis de contenidos penales tan innumerables como sensibles. Providencias que para el tema que nos atañe han tratado la figura de la víctima tanto desde el régimen penal sustancial, como procesal. Que en la mayoría de los casos han venido decantando el contenido de los derechos, atención e intervención de la víctima en el proceso penal. Derechos entre los cuales se cuentan verdad, justicia, reparación y no repetición. Tratamiento que no ha hecho hincapié en el derecho a la igualdad de la víctima del delito.

Sobre la anterior reflexión pretendo demostrar que en la construcción de un sistema de enjuiciamiento especial de justicia transicional y restablecimiento de la democracia luego de un conflicto armado<sup>26</sup>—como una ley de justicia y paz—, la figura de la víctima, igual que las partes en el proceso, fuera de no tener un papel secundario en del drama del proceso penal, tiene unas condiciones exclusivas que la hacen sujeto pasivo de una regulación también exclusiva, que luego de una ponderación adecuada entre los principios y derechos a la paz, justicia y derechos de las víctimas, regule en tal disposición la vía procesal adecuada que permita llegar a la reconciliación. Teniendo que “en el presente caso se presenta una colisión entre diferentes derechos constitucionales, y es con base en ese conflicto que se formulan los diversos cargos de la demanda. Cuando se presenta este tipo de conflicto el juez constitucional está llamado a aplicar el método de la *ponderación*, es decir, a so-

pesar los derechos constitucionales que se encuentran en colisión, en aras de alcanzar una armonización entre ellos, de ser posible, o de definir cuál ha de prevalecer”<sup>27</sup>.

Procedimiento que debe dotar a las víctimas de herramientas<sup>28</sup> para el esclarecimiento de la verdad judicial e histórica de todos los delitos, primordialmente aquellas graves violaciones a los derechos humanos proveyendo medios, instrumentos, cuerpo especial de investigación, entre otros para la adecuada indagación, investigación, imputación, acusación—aunque no fue prevista en la Ley 975 de 2005 de Justicia y Paz, se incluyó una audiencia de aceptación de cargos—, recursos y procedimientos que permitan el derecho al acceso a la justicia en cada una de las instancias procesales (art. 229 CN), inclusive hasta prever la instancia de casación. Como a su vez y como consecuencia de este se satisfaga el derecho a la justicia, en tanto se conmine las conductas consideradas delictivas<sup>29</sup> con penas que ajustándose a las obligaciones contraídas por Colombia en materia de derechos humanos, y a la búsqueda de la reconciliación nacional<sup>30</sup> permita la justiciabilidad de los alzados en armas que hayan incurrido en delitos distintos a los de contenido político, especialmente en crímenes violatorios del derecho internacional humanitario.

Ahora bien, la persecución penal en las etapas de indagación, investigación, juzgamiento y eventual condena exigen según las circunstancias cierto nivel tolerable de impunidad<sup>31</sup>, “respecto a este último asunto, la Corte ya ha indicado que los procesos de negociación con grupos irregulares deben respetar unas normas mínimas, cuyo núcleo esencial, por mandato de la propia Constitución, aparece como el límite constitucional inquebran-

table del ejercicio del poder de negociación del Estado (arts. 5.º, 93, 94, 150-17, 201-2 y 214 de la Carta). Estas normas mínimas, reconocidas adicionalmente en disposiciones internacionales que han sido libre y soberanamente incorporadas al derecho interno, vinculan al Estado al cumplimiento de una serie de obligaciones irrenunciables relacionadas con la satisfacción de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de infracciones al Derecho Internacional Humanitario y a la prevención de los delitos cometidos, es decir, a la real consolidación de la importante finalidad buscada por este tipo de leyes<sup>32</sup>.

Dentro de las negociaciones de paz, la pena fuera de sus fines tradicionales debe encontrar en la justicia restaurativa<sup>33</sup> parte de un contenido sancionatorio, del cual ROXIN<sup>34</sup> afirma que “obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser experimentada por él, a menudo más que la pena, algo necesario y justo y puede fomentar un reconocimiento de las normas. Por último, la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y, de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable. Además la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora, al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada –a menudo incluso independientemente de un castigo– la perturbación social originada por el delito”.

Así pues, finalmente con la reparación integral –estableciendo las garantías entre ellas medidas cautelares, suficientes para satisfacer la completa e integral reparación, así como medidas comprensivas de todo

el alcance en torno a la indemnización resarcimiento y asistencia a las víctimas–, y con la garantía de no repetición, se contextualiza el escenario propicio para la construcción de la paz.

Tal disposición legislativa constructiva de sociedad luego de la superación de un conflicto armado no puede ampararse en la justicia transicional, para después escudarse en la flexibilización de la persecución penal de determinados delitos, con intenciones de vulnerar desde su alcance y contenido las exigencias constitucionales imperativas para cualquier proceso de paz, las cuales “resultan ineludibles para el legislador en todo tiempo, por encontrar un fundamento permanente en las normas superiores que no se suspenden durante tales procesos de transición. Tales parámetros tienen que ver con asuntos como los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición, la razonabilidad de los términos judiciales, las condiciones en que pueden ser concedidas amnistías o indultos, la imprescriptibilidad de la acción penal respecto de ciertos delitos, y la necesidad de que ciertos recursos judiciales reconocidos dentro del proceso penal se establezcan no sólo a favor del procesado sino también de las víctimas, cuando el delito constituye un grave atentado<sup>35</sup>.”

Exigencias que, como la satisfacción al mandato constitucional del derecho a la igualdad de las víctimas en cualquier proceso penal, constituyen a su vez una garantía para la satisfacción de los denominados derechos de las víctimas.

Fundamentación que requiere a su vez un juicio de ponderación, que partiendo de una igualdad legal de reconocimiento a las víctimas en el régimen procesal penal colombiano acierte en el análisis del contexto fáctico del conflicto armado colombiano y halle en él distinciones razonables y pro-

porcionales<sup>36</sup>, que justifiquen constitucionalmente una especial protección a las víctimas de hechos punibles en este doloroso pasaje histórico, y que como consecuencia de tal juicio se establezca del crisol de derechos de las víctimas una protección reforzada de naturaleza legislativa.

Ahora bien, existe una inocultable simbiosis entre los derechos de la verdad, justicia y reparación y la garantía de la no repetición<sup>37</sup>, en tanto que para que se llegue a una y a otra en la víctima se necesita del soporte continuo que solo presta la adecuada satisfacción de los otros derechos. Por ello también en la edificación de una ley de justicia y paz el proceso de armonización legislativa entre los principios a la paz, justicia y derechos de las víctimas no puede presentarse un juicio de ponderación que determine la preeminencia de alguno de ellos de manera injustificada, puesto que fuera de ser argumentativamente incorrecto desde la perspectiva constitucional, tampoco ayuda a lograr la paz dado que su construcción debe someterse de manera imperativa a la satisfacción en mayor o menor medida de cada uno de los principios y valores en colisión.

Por ello, como conclusión preliminar, afirmamos que todos estos derechos anteriormente relacionados, en la medida de su exigibilidad deben llevarse a la práctica asumiendo un contenido especial, gracias a las concretas condiciones fácticas de desigualdad material, las cuales se basan tanto en la calidad de los delitos<sup>38</sup> en los que se incurren de manera recurrente en el transcurso de un conflicto armado como en el contexto de especial victimización de las víctimas de tales hechos punibles antes, durante y después del conflicto armado. Fenómeno que debe evitarse empezando por “concientizarse de la necesidad de preocuparse por la víctima del delito y no agra-

var su condición con el sentimiento de injusticia que experimenta al conocer que el aparato judicial del Estado otorga en la práctica mayor protección a los derechos del responsable de los perjuicios que ella padece, lo cual se traduce en una segunda victimización producida por aquellos a quienes corresponde sancionar la conducta que determinó una primera victimización, situación a todas luces aberrante e ilógica”<sup>39</sup>.

Contexto que fuera de considerarse razonable al punto de prestar suficiente mérito para un trato constitutivo de discriminación positiva<sup>40</sup>, de naturaleza legislativa que ampare y provea de un amparo suficiente<sup>41</sup>, y que se revele en esfuerzos extraordinarios “en investigación y castigo de los responsables de las infracciones más graves del DIH cometidas en el país en los últimos años. Para ello, se propuso seleccionar un número de casos atroces tales como las grandes masacres, las cadenas de homicidios por fuera de combate, de secuestros de desapariciones forzadas que hayan sido cometidos por los mismos sujetos o en ejecución de un mismo plan (que constituyan crímenes de lesa humanidad)<sup>42</sup>. Voluntad política que debe presentarse en la protección reforzada a las víctimas de delitos en el conflicto armado, con la finalidad de que las huellas de la confrontación bélica puedan empezar a sanar luego del proceso de reconciliación, con todas sus implicaciones.

#### V. CONTENIDO DEL DERECHO A LA IGUALDAD<sup>43</sup> DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL DENTRO DE LA EXPERIENCIA DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA

Gracias a la indeterminación<sup>44</sup> que en principio caracteriza al mandato constitucio-

nal de la igualdad, artículo 13, determinar el contenido del derecho fundamental de las víctimas a que en el marco normativo de justicia transicional se les trate con sometimiento del derecho a la igualdad no significa que se imponga un igualitarismo entre las distintas víctimas del delito en todos los contextos, porque tal tratamiento es discriminatorio, en tanto no reconocería la desigualdad fáctica parcial<sup>45</sup> existente entre cada una de ellas. Reconocimiento que es el primer paso para aplicar una igualdad valorativa relativa a determinados tratamientos<sup>46</sup>, sustentada ya no en el mandato de trato paritario<sup>47</sup> (art. 13 inc. 1.º CN), sino en el mandato de trato diferenciado<sup>48</sup> o deber de promoción (art. 13 inc. 2.º CN) que obliga al legislador a determinar el contenido de la disposición con base a una norma adscrita<sup>49</sup>.

De acuerdo con BERNAL PULIDO, el contenido de tales normas sólo puede ser aquel que resulte de una fundamentación correcta, basada en la Constitución y, en general, en el ordenamiento jurídico<sup>50</sup>. Exigencia que para el caso de las víctimas se cumpliría si y solo si el tratamiento normativo de justicia transicional materializa la posición de derecho fundamental<sup>51</sup> a la igualdad de las víctimas, en tanto el Estado ejecute una conducta positiva tendiente a garantizar eficazmente los derechos derivados de la condición de víctima<sup>52</sup> de delitos en un conflicto armado, y no solamente en “consideración de la víctima limitada solo al sujeto pasivo del delito, desconociendo que todo delito genera un número plural de ellas, la pocas alternativas legales para la intervención de las víctimas en el proceso penal, cuando no su absoluta imposibilidad, el desconocimiento de sus derechos y en no pocas ocasiones la burla de sus necesidades con sentencias inservibles por insolencia, real o simulada, del victimario, la

absolución del delincuente por error judicial o deficiencia en la actuación de los funcionarios, factores que han hecho del sistema penal un verdadero laberinto para las víctimas en el cual se sienten perdidas, estigmatizadas y olvidadas”<sup>53</sup>.

Inclusive criterios para el reconocimiento de la calidad de víctima que no restrinja su derecho a la igualdad—concepto que fuera de ser y tener contenido relacional tiene que construirse de manera específica aplicada al caso concreto—. Restricciones que en el sentir del Tribunal Constitucional en el examen de constitucionalidad de la Ley 975 de 2005 se consideran que violan el “derecho a la igualdad y los derechos de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo las disposiciones de la ley demandada que excluyen a los familiares que no tienen primer grado de consanguinidad con la víctima directa, de la posibilidad de que, a través de la demostración del daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas de que trata la ley demandada, puedan ser reconocidos como víctimas para los efectos de la mencionada Ley. También viola tales derechos excluir a los familiares de las víctimas directas cuando éstas no hayan muerto o desaparecido”<sup>54</sup>. Al respecto consideramos que si bien en el Código de Procedimiento Penal, artículo 132, entiendo por víctima a las “personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto”. Subordinándose tal precepto legal a aquella norma adscrita de prevalecía de la disposición más favorable de protección del derecho o cláusula hermenéutica de favorabilidad, que se edifica conforme a las coordenadas constitucionales emanadas del bloque de constitucionalidad al ampliar el ámbito de definición de víctima.

Conducta estatal que debe partir del contenido mínimo establecido en el régimen de enjuiciamiento común –Código de Procedimiento Penal-Ley 906 de 2004– e ir extendiendo el alcance de los derechos y garantías de las víctimas de manera proporcional<sup>55</sup> a la necesidad de protección reforzada, teniendo como punto de partida el contexto anteriormente referenciado de conflicto armado y macrocriminalidad que viene aparejado a la desigualdad material como condición constante de las víctimas, para justificar un trato diferenciado de éstas frente a su par de comparación<sup>56</sup>, las víctimas de los delitos de un contexto de no conflicto armado.

Así mismo como el cumplimiento del mandato general de igualdad es carente de toda carga argumentativa, el trato desigual por ser excepcional sí la requiere<sup>57</sup>. Es decir, que el marco legal de una ley de justicia y paz solo puede incurrir en distinciones justificadas constitucionalmente, como por ejemplo la propuesta en el presente escrito en donde planteamos que en virtud de la especial calidad de las víctimas del conflicto, el legislador debe destinar el alcance de los derechos de las víctimas reconocidas por el ordenamiento jurídico colombiano a un nivel donde su protección reforzada impida la victimización de las ya víctimas, y permita la consecuente construcción de una sociedad respetuosa de las instituciones democráticas. Ello nos lleva a otra conclusión que precisa que dentro de la reserva legal del legislador<sup>58</sup> en materia de restricción de derechos fundamentales se extralimita de sus competencias al restringir los derechos de las víctimas del conflicto armado, cuando una ley de enjuiciamiento penal especial restringe su contenido, alcance y justiciabilidad, sin ninguna razón constitucionalmente atendible<sup>59</sup>.

Uno de los casos en donde se observa un trato discriminatorio a las víctimas de los delitos en el conflicto armado, se manifiesta inclusive en la ya mencionada sentencia C-370 de 2006, en la que al estudiar el cargo de inconstitucionalidad contra el artículo 3.º de la Ley 975 de 2005 se halla que vulnera los derechos de las víctimas. Vulneración que en palabras de la Corte “Así acontece con la expresión del artículo 3.º que condiciona la suspensión de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, a la ‘colaboración con la justicia’. Esta exigencia formulada en términos tan genéricos, despojada de contenido específico, no satisface el derecho de las víctimas al goce efectivo de sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición. Esta colaboración podría limitarse a suministrar alguna información sobre las conductas de otros miembros de un grupo armado ilegal, en lugar de consistir en revelar de manera plena y fidedigna los hechos dentro de los cuales fueron cometidos los delitos por los que se aspira a recibir el beneficio de la alternatividad. Así entendida, la colaboración no respetaría el derecho de las víctimas a la verdad. Lo mismo podría decirse del derecho a la reparación. La colaboración con la justicia podría consistir en entregar los bienes ilícitos producto de la actividad delictiva, lo cual sería manifiestamente insuficiente para asegurar el goce efectivo del derecho de las víctimas a la reparación. La alternatividad penal parecería una afectación desproporcionada de los derechos de las víctimas si la “colaboración con la justicia” no comprendiera la integralidad de los derechos de tales víctimas, y si no exigiera de parte de quienes aspiran a acceder a tal beneficio acciones concretas encaminadas a asegurar el goce efectivo de estos derechos, que parecen enunciados en la propia Ley 975 de 2005”<sup>60</sup>.

Tales desigualdades manifiestas se repiten en el análisis jurisprudencial al punto de exigir el control sobre otras normas demandadas<sup>61</sup>, que arrojan la inconstitucionalidad de varias disposiciones al desconocer las exigencias constitucionales para la concesión de beneficios penales sin incurrir en la vulneración de los derechos de las víctimas –como por ejemplo en el marco del derecho a la verdad, uno de los cargos consideraba que el artículo 10.6 de la Ley 975 de 2005 incurría en un desigualdad negativa por omisión relativa negativa en el caso de los desaparecidos y los secuestrados, discriminación entre las víctimas de los secuestrados y los desaparecidos–. Hipótesis que a lo largo de la sentencia se pueden apreciar y ser objeto de análisis y crítica.

En donde el fallo resalta que “en esa medida resulta inconstitucional que el Estado colombiano otorgue beneficios penales a personas que son responsables del delito de desaparición forzada, sin que exija, como condición para el otorgamiento del beneficio, además de que hayan decidido desmovilizarse en el marco de esta ley que los responsables del delito hubieren indicado, desde el momento en el que se define su elegibilidad, el paradero de las personas desaparecidas. En efecto, tal y como se señaló en el caso anterior, el Estado no puede renunciar a utilizar todos los mecanismos a su alcance para prevenir delitos de suma gravedad y, en el caso en el cual se hubieren cometido, para interrumpir sus efectos sobre la víctima o sobre sus familiares”<sup>62</sup>.

Argumento que aunque cumple con la pretensión de corrección<sup>63</sup> del control de constitucionalidad al defender los derechos allí mencionados, creemos que excluye el argumento del derecho a la igualdad de las víctimas en tanto la disposición original de

la Ley 975 de 2005 genera en el goce de los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición por parte de las víctimas una restricción injustificada racional y razonablemente en el cumplimiento de una mandato constitucional, permitiendo como requisito de la desmovilización que sólo se entreguen a los secuestrados que el grupo armado fuera de la ley tiene en su poder, excluyendo la información sobre el paradero de los desaparecidos, exclusión legislativa que de manera directa al vulnerar el derecho a la igualdad, vulnera los demás derechos de los cuales son acreedoras las víctimas del delito de desaparición forzada.

Otra hipótesis se exterioriza en los supuestos de hecho previstos en la Ley 975 de 2005 (arts. 10.º, 10.2, 11, 13, 17, 18 y 46) sobre los bienes entregados por los desmovilizados para objeto de reparación de las víctimas en donde se observa una clara discriminación entre las víctimas cuya reparación se tramita por esta ley y aquellas a las que rige el Código de Procedimiento Penal, en donde prevé la Ley de Justicia y Paz de manera discriminatoria que sólo se responderá con la entrega de los bienes de origen ilícito, disminuyendo de manera injustificada la garantía de reparación<sup>64</sup> a las víctimas. Fenómeno discriminatorio que viene a ser reforzado en nuestro concepto por los argumentos de la Corte<sup>65</sup> que explica que la aplicación de tal disposición puede llegar a generar impunidad que se busca impedir.

Por último y dejando infinidad de dimensiones probables del derecho a la igualdad de las víctimas por fuera del presente escrito, concluimos estando en desacuerdo con la Corte en el argumento convertido en cosa juzgada constitucional de que una ley con ese contenido puede ser tramitada por vía de ley ordinaria, ateniéndose a lo

resuelto en la Sentencia C-319 de 2006, cuyo principal argumento es que tal ley no tiene por objeto disponer del contenido esencial de los derechos de las víctimas, ni regularlos de manera íntegra, estructural y completa. Tesis que no compartimos por considerar que dado la ineficacia práctica del Código de Procedimiento Penal para lograr un acuerdo en la escena de una negociación, una ley producto de una política seria y comprometida con un proyecto social de reconstrucción institucional respetuosa de los derechos humanos para lograr la paz, indefectiblemente tendrá en su contenido disposiciones que fueron objeto de juicios de ponderación e igualdad, que axiomáticamente tendrá que ver con principios y derechos fundamentales, como los derechos de las víctimas<sup>66</sup>.

## CONCLUSIONES

I. La experiencia de justicia transicional en Colombia es de necesaria implementación para llegar a la paz. Pero su implementación debe obedecer una orientación constitucionalmente correcta, como unos límites que impidan la impunidad de las violaciones al derecho internacional humanitario.

II. La dimensión del derecho a la igualdad de las víctimas en un proceso de paz no se circunscribe a que se le adscriban los mismos derechos de todas las víctimas reconocidas por el ordenamiento jurídico, sino a que luego de un juicio de ponderación riguroso se refuerce su protección ampliando su amparo en virtud de las especiales condiciones fácticas que rodean un conflicto armado.

III. El derecho a la igualdad no es un fin en sí mismo, por ello su vulneración se da de manera concomitante con la viola-

ción de otro derecho fundamental. Es decir, si el legislador discrimina de manera injustificada a las víctimas del conflicto armado en Colombia, estaría inmerso en una trasgresión a los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

ÁNGEL FERNANDO CASTRO

1. EDUARDO MONTEALEGRE, LYNETT. “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs”, en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 26: “[...] *lo que protege el derecho penal son los mecanismos que permiten mantener la identidad de una sociedad, es decir, las expectativas fundamentales para sus constitución*. Para una sociedad, por ejemplo, es básico contar con la expectativa de que se respetará la vida de sus miembros, y en general sus derechos constitucionales, porque de lo contrario se correría el riesgo de su desintegración. MIGUEL POLAINO NAVARRETE. *Naturaleza del deber jurídico y función ético-social del Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 10 y ss. [...] en el sentido de entender que puede –y debe– compatibilizarse la irrenunciable función sustancial del derecho penal, consistente en la tutela de *bienes jurídicos*, y la prevención de la criminalidad, con el de la *identidad* normativa de la sociedad y la reafirmación de la vigencia del ordenamiento infringido, mediante la aplicación del derecho, al constituir tal aseguramiento y tal reafirmación, a nuestro entender, más que una función legitimadora en sí, una consecuencia esencial derivada de aquella función tutelar-preventiva del derecho penal. CLAUS ROXIN. *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 51 y ss. “Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio político-criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. *Su descripción se deriva del cometido del derecho penal que aquí se entiende como “protección subsidiaria de bienes jurídicos”* [...] La derivación del bien jurídico de la Constitución: El punto de vista correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los *principios constitucionales*. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente solo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la ley fundamental (GG

ley Fundamental de la República Federal de Alemania 1949), de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: *los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema* [...] 1. las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos [...] 2. Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos [...] Las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos. Para profundizar en el debate, cfr. CARLOS BERNAL PULIDO. “El principio de proporcionalidad de la legislación penal”, en *XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 174 y ss. FRANCISCO MUÑOZ CONDE. *Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal. El nuevo derecho penal español*. Madrid, Aranzadi, 2001, pp. 561 y ss. JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS. “La conceptualización del bien jurídico protegido”, en *Política criminal y derecho penal*. Valencia, Tirant lo blanch, 2003, pp. 13 y ss. Así mismo, entre muchas otras, las sentencias C-565 de 1993 y C-026 de 1995”. También en la Jurisprudencia de Control de Constitucionalidad de la Corte. Sentencia C-1112 de 2000, siguiendo el precedente establecido entre otras por las sentencias C-125 de 1996, C-430 de 1996, C-626 de 1996, C-591 de 1993 y C-592 de 1997.

2. Palabras de Paz. Discursos premios Nobel. Médicos sin Fronteras (Bélgica). Premio Nobel de Paz 1999. Una Ética del rechazo. “La acción humanitaria requiere un marco en el cual actuar. En situación de conflicto, dicho marco es la ley internacional humanitaria. Esta establece derechos para las víctimas, fija la responsabilidad de los Estado para asegurar el respeto de estos derechos y sanciona su violación como crímenes de guerra. En la actualidad, ese marco es claramente disfuncional, se rechaza con frecuencia el acceso de las víctimas del conflicto” [...] En esta disfunción, exigimos a los políticos que asuma su ineludible responsabilidad. El humanitarismo no es una herramienta para acabar con la guerra ni para crear paz *es una respuesta ciudadana al fracaso político, es un acto inmediato y a corto plazo que no puede borrar la necesidad de responsabilidad política a largo plazo*.

3. HERNANDO BARRETO ARDILA. “La Ley de Justi-

cia y Paz frente a la Corte Penal internacional”, en *xxviii Jornadas internacionales de derecho penal*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, n.º 81, mayo-agosto de 2006, p. 60, citando la sentencia C-370 de 2006. En donde también se encuentran otras apreciaciones como: [...] La comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado “justicia transicional” o “justicia de transición”, pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción [...] Para una ilustración sobre las distintas experiencias de justicia transicional, cfr. también ANTONIO CASSESE y MIREILLE DELMAS-MARTY. *Crímenes internacionales y Jurisdicciones internacionales*. Trad. de HORACIO PONS. Bogotá, Norma, 2004. SANDRINE LEFRANC. *Políticas del perdón*. Bogotá, Norma, 2002. Primera Parte. Salir de los regímenes autoritarios. IVÁN OROZCO ABAD. “Sobre los límites de la conciencia humanitaria”, en *Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá, Temis, 2005, entre otros.

4. Ley 975 de 2005, art. 71. *Sedición*. Adicionase al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: “También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión [...] Mantendrá plena vigencia el numeral 10 del artículo 3.º de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988 e incorporado a la legislación nacional mediante Ley 67 de 1993”. Declarado Inexequible por vicios en su formación por la Corte Constitucional en reciente sentencia C-370 de 2006.

5. Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE. *Derecho penal y control social*. Bogotá, Temis, 2004, pp. 26 y ss. DíEZ RIPOLLÉS. *Política criminal*, cit., pp. 16 y ss. Juan J. BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZABAL MALARÉE. *Nuevo sistema de derecho Penal*. Madrid, Trotta, 2004, pp. 19 y ss.

6. Cfr. Sentencia C-1112 de 2000.

7. Código Penal colombiano. Ley 599 de 2000, art. 4.º “*Funciones de la Pena*. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa,

prevención especial, reinserción social y protección al condenado.” Para ahondar en la discusión sobre la función de la pena en la experiencia de justicia transicional colombiana, cfr. BARRETO ARDILA. “La Ley de Justicia y Paz frente a la Corte Penal Internacional”, cit., pp. 52 y ss.

8. Sentencia C-228 de 2002. Entre otras sentencias C-916 de 2002, C-454 de 2006, y C-370 de 2006.

9. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos. *Compilación de Instrumentos Internacionales. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*. Bogotá, 2001, p. 141. “*Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* [...] A. “Impunidad [...] p. 145. II. Derecho a la justicia. A. Principios generales. Principio 19. Garantías contra la utilización de la reconciliación o el perdón para fomentar la impunidad.

CASSESE y DELMAS-MARTY. *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, cit. “El Estado soberano tiende a procurar realizar sus intereses a corto plazo, y lo hace con demasiada frecuencia en detrimento de los intereses de la comunidad internacional. Apunta a proteger a sus nacionales aun cuando transgredan ciertos valores fundamentales de dicha comunidad. Los ampara sobre todo si esos naturales actúan como órganos estatales (Jefes de Estado, Ministros, militares de alto rango, parlamentarios, etc.). En síntesis, especialmente cuando se trata de *crímenes internacionales tan graves como los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio, la tortura o el terrorismo internacional*”.

10. Ídem. “*Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* [...] Principio 20. Deberes de los Estados en materia de administración de justicia [...]”

11. Sentencia C-370 de 2006 en las consideraciones “4.5. Como conclusiones relevantes para el estudio de constitucionalidad que adelanta ahora la Corporación, extraídas de las Sentencias que se acaban de citar, la Corte señala las siguientes: [...]”4.5.6. La impunidad ha sido definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”. Los estados están en la obligación de prevenir la impunidad, toda vez

que propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares. En tal virtud están obligados a investigar de oficio los graves atropellos en contra de los derechos humanos, sin dilación y en forma seria, imparcial y efectiva”. Entre otras importantes conclusiones a este también se destacan: “[...] *obligación de prevención* [...] *obligación de investigación* [...] *obligación de procesamiento y sanción judicial*. Entre otros de igual jerarquía. Por su parte la Corte en esta sentencia hace alusión a los 4.7. 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 [...] Conforme a dicho informe, en adelante llamado “Informe Joinet”, a las víctimas les asisten los siguientes derechos: [...] a) El derecho a saber de la víctima; [...] b) El derecho de la víctima a la justicia, y [...] c) El derecho a la reparación de la víctima”. Entre el análisis de otros instrumentos y pronunciamientos internacionales torno a los derechos de las víctimas subsiguientes 4.8. Los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

12. PILAR GAITÁN, PAVIA, RODRIGO PARDO, GARCIA-PEÑA y JUAN MANUEL OSORIO. *Comunidad internacional, conflicto armado y perspectivas de paz en Colombia*, Bogotá, Alfaomega, 2002, p. 17. Debate y ensayo “Globalización, justicia internacional, conflicto armado y proceso de paz”, “La importancia que ha adquirido la cooperación judicial internacional entre los Estados puede, así mismo, incidir en los procesos de paz que se adelantan y reducir sensiblemente el margen de tolerancia frente a la impunidad que pueda generar la solución política del conflicto [...] Las legislaciones nacionales que le dan un tratamiento supranacional a las más graves violaciones a los derechos humanos en casos tales como el del general PINOCHET y el del primer ministro ARIEL SHARON, la creación de tribunales Internacionales *ad-hoc* para Ruanda y la ex Yugoslavia, que conocen de cosos como el del ex jefe de gobierno SLOBODAN MILOSEVIC, el acuerdo para establecer un tribunal en Sierra Leona y el establecimiento de una Corte Penal Internacional, ilustran los esfuerzos que se adelantan a nivel mundial para cerrarle el paso a la impunidad [...] Lo anterior es directamente aplicable a la crisis humanitaria colombiana que inquieta en alto grado a la comunidad internacional y constituye uno de los casos prioritarios para los organismos encargados de la defensa de los derechos humanos. En este marco se

planteó la necesidad de diseñar un esquema de tratamiento de justicia hacia el pasado, que tenga en cuenta las exigencias de la globalización, que se haga cargo de las particularidades de la situación nacional y que reconozca la imposibilidad de esclarecer y castigar todos los hechos producto de la violencia política. Reviste la mayor importancia el que los autores de las atrocidades sean juzgados y condenados por los propios tribunales y, en esa medida, que la justicia internacional se constituya en un factor de impulso y complementariedad [...] como marco general se consideró que el límite de lo que puede ser perdonado, en aras de la paz, debe estar trazado por el derecho internacional humanitario, es así como la premisa sería que las infracciones graves al DIH no pueden ser objeto del perdón y olvido, mientras que los actos de violencia que no lo trasgreden, sí pueden serlo”.

13. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZABAL, MALARÉE. *Nuevo sistema de derecho penal*, cit., p. 21. “Con la norma que ha definido el delito ha tenido lugar la incriminación primaria y con la sentencia condenatoria que ha definido al delincuente ha tenido lugar la incriminación secundaria [...] p. 25. “El momento de creación de la norma o *criminalización primaria*, o de definición del delito, y el momento de aplicación de la norma o de *criminalización secundaria*”.

14. JAIME MALAMUD GOTI. “Igualdad, castigo y confianza”, en [<http://islandia.law.yale.edu/sela/malams.pdf>]. “En un libro recientemente publicado sobre teoría del derecho; GEORGE P. FLETCHER (*Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford, 1996) sostiene que los delitos generan desigualdades, es decir un desequilibrio entre el delincuente y la víctima (destacado fuera del texto original). El delito –al menos el delito violento– es una fuente de dominación que la sanción penal tiende a neutralizar. FLETCHER distingue entre formas de dominación genéricas y violentas [...] Siguiendo el esquema de BENTHAM –cita 3. JEREMY BENTHAM. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. BURNS y H. L. A. HART (eds.), Oxford, 1996, pp. 143 y 144–, FLETCHER considera al castigo como un medio de restablecer esta igualdad en relación a dos tipos de daño que el crimen produce: el daño *original* (y *concreto*) sufrido por aquellos que han sido violados, robados, o secuestrados; y el daño *secundario*: en términos generales, el padecimiento de inseguridad y de miedo que padece el resto de la comunidad. Parece claro que más allá de su blanco directo, los autores violentos adquieren un cierto

dominio sobre los demás miembros de la comunidad, sembrando en ellos el temor de que sus derechos también sean infringidos. Un estado terrorista es el más claro ejemplo de esta segunda forma de dominación cuando, inmunes al castigo, los escuadrones de la muerte siembran angustia e inseguridad en la población. El castigo subsana este desequilibrio; en cambio, *la impunidad asegura el dominio sostenido del transgresor y genera en la víctima directa y en quienes se identifican con ella un sentimiento de discriminación*” (cursiva fuera del original).

15. Recordando la reflexión hecha por URBANO MARTÍNEZ en su intervención las XXVIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal realizadas en la Universidad Externado de Colombia, los días 16, 17 y 18 de agosto de 2006, respecto del tema de las víctimas, y a ARANGO RIVADENEIRA en intervenciones sobre el mismo. La aplicación de la fórmula de GUSTAV RADBRUCH “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el derecho positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en tanto “derecho injusto”, tenga que ceder ante la justicia” –cfr. ROBERT ALEXY. *Concepto y validez del derecho*. Madrid, Gedisa, 1994, p. 34–, que lleva a la conclusión de que una disposición que sobrepase ese umbral de respeto mínimo a los Derechos Humanos y pretenda perpetuar la dominación subsiguiente a su impunidad no es derecho y por consiguiente debe dar paso al orden constitucionalmente correcto (cfr. ALEXY. *Concepto y validez del derecho*, cit., p. 41).

16. CARL JOACHIM FRIEDRICH. *Filosofía del derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 287.

17. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Compilación internacional de Derecho Penal Internacional “El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional*. Bogotá, 2003, p. 24. Artículo 17 numeral 1. La Corte teniendo en cuenta el Preámbulo y el artículo 1.º resolverá la admisibilidad de un asunto cuando: [...] a) El asunto sea objeto de investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”. Estatuto Ratificado por Colombia por medio de la Ley 742 de 2002.

18. Cfr. CAMILO BORRERO, MARÍA CLARA GALVIS y RODRIGO UPRIMNY. “La igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”. *Revista Pensamiento Jurídico*. Universidad Nacional de Colombia, n.º 15, 2002, pp. 347 y ss.

19. Cfr. HANS KELSEN. *¿Que es Justicia?* México, Fontamara, 2001.

20. Cfr. Sobre la paz como una política de Estado y no como política de un cuatrienio. EDUARDO POSADA CARBÓ, MACOLM DEAS y CHARLES POWELL. *La Paz y sus principios*. Bogotá, Alfa Omega, 2002, pp. 1 a 8. Capítulo: ¿La Paz como política de Estado?

21. JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, 5.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 37: “F. Constitución y principio de igualdad [...] En la Constitución se encuentra presente la colisión entre la igualdad jurídica de las personas y el reconocimiento de su distinta situación de hecho y de derecho. En tanto que superación y no negación del Estado de Derecho, el Estado social de derecho esta en la obligación de resolver satisfactoriamente ambos extremos. Así, ha de asegurar que todas las personas sean iguales ante la ley y que reciban el mismo tratamiento y protección del Estado. A la vez, ha de brindar un trato distinto a aquellos que se encuentren en una situación de hecho o derecho diferente”. También para tener una visión del derecho a la igualdad y acceso a la administración de justicia remitirse al capítulo cuarto denominado: Igualdad de Armas y Sistema de Partes.

22. Cfr. JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA. *La construcción victimológica del proceso penal. Los derechos humanos de las víctimas del delito*. Bogotá, Legis y Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 738 y ss.

23. Pronunciamientos de la Corte Constitucional han profundizado en su análisis, entre ellos se encuentra las sentencias C-840 de 2000, C-592 de 1998, C-093 de 1993, C-394 de 1995, C-394 de 1995, C-1112 de 2000, entre otras providencias.

24. CARLOS BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 257: [...] “A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en situaciones idénticas; 2. Un mandato de trato totalmente diferenciados a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las

similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de las diferencias); 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en otra parte diversa. Pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud). (Cita 4. Creemos que la diferenciación entre estos cuatro mandatos que se derivan del principio de igualdad tiene mayor capacidad analítica y explicativa que la famosa fórmula recogida por la Corte Constitucional para definir este principio: “hay que tratar igual a lo igual, y desigual a los desigual”. Cfr. Sentencia C-022 de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Esta fórmula no constituye un avance significativo en el procedimiento de interpretación del principio de igualdad, pues no resuelve la pregunta relevante: ¿Cuándo dos situaciones deben considerarse iguales o desiguales? Para ahondar en la discusión sobre el Principio de Igualdad en los Derechos de las Víctimas.

25. Artículo 13 CN. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciban 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 [...] El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados [...] El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., p. 257: “[...] Como derecho, la igualdad atribuye al individuo (sujeto activo) el derecho de exigir del Estado o de los particulares (el sujeto pasivo) el cumplimiento de los mandatos que se derivan del principio de igualdad.. en todo caso, el principio y el derecho a la igualdad se proyectan en dos niveles distintos: la igualdad ante la ley –nota del autor del presente artículo: Igualdad Formal– y la igualdad en la ley. Cfr. ROBERT ALEXEY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 383: “[...] la igualdad en la formulación del Derecho [...]”]; p. 385: [...] Por lo tanto, el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los

respectos; p. 386: [...] “Se llega a una vinculación concreta del legislador sólo si la fórmula “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”, no es interpretada como exigencia dirigida a la formal lógica de las normas sino como exigencia a su contenido, es decir, no en el sentido de un mandato de igualdad *formal* sino *material* [...]”.

26. Para una visión introductoria más amplia del fenómeno de la violencia en Colombia. CARLOS EDUARDO POSADA, ARMANDO MONTENEGRO y EDUARDO POSADA CARBÓ. *La violencia en Colombia*, Bogotá, Alfaomega, 2001; ID. *¿Guerra Civil?*, Bogotá, Alfaomega, 2001.

27. Sentencia C-370 de 2006, cit. Entre las consideraciones de la Corte se estima de manera reiterada como lo ha venido haciendo en el transcurso de su línea jurisprudencial “5. [...] 5.1. En el anterior capítulo de la sentencia se ha recordado la importancia constitucional e internacional de la *paz*, *la justicia* y *los derechos de las víctimas* (cursivas fuera del texto original). Y se ha resaltado que la tensión entre estos derechos se manifiesta de manera distinta dependiendo de diversos factores, dentro de los cuales se destaca, para este caso, la adopción de instrumentos legislativos y judiciales para promover la transición hacia la paz en un contexto democrático [...] 5.4. [...] 5.13. La competencia del Legislador para diseñar los instrumentos de orden penal encaminados a lograr la paz es amplia, pero no ilimitada. Su amplitud reside en que en materia penal existen múltiples alternativas de regulación compatibles con la Constitución, y el Legislador puede adoptar el diseño normativo que mejor se adecue a los fines que pretende alcanzar en cada contexto. Cuando la regulación penal está dirigida a alcanzar la paz, la amplitud del margen de configuración del Legislador es aún mayor.

28. Cfr. JORGE EDUARDO CARRANZA PIÑA. *Fundamentos sobre verdad, justicia y reparación*. Bogotá, Leyer, 2005, pp. 141 y ss.

29. IVÁN GONZÁLEZ AMADO. “Criminología y política criminal oficiales en la Colombia actual”, en *Dogmática y Criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*. Bogotá, Legis, 2005, p. 247: “[...] En otra manifestación de esta corriente oficial, se encuentran ideas enfrentadas e incoherentes, como la intención de cobijar bajo un mismo supuesto delictivo varios comportamientos de diferente naturaleza y resultados (cita 13. Así se encuentra en la ley denominada De Justicia y Paz, en la que se redefinió el delito de sedición con el inocultable propósito de favorecer a los miembros

de grupos de autodefensas), y la sostenida insistencia en de combatir diversas manifestaciones de grupos armados como constitutivas de terrorismo”.

30. RICARDO DE LIMA. “Paramilitares, conflicto y política en Colombia”. *Revista Foro* n.º 53, mayo de 2005. “No obstante, también es cierto que este consenso mayoritario alrededor de una negociación con el paramilitarismo exige que se de en el marco de verdad, justicia, y reparación, a las víctimas y que se sujete a los mínimos estándares internacionales en materia de derechos humanos [...] Nuestra hipótesis, que trataremos de demostrar [...] es que el proyecto aprobado por las comisiones primeras de Cámara y Senado no cumple con estos requisitos y que la consecuencia será una incertidumbre jurídica en el resultado final y la posibilidad muy alta de que el Estado colombiano sea obligado por la justicia internacional a replantear el proceso jurídico, con penas acordes a los crímenes y con reparación integral a las víctimas, parte de la cual sea la construcción de la verdad sobre los miles y miles de crímenes cometidos por estos grupos irregulares”.

31. Sentencia C-370 de 2006, cit. En el juicio ponderación ejecutado por la Corte Constitucional se pone de presente tal consideración como punto de partida “5.5. [...] 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; así lo ha demostrado la experiencia histórica de distintos países que han superado conflictos armados internos [...] 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 [...]”.

32. Sentencia 370 de 2006, cit. Entre las consideraciones [...] 6.2.2.1.7.3.

33. BARRETO ARDILA. “La ley de justicia y paz frente a la Corte Penal Internacional”, cit., pp. 61 y ss.

34. ROXIN. *Tratado...*, cit., pp. 108 y ss. “[...] En cambio hay motivos convincentes que hablan a favor de una amplia inclusión de la reparación del

daño en el Derecho Penal. Pues con ello se sirve más a los intereses de la víctima que con una pena privativa de la libertad o de multa, que a menudo realmente frustran una reparación del daño por el autor [...] y en delitos más graves la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena [...] La reparación del daño no es, según esta concepción, una cuestión jurídico-civil, sin que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador”. Para informarse sobre el estado de la cuestión cfr. GÜNTHER JAKOBS. “La pena como reparación de daño”, en *Dogmática y criminología*. Trad. MANUEL CANCIO MELIÁ. Bogotá, Legis, 2005; GONZÁLEZ AMADO. *Criminología y política criminal oficiales en la Colombia actual*, cit., p. 247.

35. Sentencia C-370 de 2006, “4.9.1”.

36. Sentencia C-1112 de 2000, cit. [...] en cuyas consideraciones fortalece nuestra tesis en tanto la hace extensible como ya se dijo en materia penal no solo al proceso de conminación penal, sino a toda aquella regulación que implique una colisión entre principios, valores y derechos fundamentales, tanto del infractor de la ley penal como de las víctimas [...] Esta es una labor de ponderación sobre la cual, la Corte ya ha tenido la oportunidad de referirse señalando que, no obstante reconocérsele a la rama legislativa plena libertad de configuración (cita 4. Cfr. entre otras, las sentencias C-591 de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; C-430 de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ; C-626 de 1996, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ y C-592 de 1997, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ) en materia penal, cuando hace uso de las herramientas para proteger un bien en particular, no está autorizado para hacer distinciones que no estén fundadas en razones legítimas (cursivas fuera del original) (cita 5. Cfr. Sentencia C-285 de 1997, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ) o contrariar los preceptos fundamentales (cita 6. Cfr. Sentencia C-013 de 1997, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ) que articulan el ordenamiento constitucional.

37. Sentencia C-370 de 2006, cit. Entre los cargos presentados por los accionantes se proyectó también [...] “3.1.2.5. Violación del derecho a obtener garantías de no repetición de las conductas lesivas de los derechos de las víctimas”. Y la Corte lo reconoce en la sentencia derecho de las víctimas.

38. ÁLVARO TIRADO MEJÍA. *Hacia una concepción global de los Derechos Humanos*. Bogotá, Cerec. s. f., p. 51: “Como resultado de estos procesos y de

otros, que consideraré luego, Colombia ha llegado a ser uno de los países más violentos de la tierra. Asesinatos de toda índole, secuestros, extorsiones, desapariciones, tomas de poblaciones, atentados terroristas y amenazas de muerte se han vuelto parte integrante de nuestra crónica cotidiana en una proporción tal que ya no puede explicarse por ningún análisis económico global [...]”. Constitutivos la gran mayoría de violaciones del derecho internacional humanitario, cuyo tratamiento exige especial atención en un proceso de paz como se menciona en la sentencia C-370 de 2006, cit. “6.2.2.1.7.24. Cuando se trata del ocultamiento de delitos, inclusive tan graves como masacres, secuestros masivos, asesinatos y desapariciones, bombardeo de pueblos o de lugares de culto, reclutamiento masivo de menores, entre otros, el tránsito de sus autores a la vida civil estimulado por el beneficio de la reducción de la pena efectiva a cumplir supone, cuando menos, que estos satisfagan de manera completa y fidedigna el derecho de las víctimas a la verdad”.

39. VICENTE EMILIO GAVIRIA LONDOÑO. *Algunos aspectos civiles dentro del proceso penal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995. Cfr. también JAIRO RINCÓN ACHURY. *La víctima, la justicia restaurativa y el sistema acusatorio*. Tesis de grado. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

40. TIRADO MEJÍA. *Hacia una concepción...*, cit., p. 52: “[...] Este hecho que debemos afrontar en toda su magnitud, sin tratar de disimularlo ante nosotros mismos ni ante el mundo, dificulta enormemente los innegables esfuerzos del gobierno por encontrar una salida política por medio del diálogo –procesos de paz con la guerrilla del M-19 a finales de los años 80. Aclaración del autor del presente escrito– pobreza absoluta, la preservación y ampliación de las instituciones democráticas, es preciso reconocer que nos encontramos ante una verdadera crisis de civilización política, ante una caída de valores elementales de convivencia, como son la tolerancia, el respeto a la vida y el respeto a las diferencias”.

41. BERNAL PULIDO. “El principio de proporcionalidad de la legislación penal”, cit., p. 160: “[...] El legislador penal no sólo puede vulnerar los derechos fundamentales por un exceso de severidad de sus medidas (por ejemplo, la vulneración del derecho de libertad a causa de una pena exagerada), sino también porque la severidad de sus previsiones no alcance a ofrecer una protección suficiente a los derechos y demás bienes constitucionales que se lo

ordenan [...] reflexión que hacemos extensiva no solo al ejercicio del *ius puniendi* por parte del estado, sino que también en el ejercicio de la reserva legal de reglamentación de los derechos fundamentales de contenido procesal se puede llegar a una deficiencia de protección.

42. GAITÁN PAVIA, PARDO GARCÍA-PEÑA y OSORIO. *Comunidad internacional, conflicto armado y perspectivas de paz en Colombia*, cit., p. 19.

43. Sentencia C-576 de 2004 [...] El punto de partida del análisis del derecho a la igualdad es la fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”, ARISTÓTELES, *Política* III 9 (1280a): “Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”. Sentencia C-900 de 2003. Alcance y concepto que se construye a partir de situaciones concretas “El derecho a la igualdad no implica tratamiento idéntico a supuestos o situaciones diversos [...] Así, pues, el derecho a la igualdad es un concepto que se construye a partir de las situaciones concretas en que se encuentran las personas. Si bien se consagró desde las primeras declaraciones de derecho ‘que todas las personas son iguales ante la ley’, ello no implica, de modo alguno, que las autoridades públicas estén obligadas a dispensar a todas las personas el mismo tratamiento, debido a que ello entrañaría odiosas discriminaciones, teniendo en cuenta que no todas las personas se encuentran en circunstancias idénticas, al ser unos fuertes y otros débiles, unos pobres y otros ricos, etc.”. También cfr. BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE. LYNETT. *El proceso penal*, cit., pp. 39 y ss. “F. Constitución y Principio de Igualdad” [...] “Así como es necesario garantizar la igualdad en la ley y en su aplicación, resulta exigible, en ciertos casos, brindar un trato distinto. El artículo 13 CN dispone que el Estado tiene el deber de remover las causas que impiden una igualdad real. Tales causas, además de ser normativas, pueden responder a situaciones *de facto*. En tales eventos, la aplicación igualitaria de la ley implicaría, en la práctica, un trato discriminatorio”, p. 40: “La igualdad, en el Estado social de derecho, no consiste en la ausencia de toda distinción respecto de situaciones disímiles, sino precisamente en el adecuado trato a los fenómenos que surgen en el seno de la sociedad, diferenciando las hipótesis que son iguales entre sí –las que exigen una misma respuesta de la ley y de la autoridad– de aquéllas

que son diversas, pues respecto de estas últimas la norma razonable no debe responder al igualitarismo ciego –lo que quebrantaría la igualdad– sino primordialmente al equilibrio que impone un trato divergente para circunstancias no coincidentes”.

44. Cfr. CARLOS BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 79: “A causa de su redacción lapidaria, casi todas las disposiciones de derecho fundamental presentan un elevado grado de indeterminación normativa. Como consecuencia de esta circunstancia, a cada una de estas disposiciones puede serle adscrita interpretativamente una multiplicidad de normas de derecho fundamental”.

45. Cfr. ALEXEY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 387 y ss.

46. Ídem.

47. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., p. 258.

48. Sentencia C-900 de 2003, cit.: “Sin embargo, para mantener el primado del derecho a la igualdad la ley puede dar un tratamiento desigual a personas colocadas en supuestos desiguales. Eventos en los cuales dichos tratamientos deben estar plenamente justificados, de una manera razonable y proporcionada”.

49. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., p. 260: “[...] Las Normas Adscritas prescriben el *deber ser* que se desprende de las disposiciones constitucionales para cada caso concreto, de acuerdo con sus circunstancias específicas. En lo que concierne al principio de igualdad, las normas adscritas que la Corte Constitucional concrete establecerán si un determinado trato diferenciado será prohibido, ordenado o permitido por el artículo 13 CP”. También citado por BERNAL BORRERO, GALVIS y UPRIMNY YEPES. *La igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, cit., p. 350. También cfr. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 80 y ss.

50. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., p. 261.

51. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 81. “Ahora bien, las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas entre los individuos o entre los individuos y el Estado. Como tales, las posiciones de derecho fundamental son una especie de la amplia gama de relaciones jurídicas existentes en el derecho [...] presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un

objeto [...]”.

52. La sentencia C-370 de 2006, cit.: “4.9.11.4. La Corte ha entendido el *derecho a la verdad* como la posibilidad de conocer lo que sucedió y de buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. *El derecho a la justicia* como aquel que en cada caso concreto proscribe la impunidad. Y el *derecho a la reparación*, como aquel que comprende obtener una compensación económica, pero que no se limita a ello sino que abarca medidas individuales y colectivas tendientes, en su conjunto, a restablecer la situación de las víctimas”. Por otra parte, uno de los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre los derechos de las víctimas fuera del realizado con ocasión de la sentencia C-370 de 2006, fue la C-454 de 2006 que en examen de constitucionalidad a la Ley 906 de 2005 reitero los derechos de las víctimas. Entre otras sentencias de vital importancia como las sentencias C-228 de 2002 y C-1149 de 2001 referenciadas de manera recurrente en la doctrina como en el artículo ya mencionado de SAMPEDRO ARRUBLA.

53. SAMPEDRO ARRUBLA. “La construcción victimológica del proceso penal. Los derechos humanos de las víctimas del delito”, cit., p. 736.

54. Cfr. Sentencia C-370 de 2006, cit. Entre otras hipótesis encontradas, la demanda de inconstitucionalidad hace referencia la definición de víctima hecha por la Ley 975 de 2005 y a quienes cobija esto artículos 5.º, 47 y 48, reparación integral artículo 23. Sobre cuyo cargo la Corte se pronuncia y afirma “[...] 6.2.4.2.15 y 6.2.3.2.1.3. *El acceso de la víctima al proceso penal*. Uno de los aportes más relevantes que ha hecho la jurisprudencia internacional en materia de derechos de las víctimas, es la consolidación de su derecho a gozar de las más amplias oportunidades de participar en los procesos penales por los delitos que se perpetraron en su contra, lo cual incluye el pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de la investigación y el juicio correspondiente (cita 179. cfr. Corte IDH. *Caso Huilca Tecse*. Sentencia del 3 de marzo de 2005, serie C n.º 121, párr. 107). Resalta la Corte que estos derechos de las víctimas gozan, hoy en día, de reconocimiento prácticamente universal, y que estos han de garantizarse dentro del ordenamiento constitucional y legal colombiano, independientemente del estatus específico que tengan dichas víctimas dentro del sistema de procedimiento penal consagrado en los códigos nacionales”. Cfr. BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, cit., pp. 344 y ss.

55. *Ibíd.*, p. 35. “El principio de proporcionalidad equivale a una “prohibición de exceso”, deducido jurisprudencialmente de los artículos 1.º (Estado social de Derecho, Principio de dignidad humana), 2.º (Principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5.º (Reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6.º (Responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 CN. (Proporcionalidad de las medidas excepcionales)”, p. 36. “El juicio de proporcionalidad consiste en establecer si la medida persigue un fin constitucionalmente válido, resulta idónea y necesaria y, finalmente, resulta proporcionada en sentido estricto”, p. 39. Una democracia constitucional no sería tal si al legislador no se le brindaran espacios de configuración normativa. Tales espacios comprenden la posibilidad de establecer tratamientos disímiles en distintas arreadse la sociedad, teniendo como norte, claro está, la obligación de respetar los derechos constitucionales de los asociados.

56. Cfr. ALEXEY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 388.

57. Sentencia C-572 de 2004, cit.: “De tal disposición se deduce que la regla general es la igualdad entre las personas o grupos de personas y que sólo por excepción puede dárseles un trato desigual, por lo cual cuando la ley o la autoridad política les dispensa un trato igual no tienen carga alguna de argumentación y, por el contrario, cuando les otorga un trato desigual debe sustentar su decisión en una justificación objetiva y razonable; de no existir ésta, el trato desigual no será legítimo a la luz de la Constitución, sino arbitrario, y configurará una discriminación”.

58. Cfr. BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, cit., p. 33: “E. Principio Democrático: Núcleo esencial de los derechos y juicio de proporcionalidad”.

59. En el transcurso del presente año la Corte Constitucional en sede de control de constitucionalidad ha resultado varias demandas contra la Ley 975 de 2005 de “Justicia y Paz”. En varios pronunciamientos: C-127 de 2006 donde la Corte se inhibe de fallar de fondo, la C-319 de 2006 en la que se fallo la exequibilidad de la ley por los cargos analizados, las sentencias C-370 de 2006, C-400 de 2006, C-426 de 2006, C-455 de 2006, C-476 de 2006 y C-531 de 2006. En los últimos se remite a lo decidido en la C-370 de 2006 en donde por

carencia de justificación constitucional varias disposiciones consideradas como violatorias de los derechos de las víctimas fueron expulsados del ordenamiento jurídico.

60. Sentencia C-370 de 2006, cit.: “6.2.1.5. La colaboración con la justicia y el goce efectivo de los derechos de las víctimas.”

61. Ídem. En el [...] análisis conjunto de los artículos 17 parcial, 25 parcial y 29 parcial de la Ley 975 de 2005 [...] la Corte construye un problema jurídico donde “[...] Se pregunta la Corte si es constitucional la norma que, a cambio de una reducción sustantiva de la pena efectiva a cumplir (alternatividad penal) exige, para el otorgamiento del beneficio, el reconocimiento de los delitos que le son imputados por el Estado o aquellos que el implicado voluntariamente quiere confesar, pero no ordena la confesión integral de todos los hechos criminales en los cuales la persona hubiere participado en su condición de integrante de un grupo armado específico y confiere beneficios penales adicionales respecto de estos delitos no confesados cuando el Estado no pueda demostrar que la omisión fue intencional.

62. “6.2.2.2.5. [...] 6.2.2.2.7. En suma, por las razones expresadas tanto en el presente como en el anterior aparte de esta sentencia, la Corte considera que la omisión del legislador de la cual da cuenta la demanda, es el resultado del incumplimiento de un deber constitucional específico en cabeza del Estado. Este deber consiste en adoptar todas las medidas a su alcance para establecer, en el menor tiempo posible, el paradero de las personas desaparecidas. El silencio sobre este requisito a la hora de solicitar la aplicación de la Ley demandada ante la decisión de desmovilizarse colectivamente, equivale a una renuncia del Estado a cumplir este deber, renuncia a la que el legislador no está autorizado [...] 6.2.2.2.11. En consecuencia, en defensa de los derechos a la verdad, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y a un recurso judicial efectivo, la Corte considera que la omisión del legislador resulta inconstitucional”. Argumento que aunque cumple con la pretensión de corrección del control de constitucionalidad al defender los derechos allí mencionados creemos que excluye el argumento del derecho a la igualdad de las víctimas en tanto la disposición original de la Ley 975 de 2005 genera en el goce de los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición por parte de las víctimas una restricción injustificada racional y razonablemente en el cumplimiento de una mandato constitucional, permitiendo como requisito de la

desmovilización que solo se entreguen a los secuestrados que el grupo armado fuera de la ley tiene en su poder, excluyendo la información sobre el paradero de los desaparecidos, exclusión legislativa que de manera directa al vulnerar el derecho a la igualdad, vulnera los demás derechos de los cuales es acreedor las víctimas.

63. Cfr. ROBERT ALEXU. *Concepto y validez del derecho*, Madrid, Gedisa, 1994, p. 41.

64. Ídem. “Finalmente, no sobra señalar que, en todo caso, la reparación no puede quedar absolutamente sometida a la voluntad política de quienes definen las normas de presupuesto, pues es un derecho de las víctimas que debe ser satisfecho, especialmente, en procesos que persigan la paz y la reconciliación. Por ello, resulta razonable que la reducción de las penas que la norma establece se encuentre acompañada de la adopción de otras medidas que, como el pago de los daños y la restitución de los bienes, puedan constituir un marco justo y adecuado para alcanzar de forma sostenible la finalidad buscada”.

65. Ídem. “6.2.4.1.12. En primer lugar, al menos en principio, no parece existir una razón constitucional suficiente para que, frente a procesos de violencia masiva, se deje de aplicar el principio general según el cual quien causa el daño debe repararlo. Por el contrario, como ya lo ha explicado la Corte, las normas, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han considerado que la reparación económica a cargo del patrimonio propio del perpetrador es una de las condiciones necesarias para garantizar los derechos de las víctimas y promover la lucha contra la impunidad. Sólo en el caso en el cual el Estado resulte responsable –por acción o por omisión– o cuando los recursos propios de los responsables no son suficientes para pagar el costo de reparaciones masivas, el Estado entra a asumir la responsabilidad subsidiaria que esto implica. Y esta distribución de responsabilidades no parece variar en procesos de justicia transicional hacia la paz”.

66. Comunicado de Prensa. Corte Constitucional, 24 de abril de 2006. Sentencia C-319 de 2006. “2.5 Los magistrados JAIME ARAÚJO RENTERÍA y HUMBERTO SIERRA PORTO manifestaron su salvamento de voto, toda vez que consideran que la Ley 975 de 2005 ha debido ser declarado inexecutable en su totalidad, por no haber sido tramitado como ley estatutaria. A su juicio, la ley versa sobre aspectos que afectan el contenido esencial de los derechos fundamentales de las víctimas y los conceptos de justicia y paz, esto define, configura y actualiza tales derechos.

Tan es así, que se llega a decir que es justicia y se precisan cuáles son los sujetos pasivos de los derechos de las víctimas, lo que evidentemente es regular un aspecto esencial. En su concepto, el trámite mediante ley ordinaria es inconstitucional, porque

además, evade la realización de un control previo propio del trámite estatutario. Mediante esta evasión y en virtud del principio de favorabilidad, se logra que no obstante que la Corte declare inconstitucional la ley, esta siga vigente”.

