

**DERECHO A LA PAZ: ¿DERECHO DE QUIÉN, FRENTE A QUIÉN Y  
A QUÉ? ANÁLISIS CASO LEY DE JUSTICIA Y PAZ**

**TULIO EDUARDO FLÓREZ ALZATE**

**UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
MEDELLÍN  
2007**

**DERECHO A LA PAZ: ¿DERECHO DE QUIÉN, FRENTE A QUIÉN Y  
A QUÉ? ANÁLISIS CASO LEY DE JUSTICIA Y PAZ**

**TULIO EDUARDO FLÓREZ ALZATE**

**Trabajo de grado para optar el título de abogado.**

**Director**

**ANTONIO CARLOS BARBOSA VERGARA**

**UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
MEDELLÍN  
2007**

## TABLA DE CONTENIDO

<b>Introducción</b> .....	1
<b>Capítulo I: Herramientas analíticas para el análisis del derecho a la paz</b> .....	4
1. Derecho fundamental.....	5
1.1. Disposición y norma fundamental.....	5
1.2. Posición iusfundamental.....	10
1.2.1. Libertades.....	12
1.2.2. Competencias.....	12
1.2.3. Derechos a algo.....	14
2. Derecho subjetivo.....	15
2.1. Derecho subjetivo individual.....	15
2.1.1. Hohfeld.....	21
2.1.1.1. Derecho – deber.....	22
2.1.1.2. Privilegio – No-derecho.....	22
2.1.1.3. Potestad – Sujeción.....	23
2.1.1.4. Inmunidad - incompetencia.....	24
2.1.2. Alexy.....	24
2.1.2.1. Razones para los derechos subjetivos o las fundamentaciones de los derechos individuales.....	25
2.1.2.2. Derechos subjetivos o individuales como posiciones y relaciones jurídicas.....	26
2.1.2.3. La imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos o individuales.....	26

2.1.3. Rodolfo Arango.....	29
2.2. Derecho subjetivo colectivo.....	30
2.2.1. ¿Existen los ‘derechos colectivos’ o ‘derechos de grupo’?.....	30
2.2.2. ¿Qué son los derechos colectivos?.....	35
2.2.2.1. Fundamentación de los derechos colectivos.....	35
2.2.2.2. Definición-caracterización de los derechos colectivos.....	37
Status normativo.....	39
2.2.3. Derechos colectivos como derechos subjetivos.....	40
2.2.4. Críticas a los derechos colectivos.....	41
2.2.4.1. Ámbito conceptual.....	41
2.2.4.2. Ámbito normativo.....	42
2.2.4.2.1. Los grupos o colectivos no son agentes morales.....	43
2.2.4.2.2. Los grupos no tienen un valor independiente del valor de sus miembros.....	44
2.2.4.2.3. Si otorgamos derechos a los grupos oprimimos a los individuos.....	44
2.2.4.3. Ámbito pragmático.....	45
2.2.4.3.1. Los límites del grupo no suelen ser nítidos, lo cual impide identificar con claridad quiénes son sus miembros, generando a su vez problemas de suprainclusión e infrainclusión.....	45
2.2.4.3.2. Muchos de los grupos para los que se reclaman derechos albergan otros grupos en su interior identificables con el mismo criterio.....	45
2.2.4.3.3. Los grupos son dinámicos, se constituyen, se transforman, se mezclan con otros y pueden desaparecer.....	46
2.3. Conflictos entre derechos colectivos e individuales.....	46
2.3.1. Restricciones internas.....	47
2.3.2. Protecciones externas.....	48

**Capítulo II: Análisis Jurídico-dogmático del derecho a la paz.....50**

1. Derecho a la paz como derecho subjetivo.....	51
1.1. Norma jurídica en el derecho a la paz.....	51
1.2. Obligación jurídica en el derecho a la paz.....	52
1.3. Posiciones jurídicas frente al derecho a la paz.....	54
2. Derecho a la paz en el ordenamiento colombiano.....	56
2.1. Titulares.....	57
2.1.1. Derecho a la paz como derecho colectivo.....	57
2.1.2. Derecho a la paz como derecho individual.....	59
2.1.3. Multiplicidad de formas.....	62
2.1.4. Visión dual.....	62
2.2. Destinatarios.....	63
2.3. Objeto.....	64
2.3.1. En el orden internacional.....	65
2.3.1.1. Derechos a acciones negativas.....	66
2.3.1.2. Derechos a acciones positivas.....	68
2.3.2. En el orden interno.....	69
2.3.2.1. Derechos a acciones positivas.....	72
2.3.2.2. Derechos a acciones negativas.....	76
2.3.2.2.1. Frente a los particulares.....	76
2.3.2.2.2. Frente al Estado.....	78
3. Conflictos.....	79

**Capítulo III: Derecho a la paz y el derecho a la justicia en el marco de la justicia transicional.....81**

1. Justicia Transicional - Una aproximación conceptual para el análisis del conflicto con el derecho a la paz.....	82
2. Derechos de las víctimas a la verdad, a la reparación y a la justicia.....	95

2.1. Derecho a la verdad.....	98
2.2. Derecho a la Reparación.....	101
2.3. Derecho a la Justicia.....	104
3. Derecho a la justicia y el derecho a la paz.....	108
<b>Conclusiones.....</b>	<b>117</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>122</b>

## INTRODUCCION

La paz es quizás el derecho menos trabajado en la doctrina nacional e internacional, aunque su consagración en los diferentes textos normativos nacionales como internacionales exige una vía contraria.

Desde este punto de vista y frente a la normatividad colombiana, dada su consagración en el artículo 22 de la Constitución, es necesario preguntarse si los ciudadanos colombianos tenemos un derecho subjetivo de acuerdo con lo estipulado en el mencionado artículo. Esta cuestión no es algo sencillo, pero ello no impide ver la importancia del mismo.

La paz en contextos como el colombiano pareciera ser una quimera inalcanzable y de allí podría parecer superflua su consagración como derecho. No obstante, aquí vale la pena diferenciar, como lo ha hecho el profesor Robert Alexy en su modelo de tres gradas, las razones para los derechos subjetivos (enunciados sobre razones para derechos) y los derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas (enunciados sobre derecho). Esto debido a que una cosa son las necesidades por las que se consagra un derecho, que son cuestiones ético-filosóficas y que no se abordarán aquí, y otra muy distinta son las posiciones jurídicas (derechos subjetivos en sentido estricto) que pueden ser adscritas a un determinado derecho, como lo es el derecho a la paz, y que son el objeto principal de este trabajo.

Se intenta realizar entonces un análisis jurídico-dogmático del derecho a la paz. Esto en razón de su importancia para determinar quiénes son los titulares, quiénes los destinatarios y cual el objeto. Es decir, dar una respuesta o por lo menos acercarnos a la respuesta a la pregunta *¿La paz, un derecho de quién, frente a quién y a qué?*

Esta pregunta bastante importante en medio de una sociedad conflictiva como la colombiana, importancia que aumenta considerablemente si se observan contextos como el colombiano en los últimos tiempos, esto es, el contexto de una justicia transicional como la pretendida por el gobierno nacional y esperado por muchos, sino por todos los habitantes del país.

En este sentido, se pretende realizar un análisis sobre el derecho a la paz que permita dilucidar el marco general del contenido del mismo, y mostrar cómo este derecho tiene gran relevancia teórica y práctica. Se mostrará a su vez como el derecho a la paz -del artículo 22 de la Constitución Política Colombiana- no es una disposición normativa vacía de contenido, sino por el contrario, es un derecho de vital importancia en el actualidad política de país y más aún en relación con los procesos de paz actuales y futuros del gobierno con grupos al margen de la ley.

Para facilitar el análisis jurídico-dogmático propuesto, se analizará diversos conceptos que sirven para clarificar el contenido del derecho a la paz. Por ello se trabajará sobre unas herramientas analíticas necesarias para abordar el análisis en cuestión. Así, se estudiarán los conceptos jurídicos de disposición, norma, posición jurídica, derecho fundamental en sentido estricto y en sentido amplio. A su vez se pretende ahondar en el concepto de derecho subjetivo y en la subdivisión entre derecho subjetivo individual y colectivo.

Una vez se tenga el análisis de los conceptos expresados, en el segundo capítulo, se buscará abordar detalladamente el artículo 22 de la Constitución. Sobre éste se buscará determinar el titular, el destinatario y las posibles posiciones jurídicas que se pueden adscribir a tal artículo, ello partiendo de lo dicho por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la dogmática y de interpretaciones personales. Igualmente se intentará enunciar un posible conflicto que puede surgir en torno a dichas posiciones jurídicas adscritas al artículo 22 de la Constitución.

De esta forma se observará que uno de los conflictos en medio de los cuales se encuentran las posiciones jurídicas adscritas al derecho a la paz, es aquel que surge con ocasión de los procesos de justicia transicional. Debido a esto se pretenderá abordar el conflicto que surge con ocasión de la Ley 975 de 2005 conocida como ‘la ley de justicia y paz’, entre aquella posición jurídica adscrita al artículo 22, mediante la cual se le exige al Estado el acercamiento con grupos al margen de la ley, en procura de que se realice un proceso de paz y se cumpla con el aseguramiento del orden público en todo el territorio nacional, de un lado, y del derecho a la justicia que tienen las víctimas, que supone la obligación internacional de investigar, juzgar y condenar a penas adecuadas a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos, por otro lado.

Lo anterior como causa de la decisión del legislador -impulsado por el gobierno- de renunciar a imponer determinadas penas consagradas en el código penal, e imponer en su lugar unas penas alternativas más benignas. Estas penas alternativas pretenden lograr el establecimiento de una paz para la sociedad colombiana, que sí bien es parcial -pues sólo se refiere a uno de los actores del conflicto colombiano- puede constituirse en el primer paso para la reconciliación nacional.

## CAPÍTULO I

### **Herramientas analíticas para el análisis del derecho a la paz**

Con este primer capítulo se pretende abordar aquellos conceptos que se consideran claves para realizar un análisis dogmático sobre la disposición constitucional del artículo 22 de la Constitución Política Colombiana. De esta forma es necesario precisar dentro del ámbito de los derechos fundamentales los conceptos de disposición y norma, posición jurídica y los sentidos amplio y estricto de los derechos fundamentales, distinciones y conceptos que se tornan estructurales para realizar un mejor análisis del artículo 22 de la Constitución Política Colombiana que aquí se pretende.

Igualmente es necesario aclarar y delimitar la concepción de derecho subjetivo que aquí se asumirá, ello sin entrar a problematizar profundamente en el tema, toda vez que su único fin es brindar elementos que permitan entender mejor la concepción del derecho a la paz regulado en el ordenamiento jurídico colombiano.

Es en este sentido que a partir del concepto de derecho subjetivo se observará su pertinencia frente a los derechos colectivos, con lo cual se abordará la discusión en torno a la existencia de los derechos colectivos brevemente. Ello claro está tomando partido a favor de la existencia de los mismos y de su adecuación al concepto de derechos subjetivos en tanto especie del mismo. Finalmente y para dar una concepción completa acerca de esta postura se mirará aquellos conflictos que puedan presentarse entre bienes colectivos y derechos individuales como una preparativo de la discusión entre el derecho a la paz de los ciudadanos y el derecho a la justicia por parte de las víctimas en el marco de la Ley 975 de 2005 conocida como 'ley de justicia y paz', conflicto que se abordará en el tercer capítulo de este trabajo.

## 1. Derecho Fundamental

En este apartado no se buscará polemizar acerca de lo que se entiende por derecho fundamental, sino que se abordará y tomará como correcto el sentido que le adscribe Robert Alexy cuando habla de *derecho fundamental como un todo*<sup>1</sup>. Éste es entendido por dicho autor como un haz de posiciones iusfundamentales y normas adscritas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental.

### 1.1. Disposición y norma fundamental

Para abordar esta distinción se empezará por ubicarla términos más generales, esto es, ubicándonos en la distinción genérica, toda vez que la distinción entre disposición y norma fundamental es una especie de la distinción más general de disposiciones y normas jurídicas.

En esta medida es importante empezar por lo que se entiende por norma, pues aunque este término es usado por los diferentes operadores jurídicos extendidamente para hacer referencia tanto a la literalidad de los enunciados legislativos – expresados en documentos normativos, fuentes del derecho-, como a los significados que se adscriban a ellos producto de la interpretación, entendida ésta, como la operación en la determinación del significado de una norma jurídica<sup>2</sup>. Uno y otro concepto son distintos aunque con una estrecha relación, y es por ello que es necesario hacer énfasis en esta distinción para clarificar el posterior análisis dogmático.

---

<sup>1</sup> ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 240. Otros autores en el mismo sentido lo especifican como derecho fundamental en sentido lato. BERNAL PULIDO, Carlos (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 77.

<sup>2</sup> REQUENA LÓPEZ, Tomás (2001). *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*. Granada: Comares, p. 13.

Al primero, esto es, al enunciado legislativo se puede denominar ‘disposición’, y al significado producto de la interpretación -de la disposición-, se puede denominar ‘norma’<sup>3</sup>. No obstante, es posible que las disposiciones se conformen con varios artículos y/o partes de estos.

A su vez es posible que las disposiciones -textos- que son objeto de la actividad interpretativa, tengan un contenido significativo complejo, es decir, sea perfectamente lógico que de una disposición se desprendan diversas normas<sup>4</sup>.

También es posible que una única disposición en lugar de corresponderle varias normas conjuntamente, lo hagan disyuntivamente, tolerando así varias atribuciones de significados que presentan conflictos entre ellos. Estas disposiciones las ha denominado el profesor Guastini<sup>5</sup>, disposiciones ambiguas.

Existe también la posibilidad de encontrar en un sistema jurídico dos disposiciones sinónimas o parcialmente sinónimas, a las cuales corresponde la misma norma.

Y por último puede haber casos en que se presenten disposiciones sin normas, sea porque el significado producto de la actividad interpretativa sólo puede ser obtenido de una única disposición, sino de varias disposiciones<sup>6</sup>, o porque la norma no pueda ser obtenida de ninguna disposición, y se denomina norma implícita (obtenida normalmente mediante analogía).

---

<sup>3</sup> GUASTINI, Ricardo (1999). *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa, p. 100. He acogido la terminología de este autor, no obstante, esta distinción la han trabajado diversos autores utilizando otros términos. Véase: ATIENZA, Manuel / RUIZ MANERO, Juan (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, p. XIII, nota al pie número 2. “oraciones jurídicas” (disposición) y “enunciados jurídicos” (norma). NINO, Carlos Santiago (1992). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, p. 40. “Texto o acto lingüístico” (disposición) y “proposición normativa” (norma).

<sup>4</sup> MARTINEZ CABALLERO, Alejandro (2000). *Tipos de sentencia en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana*. En: Revista Estudios Socio-jurídicos. Bogotá: Volumen 2, Número 1, p. 28.

<sup>5</sup> GUASTINI, Ricardo, (1999). Ob. Cit., p. 102.

<sup>6</sup> Ibid., p. 103.

De esta distinción que aquí se expone brevemente, no se desprende que una disposición y una norma tengan una existencia independiente una de otra, ambas están unidas inevitablemente por una relación estrecha. Así, una norma necesita de una o varias disposiciones para existir (se excluye aquí la situación excepcional de la norma implícita, antes mencionada), y una disposición tiene sentido sólo en el entendido que permita expresar una o varias normas<sup>7</sup>.

Ahora bien, enfocando en el tema de derechos fundamentales, una disposición de derecho fundamental es aquel enunciado constitucional que expresa un derecho fundamental. Surge ahora la pregunta: ¿Cuáles son los derechos fundamentales?

Si bien a partir de la Constitución Política Colombiana se ha buscado un criterio para establecerlo, más específicamente en el Capítulo 1 del Título II que se denomina ‘Derechos Fundamentales’ pretendiendo establecer cierto criterio topográfico de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha reiterado en diversas ocasiones que los nombres de los títulos de la Carta política de 1991, tienen un mero valor indicativo<sup>8</sup>, pues se requiere de un análisis profundo para determinar si un determinado derecho es o no fundamental.

¿Y quién es el encargado de determinarlo? ¿Quien debe llevar a cabo esta actividad interpretativa? Es de aclarar que no se pretende entrar a exponer las diferentes posturas en cuanto a la interpretación, sino realizar un pequeño análisis de la interpretación que se hace de las disposiciones constitucionales.

Ya decía Kelsen: “Cuando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma [disposición] que aplicará, tiene que interpretar esas normas [disposiciones]”<sup>9</sup>. Dado el ‘carácter normativo’ de las constituciones actuales, se debe interpretar tanto la ley como la constitución, y es debido a esto, que resulta

---

<sup>7</sup> DIAZ REVORIO, Francisco Javier (2001). *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. En: Colección de derecho público. Valladolid: Lex Nova, N° 10, p. 37.

<sup>8</sup> Sentencia T-008 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>9</sup> KELSEN, Hans (2000). *Teoría pura del derecho*. México DF: 11ª Edición, Porrúa, p. 349.

pertinente preguntarse quién es el encargado de interpretar la Constitución<sup>10</sup>. En el ordenamiento jurídico colombiano, la Constitución es interpretada por diferentes órganos, entre los cuales se puede observar, el Congreso, los jueces, el ejecutivo y los particulares, cada uno de los cuales interpreta lo estipulado en la Constitución.

Esto, partiendo de la postura del profesor Kelsen en cuanto: “Si por interpretación se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de la interpretación jurídica sólo puede (sic) ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco”<sup>11</sup>. Aquí se observa que no se puede tomar la Constitución, y obtener mediante esta (interpretación) una única respuesta correcta.

Ahora bien, que no se obtenga una única respuesta correcta, no significa ello que no haya una interpretación vinculante, pues si existe un juez constitucional, quien es el encargado de contrastar las leyes con la constitución, existe entonces un intérprete privilegiado de la misma, esto es, el juez constitucional<sup>12</sup>. No obstante, y como lo expresa el profesor Bernal, las disposiciones de derecho fundamental ostentan una indeterminación alta que conlleva que “a cada una de estas disposiciones puede serle adscrita interpretativamente una multiplicidad de normas de derecho fundamental”<sup>13</sup>.

En lo que respecta a la norma de derecho fundamental como el otro lado del dualismo disposición-norma, basta decir que le es aplicable la definición antes dada de norma, esto es, significado producto de la interpretación, sólo que ahora hay que referirlo a una disposición constitucional, estableciendo un enunciado deóntico<sup>14</sup>. En otras palabras, las

---

<sup>10</sup> Allí toma relevancia la discusión de que órgano debe ser el encargado de ejercer un control de constitucionalidad; sobre el particular obsérvese el escrito del profesor Hans Kelsen (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans, (2000). Ob. Cit., p. 351.

<sup>12</sup> GUASTINI, Ricardo, (2004). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México DF: 6ª Edición, Porrúa, p. 116.

<sup>13</sup> BERNAL PULIDO, Carlos (2005). Ob. Cit., p. 79.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert (1993). Ob. Cit., p. 53.

normas de derecho fundamental son “conjuntos de proposiciones que prescriben el deber ser establecido directamente por las disposiciones iusfundamentales de la Constitución”<sup>15</sup>.

No obstante se plantea la discusión de si aquellas normas que no se encuentran directamente expresadas en las disposiciones de derecho fundamental pueden ser consideradas normas de derecho fundamental.

Para clarificar este punto hay que recopilar dos de las posibles imprecisiones que pueden recoger las disposiciones en general, y por ende también las disposiciones de derecho fundamental, esto es, imprecisiones semánticas y estructurales<sup>16</sup> o de alcance.

Las primeras son aquellas derivadas de que las disposiciones sean semánticamente abiertas, es decir, que estipulen conceptos poco claros o ambiguos. Las segundas son en tanto no se logra determinar con precisión que acciones u omisiones implican estos derechos<sup>17</sup>, incluso si con ellos se crea o no derechos subjetivos. Estas segundas imprecisiones son aquellas que dan pie para la formulación de normas adscritas, las cuales surgen como necesarias ante la aplicación a casos concretos de normas directamente estatuidas de la Constitución. “Si no se supusiese este tipo de normas, no sería claro qué es lo que sobre la base del texto constitucional (es decir, de la norma directamente expresada por él), está ordenado, prohibido o permitido.”<sup>18</sup>

De esta forma y como lo recrea el Profesor Bernal Pulido entre unas y otras hay una relación recíproca, de fundamentación por parte de las normas directamente estatuidas a las normas adscritas y de precisión en el caso contrario<sup>19</sup>. Aquí surge la pregunta (planteada por Alexy) de si ¿todas las normas adscritas son normas de derecho fundamental?<sup>20</sup> Para él

---

<sup>15</sup> BERNAL PULIDO, Carlos (2005). Ob. Cit., p. 80.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert (1993). Ob. Cit., p. 53.

<sup>17</sup> Abarcando aquí la triple división planteada por el profesor Alexy de; derechos a lago, libertades y competencias. ALEXY, Robert (1993). Ob. Cit., p. 186.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert (1993). Ob. Cit., p. 69.

<sup>19</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. 2005, p. 145.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert (1993). Ob. Cit., p. 70.

“una norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta”<sup>21</sup>. ¿Y cuando vale una norma de derecho fundamental estatuida directamente? Como respuesta a esta pregunta se debe decir que vale cuando es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta sólo que en este caso esta fundamentación se da normalmente con una referencia a la disposición de derecho fundamental, mientras que para las normas adscritas requieren una fundamentación algo más profunda.

## 1.2. Posición iusfundamental

Esta es denominada también como derecho fundamental en sentido estricto<sup>22</sup>. Es quizás en este sentido que se expresan los operadores jurídicos cuando aluden a un derecho fundamental. No obstante aquí y para los fines de este trabajo se denominará posición iusfundamental.

En cuanto a la posición jurídica se establecen diversas perspectivas, a saber, lógica, de contenido o sustancial y política. Sobre éstas, de manera clara, el profesor Arango expresa:

“Desde una perspectiva lógica, una posición es la relación deóntica (OsaG) de acuerdo con la cual el individuo (a) está en la situación de poder exigir algo (G) de otro (s). En sentido sustancial o de contenido, una posición es la situación que ocupa un individuo dentro de un orden normativo, que debe ser reconocida y protegida *prima facie* porque dicha posición puede ser justificada con buenas razones que hablan a favor del individuo. En sentido político, una posición significa que el individuo es tomado en serio”<sup>23</sup>.

Sobre las posiciones jurídicas debe tenerse presente que no sólo hacen parte de ésta aquellas posiciones que de manera expresa se puedan observar en obligaciones jurídicas

---

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p.71. Aquí se puede observar con mayor precisión esta discusión.

<sup>22</sup> BERNAL PULIDO, Carlos (2005). *Ob. Cit.*, p. 81.

<sup>23</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). *El concepto derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, p. 19.

consagradas por normas<sup>24</sup>, sino también todas aquellas posiciones jurídicas que se le pueden adscribir a una o varias normas<sup>25</sup> por medio de razones válidas generadas a partir de la argumentación racional<sup>26</sup>.

En este punto del trabajo la perspectiva de ‘posición jurídica’ que más interesa es aquella vista desde una perspectiva lógica y bajo la cual se trabajará de ahora en adelante. Normalmente los operadores jurídicos al hacer referencia a determinados derechos, se expresan aludiendo a estas posiciones jurídicas.

Partiendo de la clasificación (Triple división) de las posiciones que se denominan derechos por parte de Alexy<sup>27</sup> y que configuran esas relaciones entre individuos o entre individuos y el Estado, encontramos:

1. Derechos a algo
2. Libertades
3. Competencias

Estos a su vez presentan una estructura triádica, dividida en un sujeto activo (SA), sujeto pasivo (SP) y un objeto (O).

Ahora bien, en referencia a aquellas posiciones derivadas de un derecho fundamental y que denominaremos posiciones de derecho fundamental, basta con decir que ellas constituyen el correlato de las normas de derecho fundamental<sup>28</sup>, esto debido a que las posiciones de derecho fundamental no son más que una especie de aquellas posiciones producto de las relaciones jurídicas entre los diferentes sujetos del derecho.

---

<sup>24</sup> El profesor Arango utiliza el término enunciado normativo, que en el presente trabajo se tomará como sinónimo del término disposición, con el fin de facilitar una fácil comprensión.

<sup>25</sup> Véase arriba: Punto 1.1. Disposición y norma fundamental (Normas adscritas)

<sup>26</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 20.

<sup>27</sup> ALEXY, Robert (1993). Ob. Cit., p. 186.

<sup>28</sup> BERNAL PULIDO, Carlos (2005). Ob. Cit., p. 81.

### 1.2.1. Libertades

Las libertades pueden dividirse en libertades positivas y libertades negativas<sup>29</sup>. Las primeras tienen por objeto una acción, entendiendo esto por hacer la acción necesaria o razonablemente correcta. Esta libertad en el entendido de ‘sólo una acción’, conlleva como se ha planteado a conceptos como el de necesario o lo razonable. Este concepto positivo de libertad ha sido altamente tratado por autores como Espinosa, Kant, Hegel, para sólo nombrar unos pocos. Una persona autónoma, que no se encuentra atada o sujeta a impedimentos, hace justamente una cosa, es decir, lo correcto.

Las segundas son aquellas denominadas libertades jurídicas y que implican ya no la libertad de una acción sino de una alternativa de acción, es decir pueden elegir entre hacer algo y no hacerlo. Esta libertad de ‘alternativa de acción’ se presenta frente a aquellas personas a las que no les están vedadas alternativas de acción. No se impone el hacer o no hacer algo, sino que se le da la posibilidad a la persona para que sea ella quien determine que debe hacer o no hacer.

Estas libertades se pueden expresar lógicamente como una relación tríadica (L), donde se identifican tres elementos, un portador (a), un obligado (b) y un objeto (G). Esta relación es expresada como LabG y en su forma más extendida indicando su objeto se expresa así:

$$(1) LabG = PabG \wedge Pab \neg G^{30}$$

### 1.2.2. Competencias

Las posiciones que ordinariamente se llaman derechos pueden tomar la forma de competencias, estas son aquellas mediante las cuales “un sujeto jurídico puede cambiar [su posición o] la posición jurídica de otro sujeto jurídico, sin que para ello sea necesario una

---

<sup>29</sup> ALEXY, Robert (1993). Ob. Cit., pp. 210 y ss.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, p. 220.

actuación adicional”<sup>31</sup>, es decir, con el actuar de quien tiene la competencia se modifica la situación jurídica propia o de un tercero. Estas de acuerdo con las posturas del profesor Jellinek agregan “a la capacidad de acción del individuo algo [...] que no posee por naturaleza”<sup>32</sup>.

Las competencias que modifican la situación de un tercero pueden expresarse bajo un modelo triádico así:

*(1) Cab (PJb)*<sup>33</sup>

Donde (C) es el operador utilizado para la competencia, (a) es el sujeto titular de la competencia, (b) el sujeto destinatario de la misma y (PJb) la posición de competencia a la que se encuentra sujeto *b*.

Las competencias pueden ser estatales positivas o de los ciudadanos<sup>34</sup>, sin embargo “las acciones que constituyen ejercicios de competencias son acciones institucionales. [Estas] son aquellas que pueden ser realizadas no sólo sobre la base de capacidades naturales sino que presuponen reglas, para ellas constitutivas”<sup>35</sup>.

Aquellas competencias privadas o de los ciudadanos hacen referencia a aquellos reconocimientos del orden jurídico a los ciudadanos para que puedan cambiar su posición jurídica o la de otro ciudadano. Como ejemplo de los mismos se puede observar el matrimonio para las primeras y la condonación de una deuda para los segundos.

Las competencias estatales positivas son definidas como normas que impulsan actuaciones necesarias del Estado para que sea posible cambiar posiciones jurídicas de los ciudadanos.

---

<sup>31</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 26.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert (1993). Ob. Cit., p. 230.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 235.

<sup>34</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 27.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert (1993). Ob. Cit., p. 231.

En determinados eventos el incumplimiento de estas consecuencias puede generar una violación a un derecho fundamental producto de la omisión estatal<sup>36</sup>.

### 1.2.3. Derechos a algo

Siguiendo los lineamientos expuestos por el profesor Alexy puede ser expresado de manera general como:

(1)  $a$  tiene frente a  $b$  un derecho a  $G$ <sup>37</sup>

Este planteamiento conduce a una relación triádica (D), donde se identifican tres elementos, un titular ( $a$ ), un destinatario ( $b$ ) y un objeto ( $G$ ). Esta relación es expresada como:

(2)  $DabG$ <sup>38</sup>

De esta manera y dentro de la categoría de derechos a algo encontramos derechos a acciones negativas y derechos a acciones positivas, estas últimas divisibles en derechos a acciones positivas fácticas y derechos a acciones positivas normativas. Estas clasificaciones de los derechos a algo se realizan de acuerdo a sus objetos.

Los derechos a acciones negativas tienen por objeto una omisión (no hacer), es decir imponen que el destinatario se abstenga de realizar determinada conducta. Aquí encontramos los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, donde se limita su accionar y se afirma la libertad del individuo.

Los derechos a acciones positivas, como se dijo, se dividen a su vez en derechos a acciones positivas fácticas y normativas. Las primeras son imposiciones al destinatario para que realice determinados hechos a favor del titular, como ejemplo en el derecho a la salud

---

<sup>36</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 27.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert (1993). Ob. Cit., p. 186.

<sup>38</sup> *Ibíd.*, p. 187.

exigido por alguien que ve afectada su salud por una enfermedad renal. Aquí se le exige al Estado que disponga de los medios para que esa persona determinada pueda recuperarse de la enfermedad que sufre.

Los derechos a acciones normativas son derechos a actos del Estado de imposición de normas<sup>39</sup>. Estos se refieren principalmente a derechos a que el Estado regule una actividad o determinados hechos que afectan o pueden afectar determinada situación jurídica.

Igualmente autores han propuesto nuevas divisiones de los derechos a algo en *ius in personam* y *ius in rem*, dependiendo de sí el destinatario es una persona en particular o la generalidad<sup>40</sup>. Otra de las divisiones planteadas por la teoría jurídica es entre derechos especiales y generales<sup>41</sup>, aquí esta se expresa de acuerdo si el titular requiere de algún título especial previo o no. Así, los derechos generales no requerirán ningún título previo y los especiales sí. No obstante estas nuevas clasificaciones, para el presente trabajo se utilizarán únicamente la clasificación arriba esbozada y que ha sido planteada por el profesor Robert Alexy.

## **2. Derecho subjetivo**

### **2.1. Derecho subjetivo individual<sup>42</sup>**

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>40</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). *Ob. Cit.*, p. 24.

<sup>41</sup> Con respecto a los derechos generales el profesor Rodolfo Arango ha planteado una diferencia frente a los otros derechos por tres motivos, a saber, por los sujetos de la relación, el sentido lógico y la fuente del derecho. El primer motivo surge a raíz de que los derechos generales tienen una titularidad universal y erga omnes. El segundo motivo hace relación a que estos derechos son abstractos por lo que sólo pueden ser determinados en una situación en concreto. El tercer y último motivo es que los derechos generales son derechos morales, lo cual implica que no sólo por su positivización se justifican y que en tanto requieren justificaciones filosóficas o sustanciales. ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). *Ob. Cit.*, p. 26.

<sup>42</sup> No obstante que se pretende aquí defender que los derechos colectivos son una especie de los derechos subjetivos, en este apartado se tratara indistintamente derechos subjetivos como derechos individuales, ello por una facilidad terminológica en cuanto a la utilización que le dan los diferentes autores y que igualan derechos subjetivos con los derechos subjetivos individuales.

Se abordará el tema de los derechos subjetivos<sup>43</sup> por varias razones. En primer lugar por ser un concepto fundamental en el lenguaje jurídico, situación que se ilustra con los centenares de libros escritos sobre el tema. Esta importancia se explica a su vez por la existencia de comunidades que se imponen sus propios ordenes jurídicos, pues ello implica que sus miembros se encuentren en un sin número de relaciones de diverso tipo y, posibilita que se afirme que hay acciones y omisiones jurídicamente mandadas, prohibidas, y permitidas<sup>44</sup>. Por consiguiente es inconcebible un orden jurídico sin derechos subjetivos y deberes.

La segunda razón es la forma en que las personas utilizamos el lenguaje. Ello en la medida que las personas se expresan frente a los derechos subjetivos y deberes como si ellos estuvieran realmente presentes, no obstante ellos no se pueda comprobar en un caso en particular. Nuestros derechos y los deberes de los demás nos parecen perfectamente reales y ante la negación de estos (derechos) o la omisión de aquellos (deberes) se excita nuestra ira. Sin embargo, tanto los derechos como los deberes, no pertenecen al mundo sensible, al mundo de los hechos<sup>45</sup>.

Por el hecho de no pertenecer al mundo sensible, no implica una inoperancia, pues por medio de la inferencia se plantea que los derechos vinculan efectos jurídicos con unos sucesos o hechos operativos. Sí el hecho operativo es realizado consideramos, a menos que interfiera un tercer hecho modificadorio, que los efectos jurídicos también han de producirse. El derecho es quien dice que efectos han de producirse o no. Es éste quien

---

<sup>43</sup> Frente a los derechos subjetivos también se puede hablar de un derecho subjetivo en sentido amplio y un derecho subjetivo en un sentido estricto. Se denominará amplio aquí, cuando el derecho subjetivo es concebido como el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo. Por el contrario será tomado como derecho subjetivo en un sentido estricto, cuando lo concebimos como la posición jurídica del sujeto del derecho en un ordenamiento jurídico que le otorga libertades, competencias o derechos a algo, posición que puede ser fundamentada con razones válidas y suficientes y que cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente al sujeto del derecho.

<sup>44</sup> CARRIÓ, Genaro R. Nota preliminar, p. 7. de HOHFELD, Wesley Newcomb (1997). *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Trad. Genaro R. Carrió. En Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México DF: Distribuciones Fontamara S.A.

<sup>45</sup> OLIVECRONA, Karl (1991). *Lenguaje Jurídico y Realidad*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. México DF: Distribuciones Fontamara S.A., p. 8.

establece esa relación causal entre los hechos operativos y los efectos jurídicos<sup>46</sup>. En este sentido plantea el profesor Ross que:

“Nosotros también, por lo tanto nos expresamos como si algo hubiera cobrado existencia entre el hecho condicionante (hecho jurídico) y la consecuencia jurídica condicionada. Ese algo es un crédito, un derecho subjetivo, que al igual que un agente intermedio o un eslabón causal provoca un efecto o suministra la base para una consecuencia jurídica. No podemos negar totalmente que esta terminología está asociada para nosotros con la idea más o menos indefinida de que un derecho subjetivo es un poder de naturaleza incorpórea, una especie de dominio interno e invisible sobre el objeto del derecho subjetivo, un poder que sólo se exterioriza en el ejercicio de la fuerza (Sentencia y Ejecución) mediante el cual el uso y goce fáctico y aparente del derecho subjetivo tiene lugar, sin confundirse con esa exteriorización”<sup>47</sup>

Es en este sentido que pareciera que al usar el lenguaje nos “moviéramos en una esfera de la realidad diferente a la del mundo sensible”<sup>48</sup>.

Desde varios enfoques diferentes autores han trabajado el tema de los derechos (subjetivos), principalmente corrientes metafísicas y naturalistas<sup>49</sup>. Las primeras concebían a los derechos como creaciones de normas que llevaban consigo poderes espirituales que se colocaban por encima de los hechos de la vida real<sup>50</sup>. Las segundas y quizás las más representativas para nuestro entorno son las naturalistas. En este grupo se observa a un autor positivista como Austin, para quien el derecho subjetivo debe ser definido por el deber en la medida que sobre estos recaen los derechos subjetivos. Para él los deberes no son más que el estar sometidos bajo un mandato de una sola o de varias personas, lo cual implica que esta segunda persona tiene un poder y puede intimidar a que se realice su deseo amenazando con causar un mal<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> *Ibíd.*, p. 9.

<sup>47</sup> ROSS, Alf (1976). “*Tû – Tû*”. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 23.

<sup>48</sup> OLIVECRONA, Karl (1991). *Ob. Cit.*, p. 9.

<sup>49</sup> Clasificación planteada por el profesor Olivecrona en OLIVECRONA, Karl (1991). *Ob. Cit.*, p. 10.

<sup>50</sup> Aquí sobre estas posturas se puede observar autores naturalistas del siglo XVII como Grocio y Pufendorf.

<sup>51</sup> Esta postura se puede ver más claramente en: AUSTIN, John (1995). *The Province Of Jurisprudence Determined*. Editado por Wilfrid Rumble E. New York: Cambridge.

Siguiendo autores de este segundo enfoque. Se encuentran posturas diferentes como la del realismo norteamericano, corriente que entiende que “los hechos que están presentes en los derechos subjetivos consisten en la probabilidad de que un tribunal, si quien posee el derecho lo solicita, actuará de cierta manera en su favor”<sup>52</sup>. Igualmente autores del realismo escandinavo han plasmado propuestas sobre el tema. Hägerström en contraposición con el realismo norteamericano plantea que “el derecho subjetivo hace referencia a una realidad que se eleva por encima del mundo físico. Sin embargo por otra parte, se supone que todo ‘derecho subjetivo’ tiene como objeto propio una ventaja que pertenece al mundo físico y que todo ‘deber’ tiene como objeto propio cierta manera de actuar en este mundo”<sup>53</sup>.

Para este autor el derecho subjetivo en sí mismo es un poder sobrenatural, que es lógicamente absurdo y en consecuencia para éste dicha expresión no dice noción alguna de representación, es decir, es una fórmula *hueca*<sup>54</sup>. De esta forma, si se habla de un derecho subjetivo en concreto, no existe nada más allá de la forma auditiva, visual de la palabra misma, que sin embargo en su entorno se mantiene una idea acerca de que la palabra expresa “algo indeterminado que creemos que es un poder que existe independiente de las situaciones reales de poder”<sup>55</sup>. Esta idea flotante se da, de acuerdo a lo planteado por Hägerström, por dos razones, una psicológica y una histórica. La primera en cuanto a poderes y vínculos místicos, pues tienen un carácter emocional. De esta manera la creencia de tener un derecho le otorga al poseedor un sentimiento de poder y a quien está obligado una presión. Ello implica que tales sentimientos generen en la mente de los individuos la idea de que tales derechos existen en la realidad.

La segunda razón es la histórica, pues desde tiempos inmemoriales las ideas de derechos y deberes han sido explicadas por medio de ideas tradicionales de fuerza y vínculos

---

<sup>52</sup> OLIVECRONA, Karl (1991). Ob. Cit., p. 19.

<sup>53</sup> HÄGERSTRÖM, Axel, (1953) *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Editado por Karl Olivecrona. Trad. C.D. Broad. Stockholm: Almqvist & Wicksell, p. 324. Citado en OLIVECRONA, Karl (1991). Ob. Cit., p. 26.

<sup>54</sup> OLIVECRONA, Karl (1991). Ob. Cit., p. 26.

<sup>55</sup> *Ibíd.*, 27.

místicos<sup>56</sup>, esto es, a través de poderes sobrenaturales que establecen y regulan los derechos y deberes.

Esta idea de las palabras vacías y de las fuerzas místicas también ha sido recogida por Alf Ross en un libro poco conocido llamado “TÚ – TÚ”<sup>57</sup>. En este Ross plantea que palabras como tú – tú o en nuestro medio como derecho subjetivo y poder, no son, obviamente cosas reales, son simplemente palabras vacías desprovistas de toda referencia semántica y que con independencia de las ideas de fuerzas místicas conectadas con la palabra de la que habla el historiador Eidan<sup>58</sup> -historiador de quien se sirve Ross y se basa para formularse el cuestionamiento de este tipo de palabras-, los enunciados que recogen estas palabras pueden funcionar de una manera efectiva como expresiones prescriptivas y descriptivas<sup>59</sup>, es decir, expresar mandatos y hacer afirmaciones sobre hechos, de acuerdo con diversas funciones que se pasará a explicar.

Olivecrona plantea que palabras como derecho subjetivo pueden tener en el lenguaje jurídico tres tipos de funciones, a saber, de signo, informativa y técnica.

*Función de signo:* Para que funcione como signo debe generar al momento de su estampa un sentimiento psicológico y que se evoque la idea de que está permitido y prohibido frente a aquella palabra. Como en el caso del derecho de propiedad, allí habría una función de signo si al oírse se genera en el sujeto que la escucha esa idea de que quien es dueño, puede hacer lo que quiera con ella (signo permisivo) y que los demás no pueden intervenir frente a ese ejercicio (signo prohibitivo). Allí estas palabras como derecho subjetivo, propiedad u otras más, no denotan nada, esta genera esa conexión psicológica, siempre y cuando es utilizada en forma regular, esto es, de acuerdo a los parámetros aceptados para ello<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> HÄGERSTRÖM, Axel, (1953). Ob. Cit., p. 16.

<sup>57</sup> ROSS, Alf (1976). Ob. Cit.

<sup>58</sup> EIDAN, (1950) *La forma de vida de los Aisat – naf; Estudios en Tabú y ‘Tú – Tú’*. Tomado de: ROSS, Alf (1976). Ob. Cit., p. 8.

<sup>59</sup> ROSS, Alf (1976). Ob. Cit., p. 19.

<sup>60</sup> OLIVECRONA, Karl (1991). Ob. Cit., p. 56.

*Función informativa:* Esta consiste en que se informa mediante los enunciados la existencia de derechos. El decir que alguien tiene un derecho no proporciona la información que aparentemente la frase quisiera dar, pero genera en su entorno social una herramienta sumamente útil. De esta forma y en relación con la propiedad, sí alguien dice que A es propietario de la casa se puede concluir que, “sí el informante tiene fundamento jurídico para lo que dice, entonces A tiene que tener un título jurídico con respecto a la casa”<sup>61</sup>.

*Función técnica:* Siguiendo con el ejemplo del derecho de propiedad, Olivecrona expone como esta función es sumamente útil para la legislación. El derecho de propiedad puede ser adquirido por medio de diferentes títulos adquisitivos, sea compraventa, donación, herencia, entre otras. Igualmente de ella se desprenden diversos derechos, como enajenarla, gravarla con hipoteca, construir en ella, entre otros. Por último, frente a la propiedad existen otra gran cantidad de reglas que se refieren a este concepto, por ejemplo la indemnización de perjuicios si se ve afectado en su derecho.

La expresión derecho de propiedad en palabras del propio Olivecrona “sirve como un nexo entre dos [o más] conjuntos de reglas”<sup>62</sup>. Así en el evento que se suprimiera esta palabra, las normas que regulan la forma de adquisición, los derechos que se pueden derivar de la propiedad y las normas penales que regulan el norma ejercicio de la misma, deberían estar conectadas directamente, con lo cual por sólo dar un ejemplo de la problemática que se daría, las normas penales protectoras del derecho de propiedad deberían multiplicarse por cuantos títulos adquisitivos sobre la propiedad existan.

De esta forma la noción del derecho de propiedad actúa como un empalme entre uno y otro conjunto de reglas y se torna en el ámbito jurídico indispensable para el funcionamiento del mismo. Esta función es a la que hace referencia Ross cuando plantea que:

---

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 64.

“Corresponde al pensamiento jurídico conceptualizar las normas de tal manera que las mismas sean reducidas a un orden sistemático y, por este medio, dar una versión del Derecho en vigor lo más clara y conveniente posible (...) [En esta medida] ‘Propiedad’, ‘crédito’ y otras palabras, cuando son usadas en el lenguaje jurídico, tienen la misma función que la palabra ‘Tú – Tú’; son palabras sin significado, sin referencia semántica alguna, y sólo sirven un propósito como una técnica de presentación”<sup>63</sup>

### 2.1.1. Hohfeld<sup>64</sup>:

Este autor aunque sin escribir muchos artículos, lo más seguro por su pronta muerte, ha influido marcadamente en las concepciones y los planteamientos acerca de los derechos subjetivos. Este autor parte de la idea que hay que separar las relaciones que son netamente jurídicas de los hechos físicos y psíquicos que las hacen surgir. Hohfeld en citando a Pollock y Maitland expresa: “El antiguo derecho alemán, como el antiguo derecho romano, tiene grandes dificultades para admitir la cesión de un crédito o de otro beneficio emergente de un contrato ... Los hombres no ven como puede tener lugar la transferencias de un derecho a menos que ese derecho esté materializado en alguna cosa corporal”<sup>65</sup>.

Esta cita le sirve al autor para contrastar un ejemplo que rompe dicho esquema y que ha sido altamente utilizado por los diferentes autores, como en el presente escrito. Este ejemplo es la palabra ‘propiedad’. Sobre ella se plantea que es utilizada en ciertos momentos como un término para referirse a un objeto físico, en otros momentos para denotar un interés jurídico y por último puede ser utilizada en un sentido ‘mixto’<sup>66</sup>. Parte de esta problemática surge quizás según planteamientos del autor porque en tiempo atrás las palabras eran originariamente utilizadas para referirse sólo a cosas físicas y con el pasar de los años las palabras han hecho parte del mundo jurídico y han tenido un vuelco conceptual importante.

---

<sup>63</sup> ROSS, Alf (1976). Ob. Cit., pp. 26 y 32. De esta forma el concepto de derecho subjetivo es un instrumento para la técnica de presentación y fines sistemáticos, el cual no significa ni más ni menos que lo que significaba ‘Tú – Tú’ para los miembros de la tribu Aisat – naf.

<sup>64</sup> HOHFELD, Wesley Newcomb (1997). Ob. Cit.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 33.

En este sentido Hohfeld y basándose en el ejemplo como introducción al análisis pretendido, justifica la necesidad de precisar un sistema de categorías que permita una comprensión clara de las distintas relaciones jurídicas, ello, en la medida en que sirva para desvirtuar esa idea de que todas las relaciones jurídicas pueden ser reducidas a derechos ‘subjettivos’ y ‘deberes’.

Ese autor realiza una abstracción en un plano teórico de lo que ha denominado *el mínimo denominador común del derecho*, el cual comprime en un sistema de categorías correlativas y opuestas que se pueden sintetizar en el siguiente cuadro<sup>67</sup>:

	<b>Derecho</b>	<b>Privilegio</b>	<b>Potestad</b>	<b>Inmunidad</b>
<b>Correlativos</b>	Deber	No-derecho	Sujeción	Incompetencia
<b>Opuestos</b>	No-derecho	Deber	Incompetencia	Sujeción

#### **2.1.1.1. Derecho – deber**

Sobre esta relación es claro que el autor pone énfasis en mostrar esa ambigüedad con la que es tratado el término derecho (subjettivo), pues es indistintamente utilizado como propiedad, interés, potestad, prerrogativa, inmunidad, privilegio, etc. Hohfeld muestra que el surgimiento de un derecho subjettivo en el sentido estricto se relaciona con un deber como su correlativo invariable. Siguiendo un ejemplo dado por Hohfeld se muestra que “si X tiene el derecho de excluir a Y de un inmueble del primero, la situación correlativa es que Y tiene frente a X el deber de permanecer fuera de aquel lugar”<sup>68</sup>.

#### **2.1.1.2. Privilegio – No-derecho**

<sup>67</sup> Otros autores, siguiendo a Hohfeld han realizado también cuadros de categorías jurídicas de opuestos y correlativos. Tal es el caso de Alf Ross. Para ver esta postura véase ROSS, Alf (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, pp. 152-163.

<sup>68</sup> HOHFELD, Wesley Newcomb (1997). Ob. Cit., p. 50.

El privilegio es definido por Hohfeld como el opuesto al deber. Así quien tiene el privilegio de realizar determinada conducta no tendrá en consecuencia el deber de ejecutarla, en tanto tiene una posibilidad de hacerlo libre y voluntaria. Ello no obsta para que exista otra relación jurídica que imponga dicha conducta como ordenada. Por ello, si una determinada persona propietaria de un inmueble se obliga contractualmente con un tercero a entrar en su propio predio tendrá en consecuencia el privilegio de hacerlo por ser el dueño del inmueble y tendrá la obligación de hacerlo en virtud del contrato celebrado, es decir, no existe un impedimento analítico ni normativo que impida la coexistencia de relaciones sobre una determinada conducta.

Siguiendo con la relación Privilegio – No-derecho, Hohfeld se refiere a que el primero es una atribución del ordenamiento jurídico para quien tiene el privilegio de hacer libre y voluntariamente la conducta determinada y el segundo es una imposibilidad de los terceros para obstaculizar el ejercicio de la conducta por parte de quien tiene el privilegio. Esto se expone en el ejemplo del mismo Hohfeld: “...el correlativo del privilegio que tiene X de entrar, de modo manifiesto, el ‘no-derecho’ de Y a que X no entre”<sup>69</sup>.

### **2.1.1.3. Potestad – Sujeción**

Para explicar esta relación Hohfeld utiliza diversos ejemplos jurisprudenciales para indicar que ésta (potestad) es la posibilidad de cambiar la situación jurídica propia frente a un tercero, quien se encuentra en una situación de desventaja llamada sujeción. Para dar una claridad sobre este punto basta traer a colación a Cruz Parceró:

“Para Hohfeld el uso del término ‘derecho’ (subjético) para referirse al poder da lugar a grandes confusiones de pensamiento y ambigüedades de expresión. Por ejemplo, cuando se dice que ‘el marido tendrá la administración de todos los bienes gananciales, pero no tendrá *derecho* a vender o afectar los inmuebles, salvo con el consentimiento de la mujer’ (CJF, p. 68, nota 65). En este caso, tal y como apunta Hohfeld, la palabra *derecho* (subjético) se usa en el sentido de ‘poder’... Hohfeld da varios ejemplos de potestades; uno de ellos es el caso del abandono de una cosa por parte de su

---

<sup>69</sup> *Ibíd.*, p. 51.

propietario, del cual se dice que tiene la potestad de extinguir su propio interés jurídico en la cosa y la de crear en otras personas privilegios e inmunidades referentes al objeto abandonado”<sup>70</sup>.

#### **2.1.1.4. Inmunidad - incompetencia**

Sobre esta relación plantea Hohfeld que la inmunidad es la libertad que tiene un sujeto sobre una relación jurídica respecto de la potestad de otro. Partiendo de la definición de potestad y sujeción quizás de más claridad. Se planteó que una persona tiene una potestad cuando se encuentra en una situación de ventaja frente a alguien que tiene una sujeción, esto es, que se encuentra en una posición de desventaja llamada sujeción.

Así la inmunidad excluye la sujeción y la potestad frente a este que se encuentra inmune no existe como vínculo correlativo. En este sentido habla Hohfeld cuando estipula que: “... una inmunidad es el correlativo de una incompetencia (‘no potestad’), y el opuesto (o la negación) de una sujeción”<sup>71</sup>.

Ahora bien esta estipulación creada por Hohfeld ha sido altamente criticada<sup>72</sup>, lo cual no resta mérito a su utilidad en nuestro medio, de la cual se han basado directa o indirectamente autores que nos servirán para dar luz al fin propuesto en este escrito.

#### **2.1.2. Alexy<sup>73</sup>**

Este autor plantea que cuando hablamos de derechos subjetivos podemos referirnos a cuestiones bastante diversas, a saber, cuestiones normativas, empíricas y analíticas<sup>74</sup>. Correspondiendo a este nivel analítico los pilares sobre los cuales se basa el concepto de

---

<sup>70</sup> CRUZ PARCERO, Juan Antonio (1999). *El concepto de derecho subjetivo en la teoría del derecho*. México DF: Distribuciones Fontamara S.A., p. 86.

<sup>71</sup> HOHFELD, Wesley Newcomb (1997). Ob. Cit., p. 81.

<sup>72</sup> Para ver alguna de estas críticas véase. CRUZ PARCERO, Juan Antonio (1999). Ob. Cit., pp. 100 y ss.

<sup>73</sup> ALEXY, Robert (1993). Ob. Cit. y ALEXY, Robert (1997). *Derechos individuales y bienes colectivos*. En: El concepto y la validez del derecho. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: 2ª Edición, Gedisa Editores.

<sup>74</sup> ALEXY, Robert (1993). Ob. Cit., p. 173.

derecho individual<sup>75</sup>, a saber: (i) un modelo de tres niveles o gradas de los derechos subjetivos (derechos individuales) y, (ii) una teoría de los principios de estos derechos.

Sobre el modelo de tres niveles de Alexy reconocemos: (i) Razones para los derechos subjetivos (enunciados sobre razones para derechos), (ii) Derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas (enunciados sobre derechos) y, (iii) La imposibilidad jurídica de los derechos subjetivos (enunciados sobre su protección).

### **2.1.2.1. Razones para los derechos subjetivos o las fundamentaciones de los derechos individuales**

Como razones o fundamentos de los derechos existe multiplicidad de fuentes. Para Alexy es importante distinguir los derechos como tal (posiciones y relaciones jurídicas) de su fundamentación, pues la fundamentación es tratada en este primer nivel y los derechos como posiciones y relaciones son tratados en el segundo nivel. Alexy expone que: “hay que distinguir entre la fundamentación de una norma y la norma que se apoya en esta fundamentación, así también la fundamentación de un derecho es una cosa y el derecho que se admite en virtud de esta fundamentación, otra”<sup>76</sup>.

Ahora bien, para Alexy el principal problema de quienes han abordado esta problemática de la fundamentación o de las razones, es que han pretendido introducir en el concepto de derecho la fundamentación del mismo, pues ello según el mismo autor “bloquea la vía hacia la intelección de que detrás de un derecho individual puede existir un haz de fundamentaciones heterogéneas y que diferentes derechos pueden apoyarse en fundamentaciones totalmente diferentes”<sup>77</sup>. En este sentido pone de ejemplo las concepciones de Jhering y de Windschein sobre los derechos subjetivos, esto es, la teoría del interés y la teoría de la voluntad, respectivamente.

---

<sup>75</sup> ALEXY, Robert (1997). Ob. Cit., p. 179.

<sup>76</sup> *Ibid.*, 180.

<sup>77</sup> *Ibid.*, 181.

Ahora bien plantea Alexy, que sí se realiza esta distinción entre fundamentaciones o razones para los derechos y los derechos como posiciones y relaciones jurídicas, se encuentra que como fundamentaciones no sólo existen bienes individuales de acuerdo con sus intereses o voluntad, sino que también se encuentra bienes colectivos.

De esta forma plantea Alexy, la fundamentación de un derecho en general o en una determinada situación puede tener origen en: (i) Exclusivamente bienes individuales, (ii) Tanto a través de bienes colectivos como de bienes individuales y, (iii) Exclusivamente bienes colectivos<sup>78</sup>.

#### **2.1.2.2. Derechos subjetivos o individuales como posiciones y relaciones jurídicas**

En este segundo nivel, Alexy plantea que los derechos subjetivos o individuales pueden exponerse como posiciones o relaciones jurídicas. Esto nos lleva a la teoría analítica sobre los derechos ya antes explicada en el punto 1.2 referido a las posiciones iusfundamentales. Ello sin embargo no obsta para que dichas apreciaciones apliquen en igual medida en los términos de los derechos en general. Así se presenta igualmente la triple división de las posiciones que se denominan derechos en:

1. Libertades
2. Derechos a algo
3. Competencias

#### **2.1.2.3. La imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos o individuales**

Sobre este nivel Alexy expone que es frecuente que autores establezcan relaciones analíticas entre el concepto de derecho y las posiciones del derecho referido a la imposición del mismo. Para dar un ejemplo cita a Kelsen quien manifiesta que el “derecho subjetivo en

---

<sup>78</sup> *Ibíd.*

sentido técnico [consiste] en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación”<sup>79</sup>, esto es, el poder jurídico para hacer valer el cumplimiento de un deber existente.

Alexy plantea que el problema de entender la existencia de un derecho como razón substancial para su imponibilidad, de acuerdo a lo estipulado por Kelsen, se debe a la incorporación en el concepto de derecho subjetivo de la imponibilidad, situación que concibe errada. Para este autor deshacerse de esta incorporación permite entender que: “A la relación de fundamentación entre el primero y segundo nivel corresponde una relación de fundamentación entre el derecho y su imponibilidad, es decir, entre el segundo y tercer nivel”<sup>80</sup>.

Ahora bien, el segundo pilar mencionado, esto es, la teoría de los principios, es fundamental para manejar y solucionar el tema de las relaciones y conflictos de derechos individuales entre sí y de derechos individuales y bienes colectivos.

Alexy recuerda la distinción entre reglas y principios basada en que unas son mandatos de optimización (principios) y otras son mandatos definitivos (reglas). Los principios son mandatos de optimización, esto es, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por otro lado las reglas son mandatos definitivos que ordenan que algo sea cumplido si o si. Lo anterior implica que al ser mandatos de optimización (los principios) pueden ser cumplidos en diferente grado, en cambio las reglas sólo pueden ser cumplidas o no (todo o nada)

Alexy tomando los mandatos de optimización y mandatos definitivos en un sentido amplio (abarca también permisiones y prohibiciones) y basándose en que las posiciones jurídicas

---

<sup>79</sup> KELSEN, Hans (2000). Ob. Cit., pp. 146 y ss.

<sup>80</sup> ALEXY, Robert (1997). Ob. Cit., p. 184.

pueden ser reconducidas a modalidades deónticas, expresa, que “los derechos individuales tienen o bien el carácter de mandatos de optimización o de mandatos definitivos”<sup>81</sup>.

Ahora bien, sí hubiera un conflicto entre ellos como mandatos definitivos, ello se resuelve de tres maneras posibles: (i) La ley superior prevalece sobre ley inferior. Esta última es inválida. (ii) La ley reciente prevalece sobre ley antigua. Esta última no es inválida sino derogada. (iii) La ley específica constituye excepción a la ley general. Ambas son válidas y vigentes, pero la ley general no se aplica donde es aplicable la particular.

Ninguno de estos tres métodos suele decirse que idóneo para resolver el conflicto entre derechos entendidos como mandatos de optimización, pues estos aquí se tratan como derechos prima facie que cuando entran en colación pueden ser restringidos, y es en esta medida que toma importancia la ponderación.

En la ponderación hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. En la ponderación aplicada al derecho hay un triunfo de alguno de estos intereses en el caso concreto (en el plano abstracto hay equilibrio, en principio. Todos tienen el mismo valor). Ponderar es pues buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor.

La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de este enunciado de preferencia referida al caso en concreto y cuya reglas constitutiva es: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

El peso de un principio o la cantidad de lesión o de frustración de un principio, no es una magnitud autónoma, sino que depende de la satisfacción o cumplimiento del principio en pugna. La virtualidad de la ponderación reside principalmente en estimular una

---

<sup>81</sup> ALEXY, Robert (1997). Ob. Cit., p. 185.

interpretación donde la relación entre normas constitucionales no es una relación de independencia o de jerarquía, sino de continuidad y de efectos recíprocos. El perfil o delimitación de los derechos no viene dado en abstracto, sino que este se ve en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros derechos o principios en pugna, es así que la ponderación conduce una exigencia de proporcionalidad.

### 2.1.3. Rodolfo Arango<sup>82</sup>

Este autor retomando concepciones del profesor Maurer<sup>83</sup> define el derecho subjetivo<sup>84</sup> en su sentido más estricto como:

“el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo. Según esta definición es posible distinguir tres características del derecho subjetivo: (i) una *norma jurídica*, (ii) una *obligación jurídica* de otro derivada de esta norma, y (iii) un *poder jurídico* para la consecución de *intereses* propios reconocidos al sujeto (es decir, una *posición jurídica*)”<sup>85</sup>

Ahora bien, sobre estas características planteadas no se profundizará debido a que a lo largo de este escrito se ha hecho referencia a ellas<sup>86</sup>. Según lo explicado por el profesor Rodolfo Arango se hace necesario que la disposición que consagre el derecho para que se torne en norma jurídica pueda su cumplimiento ser forzado por el poder estatal legítimo<sup>87</sup> y sí bien la existencia de una norma jurídica es condición necesaria para la existencia de un derecho subjetivo, no es suficiente para ello.

En esta medida es igualmente importante la obligación jurídica. Sobre la obligación jurídica se centra comúnmente en la correlación que existe entre derecho subjetivo y obligación

---

<sup>82</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit.

<sup>83</sup> MAURER, Hartmut (1994). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Manchen: 9 Ed.

<sup>84</sup> Esta definición de derecho subjetivo es aceptada como correcta y a partir de ella se esbozara toda la argumentación posterior.

<sup>85</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 9.

<sup>86</sup> Sobre norma jurídica véase arriba: Punto 1.1. Así mismo sobre posición jurídica véase arriba: Punto 1.2.

<sup>87</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 10.

jurídica, aunque ésta correlación deba ser precisada en ciertos puntos. Primero no se habla de una correlación en el sentido de Hohfeld antes mencionado, y segundo se puede presentar el caso donde una obligación jurídica no tenga como correlativo un derecho subjetivo en cabeza de algún beneficiario. Allí es importante mencionar ejemplos como las normas que fomentan o subvencionan determinadas políticas del Estado<sup>88</sup>, las cuales se constituyen como excepciones de que los derechos y las obligaciones son mutuamente condicionantes, tal y como lo expresaba la teoría inicial de la correlación de Hohfeld. Claro está que aquí hay que precisar la diferencia ya esbozada entre derecho subjetivo en sentido amplio y en sentido estricto (nota 45), ello en procura de evitar confusiones.

Así pues, y sobre la última características (posición jurídica) de la definición de derecho subjetivo esbozado por el profesor Rodolfo Arango, este en alusión a los planteamientos de Henry Shue<sup>89</sup> expresa que *“bajo una posición jurídica, la posición del sujeto del derecho en un ordenamiento jurídico debe entenderse como (i) la que puede ser fundamentada con razones válidas y suficientes y (ii) la que cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente al sujeto del derecho”*<sup>90</sup>.

## **2.2. Derecho subjetivo colectivo**

### **2.2.1. ¿Existen los ‘derechos colectivos’ o ‘derechos de grupo’?**<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> *Ibíd.*, p. 12.

<sup>89</sup> Véase SHUE, Henry (1980). *Basic Rights*. N.J: Princeton, p. 13. Este autor define ‘posición’ como el: “tener un derecho es estar en la posición de hacer exigencias a otros y el estar en tal posición implica, entre otras cosas, para la situación de uno mismo, caer bajo principios generales que son buenas razones por las que las exigencias de uno deberían ser garantizadas”.

<sup>90</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). *Ob. Cit.*, p. 20. Para mayor claridad de la posición jurídica véase arriba: Punto 1.2.

<sup>91</sup> En este apartado se tomará como sinónimos los términos derechos colectivos y derechos de grupos. La discusión sobre la existencia de los derechos colectivos siempre ha girado en torno a derechos como la autodeterminación de los pueblos, altamente defendida por los comunitaristas. Frente a otros derechos como el derecho a la paz, la discusión ha sido nula. Es debido a esto, que la discusión sobre la existencia de los derechos colectivos tendrá como punto de partida esta discusión entre comunitaristas y liberales (Esta corriente tiene grandes diferencias en su interior, incluso hoy en día existen posturas liberales que se preocupan enormemente por las minorías). Aquí habrá numerosas referencias al derecho a la autodeterminación de los pueblos, sin que ello implique que este sea el punto neurálgico del trabajo. Ello se

Los derechos han sido abordados a partir de diferentes posturas políticas, como el liberalismo y el comunitarismo. Este segundo ha cuestionando la capacidad del primero para proteger a grupos minoritarios mediante la concesión de derechos individuales, y en consecuencia aboga por el otorgamiento de otro tipo de derechos: derechos colectivos, de grupo o comunitarios.

Muchos autores liberales eran positivos en que el énfasis en los derechos humanos posterior a la segunda Guerra mundial resolvería los conflictos de las minorías, esto es, protegerían a los grupos vulnerables no por medio de la concesión de derechos colectivos, sino garantizando los tradicionales derechos civiles y políticos básicos a todos los individuos, con independencia de su grupo de procedencia<sup>92</sup>. El liberalismo buscó garantizar el cumplimiento de los derechos individuales básicos, tanto civiles como políticos, que constituyen el contenido de cualquier Constitución.

De este modo, los liberales daban por sentado que allí donde fueran protegidos los derechos individuales, no sería necesario reconocer derechos adicionales a los miembros de las minorías étnicas, culturales o nacionales específicas:

“la tendencia general de los movimientos de la posguerra en pro de los derechos humanos ha consistido en subsumir el problema de las minorías nacionales bajo el problema más genérico de asegurar los derechos individuales básicos a todos los seres humanos, sin aludir a la pertenencia a grupos étnicos. La premisa principal ha sido creer que los miembros de las minorías nacionales no necesitan (y por tanto no tienen derecho a, o bien no se les puede conceder) derechos específicos. La doctrina de los derechos humanos se presentó como sustituto del concepto de los derechos de las minorías, lo que conlleva la profunda implicación de que las minorías cuyos miembros disfrutaban de

---

hace así, toda vez que como se dijo, el derecho a la paz de los habitantes de un territorio no ha tomado cabida en la discusión de la existencia de los derechos colectivos.

<sup>92</sup> En esta postura podemos observar a Jürgen Habermas, quien concibe a los derechos colectivos como banales y superfluos, en tanto son un atavismo de estadios de la evolución humana ya superados, toda vez que los derechos individuales como expresión de la modernidad protegen de una manera efectiva a las minorías y ratifican la autonomía del individuo. HABERMAS, Jürgen (1998). *Facticidad y validez*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, p. 90.

igualdad de tratamiento individual no pueden exigir, legítimamente, facilidades para el mantenimiento de su particularismo étnico” (Claude, 1995, Pág. 211)<sup>93</sup>

En este sentido la postura comunitaria ha tomado vuelo como una forma alternativa de la teoría tradicional de los derechos humanos, esta última que tiene como base tanto las teorías de la justicia (basadas históricamente en las defensas contractualistas de los derechos naturales durante los siglos XVII y XVIII), como en teorías relativas al racionalismo kantiano<sup>94</sup>.

Ahora bien, el comunitarismo debe entenderse como aquella nueva formulación de la moral como un agregado de pautas nacidas, practicadas y aprendidas dentro de la cultura de una comunidad concreta y determinada, teniendo sólo sentido allí, en tanto estas pautas son las que establecen el propio punto de vista moral. De esta forma “sitúan constitutivamente y motivan a los individuos dentro de un contexto moral determinado y configuran a los deberes hacia la respectiva comunidad como prioritarios sobre cualesquiera otros deberes y derechos”<sup>95</sup>.

Dentro de las tesis comunitaristas no existe unanimidad, no obstante es identificable que el problema de éstos habita en la defensa de que la identidad del individuo está constituida -total o parcialmente- por su pertenencia a una comunidad. Mientras que las posturas liberales evitan este problema, debido a que conciben que el individuo es responsable -total o parcialmente- de su cultura, y en consecuencia, no son instituciones estáticas<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> Tomado de: KYMLICKA, Will (1996). *Ciudadanía Multicultural*. Trad. C. Castells Auleda Barcelona: Ediciones Paidós, p. 15.

<sup>94</sup> RUIZ MIGUEL, Alfonso (1991). *Derechos Humanos y Comunitarismo. Aproximación a un debate*. En: Doxa 12, pp. 96 y 97. De acuerdo con este autor, el relativismo Kantiano tiene como una de sus características el ser “una propuesta específica de principios o criterios de justicia que establecen ciertos rasgos morales básicos de los individuos como superiores a cualquier exigencia social opuesta y que en ese campo exigen tratar a los individuos y sus intereses básicos de forma separada y no agregativa”.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>96</sup> FARRELL, Martin D. (1995). *¿Hay Derechos Comunitarios?* En: Doxa 17-18, p. 75.

Esta postura es fuertemente criticada por los comunitaristas, debido a que “en su opinión, el constitucionalismo moderno, producto del liberalismo político, es incapaz de acomodar la diversidad social y de proporcionar un trato igualitario a sus ciudadanos”<sup>97</sup>, pues con la homogeneidad social y cultural, se discrimina a los grupos minoritarios y se oprime a los grupos desaventajados. Mediante esta doctrina (Liberal) se “tiende a producir una cultura única para toda la sociedad y concluye asimilando a esa cultura las comunidades culturalmente minoritarias”<sup>98</sup>.

El atractivo de los derechos individuales influye incluso hasta el punto que la doctrina comunitaria (moderada)<sup>99</sup> no aspira a que ellos desaparezcan, sino únicamente cambiarles su carácter, convirtiéndolos en instrumento de algún propósito de la comunidad<sup>100</sup>. Un comunitario radical, por el contrario, objetaría cualquier derecho individual y los suplantaría por derechos colectivos o grupales. En igual sentido un liberal radical le resulta hostil hablar de derechos colectivos, los que, por demás, identifica con doctrinas autoritarias, incluso de genealogía fascista<sup>101</sup>.

Los derechos colectivos o de grupo, según los comunitarios, hacen referencia a intereses que no pueden ser protegidos de otra forma, tal como aquellos intereses de los seres humanos de pertenecer a -o identificarse con- un grupo cultural determinado<sup>102</sup>. Así plantea Farrel: “la concesión de estos derechos significa aceptar la política de la diferencia, en la que se reconoce la identidad única del grupo. El tratamiento diferencial consiste en conceder ciertos derechos especiales al grupo para permitirle preservar su identidad

---

<sup>97</sup> RODRIGUEZ ABASCAL, Luis (2002). *El debate sobre los derechos de grupo*. En: Estado, Justicia y derechos. Madrid: Alianza Editorial, p. 410.

<sup>98</sup> KYMLICKA, Will. “Liberal Individualism and Liberal Neutrality” En: *Ethics*, vol. 99, No. 4, p. 152.

<sup>99</sup> Este tipo de comunitarismo reconoce la existencia de derechos individuales, aunque se diferencia del liberal al aceptar que ellos pueden ser limitados apelando al bien de la comunidad.

<sup>100</sup> FARREL, Martin D. (1995). *Ob. Cit.*, p. 80.

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> De acuerdo con las posturas comunitarias, estos intereses deben ser protegidos por la comunidad y no por el ejercicio de derechos individuales por parte de sus miembros, puesto que no son los intereses de los miembros los que están en juego, sino los intereses de la comunidad.

cultural, la que resultaría amenazada si su protección quedara librada a los derechos individuales”<sup>103</sup>.

Autores como Will Kymlicka median en estas arduas discusiones y ofrece una versión del liberalismo de John Rawls adaptada a las críticas del comunitarismo. Este autor según Rodríguez Abascal propone:

“un liberalismo corregido mediante el establecimiento de derechos de ciudadanía diferenciada según la pertenencia cultural de los individuos que viven bajo un mismo Estado (...) Uno de los puntos de apoyo de Kymlicka han sido algunas ideas sostenidas por Joseph Raz, quien también ha defendido el reconocimiento de derechos a algunos grupos culturales. Estos grupos -sostiene Raz- ofrecen a los individuos un contexto significativo de elección, de modo que si una cultura decae o es discriminada, las opciones de sus miembros de tener una vida plena disminuyen dramáticamente”<sup>104</sup>.

Existen normales tensiones entre lo colectivo y lo individual, lo cual “oscila entre la confrontación que excluye hasta la colaboración que armoniza”<sup>105</sup>. Existen situaciones donde las decisiones que se tomen en favor de un colectivo afectan y ponen en peligro las libertades individuales, lo cual lleva a ciertos autores a posturas como el individualismo radical, sin contar con las estructuras colectivas<sup>106</sup>.

De esta forma muchos críticos invocan la imagen de culturas teocráticas y patriarcales en donde las mujeres son oprimidas y la ortodoxia radical es legalmente puesta en vigor, como ejemplo de lo que puede suceder cuando a los supuestos derechos de la colectividad le es dada precedencia sobre los derechos del individuo, situando aquí también la historia de la Alemania Nazi. En ese mismo sentido, se afirma que los derechos individuales, como derechos que aseguran al individuo la autoridad de exigir, eliminan riesgos de operación

---

<sup>103</sup> FARREL, Martín D. (1995). Ob. Cit., p. 83.

<sup>104</sup> RODRIGUEZ ABASCAL, Luis (2002). Ob. Cit., p. 411.

<sup>105</sup> MONTOYA BRAND, Mario Alberto / VASQUEZ CARDENAS, Ana Victoria (2002). *Lo colectivo en la constitución de 1991*. En: Cuadernos de investigación Universidad Eafit. Medellín: Universidad Eafit, p. 3.

<sup>106</sup> Ver postura de J. Habermas comentada en la cita 92.

asociados con la dependencia de otros para exigir el derecho y suprimen costos de procedimientos mayoritarios para exigirlos.

Otra corriente llega a decir que todas las situaciones pueden ser llevadas a visiones individualistas y que lo colectivo se queda en el plano teórico, sin embargo los fenómenos colectivos son muy reales. Lo plantean los profesores Montoya Brand y Vásquez Cárdenas con gran certeza, al decir que existen bienes y situaciones que hablan a favor de lo colectivo y de derechos colectivos, observándose a su vez situaciones que afectan a múltiples sujetos sin que pueda individualizarse el daño en cada uno de ellos, es decir, categorías irreductibles a los individuos, entre los cuales se puede observar: la lengua, la cultura, lo público y la autodeterminación de los pueblos, por no mencionar otros tantos<sup>107</sup>.

### **2.2.2. ¿Qué son los derechos colectivos?**

Como se ha podido dilucidar en el punto anterior, aquí se defiende la existencia de los derechos colectivos o de grupo, en tal medida, se debe procurar dar una definición y caracterización no con miras a cerrar la discusión, sino sólo como una forma de clarificar los conceptos tal cual serán tomadas en el presente texto, para realizar el análisis jurídico-dogmático ya anunciado.

Como lo plantea el profesor López Calera “Los derechos colectivos son típicamente derechos a bienes colectivos”<sup>108</sup>, no obstante es bastante difícil estipular que es un bien colectivo. En procura de ubicar una definición que pueda ser utilizada en este trabajo se abordarán tres cosas sobre los bienes colectivos, a saber, su fundamentación, definición-caracterización y status normativo.

#### **2.2.2.1. Fundamentación de los derechos colectivos**

---

<sup>107</sup> MONTROYA BRAND, Mario Alberto / VASQUEZ CARDENAS, Ana Victoria (2002). Ob. Cit., p. 3.

<sup>108</sup> LOPEZ CALERA, Nicolás (2000). *Hay derechos colectivos: individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Ariel., pp. 104-105.

Sobre el fundamento de los derechos colectivos como derechos a bienes colectivos, la doctrina ha oscilado entre diferentes puntos. En tanto fundamentación de normas muestra Alexy dos en especial, el de la economía de bienestar y el de la teoría del consenso<sup>109</sup>, por otro lado, también se ha hablado de una fundamentación ética o moral de la solidaridad-corresponsabilidad y otra no basada en valores morales, sino en su naturaleza objetiva.

La primera teoría basada en el tipo de economía de bienestar es utilizada cuando se concibe a los bienes colectivos “como funciones de bienes individuales (utilidades, preferencias). Este tipo de fundamentación tropieza con los problemas de la aglomeración de utilidades individuales en utilidades colectivas”<sup>110</sup>.

La segunda, esto es, la teoría del consenso tiene a su vez sucesivas divisiones. Así encontramos una postura poco exigente que plantea que “un bien colectivo está justificado si lo aprueban fácticamente todos; de acuerdo con una más exigente, si la aprobasen todos en caso de que se dieran determinadas condiciones de racionalidad”<sup>111</sup> (teoría del discurso racional). Esta fundamentación es insuficiente, pues ella también es aplicable frente a los derechos o bienes individuales.

La fundamentación ética o moral de la solidaridad-corresponsabilidad. Estipula que si los derechos individuales se basan en la libertad y autonomía, los sociales en la igualdad o necesidad material, los colectivos tendrán como base la solidaridad que conlleva a la corresponsabilidad<sup>112</sup>. La solidaridad es entonces como la ayuda mutua que tiene como base la existencia de lazos comunes de interdependencia, los cuales a su vez dan lugar a la simpatía, esto es, un efecto común que surge como consecuencia de la existencia de una común pertenencia. Allí se busca entonces asumir como propios los intereses del grupo,

---

<sup>109</sup> ALEXY, Robert (1997). Ob. Cit., p. 188.

<sup>110</sup> Ibíd., p.189. Estos problemas han sido tratados por SCHLINK, Bernhard (1976). *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot. pp. 131 y ss.

<sup>111</sup> ALEXY, Robert (1997). Ob. Cit., p. 189.

<sup>112</sup> MONTOYA BRAND, Mario Alberto / VASQUEZ CARDENAS, Ana Victoria (2002). Ob. Cit. pp. 5 y 6.

donde esa titularidad implica el deber de contribuir, es decir, de actuar positivamente para su eficaz garantía en la medida que se trata de una responsabilidad de todos y cada uno.<sup>113</sup>

Por otro lado se plantea que no se debe mirar en estos valores morales, sino en su naturaleza objetiva. Esto implica que los intereses y los derechos colectivos aluden a “bienes o situaciones jurídicas objetivadas, en la medida en que constituyen un reducto mínimo sobre el que se edifica el orden social y político”<sup>114</sup>, es decir, el entorno de los bienes y los derechos.

Como lo expresan los profesores Montoya Brand y Vásquez Cárdenas estas dos últimas fundamentaciones no tienen que ser excluyentes, sino que pueden tomarse como complementarios configurándose así un binomio que sustenta los derechos colectivos y que los torna en presupuesto de existencia, concurrencia o posibilidad de los demás derechos<sup>115</sup>.

No obstante se apoye esta idea de fundamentación es igualmente importante no recargar con problemas provenientes de la fundamentación el concepto de bien colectivo<sup>116</sup> o de derecho colectivo (entendido como un derecho a un bien colectivo), en el mismo sentido que Alexy había expresado para los derechos individuales<sup>117</sup>. De esta forma se pasará a abordar una posible definición de los derechos colectivos como derecho a bienes colectivos.

#### **2.2.2.2. Definición-caracterización de los derechos colectivos**

Hay definiciones amplias y estrechas de los derechos colectivos. Buchanan, ha sido uno de los defensores de la postura amplia, este los define como:

---

<sup>113</sup> DE LUCAS, Javier (1998). *El concepto de solidaridad*. México DF: Distribuciones Fontamara S.A., pp. 82-90.

<sup>114</sup> MONTOYA BRAND, Mario Alberto / VASQUEZ CARDENAS, Ana Victoria (2002). Ob. Cit. p. 7.

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> ALEXY, Robert (1997). Ob. Cit., p. 189.

<sup>117</sup> Véase cita anterior.

“Para que un derecho sea un derecho de grupo, es necesario que pueda ser ejercido (...) en una de las siguientes alternativas. Primero, el derecho sólo puede ser ejercido en forma no individual. En este caso, los individuos, como tales, no tienen la titularidad del derecho (...). Ejemplos de derechos de grupos no individuales son los diversos derechos de autogobierno interno poseídos por las tribus indígenas americanas (...). Segundo, algunos derechos grupales tienen lo que puede llamarse una posición dual: cualquier individuo que es miembro del grupo puede ejercerlos (...), o el derecho debe ser ejercido no individualmente sino mediante un mecanismo colectivo por algún agente o agentes en nombre del grupo. Un ejemplo de un derecho grupal de posición dual es el derecho a participar en ceremonias o rituales culturales o religiosos”<sup>118</sup>

Joseph Raz, por el contrario, impone una serie de condiciones para que se pueda hablar de un derecho colectivo, ello basándose exclusivamente en beneficios colectivos que justifican tal derecho:

“Un derecho colectivo existe cuando se cumplen las siguientes tres condiciones: Primero, éste existe porque un aspecto del interés de los seres humanos justifica tener a alguna persona o personas sujetas a un deber. Segundo, los intereses en cuestión son los intereses de individuos miembros del grupo y se entienden como intereses en beneficio público; el derecho colectivo es un derecho a ese bien público porque le sirve a los intereses de los seres humanos como miembro del grupo. Tercero, el interés de ninguno de los miembros individualmente considerado es suficiente en sí mismo para justificar el tener a otra persona sujeta a un deber”<sup>119</sup>.

Estas condiciones impuestas por Raz son compatibles con el concepto de derecho subjetivo antes indicado, tal como se verá posteriormente<sup>120</sup>. Particularmente esa segunda condición impuesta por este autor, y que en sí constituye la finalidad de los derechos colectivos, esto es, “el aseguramiento de beneficios que sólo pueden ser disfrutados de manera colectiva”<sup>121</sup> en tanto son miembros de un grupo y el interés es público (con respecto de ese grupo), genera una característica constitutiva de los derechos colectivos a través de la cual pueden ser identificados este tipo de derechos. Lo anterior hace referencia a la estructura no

---

<sup>118</sup> BUCHANAN, Allen (1994). *Liberalism and Group Rights*. In Harm's Way: Essays in Honor of Joel Feinberg. Ed. Jules L. Coleman y Allen Buchanan. Cambridge: Cambridge University, p. 3.

<sup>119</sup> RAZ, Joseph (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press., p. 208. Citado en ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 81.

<sup>120</sup> Ver abajo: Punto 2.2.3.

<sup>121</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 81.

distributiva de los derechos colectivos reconocida por el profesor Alexy. Este autor expone: “Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fácticamente o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene carácter no-distributivo”<sup>122</sup>.

### 2.2.2.3. Status normativo

El carácter no-distributivo mencionado en el punto anterior, no basta como lo menciona Alexy para la definición de un derecho colectivo, los bienes colectivos para que tenga relevancia jurídica y sean tomados como derechos colectivos, deben ser ordenados por el sistema jurídico. En este sentido observamos como la característica de la obligación jurídica cuando se dilucidaba el tema del derecho subjetivo<sup>123</sup> se torna vital. Así, plantea Alexy “un interés puramente fáctico tiene que transformarse en un interés jurídicamente reconocido y, en este sentido, justificado”<sup>124</sup>. Esta justificación del interés no es más que el objeto de la ordenación a alguien (b) prima facie o definitiva de algo (g) a favor de otro (a). De esta forma plantea Alexy dicho interés adquiere un status normativo<sup>125</sup> y permite definir el derecho colectivo como: *X es un derecho colectivo (como derecho a un bien colectivo) sí X es caracterizado por ser no-distributivo y la creación o conservación de X está ordenada prima facie o definitivamente. Igualmente este derecho colectivo deberá cumplir con las condiciones de; (i) que exista un aspecto del interés de los seres humanos que justifica tener a alguna persona o personas sujetas a un deber; (ii) los intereses en cuestión son los intereses de individuos miembros del grupo y se entienden como intereses en beneficio público, lo que implica a su vez el carácter no-distributivo, que supone que el aseguramiento de beneficios sólo puede ser disfrutados de manera colectiva en tanto son miembros de un grupo y el interés es público (con respecto de ese grupo); y que (iii) el interés de ninguno de los miembros individualmente considerado es suficiente en sí mismo para justificar el tener a otra persona sujeta a un deber.*

---

<sup>122</sup> ALEXY, Robert (1997). Ob. Cit., p. 187.

<sup>123</sup> Ver arriba: Punto 2.1.3.

<sup>124</sup> ALEXY, Robert (1997). Ob. Cit., p. 187.

<sup>125</sup> Ibid.

### 2.2.3. Derechos colectivos como derechos subjetivos

Esta definición dada es plenamente identificable con la definición de derecho subjetivo antes expresada y en tanto, como se planteó inicialmente el derecho colectivo puede ser reconducido a la idea de derecho subjetivo, con lo cual el derecho subjetivo es un género y el derecho colectivo junto con el derecho individual son especies del primero.

Muchas de las posturas reacias de este planteamiento se han originado en errores y en apreciaciones algo desviadas de la historia. En este sentido habla Carl Wellman, quien ha sugerido una vía de explicación:

“Todo derecho es poseído por algún titular individual. Esto ha inducido a algunos a pensar que existe una conexión esencial o conceptual entre los derechos y el individualismo moral o político, en contraste al estatismo o corporativismo moral o político. Esta noción puede subyacer a la frecuente distinción de RONALD DWORKIN entre derechos individuales y metas políticas. Sin lugar a duda es cierto que el enfoque inicial, aunque no exclusivo, de la teoría tradicional de los derechos naturales y de los más recientes documentos de los derechos humanos ha sido el de los derechos fundamentales de la persona individual frente a su sociedad o estado. Pero esto bien puede ser un accidente histórico que revela más sobre las preocupaciones morales y políticas de los tiempos en que surgieron estas teorías y declaraciones, que sobre el concepto mismo de un derecho”<sup>126</sup>.

También el profesor Arango se ha referido al tema al indicar que de acuerdo a determinadas concepciones políticas y morales “se confunden el origen histórico de los derechos subjetivos y las características necesarias de su concepto. Que -como ya se dijo- los individuos sean titulares de derechos subjetivos, no significa que los individuos sean los únicos titulares de derechos subjetivos”<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> WELLMAN, Carl (1985). *A theory of Rights*. New Jersey: Rowman & Allenheld., p. 193. Citado en ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 71.

<sup>127</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 77.

Se definió el derecho subjetivo como: *el poder legal reconocido a un sujeto de derecho por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo*. A partir de esto, se observa, que el sujeto en la definición es tomado como sujeto de derecho y no como sujeto individual. El sujeto de derecho es entonces el portador u ostentador del derecho, así, tal y como se defendió en este escrito, los colectivos o grupos pueden tener derechos propios. Estos entendidos como derechos a bienes colectivos caracterizados por ser no-distributivos y porque su creación o conservación están ordenadas prima facie o definitivamente. En este sentido los colectivos o grupos pueden ser sujetos de derechos, lo cual implica que la definición del derecho subjetivo es plenamente compatible con la definición de derechos colectivos.

No obstante esta compatibilidad en las definiciones, que a su vez soporta la defensa de derecho colectivo como derechos subjetivos, se tiene que tener cuidado con un factor de riesgo político. Este surge ante conflictos entre derechos colectivos y derechos individuales, donde deberá darle una preferencia prima facie a los derechos individuales, tal y como se mostrará más adelante<sup>128</sup>.

#### **2.2.4. Críticas a los derechos colectivos**

Ahora bien, frente a la postura de los derechos colectivos se han producido un sinnúmero de críticas. No obstante aquí se intentará enunciar o dejar plasmadas algunas de ellas. Las discusiones que tienen origen en dicha críticas pueden ubicarse en tres ámbitos distintos, a saber, el conceptual, el normativo y el pragmático.

##### **2.2.4.1. Ámbito conceptual**

La principal crítica desde este ámbito es si es posible hablar de los colectivos o grupos como titulares de derechos, partiendo de conceptos de ‘grupo’, ‘colectivo’ y de ‘derechos’.

---

<sup>128</sup> Ver abajo: Punto 2.3.1.

Aparte de ello se cuestiona sobre el concepto preciso de ‘grupo’, ‘colectivo’ y de ‘derechos’ que se debe adoptar para este fin.

Como aquí se ha afirmado no existe problema analítico, y partiendo del concepto de derecho subjetivo antes plasmado, se puede defender la existencia de los derechos y de la titularidad de los colectivos o grupos como sujetos de derecho. Si bien para algunos autores ello es posible desde la teoría de la voluntad y la teoría del interés, al no proscribir los derechos colectivos, ello, admitiendo por parte de la primera algún modo válido de formar la voluntad colectiva, y en la segunda, sólo se tendría que admitir que algunos intereses son colectivos e indivisibles, tal como de hecho, lo sostienen autores como Joseph Raz, Neil MacCormick y Waldron. No obstante, en el texto se ha expresado la dificultad de incorporar la fundamentación a la definición del concepto de derechos<sup>129</sup>, por lo que no se comparte estas dos teorías y se prefiere la definición antes expresada.

Otra dificultad encontrada por algunos autores en el plano conceptual, es el papel que juega el colectivo o grupo en este tipo de derechos. Nino, opinan que el grupo no desempeña ningún papel y que la expresión ‘derechos de grupo’ únicamente alude a un conjunto de derechos y deberes de individuos, situación ya tratada aquí anteriormente<sup>130</sup>. No obstante y como respuesta a esta crítica, el considerar los derechos colectivos como un conjunto de derechos individuales, entonces, absolutamente todos los derechos individuales podrían ser, a su vez, derechos colectivos. En este sentido Rodríguez Abascal señala acertadamente que “Llamar derechos de grupo a aquellos cuya titularidad recae sobre los individuos de una clase permitiría llamar derechos de grupo, por ejemplo, a los derechos humanos universales, que recaen sobre los seres humanos, el grupo de individuos al que llamamos humanidad”. En este sentido el concepto ‘colectivo’ o ‘grupo’, sería sólo una redundancia y generaría más confusión que utilidad.

#### **2.2.4.2.      Ámbito normativo**

---

<sup>129</sup> Ver arriba: Punto 2.1.2.1.

<sup>130</sup> Ver arriba: Punto 2.2.1.

En el ámbito normativo la crítica se centra en las justificaciones de aquellas pretensiones que aspiran tener status normativo de derechos de colectivos. Las principales críticas a ésta situación son:

#### **2.2.4.2.1. Los grupos o colectivos no son agentes morales**

Esta presupone una tesis de los derechos morales según la cual no puede haber derechos sin un agente moral a quien atribuírselos, y es formulada desde una concepción claramente individualista de la agencia moral (individualismo ético). Frente a esta crítica existen cinco salidas.

(i) es posible objetar que para tener derechos morales no se requiere ser agente moral, pues en caso de exigirse ello, entonces quedarían descartados junto con los derechos de grupo, los derechos de los niños, los de los disminuidos mentales.

(ii) si por el contrario, pensamos que para tener un derecho basta con tener unos intereses que deban ser protegidos, y añadimos que algunos grupos tienen intereses irreductibles a los intereses de sus miembros, entonces podríamos sostener que esos grupos tienen derechos, aunque no sean agentes morales.

(iii) Se puede objetar que algunos grupos o colectivos pueden ser considerados titulares de derechos legales reconocidos por el ordenamiento jurídico, sin aspirar a ningún derecho moral subyacente, y por ende, sin ser considerados agentes morales.

(iv) En cuanto al requisito de la agencia moral, no supone éste una negación definitiva sobre la existencia de derechos morales de grupo, pues se puede admitir de algún modo que es posible formar la voluntad colectiva para facilitar la idea de que algunos grupos o colectivos sean titulares de derechos.

(v) Se cumple con el requisito de la agencia moral toda vez que no debe confundirse la del individuo con el titular del derecho, pues así se confunden los orígenes históricos con las características del concepto. Aquí se puede observar en la segunda condición de la definición en tanto *los intereses en cuestión son los intereses de individuos miembros del grupo y se entienden como intereses en beneficio público, lo que implica a su vez el carácter no-distributivo, que supone que el aseguramiento de beneficios sólo puede ser disfrutado de manera colectiva en tanto son miembros de un grupo y el interés es público (con respecto de ese grupo)*

#### **2.2.4.2.2. Los grupos no tienen un valor independiente del valor de sus miembros**

Así se plantea que los grupos o colectivos no pueden ser portadores de derechos porque su valor depende del valor moral de sus miembros, es decir, el valor moral de un grupo o del colectivo depende de cuál sea su contribución a las vidas individuales de sus miembros. Ésta, al igual que la anterior, obedece a una crítica formulada desde el individualismo ético. Esta crítica pierde su fuerza si se sigue la salida (v) de la crítica anterior. En este sentido puede tener como base la salida (v) de la crítica anterior, pues los grupos son fundamentales para que los individuos puedan ejercer su autonomía, constituyéndose en un vehículo para lograr los intereses de los individuos miembros que se entienden como intereses en beneficio público del grupo y que tienen un carácter no-distributivo.

#### **2.2.4.2.3. Si otorgamos derechos a los grupos oprimimos a los individuos**

Autores como el propio Martin D. Farrell, quienes aducen que sí se presupone una superioridad moral del grupo sobre los individuos, este tipo de derechos acabaría oprimiendo a sus miembros. En el caso de Farrell, este señala que “Los derechos comunitarios no son sino el modo en que se describe cierta restricción de los derechos individuales. Cuando se habla de derechos comunitarios lo que quiere decirse es que

algunos derechos individuales han sido restringidos, y nada más que esto”<sup>131</sup>. Ahora bien, si únicamente preocupa el hecho de que el grupo o el colectivo pueda producir esa opresión sobre sus miembros, entonces cabría aceptar este tipo de derechos siempre y cuando haya una salvaguarda que impidiese ese abuso. Tal situación se pudiera encontrar en la preferencia prima facie de los derechos individuales frente a los derechos colectivos y que se tratará al abordar el punto de las restricciones internas<sup>132</sup>.

### **2.2.4.3.      Ámbito pragmático**

En este ámbito se presentan principalmente críticas frente a los requisitos que deben cumplir ciertos grupos o colectivos para que los derechos de grupo puedan ser llevados a la práctica. En este sentido encontramos críticas como:

#### **2.2.4.3.1. Los límites del grupo no suelen ser nítidos, lo cual impide identificar con claridad quiénes son sus miembros, generando a su vez problemas de suprainclusión e infrainclusión.**

Lo primero implica que el límite definidor del grupo o colectivo no siempre es nítido y puede ser difícil determinarlo. Lo segundo implica que pues mientras algunos individuos que en realidad no deberían pertenecer a un grupo pueden quedar incluidos dentro de él; otros que sí deberían estar incluidos podrían quedar por fuera del mismo

#### **2.2.4.3.2. Muchos de los grupos para los que se reclaman derechos albergan otros grupos en su interior identificables con el mismo criterio.**

Esto supone que si un grupo tiene derechos, entonces los demás grupos que compartan las mismas características relevantes también deberán ser titulares de esos derechos, y los derechos de un grupo frecuentemente colisionan con los del otro o resultan total o

---

<sup>131</sup> FARRELL, Martin D. (1995). Ob. Cit., p. 89.

<sup>132</sup> Ver abajo: Punto 2.3.1.

parcialmente incompatibles. Si surgen estos conflictos y los derechos están consagrados como reglas podrán solucionarse en cuanto tales, y si por el contrario, se encuentra consagrados como principios deberá realizarse una ponderación.

#### **2.2.4.3.3. Los grupos son dinámicos, se constituyen, se transforman, se mezclan con otros y pueden desaparecer**

Aquí se observa a autores como Rodríguez Abascal, quien manifiesta que:

“Construir un sistema de derechos para asignárselos a titulares cambiantes y amorfos no sólo parece absurdo, sino también muy poco conveniente; no conviene atribuir derechos a sujetos que están en permanente transformación porque al hacerlo estaremos favoreciendo sin ninguna justificación la actual distribución de mayorías y minorías y estaremos dificultando gravemente la fluida transformación del grupo llevada a cabo por el ejercicio de la libre voluntad de sus miembros”<sup>133</sup>.

Frente a estas críticas y para dar una respuesta conjunta, no por el hecho de desmeritarlas, sino antes como impulso a diferentes objetos de investigación. Frente a esto hay que decir, que el hecho de que un derecho colectivo presente dificultades en su traslado a la práctica no supone una negación de los mismos, sino un impulso al estudio de la manera de superarlos.

### **2.3. Conflictos entre derechos colectivos e individuales**

En primera medida para hablar de conflictos entre derechos colectivos y derechos individuales, tenemos que estar ubicados en el ámbito de estos derechos como principios, como mandatos de optimización, pues en caso de que estuviéramos frente a estos derechos como reglas, hablaríamos de soluciones de antinomias totalmente distintas<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> RODRIGUEZ ABASCAL, Luis (2002). Ob. Cit., p. 428.

<sup>134</sup> ALEXY, Robert (1997). Ob. Cit., p. 204.

Kymlicka, quien logra una conexión entre derechos colectivos y derechos individuales, presenta una distinción importante para este tema de los conflictos. Este autor observa dos significados posibles de los derechos colectivos. De esta forma los derechos colectivos o de grupo pueden presentarse como derechos de ese colectivo o grupo a limitar la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad de grupo, lo cual recibe el nombre de *restricciones internas*. Este tipo de restricciones debe ser objeto de un cuidadoso estudio, y en principio deben estar prohibidas, pues para quien ejerce el poder político dentro de la comunidad es un imperativo respetar los derechos civiles y políticos de los individuos de dicha comunidad.

En otro sentido pueden verse como el derecho de un colectivo o grupo a limitar el poder político y económico ejercido sobre dicho grupo por la sociedad de la que forma parte, todo esto en la medida de asegurar los recursos y las instituciones, de las cuales depende que la minoría no sea vulnerable a las decisiones de la mayoría. Estas segundas reciben el nombre de *protecciones externas*<sup>135</sup>.

### **2.3.1. Restricciones internas**

Estas han sido entendidas como la forma en que los colectivos o grupos limitan la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad de grupo. Ellas no son normalmente permisibles en los ordenamientos modernos. El profesor Arango plantea sobre las restricciones internas que “en caso de conflicto, los argumentos distributivos individualizados, que apoyan el derecho de individuo, tienen un mayor peso jurídico que los argumentos no distributivos o agregados que fundamentan el derecho del grupo como un todo”<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> KYMLICKA, Will (1996). Ob. Cit., p. 20. Otro autor que recoge esta clasificación es ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., pp. 84 y ss. Este entiende las restricciones internas y las protecciones externas como reglas de colisión.

<sup>136</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 85.

Ahora bien esta ilegitimidad de las restricciones internas no es algo completamente categórico -aunque en principio son ilegítimas-, pues no significa una primacía per se de los derechos individuales sobre los derechos colectivos. Como lo expone el profesor Alexy, ella es sólo una precedencia *prima facie*<sup>137</sup> a favor de los derechos individuales en procura de tomar al individuo en serio. Este autor plantea:

“La precedencia en casos de duda y la precedencia en el caso de certeza de razones igualmente buenas pueden ser resumidas bajo el concepto de precedencia *prima facie*. Existe, pues, una precedencia general *prima facie* a favor de los derechos individuales. Esta precedencia *prima facie* se expresa en una carga de la argumentación a favor de los derechos individuales y en contra de los bienes colectivos”<sup>138</sup>

Esto no implica que si hay razones suficientes a favor de los derechos colectivos, no se pueda restringir los derechos individuales, pues esta precedencia como lo expone este autor “no excluye el desplazamiento de derechos individuales por parte de bienes [derechos] colectivos. Exige simplemente que para la solución requerida por los bienes [derechos] colectivos existan razones más fuertes que para la requerida por los derechos individuales”<sup>139</sup>. En este sentido y bajo esta precedencia el individuo es tomado verdaderamente en serio.

### **2.3.2. Protecciones externas**

Según Kymlicka, las protecciones externas no entran necesariamente en conflicto con la libertad individual, pues, de hecho, “el rasgo distintivo de una teoría liberal de los derechos de las minorías es precisamente que ésta acepta algunas protecciones externas para los

---

<sup>137</sup> ALEXY, Robert (1997). Ob. Cit., p. 207. Esta precedencia *prima facie* parece haber tomado cierto giro conceptual en el Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido, p. 25-32. En este texto el autor incorpora un nuevo elemento e impone una precedencia *prima facie* a favor a las decisiones del legislador cuando hay razones neutrales para intervenir un principio fundamental material. No obstante, para los fines de este texto y en torno al conflicto entre derechos colectivos y derechos individuales se concibe adecuada la precedencia *prima facie* originaria del autor.

<sup>138</sup> ALEXY, Robert (1997). Ob. Cit., p. 207.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 208.

grupos étnicos y las minorías nacionales, pero es muy escéptica ante las restricciones internas”<sup>140</sup>. Esto significa que sean restricciones de leyes generales a favor de determinados colectivos o grupos.

De este modo, podría decirse que, de acuerdo con Kymlicka y aunque él no lo diga expresamente, mientras que las restricciones internas obedecen siempre a derechos colectivos o de grupo, las protecciones externas según el profesor Arango:

“son una consecuencia de los derechos colectivos (...) limitan los derechos colectivos e individuales de otros y tienen una primacía *prima facie* ante esos derechos, así como ante las metas colectivas de la sociedad nacional (...). En caso de conflicto entre los derechos colectivos y los derechos individuales y colectivos de otras personas fuera del grupo, es necesario ponderar dichos derechos entre sí, así como con las metas políticas de la sociedad nacional. La limitación de las consecuencias de las decisiones generales a favor de las posiciones jurídicas de colectivos concretos no hace peligrar, en principio, los derechos individuales y colectivos de otros.”<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> KYMLICKA, Will (1996). Ob. Cit., p. 20.

<sup>141</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 85.

## CAPÍTULO II

### **Análisis Jurídico-dogmático del derecho a la paz**

En este segundo capítulo y tras un intento por clarificar algunos conceptos, se realizará un análisis jurídico-dogmático del artículo 22 de la Constitución política:

*ARTICULO 22. La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.*

Aquí, se pretenderá ubicar y entender el derecho a la paz como un todo<sup>142</sup>. En desarrollo del mismo, se buscará determinar que posiciones jurídicas se pueden adscribir a esta disposición normativa.

Si bien es cierto, esto no es una tarea sencilla dado el poco desarrollo que ha tenido este derecho en la jurisprudencia y principalmente en la doctrina, sí es bastante meritorio por la importancia que la paz tiene para los colombianos en tiempos que hablamos de procesos de paz con ciertos grupos al margen de la ley y de intercambio humanitario como una muestra de intención de paz con otros grupos.

De acuerdo con esto, se pretenderá abordar en este capítulo la idea según la cual el derecho a la paz es reconducible al concepto del derecho subjetivo, cuyas características se han tratado en el capítulo precedente<sup>143</sup>. Posteriormente, y a partir de la última característica sobre la posición jurídica, intentaré mostrar cómo se pueden adscribir a dicho derecho en sentido lato o como un todo, diferentes posiciones jurídicas. Así, en esta medida se ubicarán los titulares, los destinatarios y los objetos de este derecho, para terminar de

---

<sup>142</sup> Para entender el concepto de un derecho como un todo, puede observarse: Capítulo I. Punto 1.

<sup>143</sup> Véase antes: Capítulo I. Punto 2.1.

manera ejemplificativa con una serie de inconvenientes o conflictos que pueden surgir a raíz de este derecho a la paz.

#### **4. Derecho a la paz como derecho subjetivo**

El derecho a la paz tal como se encuentra consagrado en la Constitución Política Colombiana y que fuera transcrito anteriormente, es un derecho que puede ser reconducido a la idea de derecho subjetivo.

Para recordar lo ya expresado en el capítulo anterior, el derecho subjetivo es entendido como: “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”<sup>144</sup>. Igualmente como se mencionó en aquel momento, se pueden identificar tres características, a saber; la norma jurídica, la obligación jurídica y la posición jurídica, características que nos permitiremos analizar una a una.

##### **4.1. Norma jurídica en el derecho a la paz**

La paz en la Constitución Política Colombiana ha tenido un desarrollo en varios apartes, estipulándose en ella un triple carácter.

(i) En el preámbulo se reconoce la paz como un valor de la sociedad, fundamento de la misma y de los derechos humanos. Seguidamente (ii) en el artículo 2, la enuncia como un fin del ordenamiento, fin al cual deben estar dirigidas las actuaciones de las autoridades públicas. Y (iii) se consagra en el artículo 22 citado inicialmente en éste trabajo como un derecho constitucional<sup>145</sup>. Ahora bien, analizar las implicaciones que se desprenden de una u otra calificación es algo que se escapa del objeto del presente escrito, por ello nos centraremos en la última mencionada.

---

<sup>144</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). *El concepto derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, p. 9.

<sup>145</sup> Sentencia C-048 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Ahora bien, según lo explicado anteriormente se hace necesario que la disposición que consagre el derecho para que se torne en norma jurídica pueda su cumplimiento ser forzado por el poder estatal legítimo<sup>146</sup>. La Corte Constitucional ha reiterado frente al forzamiento del derecho a la paz, dos situaciones diferentes. En primer lugar ha dicho que este derecho no es de aplicación inmediata<sup>147</sup> y en segundo lugar que es improcedente la acción de tutela para protegerlo<sup>148</sup>.

Sean o no correctas estas posturas es importante detenerse brevemente en ellas. No se observa pues como estas posturas determinan que el derecho a la paz no pueda ser exigido por el poder estatal legítimo. Lo anterior debido a que se debe entender que en caso de que se considere la acción de tutela improcedente para exigir el derecho, puede interponerse una acción popular<sup>149</sup> o la misma tutela, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irreparable<sup>150</sup>. De esta manera el cumplimiento puede ser forzado por el poder estatal legítimo sea a través de la acción popular o por medio de la tutela como mecanismo transitorio.

#### **4.2. Obligación jurídica en el derecho a la paz**

Este punto de la obligación jurídica se centra en la correlación que existe entre derecho subjetivo y obligación jurídica, aunque esta correlación deba ser precisada en cierto punto. Ello debido que se puede presentar como se dijo anteriormente el caso donde una obligación jurídica no tenga como correlato un derecho subjetivo en cabeza de algún beneficiario. Allí es importante mencionar ejemplos como las normas que fomentan o

---

<sup>146</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 10.

<sup>147</sup> Sentencia C-048 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Esto de acuerdo a lo planteado por el Art. 85 de la Constitución Política Colombiana.

<sup>148</sup> Sentencia T-008 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz, Sentencia T-028 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Sentencia T-066 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara, Sentencia T-300 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>149</sup> Sentencia T-008 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>150</sup> Sentencia T-028 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Sentencia T-226 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

subvencionan determinadas políticas del Estado<sup>151</sup>, las cuales se constituyen como excepciones de que los derechos y las obligaciones son mutuamente condicionantes, tal y como lo expresaba la teoría inicial de la correlación de Hohfeld<sup>152</sup>.

De esta manera, es importante analizar si existe alguna obligación jurídica correlativa frente al derecho a la paz, y en caso afirmativo determinar donde se encuentran determinadas o si por el contrario son implícitas.

En torno al derecho a la paz se encuentra la segunda parte del mismo artículo 22 que consagra este como derecho y deber de obligatorio cumplimiento. Más discutido puede ser el artículo 2º de la Carta del cual se podría pensar que se pueden desprender también obligaciones jurídicas como la de “garantizar la convivencia pacífica entre los ciudadanos y asegurar la paz”<sup>153</sup>, visión problemática en cuanto este artículo al tratar a la paz como fin puede constituirse en un claro ejemplo del caso ya mencionado de que existe una obligación sin un derecho subjetivo correlativo. De manera expresa puede encontrarse a su vez el artículo 95 numeral 6, el cual establece:

**“Artículo 95.** La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona esta obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

(...)

6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;”

---

<sup>151</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 12.

<sup>152</sup> Para observar con algo más de detenimiento puede verse: Capítulo 1. Punto. 2.1. Aquí es importante aclarar que los derechos subjetivos en el sentido amplio pueden no tener un deber como su correlato, pero el derecho subjetivo en sentido estricto sí tiene un correlato en el sentido que un sujeto se encuentre obligado en favor de otro a hacer, permitir u omitir algo. El ejemplo aquí dado es una excepción desde el punto de vista opuesto, toda vez que sí existen obligaciones jurídicas sin que exista un derecho subjetivo en sentido estricto, es decir, sin que alguien tenga una posición jurídica, tal como se observa en las normas que fomentan o subvencionan determinadas políticas del Estado.

<sup>153</sup> Sentencia T-225 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz, Sentencia C-991 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis, Sentencia C-048 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Se observa entonces que ésta norma emana una obligación jurídica expresa<sup>154</sup> y en tal medida tenemos claro la percepción de las dos primeras características del derecho subjetivo. De esta forma y teniendo en cuenta que la tercera característica implica las dos primeras, haremos en aras de la claridad unos comentarios de esta tercera característica.

#### 4.3. Posiciones jurídicas frente al derecho a la paz<sup>155</sup>

Ya se había enunciado que las posiciones jurídicas no son sólo aquellas que de manera expresa se puedan observar en obligaciones jurídicas consagradas por enunciados normativos, sino también todas aquellas que se le pueden adscribir a un enunciado normativo por medio de razones válidas<sup>156</sup>. Igualmente se planteó que *“bajo una posición jurídica, la posición del sujeto del derecho en un ordenamiento jurídico debe entenderse como (i) la que puede ser fundamentada con razones válidas y suficientes y (ii) la que cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente al sujeto del derecho”*<sup>157</sup>.

Ahora bien, el constituyente de 1991 estableció la paz como un anhelo que había sido ya histórico por parte del pueblo colombiano<sup>158</sup> quizás por considerarlo junto al derecho al medio ambiente condicionante de todos los sistemas de vida colectiva<sup>159</sup>. En este sentido *“la realización del derecho a la paz como paz integral es el objetivo de mayor envergadura al que aspira la Constitución de 1991”*<sup>160</sup>. Este *“tiene un significado jurídico destacado en la Carta y ésta llamado a desempeñar un papel histórico en la transformación de nuestra*

---

<sup>154</sup> Sentencia T-102 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz., Sentencia C-991 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis., Sentencia C-048 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>155</sup> Para mayor claridad sobre este concepto, puede observarse: Capítulo I. Punto 1.3.

<sup>156</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 20.

<sup>157</sup> Ibid.

<sup>158</sup> LLERAS DE LA FUENTE, Carlos / ARENAS CAMPOS, Carlos Adolfo / CHARRY UREÑA, Juan Manuel / HERNANDEZ BECERRA, Augusto (1992). *Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá., p. 112.

<sup>159</sup> SACHICA, Luis Carlos (1997). *Derecho constitucional general*. 3ª Edición. Bogotá: Temis, p. 203.

<sup>160</sup> BARRETO SOLER, Manuel / SARMIENTO ANZOLA, Libardo (1997). *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas, Título II de los derechos, las garantías y los deberes*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, p. 77.

sociedad hacia la convivencia”<sup>161</sup>. Todo esta relevancia queda en evidencia con la ponencia para primer debate en plenaria de la constituyente, de Diego Uribe Vargas, quien manifestó:

“*De la paz*. La consagración del derecho a la paz y el deber que todos tienen para respetarlo, es un avance importante en la nueva Constitución, ya que, si en el capítulo de los principios se habla de la paz como valor indeclinable del pueblo colombiano, que compromete al Estado y a la sociedad, no cabe duda de que la paz constituye un derecho de todas las personas y simultáneamente deber para el Estado y todos los componentes de la comunidad. Es afortunada la expresión que reclama para la paz el carácter de derecho síntesis, ya que sin él sería imposible ejercer a cabalidad el resto de las prerrogativas ciudadanas. Las incitaciones a la guerra y a la violencia, la prédica del odio y de las soluciones de fuerza, son descaradas violaciones al derecho a la paz, que debe ser respetado tanto por cada ciudadano, como por los órganos del Estado. La paz es condición de la vida civilizada y sustentáculo del orden jurídico y de las libertades públicas. El compromiso de mantenerla no corresponde sólo a los poderes públicos, sino que se torna en acción solidaria de todos los que conforman el tejido social”<sup>162</sup>

Finalmente, la Constituyente decidió consagrar la paz como ya se mencionó en diversos apartes de la Carta, a saber, preámbulo, artículo 2 y 22. Como es a partir de esta última consagración (artículo 22) que se ha analizado el tema, es importante anotar que dicho artículo no muestra las razones válidas y suficientes que se han mencionado como fundamento de una posición jurídica. En tal medida dicha adscripción de razones debe aportarlas el intérprete<sup>163</sup>.

Teniendo como base que el derecho a la paz tal cual como se ha mostrado, es reconducible siempre a la categoría de derecho subjetivo antes enunciada por cumplir con sus características, se pasará a determinar quien(es) sería(n) titular(es), quien(es) obligado(s) y cuál sería el objeto de este derecho.

---

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>162</sup> Ponencia: Carta de derechos, deberes, garantía y libertades. Ponente: Diego Uribe Vargas. Gaceta Constitucional N° 82, p. 2.

<sup>163</sup> Quizás una muestra algo corta de estas razones podemos encontrarlas en la cita anterior

## 5. Derecho a la paz en el ordenamiento colombiano

Partiendo de la clasificación antes mencionada (Triple división) de las posiciones que se denominan derechos, encontramos como se dijo, derechos a algo, libertades y competencias<sup>164</sup>.

En estos, como se expresó, se presenta una estructura tríadica, dividida en un sujeto activo (SA), sujeto pasivo (SP) y un objeto (O), situación que aquí se abordará con algo de detalle centrándonos en los derechos a algo, ello por considerar que el derecho a la paz asume esta forma y no la de competencias o libertades. Lo anterior se plantea pues no se considera que por medio de este derecho un sujeto jurídico pueda cambiar su posición o la posición jurídica de otro sujeto jurídico, sin necesidad de una actuación adicional. Y mucho menos que se estipule que el derecho a la paz pueda ser entendido como la acción necesaria o razonablemente correcta, ni como el elegir entre hacer algo y no hacerlo. De esta forma aquí se parte del hecho que el derecho a la paz asume la forma de derecho a algo.

No obstante centrarnos en los derechos a algo, existen autores quienes consideran que el derecho a la paz puede asumir la forma de libertades, como lo estipula Barreto Soler<sup>165</sup>, para quien la decisión de la Corte Constitucional en la Sentencia T-605 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes) en cuanto tutela el derecho de un grupo de pescadores vecinos de unos propietarios de terrenos adyacentes al mar, a utilizar un camino ancestral que les facilita el acceso al mar y que cruza el predio de los propietarios, dictamina que la paz puede tornarse como una libertad que no puede ser afectada por el Estado o los particulares, pues éstos tienen con relación a ella un deber de abstención<sup>166</sup>.

Apreciación que se cree errada por dos razones. La primera de ellas, porque la decisión, si bien tuteló el derecho a la paz, lo hizo en cuanto el actuar de los propietarios del predio ponía en peligro el derecho a la vida, al trabajo, y con ellos a la paz, además de desconocer

---

<sup>164</sup> Véase antes: Capítulo I. Punto 1.3.

<sup>165</sup> BARRETO SOLER, Manuel / SARMIENTO ANZOLA, Libardo (1997). Ob. Cit., p. 77.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 78.

la función social del derecho a la propiedad<sup>167</sup>, situación en conjunto que presenta dificultades para interpretar que lo ordenado tenga como núcleo de la argumentación el derecho a la paz. Y en segundo lugar, toda vez que si se acepta que la Corte tomó la decisión basado en el derecho a la paz, se estipula allí como un derecho a acciones negativas frente a los particulares y no como una libertad.

Planteado en éstos términos se hace necesario realizar de una manera más detenida, un análisis de los elementos que configuran la relación triádica de los derechos a algo expresada como *DabG*, pues como se dijo esta es la forma que asume el derecho la paz y que se pasará a explicar.

## **5.1. Titulares**

En cuanto a los titulares del derecho a la paz, la discusión que se plantea es sobre si es una colectividad (grupo de personas) o si por el contrario los titulares son todos los individuos de la colectividad pero de manera separada, es decir, el titular es un solo individuo<sup>168</sup>, considerado como ser humano particular, es decir persona natural<sup>169</sup>.

Aquí se mostrará entonces la postura de quienes conciben la titularidad del derecho a la paz por parte de un colectivo, y de aquellos que adscriben ésta a un solo individuo. Así mismo se plasmará una tesis propia.

### **5.1.1. Derecho a la paz como derecho colectivo**

---

<sup>167</sup> Sentencia T-605 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>168</sup> Aquí se dejará de lado lo problemática y peligros que entrañan los derechos colectivos y que es discutida por autores como: HABERMAS, Jürgen (1998). *Facticidad y validez*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, pp. 90 y ss. Y RODRIGUEZ ABASCAL, Luis (2002). *El debate sobre los derechos de grupo*. En: Estado, Justicia y derechos. Madrid: Alianza Editorial, pp. 409 y ss.

<sup>169</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 60.

Sobre el particular la Corte Constitucional inició una línea jurisprudencial en la Sentencia T-008 de 1992<sup>170</sup> (M.P. Fabio Morón Díaz), según la cual, por su propia naturaleza este derecho pertenece a los derechos colectivos. La Corte ha entendido de acuerdo con esta línea que este derecho es un derecho de tercera generación, y sostiene que este derecho “requiere el concurso para su logro de los más variados factores sociales, políticos, económicos e ideológicos que, recíprocamente se le pueden exigir sin que se haga realidad por su naturaleza concursal o solidaria”<sup>171</sup>. Sumado a esto, la Corte encuentra un argumento adicional en el artículo 88 sobre lo que expresa:

“Esta interpretación encuentra fundamento adicional en lo preceptuado en el art. 88 de la C.N. que consagra las Acciones Populares como mecanismo especializado para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública (...) y otros de similar naturaleza que definen en ella. Así lo entendió el legislador al expedir el Decreto 2591 cuando señaló la improcedencia de la Acción de Tutela para proteger derechos colectivos como la paz y los demás contemplados en el artículo 88 de la Constitución Política.”<sup>172</sup>

La Corte ha manifestado en pro de ésta tesis que desde el derecho internacional, el derecho a la paz ha sido entendido también como derecho colectivo, que se encuentra en cabeza de la humanidad, siendo ésta postura adoptada por el Constituyente de 1991 al consagrar el artículo 22 de nuestra Constitución<sup>173</sup>. A su vez, ciertos autores parecen reconocer esta línea jurisprudencial y sus planteamientos son bastante parecidos, en tanto reconocen la paz como derecho colectivo<sup>174</sup>. No obstante existen autores que sin estar de acuerdo con que es un derecho individual, niegan que sea un derecho colectivo.

Estos plantean que la imposibilidad de proteger la paz frente a los ciudadanos genera que no pueda verse como un derecho exigible y en tal medida no pueda reconducirse a la idea

---

<sup>170</sup> Línea seguida por la Sentencia T-066 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara, y Sentencia T-300 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara. Esta línea tiene por objeto establecer que el derecho a la paz es un derecho colectivo, en tal medida señala, que la tutela no es procedente ante la afectación de este derecho y sí lo es en cambio la acción popular.

<sup>171</sup> Sentencia T-008 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>172</sup> Sentencia T-008 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>173</sup> Sentencia C-370 de 2006, M.P. Ponencia conjunta.

<sup>174</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 74.

de un derecho subjetivo. El hecho de que no sea efectivamente protegida implica que deba verse más bien como un fin, en este sentido dichos autores abogan por una reforma constitucional<sup>175</sup>.

Esta postura no es adecuada pues en su interior se observa la idea ya planteada por Kelsen de que los derechos subjetivos tienen como característica constitutiva la facultad de demandar<sup>176</sup>. Este problema se trató anteriormente y sobre el mismo se dijo, que el hecho de que un derecho sea difícilmente exigible, es decir impuesto, de ello no se sigue que éste no exista, pues hay que distinguir entre la existencia de un derecho y la existencia de mecanismos para garantizar ese derecho<sup>177</sup> o como lo expresa el mismo profesor Ferrajoli: “En la teoría del derecho a menudo se tiende a confundir los derechos con sus garantías”<sup>178</sup>.

### 5.1.2. Derecho a la paz como derecho individual

La Corte Constitucional si bien ha venido creando una línea jurisprudencial sobre el derecho a la paz en cuanto a sus titulares, se ha apartado de la misma en determinadas circunstancias. Ello empezó con la Sentencia T-439 de 1992, donde la misma Corte expresa que -derivado de la importancia que la paz tuvo en la Constituyente de 1991 y que generó la consagración de ésta como derecho y deber de obligatorio cumplimiento- existe cierto elemento del derecho a la paz. Así, parece tornarse éste ya no como un derecho colectivo, sino acercarse más a un derecho individual. En otros momentos la misma Corte lo observa como un derecho fundamental.

En este sentido, y en una sentencia de tutela la Corte manifestó que existe un determinado mínimo que sí puede considerarse fundamental, ésta dijo: “El mínimo de paz constituye así

---

<sup>175</sup> LLERAS DE LA FUENTE, Carlos / ARENAS CAMPOS, Carlos Adolfo / CHARRY UREÑA, Juan Manuel / HERNANDEZ BECERRA, Augusto (1992). Ob. Cit., pp. 113-114.

<sup>176</sup> KELSEN, Hans (2000). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Porrúa, pp. 130 y ss.

<sup>177</sup> ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 181-183. Y FERRAJOLI, Luigi (2004). *Tribunal Penal Internacional y Constitucionalismo Global*. En: Razones Jurídicas del pacifismo. Trad. Gabriel Ignacio Anitua y Marta Monclús Masó. Madrid: Trotta, pp. 115-124

<sup>178</sup> FERRAJOLI, Luigi (2004). Ob. Cit., p. 116.

un derecho fundamental ya que de su garantía depende la efectividad de los demás derechos civiles y políticos de la persona”<sup>179</sup>. De acuerdo con esta cita la Corte lo enmarca, al menos ese mínimo de que habla, como un derecho fundamental.

Por otro lado, la Corte parece ubicarlo como derecho individual en la medida que elimina esa característica constitutiva que había sido ya explicada, esto es, el carácter no-distributivo del bien colectivo<sup>180</sup>. Así, la Corte expresa:

“Por otra parte, se presentan situaciones en que los denominados "derechos colectivos", como la paz, la salubridad pública, la moral administrativa o el medio ambiente, entre otros, únicamente afectan a una o varias personas identificadas o identificables, y no a un número de personas indeterminadas. Lo anterior puede darse, por ejemplo, cuando el ruido o disturbios frecuentes en un lugar de diversión (tabernas, bares, balnearios, etc.), molestan únicamente a los vecinos del lugar. En estos eventos proceden los mecanismos de protección jurídica individuales, como es el caso de la acción de tutela, siempre y cuando dichas situaciones se encuentren dentro de los presupuestos que la Constitución y la ley establecen para la protección de los derechos.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a concluir que no es posible afirmar que los instrumentos jurídicos para el amparo del interés colectivo -como es el caso de las acciones populares o las acciones de clase-, resulten aplicables por el simple hecho de que se afecte a un número plural de personas, o porque se trate de derechos enumerados en el artículo 88 de la Carta Política o en alguna otra disposición constitucional o legal (...) una conducta que afecte un derecho de una persona particular puede ampararse por medio de la acción de tutela -o de otras acciones legales individuales-, así ese derecho haga parte de los llamados "derechos colectivos", siempre y cuando -para el caso de la tutela- se trate de un derecho fundamental consagrado en la Carta Política, determinado en los tratados internacionales, o definido como tal por esta Corporación, en ejercicio de sus funciones constitucionales o legales”<sup>181</sup>

Esto a primera vista otorgaría la posibilidad para que personas individualmente consideradas, quienes tuvieran una situación como la indicada por la Corte, pudieran exigir para ellos como sujetos individuales la protección del derecho a la paz, tornándose éste aquí

---

<sup>179</sup> Sentencia T-439 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>180</sup> Véase antes: Capítulo I. Punto 2.2.2.

<sup>181</sup> Sentencia T-028 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

en un derecho individual, todo ello gracias a que el bien colectivo no tiene la característica de ser no-distributivo. No obstante, en la misma sentencia la Corte entiende que:

“(…) la paz, como derecho, supone la relación social, y se manifiesta como la ordenada convivencia bajo la aplicación de la justicia. Por tanto, jurídicamente hablando, es impreciso homologar el derecho constitucional a la paz, que es un derecho social, con el derecho a la tranquilidad de una persona, que es un derecho subjetivo. En el evento de que se perturbe ésta, existen otros mecanismos de defensa, distintos a la tutela, salvo el caso en que se ocasione un perjuicio irremediable. El derecho a la paz, tal como lo consagra la Constitución, en su artículo 22, supone la armonía social inspirada en la plena realización de la justicia. Sería un desconocimiento del verdadero significado de la paz, suponer que siempre que a una persona le perturbe el efecto del quehacer de otra, se lesione por ello el derecho fundamental a la paz; no hay que confundir la paz constitucional con la tranquilidad subjetiva de uno de los asociados, porque perfectamente puede presentarse el caso de que una exigencia de la paz social, pueda perturbar la tranquilidad de un individuo en particular”<sup>182</sup>

Ésta última cita muestra diversos problemas en la interpretación de la Corte frente al derecho a la paz, principalmente en cuanto a su objeto. Situación que se desarrollará de una manera posterior<sup>183</sup>.

La Corte en la Sentencia C-370 de 2006 (Ponencia conjunta), manifestó a su vez que el derecho a la paz se ha perfilado en el campo internacional<sup>184</sup> como en el nacional cada vez más como derecho individual y fundamental, al cual le correspondería un correlativo de un “deber jurídico de buscar la paz social”<sup>185</sup>.

Quizás éstas complicaciones y la poca claridad de los argumentos expuestos por la Corte frente a la titularidad del derecho a la paz, se deba a que confunde el concepto de derecho subjetivo y lo identifica con el concepto de derecho individual, sin tener el rigor de

---

<sup>182</sup> Sentencia T-028 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>183</sup> Véase abajo: Punto. 2.3. Aquí se sostendrá la posibilidad de adscribir al artículo 22 el derecho de cada ciudadano a la tranquilidad.

<sup>184</sup> Reconocido en el artículo 1° de la declaración de Oslo sobre el Derecho Humano a la Paz, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura, en 29ª Celebrada en París del 21 de octubre al 12 de noviembre de 1997.

<sup>185</sup> Sentencia C-370 de 2006, M.P. Ponencia conjunta.

distinguir que el derecho del individuo es una subclase del derecho subjetivo, pues dentro de éstos existe otra subclase que son los derechos colectivos<sup>186</sup>.

### 5.1.3. Multiplicidad de formas

Existen autores que se abstienen de ubicarse estrictamente en una u otra tesis y manifiestan que el derecho a la paz, debido a la multiplicidad del mismo<sup>187</sup>, puede entenderse como derecho colectivo e individual, y esto “ya que no sólo tiene por titular a toda persona, sino a todo un pueblo”<sup>188</sup>. Ésta postura salomónica e imprecisa es asumida por la Corte en Sentencia C-370 de 2006 (Ponencia conjunta), en la cual manifiesta que la paz constituye entre otros; un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; y un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados.

### 5.1.4. Visión dual

Parece poco atinado estipular el derecho a la paz como un derecho con una multiplicidad de formas. Esta acepción al igual que la muy variante posición de la Corte puede manifestarse por una falta de precisiones conceptuales. En primer lugar parecería que confunden como ya se ha mencionado el concepto de derecho subjetivo con el de derecho individual, y en segundo lugar confunden el concepto derecho subjetivo en sentido amplio, en sentido lato o como un todo, con el concepto de derecho subjetivo en sentido estricto. Ello así, pues el artículo 22 de la Constitución política visto como un todo o en sentido amplio, permite que sean adscritas distintas posiciones jurídicas (derechos en sentido estricto), algunas de las cuales tendrían como titular a un individuo y otras a un colectivo. Así la estructura *DabG* de los derechos a algo, ya planteada, puede corresponder a un sujeto individual y en otros casos a un sujeto plural, esto es, a un colectivo.

---

<sup>186</sup> Véase antes: Capítulo I. Punto. 2.2.3.

<sup>187</sup> Puede verse en MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario (1997). *Derechos Fundamentales*. Bogotá: 3R Editores. Y BARRETO SOLER, Manuel / SARMIENTO ANZOLA, Libardo (1997). Ob. Cit.

<sup>188</sup> MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario (1997). Ob. Cit., p. 359.

## 5.2. Destinatarios

En lo que respecta a los destinatarios del derecho a la paz, la situación es algo más pacífica que en torno a los titulares. La pregunta que hay que hacerse es si es el Estado el único destinatario del derecho a la paz, o si por el contrario, los particulares también se encuentran vinculados. La respuesta a éste cuestionamiento ya se ha dejado ver en el desarrollo de éste escrito, pero de todas formas y para obtener una mayor claridad se describirá a continuación.

Hay que aclarar sin embargo, que el destinatario del derecho a la paz y adelantando la respuesta, dependerá de cada una de las diferentes acciones mandadas que se desprenden del artículo 22 de la Carta Política.

Como se observó anteriormente, el derecho subjetivo implica un destinatario del mismo<sup>189</sup>. En este sentido el destinatario, será quien es obligado a satisfacer el derecho subjetivo del titular. A partir de la paz entendida como derecho (Artículo 22) y no como valor, fin o directriz (Preámbulo y artículo 2) el destinatario del mismo será tanto el Estado como los particulares, dependiendo como se dijo de cada una de la acción mandada por dicho artículo.

Dicha posición es apoyada por diferentes autores mostrando que éste (derecho a la paz) implica un poder de exigencia frente al Estado y a los particulares, para reclamar el cumplimiento de obligaciones de hacer<sup>190</sup>. Así la Corte constitucional también se ha manifestado en éste sentido, toda vez que es “deber del Estado colombiano, y en particular de la Fuerza Pública, [de] garantizar la convivencia pacífica entre los ciudadanos y asegurar la paz (CP Preámbulo y arts. 2º y 22)”<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Véase antes: Capítulo I. Punto. 2.1.

<sup>190</sup> MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario (1997). Ob. Cit., p. 359.

<sup>191</sup> Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Ahora bien, es totalmente claro de lo hasta aquí dicho que el Estado es destinatario del derecho a la paz, pero ¿y los particulares? La Corte Constitucional ha manifestado que si bien en principio el destinatario es el Estado -organismos y funcionarios no sólo de la rama ejecutiva del poder público, sino de todo el Estado-, él no lo es privativamente, por el contrario, el destinatario del derecho a la paz son todos los colombianos de acuerdo a la consagración de artículo 22<sup>192</sup>, pues éste lo impone como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. Esta postura de la Corte es algo imprecisa, pues parece más claro plantear que el destinatario del derecho a la paz, en determinados eventos es el Estado, y en otros, lo son los particulares.

De esta forma se observa que el principal destinatario es el Estado, pues como bien nos manifiesta el profesor Pérez Luño: “(...) la paz como bien precario que, lejos de entrañar un dato espontáneo o suponer un estadio definitivamente alcanzado en la convivencia de los pueblos, constituye una tarea abierta cuyo logro responsabiliza y compromete a todos y, en especial, a quienes ejercen el poder”<sup>193</sup>. Tal prioridad ha sido reconocida a su vez por la Corte quien ha manifestado que “la rama ejecutiva es la principal responsable de cumplir con la obligación de adelantar los medios pertinentes y necesarios para proteger la seguridad de los habitantes del territorio nacional.”<sup>194</sup>.

### 5.3. Objeto

El objeto del derecho a la paz como el objeto de la mayoría de los derechos constitucionales son exigencias a los destinatarios de hacer, permitir u omitir algo. Si bien es cierto, por razones de simplicidad y de técnica constitucional, en una disposición constitucional no se incluyen todo estas exigencias que el derecho manda a hacer, permitir u omitir a sus destinatarios, sino que se deja al desarrollo jurisprudencial y legal. Esto no implica que el derecho quede en el aire.

---

<sup>192</sup> Sentencia C-283 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>193</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique (1991). *Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución*. 4ª Edición. Madrid: Tecnos, p. 493.

<sup>194</sup> Sentencia C-048 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

En este sentido, se buscará determinar que posibles exigencias han sido mandadas por la Corte a los destinatarios del derecho a la paz, y, que exigencias consideran los doctrinantes que pueden desprenderse de la disposición constitucional del artículo 22; en igual forma se dejarán plasmadas algunas concepciones propias.

Para realizar esta determinación se hace necesario establecer una división, en cuanto a la paz en el orden internacional y en el orden interno. Pues el primero abarca las proyecciones internacionales del Estado y el segundo comprende los valores y fines del sistema político interno<sup>195</sup>.

### 5.3.1. En el orden internacional

Es importante comenzar por especificar que en este orden el único destinatario del derecho a la paz es el Estado. Aquí basta remitirse a los conocimientos básicos de derecho Constitucional, donde se observa que el Presidente como Jefe de Estado es el encargado de dirigir las relaciones internacionales y la seguridad exterior de la República. Así, en cumplimiento de lo anterior, se encuentra facultado para nombrar agentes diplomáticos y consulares, celebrar con otros Estados y demás entes internacionales tratados o convenios internacionales. Sumado esto, quizás la más importante responsabilidad del Estado es la defensa de la independencia y la seguridad de la Nación en el campo internacional, para lo cual se encuentra facultado por el artículo 212 de la Carta Política para la declaratoria del estado de guerra exterior y por el artículo 189.5 se encuentra facultado para dirigir las operaciones de guerra cuando lo estime conveniente.

En este orden de ideas se constituye en derecho de todos los ciudadanos el vivir en paz, es decir, a hacer parte de una sociedad en la que no hay guerra y en la que se excluya la violencia como medio de solución de conflictos<sup>196</sup>. ¿Pero esto que implica? Ello implica en

---

<sup>195</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique (1991). Ob. Cit., p. 495.

<sup>196</sup> BARRETO SOLER, Manuel / SARMIENTO ANZOLA, Libardo (1997). Ob. Cit., p. 76.

un primer momento que “desde una perspectiva constitucional, la paz no debe ser entendida como la ausencia de conflicto”<sup>197</sup> y que “el principio de dignidad humana y el derecho a la paz no sólo imponen el deber de prevenir la guerra sino que, en caso de un conflicto inevitable obligan al Estado a morigerar sus efectos”<sup>198</sup>.

En un segundo momento y desde el punto de vista de los derechos a algo, el derecho a la paz implica que los titulares tienen frente al Estado el derecho a diferentes acciones, tanto positivas como negativas<sup>199</sup>.

### **5.3.1.1. Derechos a acciones negativas**

En cuanto a las acciones negativas, y desde una postura propia se cree que los titulares de este derecho pueden exigir del Estado que éste no declare una guerra ilegítima<sup>200</sup>. ¿Y que es una guerra ilegítima? Al no ser esta problemática objeto del presente trabajo, se abordará sólo de manera tangencial.

La carta de la ONU en su preámbulo y en sus artículos 1,2 y 11 ha proscrito la utilización de la guerra como mecanismo de solución de controversias internacional.

Manifiesta el profesor Ferrajoli<sup>201</sup> que con la carta de la ONU, en tanto excluye la guerra como mecanismo ordinario de solución de controversias internacionales, las justificaciones de la guerra entraron en crisis, refiriéndose específicamente a la doctrina de la guerra justa. Plantea que si bien es cierto la doctrina de la guerra justa, planteada no en gran medida como elemento justificatorio de las guerras sino como forma de frenar o ejercer un

---

<sup>197</sup> Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>198</sup> Sentencia C-328 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>199</sup> Para observar la diferencia entre acciones positivas y negativas, y entre acciones positivas fácticas y normativas, puede observarse: Capítulo I. Punto. 1.2.3.

<sup>200</sup> Entendiendo por estas según los principio de las Naciones Unidas, cualquiera que no sea aquellas que se instauren a causa de una agresión ilegítima, que según ciertos autores (Ferrajoli por ejemplo) se restringen a las acciones meramente defensivas. Ahora bien, entender el límite de una acción defensiva y de sí es posible extender este concepto a la guerra preventiva es un objeto que escapa a lo pretendido en este trabajo.

<sup>201</sup> FERRAJOLI, Luigi (2004). Ob. Cit., pp. 29 y ss.

contrapeso a estas deslegitimándolas, era el único elemento que se tenía para valorar la guerra, hoy en día con la consagración de la cláusula de exclusión de la guerra por parte de la ONU, este mecanismo ha entrado en desuso.

Ferrajoli expone a su vez un argumento pragmático y es que “la guerra entre estados, precisamente por sus intrínsecas características destructivas, no admite hoy justificaciones morales y políticas”<sup>202</sup>. Esto lo menciona, toda vez que a su juicio las guerras contemporáneas han cambiado su naturaleza en cuanto a las guerras tradicionales y han sobrepasado los límites naturales del pasado, permitiendo a través de los avances de la tecnología militar una capacidad de aniquilamiento del adversario, lo que genera que cualquier estipulación de la guerra como sanción es desde este punto de vista completamente inútil.

No obstante dicha prescripción de la guerra como mecanismo de solución de controversias internacionales, la misma Carta de la ONU ha establecido una excepción. Esta es la denominada por la misma como guerra defensiva o defensa legítima, consagrada en el artículo 51 de la Carta, el cual expresa:

*“Artículo 51*

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.”

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido hasta aquí, dicha guerra defensiva o defensa legítima se constituiría en la única oportunidad de una guerra legítima.

---

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 31.

Desde este punto de vista, y teniendo como base que el titular por las características de este objeto u acción negativa mandada al Estado, es el colectivo o grupo de personas que conforman toda la población de un país, podría exigir dicho colectivo al Estado que no declare una guerra a menos que ésta fuera defensiva o en legítima defensa.

Se plantea que el titular de esta posición jurídica (derecho en sentido estricto) es un colectivo y no el individuo en el sentido que dicho bien colectivo es caracterizado por ser no-distributivo y cumple con las características de; (i) que exista un interés de los seres humanos que justifica tener al Estado sujeto a un deber (observar preámbulo de la Carta de la ONU); (ii) los intereses de la paz son los intereses de individuos miembros del grupo y se entienden como intereses en beneficio público, lo que implica a su vez el carácter no-distributivo, que supone que el aseguramiento de beneficios sólo puede ser disfrutados de manera colectiva en tanto son miembros de un país y el interés es público (con respecto de ese colectivo), tal y como se muestra del hecho que como ha dicho la Corte este derecho constituye la base para el desarrollo y cumplimiento de los demás derechos, ello sin desconocer el valor como un derecho intrínseco; y que (iii) el interés de ninguno de los miembros del país individualmente considerado es suficiente en sí mismo para justificar el tener al Estado sujeto a este deber.

#### **5.3.1.2. Derechos a acciones positivas**

En segundo lugar, y en cuanto a las acciones positivas encontramos tanto acciones positivas normativas como fácticas. Como ejemplo de las primeras, se puede encontrar la obligación del Estado para la expedición de normas que permitan una solución pacífica de los conflictos.

A su vez, y en desarrollo de estas encontramos las segundas, esto es, unas acciones positivas fácticas, en cuanto los conflictos que surjan se deben tramitar pacíficamente por medio de normas de derecho internacional y de aquellas que sean dictadas por el mismo

Estado en pro de una salida pacífica. Esta obligación sería fáctica en cuanto el Estado se encuentra obligado frente a los ciudadanos a conducir -manejar- los conflictos de acuerdo a la normatividad internacional y nacional.

También implicaría en el caso de que la guerra sea inevitable<sup>203</sup> un derecho de los titulares a acciones positivas normativas y fácticas. Las primeras en cuanto impondría al Estado -en caso de conflicto o guerra interna- la obligación de instaurar normativamente las normas del derecho internacional humanitario, pues así como no toda guerra es legítima, no todo medio utilizado puede admitirse como legítimo<sup>204</sup>. Y las segundas en cuanto hay obligación del Estado de cumplir efectivamente (fácticamente) lo que manda el derecho internacional humanitario, que funciona como un *ius in bello*.

De acuerdo a los tipos de bienes que se busca proteger en cada una de estas exigencias al Estado, es necesario estipular que el titular de estas posiciones jurídica (derechos en sentido estricto) sería un colectivo y no un individuo, ello de acuerdo a lo determinado en el apartado anterior sobre la titularidad de las acciones negativas, ello en tanto valen las mismas consideraciones.

### 5.3.2. En el orden interno

Apartándonos de las relaciones internacionales y centrándonos en la paz doméstica, encontramos que se pueden exigir también acciones positivas y negativas, tanto del Estado como de los particulares, razón por la cual se hace necesario precisar con algo más de detalle.

---

<sup>203</sup> Anotando que sólo es legítima aquella defensiva o de legítima defensa, por tanto sólo podría ser esta la aquí planteada.

<sup>204</sup> Sentencia C-328 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Igualmente es necesario aclarar aquí que aquella interpretación de la Corte antes mencionada<sup>205</sup>, ello en cuanto la Corte en la sentencia T-028 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) presenta una confusión en la interpretación del objeto del derecho a la paz.

El artículo 22 de la Constitución Política reconoce el derecho a la paz, aquí se ha tratado de dilucidar que implica tal derecho, pero ¿Qué alcanza a abarcar el término paz? De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua encontramos varios significados:

- “1. Situación y relación mutua de quienes no están en guerra.
2. Pública tranquilidad y quietud de los Estados, en contraposición a la guerra o a la turbulencia.
3. Tratado o convenio que se concuerda entre los gobernantes para poner fin a una guerra.
4. Sosiego y buena correspondencia de unas personas con otras, especialmente en las familias, en contraposición a las disensiones, riñas y pleitos.
5. Virtud que pone en el ánimo tranquilidad y sosiego, opuestos a la turbación y las pasiones.”<sup>206</sup>

Ahora bien, la Corte parece admitir de acuerdo con la sentencia<sup>207</sup> mencionada sólo como objeto del derecho a la paz (i) la situación colectiva de convivencia bajo la aplicación de la justicia, y no (ii) la tranquilidad subjetiva de cada uno de los asociados.

Dado que el primer objeto mencionado (i) es indivisible, es decir, el bien colectivo sobre el que recae tiene una característica de no-distributivo, da lugar según la Corte a concebir la paz como derecho colectivo. Mientras que (b) por divisible, y con ello al no tener ese carácter no-distributivo, permite caracterizarlo como derecho individual. Este parece ser la

---

<sup>205</sup> Ver nota 183.

<sup>206</sup> DICCIONARIO DE LA RAE ESENCIAL. (2006). 22a Edición. Madrid: ESPASA-CALPE.

<sup>207</sup> Sentencia T-028 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. “(...) la paz, como derecho, supone la relación social, y se manifiesta como la ordenada convivencia bajo la aplicación de la justicia. Por tanto, jurídicamente hablando, es impreciso homologar el derecho constitucional a la paz, que es un derecho social, con el derecho a la tranquilidad de una persona, que es un derecho subjetivo. En el evento de que se perturbe ésta, existen otros mecanismos de defensa, distintos a la tutela, salvo el caso en que se ocasione un perjuicio irremediable. El derecho a la paz, tal como lo consagra la Constitución, en su artículo 22, supone la armonía social inspirada en la plena realización de la justicia. Sería un desconocimiento del verdadero significado de la paz, suponer que siempre que a una persona le perturbe el efecto del quehacer de otra, se lesione por ello el derecho fundamental a la paz; no hay que confundir la paz constitucional con la tranquilidad subjetiva de uno de los asociados, porque perfectamente puede presentarse el caso de que una exigencia de la paz social, pueda perturbar la tranquilidad de un individuo en particular”.

conclusión de la Corte y aunque no lo hace en estos términos, aquí se ha intentado descifrar ese análisis y volcarlo en términos algo más claros.

Este análisis se considera sólo en parte adecuado, pues si bien es cierto existe una posición jurídica o derecho en sentido estricto, tal y como se ha tratado de mostrar aquí, no se cree acertada la postura de la Corte en lo que respecta a la tranquilidad subjetiva. Expresa la Corte (Parte subrayada de la cita 67) “no hay que confundir la paz constitucional con la tranquilidad subjetiva de uno de los asociados, porque perfectamente puede presentarse el caso de que una exigencia de la paz social, pueda perturbar la tranquilidad de un individuo en particular”. Sin embargo no se encuentra el por qué no puede adscribirse al artículo 22 de la Constitución Política Colombiana el derecho individual a la tranquilidad. Esto no riñe con el contenido semántica del término ‘paz’, más aún sí se observa los significados reconocidos por la Real Academia de la Lengua.

La tranquilidad subjetiva entonces puede ser uno de los posibles significados del término paz y se configuraría como un derecho en sentido estricto reconocido por una norma adscrita interpretativamente a la disposición constitucional expresada en el artículo 22. Como apoyo de esta tesis y refutación del argumento de la Corte sobre la negación de la tranquilidad subjetiva (concebida como derecho en sentido estricto adscrito al artículo 22 interpretativamente) en tanto la posibilidad de que entre en conflicto con las exigencias de la paz constitucional, hay que dejar marcada cierta reflexión, para lo cual se tomará como punto de partida un ejemplo.

Si el otorgar a (A) libertad de expresión puede reñir con el ejercicio simultáneo por parte de (B) de la misma libertad de expresión, y esta como tal no es una razón per se para negar que tanto (B) como (A) tengan derecho a la libertad de expresión, nos lleva a concluir que el hecho de que la tranquilidad subjetiva de los asociados pueda ser perturbada en determinados casos por las exigencias de la paz social, ello no implica a su vez que se niegue que existe el derecho a la tranquilidad subjetiva. Una cosa es admitir la existencia de

un derecho, y otra distinta es resolver los conflictos que se originan ante la existencia de derechos que plantean demandas recíprocamente incompatibles.

### **5.3.2.1. Derechos a acciones positivas**

En cuanto a los derechos a acciones positivas, las cuales se dividen en acciones normativas y fácticas<sup>208</sup>, es pertinente identificar si estas tienen como destinatarios tanto al Estado como a los particulares, es decir si estas pueden exigirse al Estado y a los particulares.

Para comenzar es necesario precisar que no se cree que los particulares puedan ser destinatarios de derechos a acciones positivas, ni normativas ni fácticas. La Corte frente a este tema y quizás algo desprevenida, es decir con mucho descuido, manifiesta que el derecho a la paz se le puede exigir frente al Estado como también frente a particulares<sup>209</sup>, abarcando así como destinatarios a ambos, pero ello lo hace como ya se dijo, descuidadamente sin precisar que tipo de acciones son mandadas a los particulares o al Estado como destinatarios.

Esta situación que plantea la Corte es igualmente aceptada por ciertos autores<sup>210</sup>, ello con bastante desacierto. Esto pues los particulares no tienen la capacidad jurídica para realizar imposición de normas, tal y como lo indica la definición dada de este tipo de acciones mandadas por los derechos a algo.

Igualmente se descarta la posibilidad de exigir el cumplimiento de obligaciones de hacer (fácticas) frente a los particulares. Incluso sí se llegase a pensar que se exige acciones fácticas, en cuanto a los particulares se les impone el cumplimiento de las leyes generales

---

<sup>208</sup> Véase sobre esta división: Capítulo I. Punto. 1.3.

<sup>209</sup> Sentencia T-102 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz. “Una característica peculiar de este derecho es el de la multiplicidad que asume su forma de ejercicio. Es un derecho de autonomía en cuanto está vedado a la injerencia del poder público y de los particulares, que reclama a su vez un deber jurídico correlativo de abstención; un derecho de participación, en el sentido de que está facultado su titular para intervenir en los asuntos públicos como miembro activo de la comunidad política; un poder de exigencia frente al Estado y los particulares para reclamar el cumplimiento de obligaciones de hacer.”

<sup>210</sup> MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario (1997). Ob. Cit., p. 359.

de la República, esto no se puede desprender del derecho a la paz, consagrado en el artículo 22 de nuestra Carta, más bien esto es derivado del inciso segundo del artículo 4° y del artículo 6°, los cuales imponen como deber a los nacionales y extranjeros el de respetar y acatar la constitución, las leyes y el obediencia de las autoridades, así como también dichas disposiciones consagran la responsabilidad por infringir la Constitución y las leyes.

En lo atinente al Estado como destinatario la situación cambia radicalmente, toda vez que en este caso sí se desprenden del artículo 22 de la Carta, acciones tanto normativas como fácticas. Así pues, como derechos a acciones normativas, entendidas como derechos a actos estatales de imposición de normas<sup>211</sup>, encontramos: la obligación del Estado de imponer normas que sancionen conductas que atenten contra la paz<sup>212</sup>, y, en función de ello, puede exigirse que el Estado imponga normas sobre la tipificación de delitos como terrorismo, genocidios, homicidios, o que se consagren normas que reprueben apologías del odio que constituya incitación a discriminar, propaganda a favor de la guerra<sup>213</sup>, entre otros. También como acción normativa exigible frente al Estado encontramos la posibilidad de que los ciudadanos reclamen del Estado normas sobre políticas de seguridad en torno a un cuidado preventivo de la comunidad.

Todas estas acciones que tienen como destinatario el Estado, tienen como titular de dicha posición jurídica (derecho en sentido estricto) un colectivo y no el individuo. Como se ha expresado y en tanto este bien colectivo es caracterizado por ser no-distributivo y cumple con las características ya expresadas<sup>214</sup>, la titularidad recae sobre el colectivo y no sobre cada individuo.

---

<sup>211</sup> ALEXY, Robert (1993). Ob. Cit., p. 195.

<sup>212</sup> BARRETO SOLER, Manuel / SARMIENTO ANZOLA, Libardo (1997). Ob. Cit., p. 76.

<sup>213</sup> MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario (1997). Ob. Cit. p. 360.

<sup>214</sup> (i) que exista un interés de los seres humanos que justifica tener al Estado sujeto a este deber de imposición de normas; (ii) los intereses de estas normas son los intereses de individuos miembros del grupo y se entienden como intereses en beneficio público, lo que implica a su vez el carácter no-distributivo, que supone que el aseguramiento de beneficios sólo puede ser disfrutados de manera colectiva, tal y como se muestra del hecho que estas normas tendrán el carácter de ser generales, es decir, no son dirigidas una persona en particular; y que (iii) el interés de ninguno de las personas del país individualmente considerada es suficiente en sí mismo para justificar el tener al Estado sujeto a este deber de imposición.

Dejando las acciones normativas y centrándonos en las acciones fácticas<sup>215</sup>, cuya realización para el derecho es indiferente en cuanto a la forma como se lleven a cabo<sup>216</sup>, encontramos como obligación del Estado el deber de preservar el orden público y mantener unas condiciones de tranquilidad (incluida aquella tranquilidad subjetiva antes mencionada), seguridad y paz de sus habitantes<sup>217</sup>. Así los ciudadanos podrán exigir del Estado acciones fácticas, esto es, hechos concretos a través de los cuales se garantice a los ciudadanos frente a la arbitrariedad, la violencia y el terrorismo<sup>218</sup>, teniendo los ciudadanos protecciones frente a estos males.

Ahora bien, es posible también pensar en otras acciones positivas fácticas por parte del Estado. A partir del artículo 22 que consagra el derecho a la paz y del artículo 14<sup>219</sup> de la

---

<sup>215</sup> Sobre estas acciones véase: Capítulo I. Punto. 1.3.

<sup>216</sup> ALEXY, Robert (1993). Ob. Cit., p. 195. Precizando que los medios utilizados deben estar ubicados en el marco de la legalidad, pues de lo contrario se estaría resquebrajando el Estado de derecho.

<sup>217</sup> Sentencia C-991 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

<sup>218</sup> Sentencia T-102 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>219</sup> Artículo 14. Los representantes autorizados expresamente por el Gobierno Nacional, con el fin de promover la reconciliación entre los colombianos, la convivencia pacífica y lograr la paz, podrán:

- a) Realizar actos tendientes a entablar las conversaciones y diálogos con grupos guerrilleros;
- b) Adelantar diálogos y firmar acuerdos con los voceros o miembros representantes de los grupos guerrilleros tendientes a su desmovilización militar y a su reincorporación a la vida civil;
- c) Adelantar diálogos y firmar acuerdos con los voceros o miembros representantes de los grupos guerrilleros, con el fin de promover la humanización del conflicto interno, el respeto de los derechos humanos o la disminución de la intensidad de las hostilidades.

PARÁGRAFO 1o. Con el fin de facilitar su desplazamiento por el territorio nacional, el Gobierno Nacional podrá suspender la ejecución de las órdenes de captura que se hayan dictado o se dicten contra los miembros representantes de los grupos guerrilleros que adelanten conversaciones de paz con el Gobierno Nacional. por el tiempo que éste determine.

El Gobierno Nacional podrá acordar con los voceros o miembros - representantes de los grupos guerrilleros. en un proceso de paz, la ubicación temporal de dichos voceros o miembros representantes o la de los miembros de tales grupos guerrilleros en zonas determinadas del territorio nacional.

El Presidente de la República determinará, mediante orden expresa y en la forma que estime pertinente, la localización y las modalidades de acción de la Fuerza Pública, en orden a garantizar la seguridad y la integridad de todos los que participen en los procesos de paz que se ubiquen en las zonas de que trata el inciso anterior, o que estén en proceso de desplazamiento hacia ellas, por vías o sectores definidos para el efecto.

En las zonas aludidas quedará suspendida la ejecución de las órdenes de captura contra los miembros de los grupos guerrilleros que adelanten un proceso de paz, hasta que el Gobierno así lo determine o declare que ha culminado dicho proceso.

El Ministerio del Interior y el Despacho del Alto Comisionado para la Paz, o quien haga sus veces, elaborarán la lista de las personas que se concentren en la respectiva zona en su condición de guerrilleros previa certificación, bajo la gravedad del juramento, expedida por los voceros o miembros representantes del respectivo grupo, quienes serán penalmente responsables por la veracidad de tal información. El Ministerio del Interior enviará a las autoridades judiciales, militares y de policía correspondiente la lista así elaborada.

Ley 104 de 1993, subrogado por el artículo 4° de la Ley 241 de 1995 y de otras normas, podría plantearse que se le puede exigir al Estado el acercamiento con grupos al margen de la ley en procura de que se realice un proceso de paz y se cumpla con el aseguramiento del orden público en todo el territorio nacional.

En este sentido, vale la pena hacer una pequeña distinción en cuanto a la titularidad de estas acciones fácticas. En primer lugar y si se parte como ejemplo, del deber de preservar el orden público y de aquella obligación de adelantar procesos de paz, se puede establecer que el titular de estas posiciones jurídicas (derechos subjetivos en sentido estricto) son el colectivo, en tanto valen los mismos argumentos ya aclarados de su carácter no-distributivo y del cumplimiento de las tres características. Para agregar, que quizás es necesario pensarse en grupos algo más pequeños que la nación, esto para la preservación del orden público (no para los acercamientos de procesos de paz), sin llegar a concebir la titularidad en los individuos. En esta medida se podría pensar en grupos como los habitantes de un departamento o un municipio. Para ejemplificar esta propuesta se podría decir que si el orden público se puede ver afectado en Sonsón<sup>220</sup>, ello no implica que el orden público en Medellín se vea igualmente afectado, en tal medida son los habitantes de Sonsón -y no los habitantes de Medellín-, quienes pueden como titulares -en cuanto colectivo- exigir del Estado como garante del orden público, esta obligación de hacer, esto es, el deber de preservar el orden público para dicha comunidad.

Por otro lado, y en cuanto al deber de las condiciones de tranquilidad de sus habitantes, la titularidad y con ello, el o los facultados para exigir del Estado estas condiciones de seguridad y de tranquilidad, es necesario precisar si dicha titularidad es de un colectivo o de los individuos considerados separadamente.

---

PARÁGRAFO 2o. Para todos los efectos se entiende por vocero, la persona de la sociedad civil que sin pertenecer al grupo guerrillero, participa a nombre de éste en las conversaciones y diálogos de que trata este Capítulo. No será admitida como vocero la persona contra quien obre orden de captura vigente.

<sup>220</sup> Municipio de Antioquia.

Estas condiciones de tranquilidad y de seguridad, hacen parte del derecho a la tranquilidad subjetiva de los asociados<sup>221</sup>, el cual como se ha visto tiene un objeto divisible<sup>222</sup> y por tanto no cumpliría con el carácter no-distributivo exigido para los derechos colectivos. Así, todos los asociados tendrían el poder de exigir del Estado con base en el derecho a la tranquilidad subjetiva que éste disponga de los medios efectivos para que ella no se vea perturbada. Como ejemplo: los traslados de ciertos establecimientos que por el ruido producido puedan perturbar la tranquilidad de aquellos asociados que viven en un sector aledaño.

### **5.3.2.2. Derechos a acciones negativas**

#### **5.3.2.2.1. Frente a los particulares**

Si bien los particulares de acuerdo la perspectiva planteada no tenían obligaciones de hacer, ello no significa que se encuentren sin ninguna obligación derivada del derecho a la paz, pues esto sería entender que el deber impuesto en el artículo 22 es sólo simbólico, superfluo e implicaría que los particulares no serían destinatarios de este derecho.

En este sentido, es posible encontrar acciones negativas exigibles a los particulares. Principalmente podemos plantear que del derecho a la paz se desprende el poder de exigir a los particulares que se abstengan de realizar actos o comportamientos atentatorios contra la paz, como lo es el ejercicio abusivo de los propios derechos<sup>223</sup>.

Esta última es la concretización del derecho subjetivo a la tranquilidad<sup>224</sup> subjetiva frente a los particulares, es decir, la posición jurídica (derecho subjetivo en sentido estricto) que los asociados –colombianos- pueden exigir de las demás personas -particulares-. Así, como se

---

<sup>221</sup> Ver arriba: Punto. 2.3.2.

<sup>222</sup> Esta misma conclusión parece tomar la Corte Constitucional en Sentencia T-028 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>223</sup> BARRETO SOLER, Manuel / SARMIENTO ANZOLA, Libardo (1979). Ob. Cit., p. 76.

<sup>224</sup> Adscrito a la disposición constitucional consagrada en el artículo 22, tal y como se ha defendido.

dijo en relación con este derecho cuando se habló sobre las acciones positivas mandadas por el derecho a la paz<sup>225</sup>, los titulares de esta posición jurídica (derecho subjetivo en sentido estricto), son los individuos considerados como tales y no un colectivo, ello pues el bien es divisible y por tanto no tiene un carácter no-distributivo como lo exige la definición de derecho colectivo.

Ahora bien, la situación frente a los destinatarios es la que varía, pues no es ya el Estado sino todos los habitantes -particulares- del país, como grupo donde tiene cabida la jurisdicción colombiana. Esta situación de que los destinatarios sean un grupo tan amplio como todas las personas, se presentan en otros derechos como la libertad, la intimidad, en los cuales se busca que los particulares no impidan el ejercicio de estos derechos y que no abusen de los propios. En este sentido cierto sector de la Corte Constitucional ha creído posible que del derecho a la paz se desprenda la exigencia a los particulares del no irrespeto de los derechos de lo demás<sup>226</sup>.

Es posible a su vez pensar que al derecho a la paz como un todo, se le puede adscribir una posición jurídica más, esto aquella mediante la cual los particulares son obligados a no tomar las armas y con ello no conformar grupos de justicia privada 'autodefensas' ni otros grupos de la misma índole. Esta obligación se estaría frente a todos los asociados, es decir, frente a todos los habitantes de Colombia, quienes serían los titulares del mismo, no individualmente, sino como colectivo. Esto debido a este se fundamenta en el respeto por la institucionalidad y por el mismo ordenamiento jurídico, cuyo beneficio no puede ser distribuido entre los asociados, con lo cual se cumple el carácter no-distributivo del cual se ha venido hablando. Igualmente dicho bien podría pensarse que cumple con las características mencionadas, en tanto; (i) exista ese interés de los seres humanos que justifica tener a los particulares sujetos a esta prohibición; (ii) los intereses de estas normas como se mencionó son intereses en beneficio público y sólo puede ser disfrutados de manera colectiva; y que (iii) el interés de ninguno de las personas del país individualmente

---

<sup>225</sup> Ver arriba: Punto. 2.3.2.1.

<sup>226</sup> Salvamento de voto de los magistrados Ciro Angarita, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez a la Sentencia C-543 de 1993.

considerada es suficiente en sí mismo para justificar el tener a los particulares sujetos a este deber de imposición.

#### 5.3.2.2.2. Frente al Estado

Con respecto a los derechos a acciones negativas del Estado derivadas del derecho a la paz se podría plantear una posibilidad, esta en cuanto se le prohíbe al Estado que imponga restricciones o impedimentos para el disfrute de los propios derechos y de la tranquilidad individual. De esta manera en cuanto del derecho a la paz se puede adscribir según lo aquí manifestado el derecho a la tranquilidad subjetiva de los asociados, esta implicaría a su vez una posición jurídica (derecho subjetivo en sentido estricto) de los individuos para que el Estado no los perturbe mediante restricciones fácticas o normativas<sup>227</sup> en el ejercicio de sus derecho y de su tranquilidad.

La Corte de una manera algo confusa ha planteado que el derecho a la paz se torna en un derecho de participación, ello en tanto entiende este como la facultad del titular para intervenir en los asuntos públicos en razón de ser miembro activo de la comunidad<sup>228</sup>. Esto es, como un cauce para la intervención política<sup>229</sup>, donde según Barreto Soler y Sarmiento Anzola:

“el derecho a la paz comprende también la facultad de los ciudadanos y de las organizaciones de la sociedad civil de participar en la vida política con el fin de contribuir a alcanzarla, ya sea para crear un ambiente favorable al acercamiento de las partes [en un conflicto o guerra], para exigirles su compromiso con un proceso de paz o para plantear su parecer sobre los procedimientos y el contenido de las eventuales conversaciones de paz”<sup>230</sup>

---

<sup>227</sup> Estas tendrían que ser ilegítimas para pensar que fueran parte del objeto de esta posición jurídica, pues de lo contrario es totalmente válido afirmarlo. En tal medida es encontrar algunas restricciones normativas que no sean legítimas tendría que partir de una ponderación de las mismas.

<sup>228</sup> Sentencia T-102 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Aquí plantea que el derecho a la paz puede ser entendido como: “un derecho de participación, en el sentido de que está facultado su titular para intervenir en los asuntos públicos como miembro activo de la comunidad política”.

<sup>229</sup> MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario (1997). Ob. Cit. p. 359.

<sup>230</sup> BARRETO SOLER, Manuel / SARMIENTO ANZOLA, Libardo (1997). Ob. Cit., p. 78.

De acuerdo con esta interpretación el derecho a la paz, también tendría una posición jurídica (derecho subjetivo en sentido estricto) en la cual los individuos pueden exigir del Estado que se abstenga de impedir esta participación en los asuntos públicos. Aquí se observa que el titular sería el individuo por ser un bien divisible y el destinatario el Estado, donde la obligación -objeto- es el abstenerse de realizar actos que impidan o dificulten la participación en los asuntos públicos. Frente a esto se cree que esta posición jurídica no puede ser adscrita al derecho a la paz, más bien se pensaría que puede ser adscrita al artículo 40<sup>231</sup> de la Constitución Nacional, y fundamentarse a su vez en el preámbulo y artículos 1 y 2 del mismo texto, en cuanto se regula que Colombia deberá tener un marco jurídico, democrático y participativo.

## 6. Conflictos

En este apartado se quiere enfatizar que es posible que varias posiciones jurídicas (derechos subjetivos en sentido estricto) adscribibles al derecho a la paz (artículo 22) pueden entrar en conflicto con diferentes derecho subjetivos colectivos o individuales, para lo cual se hace necesario utilizar algún método de resolución de conflictos<sup>232</sup>.

---

<sup>231</sup> “Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna: formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.”

<sup>232</sup> Para mayor claridad de los conflictos véase: Capítulo I. Punto 2.4.

Para ejemplificar uno de los posibles conflictos podemos traer a colación aquella posición jurídica mediante la cual se le exige al Estado el acercamiento con grupos al margen de la ley en procura de que se realice un proceso de paz y se cumpla con el aseguramiento del orden público en todo el territorio nacional<sup>233</sup> de un lado, y por otro el derecho a la justicia que tienen las víctimas. Todo esto se trae a colación en el contexto de una ley como lo es la 975 de 2005, también conocida como 'ley de Justicia y Paz'. Este problema se pasará a analizar en el próximo capítulo.

---

<sup>233</sup> Véase arriba. Punto 2.3.2.1.

## CAPITULO III<sup>234</sup>

### **Derecho a la paz y el derecho a la justicia en el marco de la justicia transicional**

En este tercer capítulo y como ya se ha adelantado, se buscará clarificar el conflicto que existe entre el derecho a la paz de todos los ciudadanos y el derecho a la justicia por parte de la víctimas en el marco de un proceso de justicia transicional, todo esto en el contexto que se presenta con ocasión de la Ley 975 de 2005, mejor conocida como ‘Ley de Justicia y Paz’.

Ahora bien, el debate acerca de la manera en que deben ser enfrentadas las violaciones masivas de derechos humanos bajo el marco de un proceso de paz supone una multiplicidad de complejidades de carácter jurídico, político y ético, las cuales suelen presentar, por demás, profundas tensiones entre sí. Estas tensiones se concretan en el enfrentamiento entre los imperativos jurídicos internacionales, que muestran una tendencia hacia la exigencia del castigo de los responsables de crímenes atroces, y las restricciones derivadas de las realidades políticas y de la necesidad de lograr acuerdos exitosos para trascender el conflicto-tensión entre el derecho a la paz y el derecho a la justicia-.

Debido a esto, es importante construir un marco teórico a partir del cual sea posible analizar la justicia transicional de cara a la justicia restaurativa, de tal modo que se establezcan las tensiones y complementariedades existentes entre ambos modelos. En este sentido, cobrará importancia el proceso de justicia transicional que busca ser implementado en Colombia y algunas reflexiones con motivo de la Ley 975 de 2005.

Sobre el particular es necesario aclarar que las expresiones, justicia transicional y justicia restaurativa, tienen una historia relativamente reciente, aunque bastante exitosa. Ambas son

---

<sup>234</sup> Este capítulo es la versión final de un escrito que contó con la colaboración de Viviana Angel Maya.

empleadas con diferencias significativas por los diversos autores que hacen referencia a ellas, lo cual demuestra la dificultad que comporta la reconstrucción de su historia y el establecimiento de una definición sobre cada una de ellas que suscite consenso entre los especialistas. Empero, es posible hacer una breve genealogía de tales expresiones, que permita señalar cuáles son los elementos definitorios, diferenciadores y comunes de una y otra, que se abordará en un primer apartado.

No obstante, y buscando ir más lejos aún, se abordará en una segunda parte los derechos de las víctimas en medio de los procesos de transición, a saber, los derechos a la verdad, a la reparación y a la justicia. Estos pueden entrar en conflicto en procesos de paz y específicamente se generan frente a algunas disposiciones de la Ley 975 de 2005. Se pretende así, analizar en un tercer aparte el posible conflicto entre este derecho a la paz consagrado en el artículo 22 de la Constitución Política y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Se subraya la justicia a razón de que es el valor que choca directamente con el derecho a la paz, y en torno al cual se presenta una renuncia a imponer la totalidad de las penas consagradas en la legislación penal, imponiendo en cambio unas penas alternativas más benignas, con miras a lograr acuerdos exitosos de paz. Esto último se observará desde la óptica de las funciones de la pena, tanto absolutas como relativas.

#### **4. Justicia Transicional - Una aproximación conceptual para el análisis del conflicto con el derecho a la paz**

Como bien la define Rodrigo Uprimny y Maria Paula Saffón Sanín, “la justicia transicional hace referencia a un problema muy antiguo, relativo a qué debe hacer una sociedad frente al legado de graves atentados contra la dignidad humana, cuando sale de una guerra civil o de

un régimen tiránico”<sup>235</sup>. De modo tal, que ésta responde a los interrogantes de cómo debe castigarse a los responsables, y de sí deben olvidarse los atropellos cometidos para favorecer la reconciliación.

Lo cierto de todo es que con motivo de la transformación que ha acontecido en la actualidad respecto a la forma como se enfocan las transiciones de la guerra a la paz o de las dictaduras a las democracias, se ha justificado la creación de la categoría justicia transicional. Y es que, si se detalla la expresión, lo curioso y novedoso de ésta, radica en la introducción del sustantivo ‘justicia’, pues dentro del recientemente creado paradigma de justicia transicional, la justicia aparece como una exigencia que cualifica de manera importante los procesos transicionales, pero que a la vez, se ve profundamente determinada por tales procesos. De esta manera, el concepto de justicia adquiere un significado y unas implicaciones particulares, las cuales se distinguen no sólo de lo que suponen las exigencias de justicia en contextos de normalidad, sino que además se alejan de aquello que significaron e implicaron los procesos transicionales anteriores a los desarrollados en los últimos treinta años.

Así pues, en nuestros días, la justicia transicional hace referencia a aquellos procesos transicionales “[...] mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia”<sup>236</sup>. De hecho, los procesos de justicia transicional se caracterizan por implicar en la mayoría de los casos negociaciones políticas entre los diferentes actores, a través de los cuales se pretende llegar a acuerdos lo suficientemente satisfactorios para que todas las partes decidan aceptar la transición. De manera análoga, estos procesos se ven regidos por las exigencias impuestas por la justicia internacional, las cuales se concretan en el imperativo de individualizar y castigar a los responsables de

---

<sup>235</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFON SANIN, Maria Paula (2006). *Justicia Transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*. En: ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y reparación para Colombia. Bogotá: DeJuSticia, p. 114.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 115.

crímenes de guerra y de lesa humanidad<sup>237</sup> cometidos en la etapa previa a la transición. De esta manera, mientras que las exigencias jurídicas del ámbito internacional pretenden proteger cabalmente los derechos de las víctimas a la justicia, la reparación y la verdad; las necesidades de paz y de reconciliación nacional de los procesos transicionales buscan todo lo contrario, pues para que los responsables de los crímenes atroces decidan renunciar a la comisión de hostilidades y llegar a un acuerdo de paz, resulta indispensable que encuentren incentivos atractivos para hacerlo, tales como el perdón y el olvido de sus actos.

Por ejemplo, la transición llevada a cabo tras la victoria de los aliados en la Segunda Guerra Mundial -calificada por algunos autores como un primer período de la justicia transicional<sup>238</sup>- comprendió las exigencias internacionales de justicia de manera estrictamente retributiva y las aplicó con el mayor de los rigores a través de los tribunales de Núremberg (*Nürnberg*). Y es que, a diferencia de la mayoría de transiciones que han tenido lugar en los últimos 30 años, la transición de la segunda posguerra no supuso ninguna negociación entre los actores armados, ya que ésta fue impuesta por la parte victoriosa de la guerra.

De manera divergente, muchos de los procesos transicionales acontecidos en los últimos años del siglo XX y en los albores del presente, han implicado valiosos esfuerzos para superar la tensión existente entre los imperativos jurídicos internacionales de castigo a los victimarios y las exigencias prácticas de amnistía que imponen los diferentes contextos transicionales. Incluso, después de la segunda posguerra, el derecho internacional público ha defendido una tendencia creciente hacia la universalización de la obligación de castigar

---

<sup>237</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2006). *Las enseñanzas del análisis comparado: Procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano*. En ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y reparación para Colombia. Ob. Cit., p. 20.

<sup>238</sup> Este es el caso de Teitel, quien realizó una juiciosa genealogía de la justicia transicional y planteó la existencia de tres períodos históricos distintos: el período de la segunda posguerra, caracterizado por reconocer en el castigo de los violadores de derechos humanos un valor universal y exigible sin restricciones; el período posterior a la Guerra Fría, que debió, en cambio, confrontar la tensión entre las exigencias jurídicas de justicia y las necesidades políticas de paz, y la época actual, que demuestra una tendencia hacia la normalización de la justicia transicional y, en concreto, hacia el empleo del lenguaje del derecho de la guerra en contextos de paz, tal y como sucede en el caso del terrorismo. TEITEL, R. (2003). *Transitional Justice Genealogy*. Harvard Human Rights Journal, N° 16, pp. 69-94.

la comisión de crímenes atroces, lo cual se evidencia claramente en la creación de la Corte Penal Internacional, por ejemplo. Sin embargo, los escenarios en los cuales se han desarrollado los procesos transicionales en esta última época, han enfrentado serios problemas para la realización efectiva de dicha obligación, pues la necesidad de que sus formulas sean aceptadas y recibidas con satisfacción por quienes han cometido los crímenes en cuestión, ha puesto en una encrucijada el cumplimiento total de la misma.

Mas, en todos aquellos escenarios, el encontrar una solución políticamente viable, que no de lugar a la impunidad, y que de lugar a una paz y a una reconciliación nacional duraderas, ha sido la cuestión fundamental. En ese sentido, la expresión 'justicia transicional' resulta comprensible, pues hace referencia ésta a una forma de justicia específica, que suele aparecer en contextos excepcionales de transición y que se caracteriza por tener la tarea de encontrar un punto medio entre la justicia retributiva plena y la impunidad absoluta.

Lo anterior explica la existencia de una tendencia actual a defender la aplicación del paradigma de justicia retributiva a procesos de justicia transicional, si bien los orígenes de un tipo de justicia y otro son bastante disímiles. De hecho:

“mientras que la justicia transicional surgió con el propósito esencial de equilibrar las exigencias de justicia y de paz en contextos excepcionales de transición de la guerra a la paz o de la tiranía a la democracia, caracterizados por la necesidad de enfrentar la violación masiva y sistemática de derechos humanos, la justicia restaurativa apareció como un paradigma alternativo y crítico del funcionamiento del sistema penal en condiciones de normalidad y, en concreto, de la manera como éste castiga las formas ordinarias de crimen presentes en una sociedad”<sup>239</sup>.

No obstante, la justicia restaurativa se erige como un modelo alternativo de enfrentamiento del crimen que, parte de la importancia que tiene para la sociedad la reconciliación entre víctima y victimario, para dejar a un lado el fundamento tradicional de retribución y castigo. En ese sentido, y retomando esta llamativa labor que suele cumplir la justicia

---

<sup>239</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFON SANIN, Maria Paula (2006). *Justicia Transicional...* Ob. Cit., p. 118.

restaurativa, resulta justificable la idea de propugnar que el derecho penal deje de centrarse en el acto criminal y en su autor, y gire su atención hacia la víctima y el daño que le fue ocasionado. Una perspectiva como ésta, encuentra fundamento en el hecho de que el castigo retributivo del ofensor suele ser visto como insuficiente para restablecer el orden social pacífico, toda vez que este no le otorga suficiente importancia a los sufrimientos y sentir de la víctima, ni estimula la adecuada reincorporación del delincuente a la comunidad. De manera opuesta, el paradigma restaurador le otorga gran importancia a la búsqueda de los mecanismos a través de los cuales el ofensor pueda adquirir conciencia del daño causado, reconocer su responsabilidad e intentar reparar el mismo daño. Entre tales mecanismos pueden resaltarse aquellos que se fundan en la participación de la comunidad, y en especial, en el diálogo entre víctimas y victimarios.

Tal y como puede verse, la justicia restaurativa fue ideada y ha sido normalmente empleada como paradigma alternativo para confrontar los delitos ordinarios que tienen lugar al interior de una comunidad. A partir de ello, son muchos los que han defendido la conveniencia política y la superioridad ética de emplear este modelo de justicia como paradigma básico de la justicia transicional. Según los defensores, a través del diálogo entre víctimas y ofensores y de la concesión de perdón de aquellos a éstos, las sociedades pueden sanar las heridas producto de los crímenes atroces cometidos en el período antecedente a la transición y, de esa forma, puede garantizarse la durabilidad y constancia de la convivencia pacífica alcanzada. En ese entender, la justicia restaurativa le otorga a la justicia transicional un importante grado de legitimidad y, sobre todo, mantiene en ella la centralidad de los derechos humanos, pues aunque el derecho de las víctimas a la justicia sea sacrificado, ello se hace en aras de garantizar los derechos de las mismas a la verdad y a la reparación. Así las cosas, la justicia transicional debe centrarse en el futuro de la sociedad, lo cual supone que, a los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos con antelación, se les perdone en lo posible; teniendo en cuenta, que sólo con fundamento en ese perdón será posible reconstruir el orden social destruido tras la guerra o la dictadura.

Sin embargo, existen quienes se oponen a una posición como la anteriormente reseñada. Estos opositores, entre quienes encontramos doctrinantes como el profesor Rodrigo Uprimny, si bien no desconocen las inmensas bondades y potencialidades de la justicia restaurativa, consideran que ésta puede ser perfectamente complementaria de la justicia transicional, más no sustituta. Señalan, que “la justicia transicional tiene lugar en circunstancias políticas y sociales excepcionales y enfrenta crímenes que en ocasiones atentan contra el núcleo más básico de la dignidad del ser humano”<sup>240</sup>. Aunque, debe aclararse, que si bien este sector defiende el hecho de que la justicia restaurativa tiene una naturaleza y unas finalidades distintas a las de la justicia transicional y, por ende, no puede pretender sustituirla, aceptan que aquella puede complementar positivamente la primera.

La primera forma a través de la cual justicia restaurativa y transicional pueden complementarse, parte de que éstas tienen una preocupación similar, lo que conlleva a que entre las dos exista una complementariedad conceptual; teniendo en cuenta que para ambos paradigmas, el esquema de reconciliación reviste una relevancia fundamental. Esta complementariedad se materializa además, de dos formas en la práctica de la justicia transicional. Por una parte, la justicia transicional admite en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias la concesión de perdones a los responsables de crímenes atroces, en aras de alcanzar efectivamente la paz y la reconciliación. Y de otro lado, como lo ha expuesto Iván Orozco Abad, en ciertos contextos transicionales, los instrumentos de la justicia restaurativa pueden resultar idóneos para llevar a cabo un proceso exitoso de justicia transicional; tal y como ocurre en las transiciones que se originan luego de ciertas guerras civiles o de conflictos armados que presentan formas de barbarie simétricas u horizontales, en las que cada sector armado es al mismo tiempo víctima y victimario<sup>241</sup>.

Además, la justicia restaurativa y la transicional presentan otras complementariedades, en la medida en que, a través de las herramientas de la primera es posible efectuar un acompañamiento del proceso de justicia transicional, que puede resultar muy importante

---

<sup>240</sup> Ibid., p. 121.

<sup>241</sup> OROZCO ABAD, Iván (2005). *Sobre los Límites de la Conciencia Humanitaria*. Bogotá: Temis.

para su éxito, pues los mecanismos restaurativos pueden servir para impedir el surgimiento de nuevos gérmenes de violencia, susceptibles de poner en peligro la transición alcanzada por la justicia transicional.

A pesar de estas complementariedades, en el plano conceptual la justicia restaurativa presenta serias dificultades para poder servir de paradigma de justicia en un proceso de justicia transicional. Así, por un lado, si bien la justicia restaurativa y la transicional coinciden en el propósito de la reconciliación, existen diferencias conceptuales relevantes entre ambas, en especial, en lo concerniente a las diversas concepciones de reconciliación que tiene cada una. En efecto, para la justicia restaurativa, la reconciliación supone que todos los actores, víctimas y victimarios, estén de acuerdo sobre la necesidad de perdonarse; pero realmente, pareciese complejo que, tras haber estado involucrados en actos de barbarie como los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, todas las víctimas y los victimarios estén dispuestos a instaurar entre ellos lazos estrechos de solidaridad y confianza.

Por ello, siguiendo la terminología de Crocker, existe otra manera más ‘fina’ de comprender la reconciliación producto de un proceso transicional, a saber, aquella basada en la ‘reciprocidad democrática’.

“Ésta implica que, sin necesidad de tener visiones idénticas, todos los miembros de la sociedad en transición sean capaces de reconocer a los demás (incluidos sus victimarios) como ciudadanos congéneres con la capacidad de deliberar en igualdad de condiciones y de tomar decisiones democráticas acerca del futuro de la sociedad. En este contexto, los actores políticos pueden decidir que la manera más adecuada de llevar a cabo la transición es a través del perdón y del establecimiento de lazos comunitarios fuertes, pero también pueden no hacerlo. Y, en cualquiera de los casos, la decisión sería legítima y parecería justa”<sup>242</sup>.

---

<sup>242</sup> CROCKER, D.A. (2002). *Democracy and Punishment: Punishment, Reconciliation and Democratic Deliberation*. Tomado de: UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFON SANIN, Maria Paula (2006). *Justicia Transicional...* Op. Cit., p. 137.

De las concepciones opuestas sobre reconciliación, surge también una diferencia importante entre la justicia restaurativa y la justicia transicional en lo que respecta a la manera como cada una comprende y califica el castigo. De este modo, el concepto de restauración propio de la justicia restaurativa conlleva una visión del castigo como algo indeseable y contrario al objetivo mismo de la reconciliación. El problema entonces de esta justicia es que confunde el castigo con la venganza e ignora las importantes funciones que el mismo puede jugar en un proceso transicional.

Por su parte, en la justicia transicional es posible dotar de castigo a los victimarios sin que ello resulte opuesto a la reconciliación, pues aquel es mostrado como elemento necesario para alcanzar ésta. Esto, contribuye a que la reconciliación tenga un carácter más durable cuando se encuentre precedida por el sometimiento de los responsables de crímenes atroces, aun cuando este sometimiento reconozca excepcionalmente, y según las circunstancias del contexto, algunas formas de amnistía o de rebaja de penas. Además, el castigo de los responsables impide que en el nuevo régimen creado por la transición surja una cultura de impunidad. De hecho, cualquiera que sea la fórmula de justicia transicional escogida, es preciso recordar que “el objetivo básico de toda transición consiste en la instauración de un nuevo orden político y social, que deje atrás de manera definitiva el anterior estado de cosas y que garantice que los actos atroces perpetrados antes de la transición no volverán nunca a cometerse”<sup>243</sup>.

De esta forma, la garantía de no repetición se encuentra en el corazón de la justicia transicional, pues es la promesa de que no habrá víctimas futuras, permitiendo flexibilizar el castigo por los crímenes cometidos. Empero, para que esa promesa sea creíble, se requiere de una dosis proporcionada de retribución y castigo, máxime si se tienen en cuenta las funciones de prevención general, positiva y negativa, que el derecho penal contemporáneo reconoce a la pena. Adicionalmente, el castigo de los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad, facilita el surgimiento de un ambiente

---

<sup>243</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFON SANIN, Maria Paula (2006). *Justicia Transicional...* Op. Cit., p. 129.

generalizado de respeto por las instituciones democráticas creadas durante la transición, en cuanto traza una línea de distinción entre el antiguo régimen o estado de cosas y el nuevo orden.

Sumado a lo anterior, existen razones jurídicas que restan fundamento a la idea de que la justicia restaurativa puede ser el esquema dominante para hacerle frente a las violaciones de los derechos humanos en los procesos de justicia transicional. Se trata de aquellas razones que se refieren al estado actual del derecho internacional, y según las cuales los derechos de las víctimas y los deberes del Estado de sancionar violaciones de los mismos, limitan enormemente las posibilidades de perdón de las más graves vulneraciones a los derechos humanos. No obstante, la imposición de sanciones de conformidad con la normatividad internacional en todos los casos puede obstaculizar e incluso llevar al fracaso a un acuerdo de paz, porque en un contexto de guerra, ningún actor armado estará dispuesto a participar en un acuerdo de paz que no represente ningún atractivo para él<sup>244</sup>.

Por eso, si bien es cierto que en el largo plazo una paz durable y verdadera se construye sobre la aplicación de la justicia de los crímenes ocurridos, en el corto plazo pueden existir tensiones entre los requerimientos de la justicia y las dinámicas de la paz, por lo que puede resultar necesario flexibilizar, mas no anular, ciertos requerimientos de justicia en pro de la consecución de la paz. De hecho, todas las estrategias de justicia transicional suponen necesariamente el sacrificio de alguno de los valores en tensión, ya que deben adecuarse a las relaciones específicas de fuerza existente entre los actores y a las posibilidades de compromiso propias de cada contexto. Ello conduce a que cada sociedad deba diseñar su propio modelo de justicia transicional, de acuerdo con los condicionamientos políticos y jurídicos impuestos por el entorno en cuestión.

Ahora bien, los procesos transicionales pueden ser clasificados en ‘tipos básicos’, en función de la manera como los mismos han resuelto las tensiones entre justicia y paz. En

---

<sup>244</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2006). *Las enseñanzas del análisis comparado...* Ob. Cit., p. 20.

particular, resulta posible clasificar tales transiciones según el contenido sustantivo de sus formulas y según el procedimiento empleado para diseñarlas.

En relación a su contenido, en principio existen cuatro tipos de justicia transicional<sup>245</sup>, los cuales se distinguen por el mayor o menor peso que le otorgan al castigo de los victimarios y a la garantía de los derechos de las víctimas o, por el contrario, al perdón de los crímenes cometidos por aquellos y al olvido de los hechos ocurridos. No obstante, debe aclararse que los procesos transicionales pueden presentar características de uno o varios tipos básicos, e incluso, pueden comenzar siguiendo una vía y terminar optando por otra, pues los tipos básicos son sólo modelos esquemáticos, mientras que los procesos transicionales en la realidad son más complejos y cambiantes.

Bien, dentro los cuatro denominados tipos básicos, dos son de carácter radical y los otros dos son intermedios. Dentro de los radicales, encontramos los modelos basados en perdones ‘amnésicos’ y en transiciones ‘punitivas’, los cuales, según lo afirma Uprimny:

“no son en realidad, verdaderos tipos de justicia transicional, en tanto que no se encuentran atravesados por el dilema [propio] de esta última. De hecho, si bien ambos modelos describen la transición de un estado de guerra a uno de paz o de una dictadura a una democracia, dicha transición no resuelve la tensión entre justicia y paz a través de la consecución de un equilibrio entre las dos exigencias, sino más bien a través de la escogencia de una sola de ellas”<sup>246</sup>;

Pues, mientras que las formulas basadas en perdones ‘amnésicos’ buscan lograr transiciones negociadas sin justicia, las transiciones ‘punitivas’ imponen justicia sin dar cabida ninguna a la negociación.

---

<sup>245</sup> *Ibid.*, pp. 21 y ss.

<sup>246</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2005). *Justicia Transicional en Colombia: algunas herramientas conceptuales para el análisis del caso colombiano*. En: Revista Foro, edición No. 53 (mayo). Bogotá: p. 48.

Indudablemente, los dos modelos radicales de transición descritos, no resultan para el caso particular colombiano viables ni deseables jurídica y éticamente<sup>247</sup>, porque, por una parte, la implementación de una transición basada en perdones ‘amnésicos’ resulta inaceptable a la luz de las exigencias actuales del derecho internacional, con respecto al castigo de los crímenes de guerra y de lesa humanidad<sup>248</sup>, y resulta cuestionable política y éticamente con fundamento en las presiones nacionales e internacionales que puedan surgir en contra de la impunidad de crímenes atroces o del indeseable sacrificio a la verdad y a la reparación<sup>249</sup>. Por otra parte, la aplicación del modelo de transiciones ‘punitivas’ no resulta posible en el caso colombiano, pues requiere de la existencia de condiciones políticas y jurídicas<sup>250</sup>, v. gr. que una de las partes del conflicto armado triunfe e instaure los tribunales encargados de juzgar los crímenes cometidos, que una de las partes juzgue unilateralmente a las demás y la existencia de un sistema penal altamente eficaz, las cuales evidentemente no se presentan en el contexto colombiano.

A diferencia de los procesos transicionales radicales, dentro de los procesos de carácter intermedio hallamos el modelo de transición basado en perdones ‘compensadores’, el cual pretende encontrar un equilibrio entre las exigencias de castigo de los victimarios, los derechos de las víctimas y las dinámicas de los procesos de negociación y reconciliación nacional<sup>251</sup>. En ese entender, este modelo sí responde a una forma de justicia transicional en el sentido estricto de la palabra, si bien, como señala Uprimny, su aplicación en el caso colombiano tendría resultados limitados, toda vez que éste implicaría sacrificar la obligación internacional de castigar a los responsables de crímenes atroces a cambio de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación<sup>252</sup>. Esto último, resulta criticable tanto desde un punto de vista político, como ético; máxime si se tiene en cuenta que el castigo es fundamental para que un proceso de paz alcance un éxito perdurable, ya

---

<sup>247</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2006). *Las enseñanzas del análisis comparado...* Ob. Cit., pp. 24 y 25.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>249</sup> *Ibid.*, pp. 25 y 26.

<sup>250</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 28.

que impide el surgimiento de un sentimiento de impunidad en la sociedad<sup>253</sup>, revaloriza a las víctimas y condena políticamente la comisión de actos de barbarie humana.

Partiendo de lo anterior, autores como el mismo Rodrigo Uprimny y Maria Paula Saffón Sanín, entre otros, consideran que el modelo de justicia transicional, de carácter intermedio, más idóneo para ser aplicado en el contexto colombiano, es aquel que se funda en perdones ‘responsabilizantes’, ya que este es el que más respeta los principios democráticos y los derechos de las víctimas, y es además, el que mejor se adecua a las particularidades de nuestro contexto<sup>254</sup>. Dicho modelo se basa en formas de negociación de la paz en las que se toman seriamente en consideración los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, así como los deberes del Estado necesarios para garantizarlos. De acuerdo con éste:

“la concesión de perdones ha de ser excepcional e individualizada, y debe regirse por el principio de proporcionalidad, que indica que el perdón de los victimarios sólo es justificable cuando constituye la única medida existente para alcanzar la paz y la reconciliación nacional y cuando es proporcional a la gravedad de los actos cometidos por el inculpaado, a su grado de mando y a las contribuciones que haga a la justicia”<sup>255</sup>.

Adicionalmente, el modelo fundado en perdones ‘responsabilizantes’ es del todo compatible con las exigencias del sistema internacional sobre la materia y, por ende, parecería estar ‘blindado’ jurídicamente<sup>256</sup>.

Ahora bien, en razón de la naturaleza de nuestro conflicto, parece conveniente que, además, los perdones que se realicen posean un contenido retributivo y no solamente restaurativo. Así mismo, cabe resaltar que, dado que la sociedad colombiana ignora aun la mayor parte de la verdad del conflicto armado que vive, la implementación de medidas propias de la

---

<sup>253</sup> Ibid.

<sup>254</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFON SANIN, Maria Paula (2006). *Justicia Transicional...* Ob. Cit., pp. 135 y 136.

<sup>255</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2005). Ob. Cit., p. 51.

<sup>256</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFON SANIN, Maria Paula (2006). *Justicia Transicional...* Ob. Cit., p. 136.

justicia restaurativa podría generar resultados perversos, en tanto podría conducir a la deslegitimación de los sectores sociales que, además de reconciliación, reclaman verdad y justicia. Por esta razón, es que se concluye, por demás, que en Colombia un proceso de justicia transicional debería basarse en perdones ‘responsabilizantes’ con un componente retributivo, pero sin excluir ciertas dimensiones adicionales propias de la justicia restaurativa.

Pese a lo anterior, puede afirmarse que la legitimidad de las distintas formas de justicia transicional depende, en gran medida, de la forma en que las mismas sean diseñadas y elaboradas. Precisamente, y con base en este criterio, los procesos transicionales se clasifican a su vez en cuatro tipos básicos o ideales, susceptibles de matices y mixturas en la práctica<sup>257</sup>. Dentro de éstos, según Uprimny, el modelo que mejor se adapta a las exigencias jurídicas, políticas y éticas presentes en el caso colombiano es el de las transiciones democráticamente legitimadas. Ello se debe a que, como bien lo sostiene el autor, “los demás modelos de procedimientos de elaboración de las formulas transicionales resultan implausibles fáctica o jurídicamente, inconvenientes políticamente, indeseables éticamente o insuficientes para el contexto particular”<sup>258</sup>, pues, en primer lugar, la imposición de la justicia por parte de un soberano o de la parte victoriosa en el conflicto armado (modelo de justicia impuesta) no parece viable, por obvias razones, en Colombia.

Las auto-amnistías, en segundo lugar, concedidas a sí mismos por los victimarios, como exigencia para permitir la transición no son en la actualidad posibles, toda vez que existen un sinnúmero de actores armados “en el conflicto colombiano y dado los niveles similares de fuerza y de poder que los mismos ostentan”<sup>259</sup>. Y en tercer lugar, “el modelo consistente en perdones ‘recíprocos’ presenta objeciones tanto en lo que respecta al contenido de sus formulas, como en la forma de elaboración de las mismas”<sup>260</sup>, ya que resulta bastante

---

<sup>257</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2006). *Las enseñanzas del análisis comparado...* Ob. Cit., pp. 32 y ss. Estos tipos básicos son: La justicia impuesta, las transiciones democráticamente legitimadas, las auto-amnistías y los perdones recíprocos.

<sup>258</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2005). Ob. Cit., p. 54.

<sup>259</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2006). *Las enseñanzas del análisis comparado...* Ob. Cit., p. 34.

<sup>260</sup> *Ibid.*, p. 35.

problemático que éstas excluyan totalmente el componente retributivo de la justicia, que es en muchos casos necesario para lograr una verdadera reconciliación nacional<sup>261</sup> y una paz duradera, sobre todo cuando hay de por medio crímenes de guerra y de lesa humanidad. Además, el modelo de perdones ‘recíprocos’ tiene deficiencias en el procedimiento para diseñar las formulas de transición, pues excluye del mismo toda forma de participación de las víctimas y de la sociedad civil<sup>262</sup>.

Sobre el particular, resulta reseñable, precisamente, el hecho de que las transiciones democráticamente legitimadas suponga el diseño de las medidas transicionales no sólo por la vía de la negociación entre las cúpulas de los actores armados, sino también, a través de discusiones sociales amplias, e inclusive, de formas de consulta a la ciudadanía, tales como plebiscitos y referendos<sup>263</sup>.

## **5. Derechos de las víctimas a la verdad, a la reparación y a la justicia**

Como se ha visto hasta el momento los procesos transicionales, bien sea por el paso de un régimen de carácter dictatorial a uno democrático, o por el fin de un conflicto armado interno y el establecimiento de la paz, se tiene la necesidad de garantizar ciertos derechos a las víctimas, ello con el fin de que dicho proceso de transición sea efectivo y no haya ningún recrudecimiento de la violencia.

En este sentido se ha pronunciado la comunidad internacional, más específicamente la ONU proclamando en 1998 el 'Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad', recogido en un informe presentado por Louis Joinet<sup>264</sup>, actualizado en diferentes ocasiones<sup>265</sup>.

---

<sup>261</sup> Ibid.

<sup>262</sup> Ibid.

<sup>263</sup> Ibid., p. 36.

<sup>264</sup> JOINET, Louis (1997). *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión*. ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49º periodo de sesiones. De ahora en adelante se

De esta forma a las víctimas en los procesos transicionales se les ha reconocido entre otros derechos subjetivos<sup>266</sup>;

- a) El derecho de la víctima a saber la verdad<sup>267</sup>
- c) El derecho a la reparación de la víctima
- b) El derecho de la víctima a la justicia

Estos derechos tienen fuerza vinculante para Colombia por dos razones. La primera de ellas, corresponde al campo del derecho internacional. Si bien es cierto son en principio ‘soft law’<sup>268</sup>, con lo cual no tendrían un carácter vinculante, si lo son para Colombia toda vez que han tenido a través de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos un reconocimiento expreso<sup>269</sup>.

Ahora bien, ¿cómo se explica esto? El artículo 93 de la Constitución Política expresa que aquellos Tratados Internacionales que por decisión libre y soberana han sido ratificados por Colombia y que versen sobre Derechos Humanos, tienen una prevalencia sobre el orden

---

denominará los principios recogidos en dicho texto como los principios Joinet. El informe en español puede observarse en: <http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>

<sup>265</sup> La última de estas actualizaciones fue presentada el 8 de febrero de 2005 por la profesora Diane Orentlicher, experta independiente de la Comisión de Derechos Humanos encargada de llevar a cabo tal actualización.

<sup>266</sup> Véase antes: Capítulo I. Punto 2.1.

<sup>267</sup> Tanto de desapariciones, muertes, masacres, como cualquier otra manifestación del conflicto.

<sup>268</sup> Aquí es importante resaltar la distinción entre normas blandas (soft law) y duras (hard law) de derecho internacional. Las primeras son normas prevalentemente exigibles y las segundas tienen un contenido prevalentemente político. Así mismo, como criterios para determinar una norma como dura o blanda se han establecido los de:

(i) Precisión; mientras más precisa sea la norma, disminuye el carácter ambiguo y general, tornándola más dura.

(ii) Delegación; si se delega se pierde protagonismo del Estado y disminuye su potestad normativa. Si esta pérdida y esta disminución son importantes, entonces la norma será dura.

(iii) Obligación; será la fuerza de compromiso adquirida por el Estado, lo que hará que una norma sea dura o blanda.

<sup>269</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo / SAFFON SANÍN, María Paula (2006). *Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial*. En: ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y reparación para Colombia. Ob. Cit., pp. 144 y 145.

interno, es decir, dichos tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad<sup>270</sup>, tal y como lo ha reiterado la Corte Constitucional en diferentes ocasiones<sup>271</sup>. Estos (tratados) de acuerdo con los planteamientos de la Corte deben ser utilizados como criterio de interpretación de los derechos consagrados en ellos<sup>272</sup>, así también como los pronunciamientos jurisprudenciales de órganos jurisdiccionales competentes para interpretar dichos tratados, como ejemplo, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>273</sup>.

Una segunda razón para sostener el carácter vinculante en Colombia de estos derechos, se refiere ya no al campo internacional, sino al interno. En este sentido, el Legislador en la Ley 975 de 2005 dispuso de un reconocimiento expreso en el artículo 4<sup>274</sup>, y recibieron un desarrollo en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley. La Corte Constitucional en este sentido ha manifestado en la sentencia C-370 de 2006 que:

“Concretamente sobre los derechos de las víctimas de violaciones de derechos fundamentales a conocer la verdad, a acceder a la justicia y a obtener una reparación, en la Sentencia C-228 de 2002 (*MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett*) la Corte reconoció que existe una tendencia mundial, también recogida por la Constitución, según la cual la víctima o perjudicado por un delito no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le

---

<sup>270</sup> Sobre éste ha distinguido la Corte Constitucional un sentido estricto y un sentido lato. En el primer sentido de acuerdo con Uprimny corresponde únicamente a las normas de jerarquía constitucional (normas de rango constitucional, y en el segundo sentido, es entendido como el conjunto de normas y principios, que sin estar explícitamente expresados en el texto constitucional, son utilizados como parámetro del control de constitucionalidad, es decir, que pueden generar la invalidación de normas que se sometan a control. Ver: UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2001). *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. En: *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de NU para los derechos humanos, pp. 15-19.

<sup>271</sup> Sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-400 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-038 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; Sentencia C-401 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>272</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo / SAFFON SANÍN, María Paula (2006). *Derecho a la verdad...Ob. Cit.*, p. 145.

<sup>273</sup> Sentencia C-010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>274</sup> **ARTÍCULO 4o. DERECHO A LA VERDAD, LA JUSTICIA Y LA REPARACIÓN Y DEBIDO PROCESO.** El proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados.

hayan causado, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad sobre lo acaecido y se haga justicia.”<sup>275</sup> (Cursivas fuera de texto)

## 5.1. Derecho a la verdad

Este derecho fue desarrollado en el artículo 7° de la Ley 975 de 2005<sup>276</sup>. Pero, ¿qué supone este derecho? La Corte Constitucional, partiendo de lo estipulado en el derecho internacional se ha encargado de delimitarlo. El derecho a la verdad ha sido altamente tratado en el ámbito internacional (principios Joinet<sup>277</sup>), donde se ha reconocido dos variables, una colectiva y una individual. Estas dos acepciones se han reconocido igualmente en la legislación nacional. La visión individual comprende en palabras de la Corte Constitucional:

“El derecho a la verdad implica que en cabeza de las víctimas existe un derecho a conocer lo sucedido, a saber quiénes fueron los agentes del daño, a que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen por el Estado, y a que se prevenga la impunidad ... El derecho a la verdad implica para

---

<sup>275</sup> Sentencia 370 de 2006. M.P. Ponencia conjunta.

<sup>276</sup> **ARTÍCULO 7o. DERECHO A LA VERDAD.** La sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada. Las investigaciones y procesos judiciales a los que se aplique la presente ley deben promover la investigación de lo sucedido a las víctimas de esas conductas e informar a sus familiares lo pertinente. Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad.

<sup>277</sup> Sobre este derecho colectivo, se lee lo siguiente en los Principios:

**“PRINCIPIO 2. EL DERECHO INALIENABLE A LA VERDAD**

Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones.

**PRINCIPIO 3. EL DEBER DE RECORDAR**

El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.”

**PRINCIPIO 4. EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A SABER**

Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

los familiares de la víctima la posibilidad de conocer lo sucedido a ésta, y, en caso de atentados contra el derecho a la vida, en derecho a saber dónde se encuentran sus restos; en estos supuestos, este conocimiento constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima”<sup>278</sup>

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Sentencia del 22 de noviembre de 2000 donde estipula: “Este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo que sucedió<sup>279</sup> y saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de los respectivos hechos”<sup>280</sup>.

Ahora bien, sobre la visión colectiva, la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2006 aclaro su alcance. Ella, manifestó:

“La sociedad también tiene un derecho a conocer la verdad, que implica la divulgación pública de los resultados de las investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos ... En cuanto al derecho a la verdad ejercido dentro de los procesos para el restablecimiento o la transición hacia la democracia y/ la paz, el Conjunto de Principios de que se viene hablando precisa que no se trata solamente del derecho individual que toda víctima o sus parientes a saber qué pasó, sino que también se trata de un derecho colectivo que tiene su razón de ser en la necesidad de prevenir que las violaciones se reproduzcan. En tal virtud se tiene, a cargo del Estado, el *‘deber de la memoria’* a fin de prevenir las deformaciones de la historia.”<sup>281</sup>

De esta forma, existe la obligación del Estado de iniciar investigaciones en caso de graves atropellos en contra de los derechos humanos, ello, en procura de la búsqueda efectiva de la verdad, la cual no es una obligación que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, sino que debe ser iniciada de oficio por parte del Estado. Tal situación ha sido reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Sentencia del 15 de

---

<sup>278</sup> Sentencia 370 de 2006. M.P. Ponencia conjunta.

<sup>279</sup> Cfr. Caso Villagrán Morales y otros, Reparaciones, supra nota 5, párr. 100; Caso Paniagua Morales y otros, Reparaciones, supra nota 5, párr. 200; y Caso Aloeboetoe y Otros, Reparaciones, supra nota 40, párr. 109.

<sup>280</sup> Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala.

<sup>281</sup> Sentencia 370 de 2006. M.P. Ponencia conjunta.

septiembre de 2005<sup>282</sup>, donde manifestó que: “Sin embargo, la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima, o de sus familiares o de su aportación de elementos probatorios”<sup>283</sup>.

El derecho a la verdad es un presupuesto de la justicia transicional, puesto que sin él no se sabría a quien reparar<sup>284</sup> ni tampoco a quien castigar. Para lograr el efectivo cumplimiento de esto existen tres diferentes vías o mecanismos para garantizar la verdad<sup>285</sup>, sin embargo estas no son excluyentes. Así en determinados casos se puede optar por una sola de ellas o en otros casos se puede asumir varios de estas formas, dándole prevalencia a una de ellas.

La primera de ellas es la verdad judicial; esta es aquella que se logra establecer a través de un proceso judicial, en el cual la verdad se declara o se infiere<sup>286</sup>. Una segunda son los mecanismos extrajudiciales institucionales; estos son espacios especialmente creados y reconocidos institucionalmente de búsqueda de la verdad, para lograr una reconstrucción histórica de la verdad de carácter no judicial. Con respecto a estos mecanismos, el principal prototipo son las comisiones de verdad. Una tercera forma o tipo de mecanismo son las verdades no institucionalizadas, las cuales son “todas aquellas formas de reconstrucción de la verdad y preservación de la memoria colectiva llevadas a cabo por instancias no institucionales, tales como historiadores, periodistas, literatos y científicos sociales, entre otros”<sup>287</sup>.

Lo ideal en cualquier proceso de transición es que haya una complementariedad entre las tres y se logre reconstruir lo acontecido con una mayor eficacia y eficiencia. En el contexto colombiano, tomando como referencia la Ley 975 de 2005, se observa que esta Ley se

---

<sup>282</sup> Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia.

<sup>283</sup> Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 146; Caso Hermanas Serrano Cruz. supra nota, párr. 61, y Caso 19 Comerciantes, supra nota 193, párr. 112.

<sup>284</sup> Esto implica en sí, que el conocimiento de la verdad forma parte del derecho a la reparación.

<sup>285</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo / SAFFON SANÍN, María Paula (2006). *Derecho a la verdad...Ob. Cit.*, p. 148. Se utiliza aquí la clasificación de los autores sobre los tres tipos de mecanismos de reconstrucción de verdad.

<sup>286</sup> *Ibid.*

<sup>287</sup> *Ibid.*

inclinó por la verdad judicial. Esta implica cierto blindaje ante dudas y cuestionamientos por estar en el marco de un debido proceso, pero contiene ciertos límites, tales como; el ser una verdad casuística, esto es fragmentaria; carece de ser una verdad en todas las perspectivas y se limita a la jurídica; es mucho más costosa en términos económicos y presupone un orden jurídico eficiente, entre otros límites<sup>288</sup>.

No obstante el legislador colombiano haya escogido este mecanismo como el abanderado, en la Ley no se observa un impedimento para que en el momento que se crea conveniente se instaure alguna reglamentación de los otros dos, principalmente sí se pretende instaurar comisiones de verdad.

## 5.2. Derecho a la Reparación

Este derecho fue tratado en el artículo 8° de la Ley 975 de 2005<sup>289</sup> y supone de acuerdo con los principios Joinet que quien ha sido víctima de una violación de un Derecho Humano o sus familiares tienen el derecho a exigir del infractor (sea el Estado u otro) una reparación

---

<sup>288</sup> *Ibid.*, pp. 155 y ss.

<sup>289</sup> **ARTÍCULO 8o. DERECHO A LA REPARACIÓN.** El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

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 sico-social 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.

Las autoridades judiciales competentes fijarán las reparaciones individuales, colectivas o simbólicas que sean del caso, en los términos de esta ley.

integral, esto es, que abarque todos los daños y perjuicios sufridos y comprende tanto medidas individuales como de alcance general.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresó que los Estados Parte han de dar reparación a las personas cuyos derechos reconocidos en el pacto hayan sido infringidos. Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Sentencia del 15 de junio de 2005<sup>290</sup>, manifestó que existe responsabilidad estatal de reparar, pues “al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación”<sup>291</sup>. Esta reparación debe ser plena (adecuada) como se ha ya manifestado y en caso de ser imposible, deberá recurrirse al pago de una indemnización compensatoria, toda vez que:

“[L]a reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias producidas por las infracciones y se establezca, *inter alia*, el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados<sup>292</sup>. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno”<sup>293</sup>.

Ahora bien, la reparación integral no es sólo una compensación económica, si esta es posible, ésta (compensación) es sólo una de las múltiples modalidades de reparación, que en ciertos casos concretos implican la necesidad de varias de ellas. Estas modalidades

---

<sup>290</sup> Caso comunidad Moiwana vs. Suriname.

<sup>291</sup> *Ibid.*

<sup>292</sup> Cfr. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 9, párr. 135; Caso Carpio Nicolle y otros, supra nota 82, párr. 87; y Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, supra nota 82, párr. 53.

<sup>293</sup> Cfr. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 9, párr. 135; Caso Lori Berenson Mejía, supra nota 10, párr. 231; y Caso Carpio Nicolle y otros, supra nota 82, párr. 87.

pueden dividirse en cinco<sup>294</sup>; (i) restitución, que es el restablecimiento de la situación anterior a la violación; (ii) indemnización, que es una compensación monetaria apropiada y proporcional a la violación; (iii) rehabilitación, que supone atención médica y psicológica cuando sea del caso; (iv) satisfacción, esta modalidad tiene aspectos varios. Ella puede incluir difusión pública de la verdad, búsqueda de las personas muertas y desaparecidas, disculpas públicas, actos conmemorativos a las víctimas, entre otros; (v) Garantía de no repetición, esta implica de acuerdo a los principios Joinet, tres garantías principales, medidas encaminadas a disolver los grupos armados paraestatales, derogaciones de disposiciones que favorezcan violaciones de derechos Humanos y medidas administrativas en contra de agentes del Estado implicados en las violaciones<sup>295</sup>.

Este derecho como se observa, tiene medidas individuales, generales y colectivas. En el primer plano, las víctimas, ya sean víctimas directas, parientes o personas a cargo, tienen: a) Medidas de restitución; b) Medidas de indemnización; y c) Medidas de rehabilitación.

Como medidas intermedias, esto es, que tengan aplicación en ambos planos (generales) encontramos las garantías de no repetición. Y por último en el plano colectivo, encontramos las medidas de sentido carácter simbólico, a título de reparación moral, tales como el reconocimiento público y solemne de la responsabilidad por parte del Estado, las declaraciones oficiales restableciendo a las víctimas su dignidad, las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías públicas o, los monumentos, todos los cuales permiten asumir mejor el deber de la memoria, que correspondería a las medidas de satisfacción antes mencionadas.

¿Pero qué tan efectiva es la reparación a través de la vía judicial? Como lo expone el profesor Pablo de Greiff, la reparación a instancias judiciales es una reparación efectiva

---

<sup>294</sup> Véase para mayor claridad de estas modalidades: BOTERO MARINO, Catalina / RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban (2006). *Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia*. En: *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y reparación para Colombia*. Ob. Cit., pp. 77 y ss.

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 79.

frente a violaciones individuales, esto es caso por caso, pero no tanto cuando existen violaciones masivas de derechos humanos. Este autor expresa que:

“[L]as normas del sistema legislativo típico no se idean para esta clase de situación. Vale el precisar que este problema no está limitado a las jurisdicciones nacionales. La mayoría de los tratados de los derechos humanos se conciben y se configuran para responder a las violaciones en una manera individualizada, y no a través de programas masivos. Generalmente el derecho internacional no ha formulado normas claras o principios en esta materia. En todo caso, la capacidad de los estados de reparar a las víctimas sobre la base del caso-por-caso se colma cuando las violaciones dejan de ser la excepción y llegan a ser muy frecuentes”.<sup>296</sup>

Igualmente estas reparaciones en vía judicial y cuando son efectuadas por organismos internacionales resultan ser mucho más costosas en términos económicos, que si fueran realizados a través de programas masivos de reparaciones a las víctimas<sup>297</sup>. De esta forma reparar a las víctimas ante violaciones masivas, como se presentan en el caso colombiano, puede resultar en un gasto inimaginable. Es quizás debido a esto, que podría resultar interesante observar alternativas para la búsqueda de soluciones intermedias entre una reparación a instancias judiciales y aquella realizada a través de programas masivos de reparaciones a las víctimas.

### **5.3. Derecho a la Justicia**

---

<sup>296</sup> DE GREIFF, Pablo (2006). *Justice and reparations*. En: The handbook of reparations. New York: Oxford ‘International center for transitional justice’, p. 454. La traducción es propia.

<sup>297</sup> “La Corte ha calculado éstos daños proyectando la renta actual de las víctimas, multiplicándola por lo que le queda de su vida profesional (basada en los promedios nacionales de profesionales y de la esperanza de vida), y restando 25 por ciento de esta cantidad (partiendo del supuesto de que ésta es la porción de renta que la víctima habría consumido para el uso personal, y por consiguiente no es disponible para los parientes). En casos donde es difícil estimar la renta de las víctimas, la corte ha utilizado salarios mínimos nacionales, y por lo menos en un caso, donde ha resuelto que el salario mínimo nacional estaba demasiado bajo, fue hasta usar el promedio de salarios mínimos regionales. A esta cantidad, la Corte Inter-Americana entonces ha agregado un cálculo subjetivo, sobre los daños morales, que intentan compensar a las víctimas por el dolor y el sufrimiento. En suma, las decisiones por la corte han requerido típicamente pagos de entre USD \$150.000 y \$200.000 por víctima”. DE GREIFF, Pablo (2006). Ob. Cit., p. 456. La traducción es propia.

Este derecho ha sido desarrollado por el artículo 6<sup>298</sup> de la Ley 975 de 2005. De acuerdo con este artículo, Colombia como Estado tiene “la obligación internacional de investigar, juzgar y condenar a penas adecuadas a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos”<sup>299</sup>, esto en procura de atacar la impunidad<sup>300</sup>. En este sentido han sido creados algunos organismos, como lo es la Corte Penal Internacional<sup>301</sup>.

Según lo define el Preámbulo del Estatuto de Roma (Creador de la CPI), la voluntad que indujo a la formación de esta Corte fue el reconocimiento de que *los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.*

---

<sup>298</sup> **ARTÍCULO 6o. DERECHO A LA JUSTICIA.** 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 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.

Las autoridades públicas que intervengan en los procesos que se tramiten con fundamento en la presente ley deberán atender, primordialmente, el deber de que trata este artículo.

<sup>299</sup> BOTERO MARINO, Catalina / RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban (2006). Ob. Cit., pp. 53. En este sentido se expresa la Corte Constitucional en Sentencia C-370 de 2006 al decir: “Las protecciones derivadas del derecho al debido proceso y la protección judicial aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales, previstos en los Convenios de Ginebra, se corresponden en forma sustancial con las protecciones del derecho internacional de los derechos humanos y exigen a los Estados el juzgamiento y sanción de personas que cometan u ordenen la comisión de infracciones graves al derecho internacional humanitario”.

<sup>300</sup> Esta ha sido definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la falta por parte del Estado de realizar una investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de los derechos humanos. Caso Paniagua Morales y otros. Igualmente y con miras a evitar la impunidad, la Corte Constitucional en Sentencia C-370 de 2006 ha manifestado que la competencia *Prima facie* corresponde a los tribunales nacionales, pero cuando dichos tribunales no estén en condiciones de hacer justicia imparcial o se encuentren en la imposibilidad material de funcionar, debe estudiarse la competencia de un tribunal internacional *ad hoc*, o bien de un tribunal internacional permanente, como la Corte Penal Internacional. En todo caso, las reglas de procedimiento deben responder a criterios de debido proceso.

<sup>301</sup> La Corte Penal Internacional, respecto de Colombia, sólo pudo conocer delitos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma en el país -1º de noviembre de 2002- y de los crímenes de guerra cometidos en Colombia durante los siete años siguientes a dicha entrada en vigor.

De este derecho se pueden desprender cinco obligaciones para el estado<sup>302</sup>, correlativas al poder legal reconocido a las víctimas por medio de dicho artículo 6, para la persecución de sus intereses. Estas obligaciones suponen en todos los casos derechos por parte de las víctimas a que el Estado realice acciones positivas fácticas.

La primera obligación supone el *deber de castigar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos*, teniendo en cuenta los límites a las amnistías e indultos consagrados por el derecho internacional en medio de procesos de paz. Estos frenos se imponen con el fin de que no sea posible otorgar a los autores de violaciones estos beneficios, en tanto las víctimas no hayan obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz.

De esta forma se podrá amnistiar la participación en las hostilidades pero no las graves violaciones contra derecho humanos<sup>303</sup>. Frente a estas últimas existe una excepción, en la medida que conlleven a una efectiva transición, estas podrán ser parcialmente amnistiadas o indultadas, implicando así, un tendencia a garantizar un mínimo de castigo<sup>304</sup> y prohibir que la amnistía o el indulto sea completa o total.

Una segunda obligación del Estado corresponde a la *imposición de penas adecuadas a los responsables*. Esta obligación supone que a quienes han cometido infracciones graves del derecho internacional se le impongan penas adecuadas y proporcionales a su infracción, esto es, de acuerdo a la gravedad de las mismas<sup>305</sup>. Estas penas adecuadas y proporcionales, al igual que la obligación anterior tienen cierta excepción frente a aquellos actos que sí bien es cierto constituyen violaciones de derechos humanos, por el hecho de que su autor colabore de una manera conducente para establecer la transición, puede ser objeto de reducciones de penas.

---

<sup>302</sup> BOTERO MARINO, Catalina / RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban (2006). Ob. Cit., pp. 54. Se utilizará como metodología el esquema planteado por dichos autores.

<sup>303</sup> *Ibid.*, p. 55

<sup>304</sup> Herramientas de negociación de los Estados en conflicto, aceptadas por la comunidad internacional.

<sup>305</sup> BOTERO MARINO, Catalina / RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban (2006). Ob. Cit., p. 62.

Una tercera obligación del Estado es el *deber de investigar*, la cual no es una obligación de resultado sino simplemente de medio, no obstante, si se incumple se origina una situación de tolerancia a la impunidad, que significa el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de justicia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en Sentencia del 20 de enero de 1989, manifestó que:

“El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación ... El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.”<sup>306</sup>

Una cuarta obligación supone el *deber de garantizar a las víctimas un recurso judicial efectivo*. Este derecho a la protección judicial de los derechos humanos, debe ser garantizado por el Estado por medio de recursos sencillos y eficaces, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y esto supone como es apenas obvio el correlativo deber estatal de juzgar y sancionar las violaciones de tales derechos.

Por último encontramos el *deber de respetar el debido proceso y los principios del non bis in ídem y de imprescriptibilidad de los delitos atroces*. Este deber supone el cumplimiento de una serie de reglas, toda vez que el deber estatal no se cumple sólo con investigar, procesar y sancionar, su deber también es que el procesamiento se surta en un plazo razonable, pues de lo contrario no se satisface el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables.

---

<sup>306</sup> Caso Godínez Cruz vs. Honduras.

Ahora bien, también implica este deber que se respete el *Non bis in ídem*, que los procesos que se adelante tengan en cuenta los demás elementos del debido proceso y tener presente que los delitos contra la humanidad no prescriben.

## **6. Derecho a la justicia y el derecho a la paz<sup>307</sup>**

¿Por qué se plantea un dilema entre estos dos derechos? Internacionalmente se ha dado una corriente en cuanto la protección de los derechos a las víctimas protegiéndolas de violaciones a los derechos humanos, entre los cuales uno de los más destacados es el derecho a la justicia.

Por otro lado la necesidad de paz de ciertos pueblos -como el colombiano- implica que en medio de negociaciones para que se paren definitivamente las violaciones de los derechos humanos y el conflicto mismo, los actores buscan incentivos, tales como amnistías o indultos. Este conflicto es lucidamente trazado por el profesor Uprimny cuando estipula:

“Estas tensiones se materializan en el enfrentamiento entre los imperativos jurídicos internacionales, que muestran una tendencia hacia la exigencia del castigo a los responsables de crímenes atroces, por un lado, y las restricciones derivadas de las realidades políticas y de la necesidad de lograr negociaciones exitosas para trascender el conflicto, por otro lado ... Así, cuando la normatividad internacional ha hecho de la obligación de individualizar y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos un imperativo cada vez más estricto, la imposición de sanciones de ese tipo en todos los casos puede obstaculizar e incluso llevar al fracaso un acuerdo de paz. Porque hay que aceptarlo, en un contexto de guerra, ningún actor armado estaría dispuesto a participar en un acuerdo de paz que no representara ningún atractivo para él”,<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> Aquí se tomará como derecho a la paz, aquella posición jurídica mediante la cual se le exige al Estado el acercamiento con grupos al margen de la ley en procura de que se realice un proceso de paz y se cumpla con el aseguramiento del orden público en todo el territorio nacional. Para una mayor claridad de esta posición, véase antes: Capítulo II. Punto 2.3.2.1.

<sup>308</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2006). *Las enseñanzas del análisis comparado...* En *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y reparación para Colombia*. Ob. Cit., pp. 19 y 20.

Aquí se observa claramente el conflicto de un lado de la posición jurídica (derecho subjetivo en sentido estricto) de los ciudadanos (de carácter colectivo) frente al Estado para que éste realice acciones positivas fácticas, con miras a efectuar un acercamiento con grupos al margen de la ley en procura de que se realice un proceso de paz y se cumpla con el aseguramiento del orden público en todo el territorio nacional, este derivado del artículo 22 de la Constitución Política colombiana<sup>309</sup>. Y por otro lado de aquella posición jurídica (derecho subjetivo en sentido estricto) de las víctimas (de carácter individual) frente al Estado para que éste realice las acciones positivas fácticas correlativas a las cinco obligaciones ya mencionadas<sup>310</sup>, este regulado en la Ley 975 de 2005 y en diferentes normas internacionales, vinculantes para Colombia como se sostuvo anteriormente.

Retomando el tema de la solución de este conflicto y abarcando el campo de las probabilidades, goza de mayores probabilidades de éxito un proceso en el cual haya justicia sobre los crímenes ocurridos que en uno en el cual se permita indultos totales. Lo anterior debido a que las víctimas pueden no sentirse protegidas por el Estado y generar a su vez a un recrudecimiento de la violencia. No obstante pensar en una retribución plena no es compatible con las realidades de los conflictos. En este sentido medidas intermedias pueden resultar sumamente más favorables.

De las formas de justicia transicional explicadas anteriormente, las más compatibles con estas exigencias, son las basadas en perdones ‘responsabilizantes’, pues “logran equilibrar las exigencias de justicia y las restricciones impuestas por las negociaciones de paz, [además] resultan compatibles con el derecho internacional al contemplar únicamente perdones proporcionales y necesarios para alcanzar la paz”<sup>311</sup>.

En este sentido, lo ha entendido la Corte Constitucional;

---

<sup>309</sup> Véase antes: Capítulo II. Punto 2.3.2.1.

<sup>310</sup> Véase arriba: Punto 2.3.

<sup>311</sup> UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2006). *Las enseñanzas del análisis comparado...* Ob. Cit., p. 29.

“6.2.2.1.7.1. Como ya se mencionó, la Ley 975 de 2005 constituye una de las piezas más importantes del marco jurídico de los procesos de paz en Colombia. Para incentivar estos procesos, la ley establece una reducción sustantiva de las penas de cárcel para quienes han cometido delitos de suma gravedad. En efecto, las personas responsables de tales delitos en el derecho nacional podrían llegar a ser acreedoras a una pena hasta de 60 años de cárcel y en el derecho penal internacional podrían tener, incluso, cadena perpetua. Sin embargo, la ley colombiana les otorga el beneficio de una pena efectiva que va entre 5 y 8 años, lo cual, sin duda, afecta derechos y principios constitucionales como el derecho a la justicia de las víctimas y de la sociedad y el principio de igualdad.

6.2.2.1.7.2. No obstante, como lo ha señalado la Corte, con esta sustantiva reducción de las penas se persigue una finalidad constitucionalmente imperativa que no es otra que la búsqueda de la paz. En este sentido no sobra recordar que la búsqueda de este objetivo, mediante el otorgamiento de beneficios penales, puede justificar limitaciones importantes a los derechos, principios y valores del Estado constitucional, en particular, al derecho a la justicia. En efecto, como ya se mencionó, en la ponderación de bienes constitucionales el derecho a la justicia puede ser objeto de diferentes tipos de materialización, para lo cual el Legislador cuenta no solo con un amplio margen de configuración sino con autorizaciones constitucionales expresas, siempre y cuando se respeten ciertas condiciones, requisitos y límites constitucionales”<sup>312</sup>.

Ahora bien, si estos crímenes cometidos por los actores del conflicto son generalmente graves violaciones de los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, ¿qué fin cumpliría esta pena alternativa de entre 5 y 8 años, si normalmente dichos delitos contemplarían penas de hasta 60 años en el ordenamiento interno y hasta cadenas perpetuas en el ordenamiento internacional? Quizás para dar un marco de análisis del problema es conveniente plantear una acepción propia de que se entiende por los posibles fines de la pena y si esta pena alternativa cumple con algunos de ellos.

Las justificaciones de la pena pueden dividirse en absolutas y relativas<sup>313</sup>. Las primeras o también conocidas como retributivas, son aquellas que entienden que la pena es un fin en sí mismo, esta (la pena) se justifica entonces en cuanto es el medio para realizar el derecho.

---

<sup>312</sup> Sentencia C-370 de 2006. M.P. Ponencia Conjunta.

<sup>313</sup> Para una mayor claridad sobre las doctrinas de justificación de la pena véase: FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y Razón*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta.

Esta no tiene fines secundarios, la pena se impone en consideración al delito y sólo en interés de la Justicia<sup>314</sup>. Kant y Hegel son unos de los defensores más representativos de estas teorías, para este último siempre que hay delito -que es la negación del derecho- tiene que haber sanción penal -en cuanto este constituye la negación a la negación del derecho-. Estas sanciones en visión retributiva deben mantener sin embargo una proporcionalidad en relación con el delito cometido<sup>315</sup>.

Las segundas, esto es, las relativas, justifican la pena por la satisfacción de determinados fines, es decir, por su utilidad. Estas son pensadas como significación de anticipación, en tanto son la “esperanza de que su imposición prevendrá la comisión de delitos similares en el futuro”<sup>316</sup>. La pena es entonces un medio para alcanzar un fin específico. Estas justificaciones se dividen en dos, según el destinatario al cual vayan dirigidas para prevenir el delito.

Hay entonces prevenciones generales cuando van dirigidas a la comunidad. Ellas buscan prevenir el delito actuando sobre la comunidad para que no se delinca. Cuando se busca intimidar para que las personas se abstengan de delinquir -disuadir a los potenciales delincuentes-, se denomina prevención general negativa. Por el contrario cuando se busca reafirmar la confianza en la norma -fortalecer la confianza de la comunidad en la capacidad de ejecución y vigencia del orden jurídico-, en el valor transgredido, se denomina prevención general positiva.

Cuando se dirigen directamente al condenado, se consideran por el contrario prevenciones especiales. Igualmente estas pueden ser positivas y negativas. Es positiva cuando se busca rehabilitar al individuo nuevamente en la comunidad y negativa cuando lo que se pretende es aislar o alejar al individuo de la comunidad.

---

<sup>314</sup> AMBOS, Kai (2003). *Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional*. Trad. Marta Susana Donís Galindo. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, N° 12. Madrid: Universidad Nacional de Educación a distancia, p. 199.

<sup>315</sup> Para mayor claridad de esta proporcionalidad puede verse: VON HIRSCH, Andrew (1998). *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Trotta.

<sup>316</sup> AMBOS, Kai (2003). Ob. Cit., p. 199.

Así mismo existen unas teorías intermedias o dialécticas<sup>317</sup> con ciertas particularidades, esto pues se entiende que la pena se manifiesta de manera diferente atendiendo al momento, y en cada uno de estos la pena tiene una finalidad o justificación diferente. Aquí se parte de tres momentos distintos. El primero es antes de cualquier delito, y es la amenaza cuando se encuentra prevista la pena en la ley penal, teniendo como finalidad una prevención general negativa. Un segundo momento es en el que se impone la pena, allí prevalece el criterio retributivo, pues lo importante es establecer una pena proporcional al delito cometido por el sujeto. Y un tercer momento se da en la ejecución de la pena, donde prevalece la prevención especial positiva, pues lo que se pretende es rehabilitar al sujeto.

De acuerdo a lo anterior, ¿qué fin cumple la pena alternativa de entre 5 y 8 años? Visto desde las justificaciones antes esbozadas se observa que dicha pena no cumple en su totalidad con la visión retributiva, esto es así, pues sí se entiende que está dirigida en interés de la justicia y éste es su único fin, el hecho de rebajar las penas, parecería no cumplir con ello –al menos no en su totalidad como pareciera ser necesaria-. Está (la pena) entonces, no sería la compensación del mal del delito y no se lograría a través de ella la justicia, pues en este marco no se podría hablar de una pena proporcional al delito, el cual si no se hubiera cometido en las toldas de un proceso de justicia transicional, implicaría para el autor penas de hasta 60 años en el orden interno y de hasta cadenas perpetuas en el orden internacional.

Si se contrasta esta pena con las prevenciones generales, parecería traer consigo también varias falencias. Así, y si se parte de la prevención general negativa, no se observa como unas penas de entre 5 a 8 años cumpliría con el fin de intimidar a los delincuentes para no cometer delitos, sí las penas de hasta 60 años no lo habían hecho. Lo que se quiere plantear es que si los delincuentes no se intimidaron frente a las penas existentes, una pena alternativa -reducida a comparación de la pena ordinaria- tendrá menos efecto intimidatorio en los delincuentes.

---

<sup>317</sup> Ibid., p. 203.

En cuanto a la prevención general positiva también es algo infructífera la pena alternativa, pues sí entendemos que la pena sería una forma de restablecer la norma y dar confianza a la comunidad que el orden jurídico es capaz de enjuiciar y de castigar a los culpables, una pena alternativa de estas proporciones implicaría un mensaje contrario a la comunidad. Este mensaje sería algo más o menos así: *para obtener una pena más favorable -reducida-, se deben realizar los más atroces y arduos crímenes de una manera reiterativa a través de grupos organizados. Así, podrá verse beneficiado de un proceso de reinserción en el marco de una justicia transicional.*

No más alentador sería el análisis desde una perspectiva de la prevención especial negativa, pues sí lo que se pretende es aislar al individuo, estas penas reducidas cumplen en menor medida tal fin.

Por último y en medio de la cual es posible encontrar una compatibilidad, ello claro está que no total, es desde una prevención especial positiva, debido a que se podría plantear que esta pena puede ser un camino eficaz para rehabilitar al individuo en medio de un contorno social. Sin embargo, este presupuesto no puede garantizarse, toda vez que una menor pena no significa una mejor rehabilitación, esto en cuanto la rehabilitación de los sujetos no es determinable por la cantidad de tiempo que pasen aislados de la sociedad. De este modo para que pueda ser compatible la pena alternativa con una prevención general positiva, deben realizarse diferentes actos por parte del Estado y por parte del autor del delito, beneficiado con la pena alternativa. Este último en cuanto debe intentar reparar íntegramente a la víctima y garantizar el derecho a la verdad como también dar una garantía de no repetición. Y por parte del Estado implicaría la obligación de que en el lapso que dure la pena alternativa, debe procurar no sólo dejarlo en una cárcel como es costumbre en nuestro medio, sino iniciar con el programa de rehabilitación, como ayuda psicológica y fáctica que permita a éste encontrar nuevos medios legales de subsistencia. No obstante, estas situaciones también podría presentarse con las penas ordinarias y en tal medida no resulta compatible dicha pena alternativa con esta justificación de la pena.

Analizadas estas incompatibilidades surgen las preguntas, ¿y sí de acuerdo a todas estas justificaciones de la pena, no se logra una adecuación total a ninguna, porque se mantiene la pena alternativa? Y ¿qué justificaciones éticas, jurídicas y políticas existen para dicha pena alternativa?

Las respuestas evidentemente no son sencillas, aunque ellas ya se han evidenciado. Frente a la primera pregunta, es necesario recordar lo expresado anteriormente sobre la existencia de conflicto entre las necesidades de paz y de reconciliación nacional con las necesidades de justicia. Sí observamos el caso colombiano, los responsables de los crímenes atroces sólo estarán afines a renunciar a la comisión de hostilidades y llegar a un acuerdo de paz, sí encuentren incentivos atractivos para hacerlo, tales como el perdón y el olvido de sus actos. Sí bien no se encuentra una adecuación total de la pena alternativa con ninguna de las doctrinas antes mencionadas, también es cierto la función de la pena al igual que los procesos transicionales pueden presentar características de uno o varios tipos.

Ahora bien, como se ha sostenido en este trabajo en Colombia un proceso de justicia transicional debería basarse en perdones ‘responsabilizantes’ con un componente retributivo, pero sin excluir ciertas dimensiones adicionales propias de la justicia restaurativa, esto implica que la finalidad de la pena alternativa de entre 5 y 8 años tendría una visión intermedia con un componente retributivo, pero sin excluir ciertas dimensiones adicionales propias de la justicia restaurativa.

Frente a la segunda pregunta, es necesario enfatizar en las justificaciones jurídicas, pues las políticas ya han sido altamente expuestas, ellas se resumen en las necesidades de paz y de reconciliación nacional, es decir, el derecho a la paz de los ciudadanos. Las justificaciones jurídicas en cambio tienen que ser analizadas con un poco más de detalle. Se ha visto que se le exige al Estado el acercamiento con grupos al margen de la ley en procura de que se realice un proceso de paz y se cumpla con el aseguramiento del orden público en todo el territorio nacional (necesidades de paz y de reconciliación nacional) de un lado, y por otro se manifiesta que el Estado debe procurar por el derecho a la justicia que tienen las

víctimas. Así hay conflictos entre los derechos de las víctimas que son derechos individuales y el derecho a la paz, entendido como derecho colectivo.

De acuerdo con las restricciones internas<sup>318</sup>, “en caso de conflicto, los argumentos distributivos individualizados, que apoyan el derecho de individuo, tienen un mayor peso jurídico que los argumentos no distributivos o agregados que fundamentan el derecho del grupo como un todo”<sup>319</sup>.

Ahora bien esta ilegitimidad de las restricciones internas no es algo completamente categórico, pues como ya se dijo en el primer capítulo, no significa una primacía per se de los derechos individuales sobre los derechos colectivo. De acuerdo a lo ya citado del profesor Alexy, ella es sólo una precedencia *prima facie*<sup>320</sup> a favor de los derechos individuales en procura de tomar al individuo en serio. Este autor plantea (retomamos la cita realizada en el primer capítulo, por su importancia):

“La precedencia en casos de duda y la precedencia en el caso de certeza de razones igualmente buenas pueden ser resumidas bajo el concepto de precedencia *prima facie*. Existe, pues, una precedencia general *prima facie* a favor de los derechos individuales. Esta precedencia *prima facie* se expresa en una carga de la argumentación a favor de los derechos individuales y en contra de los bienes colectivos”<sup>321</sup>

Igualmente si hay razones suficientes a favor de los derechos colectivos, es posible restringir los derechos individuales.

---

<sup>318</sup> KYMLICKA, Will (1996). *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona: Ediciones Paidós, p. 20. Otro autor que recoge esta clasificación es ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). *El concepto derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, pp. 84 y ss. Este entiende las restricciones internas y las protecciones externas como reglas de colisión. Para mayor claridad, véase antes: Capítulo I. Punto 2.3.

<sup>319</sup> ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). Ob. Cit., p. 85.

<sup>320</sup> ALEXY, Robert (1997). *Derechos individuales y bienes colectivos*. En: El concepto y la validez del derecho. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: 2ª Edición, Gedisa Editores., p. 207.

<sup>321</sup> *Ibid.*, p. 207.

En este sentido, y de acuerdo a lo hasta aquí dicho, parece completamente acertado que existen razones suficientes para plantear una restricción a los derechos individuales de las víctimas, más si consideramos que producto del conflicto armado en Colombia mueren más de 1000 personas al año.

Por último y frente a las justificaciones éticas, sí bien sólo se puede entender como se ha dicho, que la pena alternativa de entre 5 y 8 años tiene una visión intermedia, esto es, un componente retributivo -parcial-, y cierto componente de justicia restaurativa, las cuestiones éticas deben ceder en determinados eventos ante las cuestiones políticas y jurídicas. Tal sería el caso de una situación de conflicto armado como el que vive Colombia y que exige un proceso de justicia transicional.

Finalmente, y a partir del conflicto entre la posición jurídica de los ciudadanos derivado del artículo 22 de la Constitución Política colombiana, y la posición jurídica de las víctimas a la justicia, regulada en la Ley 975 de 2005 y en diferentes normas internacionales, las justificaciones éticas aunque siempre importantes deben ceder ante las dimensiones del caso en concreto, pues como se indicó anteriormente, los procesos de justicia transicional deben ser estructurados de acuerdo con la realidad de cada sociedad y sólo frente a sus propias particularidades es posible crear el modelo más apropiado.

## CONCLUSIONES

Como se ha tratado de dejar claro, el derecho a la paz consagrado en la normatividad colombiana, no es un derecho vacío de contenido. Este recoge un derecho subjetivo entendido como aquel poder otorgado por el derecho a un sujeto a través de una norma, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo.

Allí como se observa, hay un poder jurídico para la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto, es decir, una posición jurídica. Ésta es aquella posición del sujeto que puede ser fundamentada con razones válidas y suficientes y que cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente al sujeto del derecho.

De acuerdo con lo planteado, estas posiciones jurídicas o derechos subjetivos en sentido estricto -adscritas al derecho a la paz-, pueden tener como titulares en ciertos casos individuos considerados como tales o, colectivos.

Los primeros -derechos subjetivos individuales- han sido altamente aceptados por los diferentes doctrinantes, pero los segundos revisten algo más de resistencia. Estos aunque no sin críticas han superado esta barrera de aceptación y pueden entonces ser catalogados, de acuerdo con la definición antes dada, como derechos subjetivos.

En este sentido, se encuentran tanto derechos subjetivos individuales como colectivos, derechos estos últimos que pueden definirse como aquellos derechos caracterizados por ser no-distributivos y cuya creación o conservación está ordenada prima facie o definitivamente. Estos derecho colectivo deberán cumplir así mismo con las condiciones ya

indicadas de; (i) que exista un aspecto del interés de los seres humanos que justifica tener a alguna persona o personas sujetas a un deber; (ii) que los intereses en cuestión son los intereses de individuos miembros del grupo y se entienden como intereses en beneficio público, lo que implica a su vez el carácter no-distributivo, que supone que el aseguramiento de beneficios sólo puede ser disfrutados de manera colectiva en tanto son miembros de un grupo y el interés es público (con respecto de ese grupo); y que (iii) el interés de ninguno de los miembros individualmente considerado es suficiente en sí mismo para justificar el tener a otra persona sujeta a un deber.

Con base en tales definiciones encontramos que del artículo 22 de la constitución se pueden desprender las siguientes posiciones jurídicas:

### **En el orden internacional**

- I. El derecho de un colectivo -los ciudadanos del país- a exigir del Estado:
  - a) que éste no declare una guerra ilegítima, es decir, guerra que no sean defensivas o en legítima defensa.
  - b) la expedición de normas que permitan una solución pacífica de los conflictos.
  - c) que los conflictos que surjan se tramiten pacíficamente por medio de normas de derecho internacional y de aquellas que sean dictadas por el mismo Estado en pro de una salida pacífica.
  - d) -en caso de conflicto o guerra interna- que se instauraren las normas del derecho internacional humanitario.
  - e) -en caso de conflicto o guerra interna- que realice efectivamente (fácticamente) lo que manda el derecho internacional humanitario, que funciona como un *ius in bello*.

## **En el orden interno**

- I. El derecho de un colectivo -los ciudadanos del país- a exigir del Estado:
  - a) que se impongan normas que sancionen conductas que atenten contra la paz, v. gr. tipificación de delitos como terrorismo, genocidios, propaganda a favor de la guerra, entre otros;
  - b) que se impongan normas sobre políticas de seguridad en torno a un cuidado preventivo de la comunidad;
  - c) que preserve el orden público<sup>322</sup>, seguridad y paz de los habitantes, en este sentido se pretende que se garantice a los ciudadanos frente a la arbitrariedad, la violencia y el terrorismo;
  - d) que se busque el acercamiento con grupos al margen de la ley en procura de que se realice un proceso de paz y se cumpla con el aseguramiento del orden público en todo el territorio nacional;
  
- II. El derecho de un individuo a exigir del Estado:
  - a) que se preserve su tranquilidad y seguridad subjetiva;
  - b) que no imponga restricciones o impedimentos para el disfrute de los propios derechos y de la tranquilidad individual, es decir, que no perturbe mediante

---

<sup>322</sup> Es de tener en cuenta, la anotación sobre la necesidad de pensar en grupos algo más pequeños que la nación para la preservación del orden público.

restricciones fácticas o normativas<sup>323</sup> en el ejercicio de sus derecho y de su tranquilidad

III. El derecho de un colectivo -los ciudadanos del país- a exigir de los particulares:

- a) que no tomen las armas (grupos al margen de la ley) y con ello no conformar grupos de justicia privada `autodefensas´ ni otros grupos de la misma índole;

IV. El derecho de un individuo a exigir de los particulares:

- a) que se abstengan de realizar actos o comportamientos atentatorios contra la paz, como lo es el ejercicio abusivo de los propios derechos;

De las posiciones descritas en los literales a) y b) del punto I. en relación con el orden interno, se ha observado que entran en conflicto con el derecho subjetivo a la justicia que tienen las víctimas, que supone la obligación internacional de investigar, juzgar y condenar a penas adecuadas a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos. El conflicto anterior se evidencia en la realidad colombiana ante la renuncia de las penas consagradas en la legislación penal -penas de hasta 60 años en el orden interno y de hasta cadena perpetua en el orden internacional- para los delitos cometidos por aquellos miembros de grupos al margen de la ley que se acojan a la Ley 975 de 2005, conocida como 'Ley de justicia y paz'. En remplazo de estas se imponen unas penas alternativas de entre 5 y 8 años.

Este conflicto en contextos como el colombiano se resuelve a favor de los derechos colectivos, es decir, a favor de las penas alternativas, pues de su lado existen razones fuertes como la necesidad de reconciliación nacional y de garantizar el orden público nacional. No obstante, triunfen los derechos colectivos y con ello las penas alternativas, es

---

<sup>323</sup> Para insistir en que estas restricciones normativas tendrían que ser ilegítimas para pensar que fueran parte del objeto de esta posición jurídica, pues de lo contrario es totalmente válido afirmarlo.

necesario expresar que más allá de un componente retributivo -parcial-, y cierto componente de justicia restaurativa, no existen justificaciones éticas adecuadas (completas) de dichas penas alternativas. Estas falencias se suplen entonces toda vez que las justificaciones éticas deben ceder en determinados eventos ante las cuestiones políticas y jurídicas, tal y como sería el caso colombiano.

## BIBLIOGRAFIA

### Libros y artículos:

- AMBOS, Kai (2003). *Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional*. Trad. Marta Susana Donís Galindo. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, N° 12. Madrid: Universidad Nacional de Educación a distancia.
- ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ----- (1997). *Derechos individuales y bienes colectivos*. En: El concepto y la validez del derecho. 2ª Edición. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa Editores.
- ----- (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ----- (2002). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Revista Española de Derecho Constitucional, 66, pp. 13-64.
- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2005). *El concepto derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- ATIENZA, Manuel / RUIZ MANERO, Juan (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídico*. Barcelona: Ariel.
- AUSTIN, John L. (1982). *Como hacer cosas con palabras*. Trad. Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi. Buenos Aires: Paidós.
- AUSTIN, John (1995). *The Province Of Jurisprudence Determined*. Editado por Wilfrid Rumble E. New York: Cambridge.
- BARRETO SOLER, Manuel / SARMIENTO ANZOLA, Libardo (1997). *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de*

*Juristas, Título II de los derechos, las garantías y los deberes.* Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.

- BERNAL PULIDO, Carlos (2005). *El derecho de los derechos.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ----- (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BUCHANAN, Allen (1994). *Liberalism and Group Rights.* In Harm's Way: Essays in Honor of Joel Feinberg. Ed. Jules L. Coleman y Allen Buchanan. Cambridge: Cambridge University.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio (1999). *El concepto de derecho subjetivo en la teoría del derecho.* México DF, Distribuciones Fontamara S.A.
- DE GREIFF, Pablo (2006). *Justice and reparations.* En: The handbook of reparations. New York: Oxford, International center for transitional justice.
- DE LA CALLE, Humberto (1999). *La Corte Constitucional y la Paz.* En: Derecho Constitucional, Perspectivas Críticas. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- DIAZ REVORIO, Francisco Javier (2001) *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional.* En: Colección de derecho público N° 10. Valladolid: Lex Nova.
- FARRELL, Martin D. (1995). *¿Hay Derechos Comunitarios?* En: DOXA 17-18. Cuadernos de filosofía del derecho. Alicante: Universidad de Alicante.
- FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y Razón.* Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta.
- ----- (2004). *Razones Jurídicas del pacifismo.* Trad. Gabriel Ignacio Anitua y Marta Monclús Masó. Madrid: Trotta.
- GAMBOA, CAMILA (2006). *Justicia Transicional: Teoría y Praxis.* Bogotá: Editora Académica. Editorial Universidad del Rosario.
- GUASTINI, Ricardo (1999). *Distinguiendo.* Barcelona: Gedisa.
- ----- (2004). *Estudios sobre la interpretación jurídica.* 6ª Edición. México DF: Porrúa.

- HABERMAS, Jürgen (1998). *Facticidad y validez*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta.
- HÄGERSTRÖM, Axel, (1953). *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Editado por Karl Olivecrona. Trad. C.D. Broad. Stockholm: Almqvist & Wicksell.
- HEGEL, G. W. F. (1993). *Fundamentos de la filosofía del derecho*. Madrid: Libertarias Prodhufi.
- HOHFELD, Wesley Newcomb (2001). *Conceptos jurídicos fundamentales*. Trad. Genaro R. Carrió. México DF: Distribuciones Fontamara S.A.
- KANT, Immanuel (1989). *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos.
- ----- (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Ariel.
- ----- (1999). *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- KELSEN, Hans (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- ----- (2000). *Teoría pura del derecho*. 11ª Edición. México DF: Porrúa.
- KYMLICKA, Will (1989). *Liberal Individualism and Liberal Neutrality*. En: *Ethics*. Vol. 99, No. 4.
- ----- (1996). *Ciudadanía Multicultural*. Trad. C. Castells Auleda. Barcelona: Ediciones Paidós.
- LLERAS DE LA FUENTE, Carlos / ARENAS CAMPOS, Carlos Adolfo / CHARRY UREÑA, Juan Manuel / HERNANDEZ BECERRA, Augusto (1992). *Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- LLERAS DE LA FUENTE, Carlos / TANGARIFE TORREZ, Marcel (1996) *Constitución Política de Colombia: origen, evolución y vigencia*. Medellín: Biblioteca jurídica DIKE.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- LOPEZ CALERA, Nicolás (2000). *Hay derechos colectivos: individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Ariel.
- MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario (1997). *Derechos Fundamentales*. Bogotá: 3R Editores.
- MARTINEZ CABALLERO, Alejandro (2000). *Tipos de sentencia en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana*. En: Revista Tutela de editorial Legis, agosto. Bogotá: Legis.
- MAURER, Hartmut (1994). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Manchen: 9 Ed.
- MONTOYA BRAND, Mario Alberto / VASQUEZ CARDENAS, Ana Victoria (2002). *Derechos e intereses colectivos, acciones populares y de grupo: Informe final de investigación*. Medellín: Universidad Eafit.
- ----- (2002). *Lo colectivo en la constitución de 1991*. En: Cuadernos de investigación Universidad Eafit. Medellín: Universidad Eafit.
- NINO, Carlos Santiago (1992). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- OLIVECRONA, Karl (1991). *Lenguaje Jurídico y Realidad*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. México DF: Distribuciones Fontamara S.A.
- OROZCO ABAD, Iván (2006). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria*. Bogotá: Temis, CESO, Uniandes.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique (1991). *Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución*. 4ª Edición. Madrid: Tecnos.
- RAZ, Joseph (1986). *The Morality of Freedom*. New York: Oxford University Press.
- REQUENA LÓPEZ, Tomás (2001). *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*. Granada: Comares.
- RODRIGUEZ ABASCAL, Luis (2002). *El debate sobre los derechos de grupo*. En: Estado, Justicia y derechos. Madrid: Alianza Editorial.
- ROSS, Alf (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

- ----- (1976). *'Tú – Tú'*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1991). *Derechos Humanos y Comunitarismo. Aproximación a un debate*. En: DOXA 12. Cuadernos de filosofía del derecho. Alicante: Universidad de Alicante.
- SACHICA, Luis Carlos (1997). *Derecho constitucional general*. 3ª Edición. Bogotá: Temis.
- SANCHEZ SANCHEZ, Abraham (2005). *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- SCHLINK, Bernhard (1976) *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot.
- SHUE, Henry (1980). *Basic Rights*. N.J.: Princeton.
- ----- (2002). *Mediando deberes*. Trad. Everaldo Lamprea Montealegre. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2001). *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. En: Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de NU para los derechos humanos.
- ----- (2005). *Justicia Transicional en Colombia: algunas herramientas conceptuales para el análisis del caso colombiano*. En: Revista Foro, edición No. 53 (mayo). Bogotá:
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo / SAFFON SANIN, Maria Paula / BOTERO MARINO, Catalina / RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban (2006). *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: DeJuSticia.
- VON HIRSCH, Andrew (1998). *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Trotta.
- WELLMAN, Carl (1985). *A theory of Rights*. New Jersey: Rowman & Allenheld.

### **Documentos de organizaciones internacionales:**

- JOINET, Louis (1997). *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión*. ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49º periodo de sesiones. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1
- Declaración de Oslo sobre el Derecho Humano a la Paz, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura, en 29ª Celebrada en París del 21 de octubre al 12 de noviembre de 1997.

### **Decisiones judiciales:**

- Corte Constitucional. Sentencia T-008 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-439 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-605 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-102 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-188 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1993. M.P. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Salvamento de voto de los magistrados Ciro Angarita, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez.
- Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-055 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia T-066 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional. Sentencia T-226 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional. Sentencia C-283 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-300 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. Sentencia T-503 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C-328 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-991 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia C-048 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006, M.P. Ponencia conjunta.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 20 de enero de 1989. Caso Godínez Cruz vs. Honduras.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 4 de diciembre de 1991. Caso Aloeboetoe y Otros.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 8 de marzo de 1998. Caso Paniagua Morales y otros.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 3 de septiembre de 1998. Caso Cantoral Benavides.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencias del 19 de noviembre de 1999. Caso Villagrán Morales y otros.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 22 de noviembre de 2000. Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 29 de abril de 2004. Caso Masacre Plan de Sánchez.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 5 de julio de 2004. Caso 19 Comerciantes vs Colombia.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 22 de noviembre de 2004. Caso Carpio Nicolle y otros.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 25 de noviembre de 2004. Caso Lori Berenson Mejía.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 1 de marzo de 2005. Caso Hermanas Serrano Cruz.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 15 de junio de 2005. Caso comunidad Moiwana vs. Suriname.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia.

**Otros:**

- DICCIONARIO DE LA RAE ESENCIAL. (2006). 22a Edición. Madrid: ESPASA-CALPE.