

**LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL DESARROLLO DE LA LEY 975 DE
2005 Y SU CONTEXTO EN TRES CASOS EN SANTANDER**

CARLOS ALIVER NAVARRO NIÑO



**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA
2010**

**LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL DESARROLLO DE LA LEY 975 DE
2005 Y SU CONTEXTO EN TRES CASOS EN SANTANDER**

CARLOS ALIVER NAVARRO NIÑO

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Magíster
en Hermenéutica Jurídica y Derecho**

Director

PEDRO ANTONIO GARCÍA OBANDO

Codirector

MARTHA ISABEL RUEDA PRADA

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA
2009**

“Hoy el problema de fondo relativo a los derechos humanos es no tanto el de justificarlos, sino cómo protegerlos. No es un problema filosófico, sino político.”¹

¹ Bobbio, Norberto. El problema de la guerra y las vías de la paz. Barcelona: Labor, 1982. p. 128.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	11
1. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y DECISIONES JUDICIALES.....	18
1.1 DUNCAN KENNEDY Y LA LABOR DE LOS JUECES	19
1.1.1 Libertad y restricción de la decisión judicial	19
1.1.2 Los escenarios del juez frente a las decisiones judiciales	20
1.1.3 La objetividad interna y externa de la decisión judicial	22
1.2 ROBERT ALEXY Y LA PONDERACIÓN	27
1.2.1 Sobre la ponderación	27
1.2.2 ¿Cómo resolver la tensión entre principios y valores?	29
1.2.3 La ley de la ponderación	31
1.3 LA ARGUMENTACIÓN COMO RETÓRICA	34
1.3.1 El auditorio	35
1.3.2 Las premisas de la argumentación	40
1.3.2.1 Premisas de lo real: hechos y verdades	40
1.3.2.2 Presunciones	43
1.3.3 Las técnicas de la argumentación.....	45
1.3.1.1 Los argumentos cuasi lógicos.....	45
1.3.1.2 Argumentos que fundan la estructura de lo real	48
2. EL DEBATE ARGUMENTATIVO E INTERPRETATIVO EN LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA LEY 975 DE 2005. Sentencias C-319 de 2006 y C-370 de 2006.	52
2.1 PROBLEMA CENTRAL DE LA SENTENCIA C- 319 DE 2006.....	52
2.2 LAS TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS DE LA SENTENCIA 319 DE 2006	53
2.2.1 La técnica de la definición.....	53
2.2.2 La técnica del argumento por división.....	56
2.2.3 Otro argumento por definición.....	57

2.2.4	Argumento por inclusión	59
2.2.5	Otro argumento por división.....	60
2.2.6	Un argumento con técnica de incompatibilidad.....	60
2.2.7	Un argumento adicional de definición	60
2.2.8	Técnica de justicia, modelo definición y autoridad.	63
2.2.9	La técnica de la analogía	64
2.2.10	De nuevo, un argumento de definición	65
2.2.11	Los argumentos del salvamento de voto. Un argumento de incompatibilidad	65
2.3	ANÁLISIS GLOBAL DE LAS TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS DE LA SENTENCIA C-319 DE 2006.....	66
2.4	PROBLEMAS CENTRALES DE LA SENTENCIA C-370 DE 2006.....	71
2.4.1	El quiebre del principio de proporcionalidad	72
2.4.2	Las técnicas argumentativas de la demanda.....	76
2.4.2.1	Argumento de definición	76
2.4.2.2	Argumento de igualdad.....	77
2.4.2.3	Argumento de autoridad.....	78
2.4.2.4	Argumento de transitividad	79
2.4.2.5	Argumento de justicia.....	79
2.4.2.6	Argumento de analogía.....	80
2.4.2.7	Argumento de definición	80
2.5	ANÁLISIS GLOBAL DE LAS TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS DE LA SENTENCIA C-370 DE 2006 FRENTE A LA CIDH.....	81
3.	ANÁLISIS DE TRES CASOS EN SANTANDER A LA LUZ DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	85
3.1	CONSIDERACIONES PRELIMINARES	85
3.1.1	Caso Caballero-Santana. Breve Sinopsis Fáctica	88
3.1.2	Caso de los 19 Comerciantes. Breve Sinopsis Fáctica.....	89
3.1.3	Caso La Rochela. Breve Sinopsis Fáctica	91
3.2	EL ESTADO EN LOS TRES CASOS.....	90
3.3.	VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN	94

3.3.1 Sobre el derecho a la verdad.....	94
3.3.2. Sobre el Derecho a la justicia.	96
3.3.3. Derecho a la reparación.....	97
3.4 LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRES CASOS CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL.....	94
4. CONCLUSIONES	104
BIBLIOGRAFÍA.....	112

RESUMEN

TÍTULO: LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL DESARROLLO DE LA LEY 975 DE 2005 Y SU CONTEXTO EN TRES CASOS EN SANTANDER*

AUTOR: CARLOS ALIVER NAVARRO NIÑO**

PALABRAS CLAVES: Ley de Justicia y Paz, Ley 975 de 2005, Argumentación Jurídica, La argumentación y derechos fundamentales, verdad, justicia y reparación.

El presente trabajo de investigación consta de tres segmentos capitulares, y se aborda en primer lugar, desde los referentes teóricos de la argumentación jurídica teniendo como eje central a la Ley de Justicia y Paz. Este primer episodio se dirige a observar como un juez puede llegar a edificar una sentencia teniendo como pilares la argumentación en un sentido general, la ponderación, los distintos escenarios y el discurso empleado en cada uno de estos, frente a los derechos fundamentales. Se hace alusión a tres de los autores más reconocidos en este campo como son Duncan Kennedy, Robert Alexy y Chaïm Perelman.

La segunda parte del trabajo se centra en el análisis argumentativo que se elaboró a partir de las demandas de que fue objeto la Ley 975 de 2005 tanto por vicios en su conformación, como por los de fondo a juicio de los actores, y los criterios observados tanto por la Corte Constitucional al desatarlos y decidir su exequibilidad, así como los respectivos salvamentos de voto.

El tercer segmento apunta a dar a conocer tres casos muy importantes que tienen que ver con la violación de derechos fundamentales en insucesos acaecidos en Santander y que fueron decididos por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, y que desde luego han tenido honda repercusión en el concierto internacional del derecho, como son el caso Caballero-Santana, el caso de los Diecinueve Comerciantes y la masacre de La Rochela. En ese sentido se muestra a partir de las decisiones del ente rector de los derechos humanos, cómo históricamente en nuestro medio se ha incurrido en la comisión de hechos de esta naturaleza, pero ahora con argumentos de jueces internacionales.

*Proyecto de grado.

** Maestría en Hermenéutica. Escuela de Derecho. Facultad de Ciencias Humanas. Pedro García Obando, Director

SUMMARY

TITLE: THE JURIDICAL ARGUMENTATION IN THE DEVELOPMENT OF THE LAW 975 GIVES 2005 AND HIS CONTEXT IN THREE CASES IN SANTANDER *

AUTHOR: CARLOS ALIVER NAVARRO NIÑO**

KEY WORDS: Law of Justice and Peace, Law 975 of 2005, Juridical Argumentation, The argumentation and fundamental rights, truth, justice and repair.

The present work of investigation consists of three segments you will come to terms, and it is approached first, from the theoretical modals of the juridical argumentation having as backbone to the Law of Justice and Peace. This first episode directs to be observed as a judge can manage to build a judgment taking the argumentation as props in a general sense, the deliberation, the different scenes and the speech used in each of these, opposite to the fundamental rights. Allusion is done to three of the authors most recognized in this field since they are Duncan Kennedy, Robert Alexy y Chaim Perelman.

The second part of the work centres on the argumentative analysis that was elaborated from the demands of which it was an object the Law 975 of 2005 so much for vices in his conformation, since for those of bottom in the opinion of the actors, and the criteria observed so much by the Constitutional Court when his exequibilidad untied and to decide them, as well as the respective rescues of vote.

The third segment points to announce three very important cases that they have to see with the violation of fundamental rights in events happened in Santander and that were decided by the Inter-American Court of the Human rights, and that certainly have had deep repercussion in the international concert of the right, since it are the case Caballero-Santana, the case of Nineteen Merchants and the massacre of La Rochelle. In this sense it appears from the decisions of the governing entity of the human rights, how historically in our way one has incurred the commission of facts of this nature, but now with arguments of international judges.

*Project degree.

**Mastery in Hermeneutics. School of Law. Faculty of Human Sciences. Pedro García Obando, Director

INTRODUCCIÓN

Se da inicio a esta investigación haciendo alusión a la importancia del tema objeto de análisis y a su desarrollo metodológico. Puede para este asunto venir muy bien lo dicho por Bobbio en el epígrafe anterior, el cual puede pasarse a esta interrogación: ¿pueden defenderse los derechos fundamentales sin la debida justificación argumentada de las leyes?

En el caso de la Ley 975 o de Justicia y Paz la respuesta a este interrogante parece ser un no rotundo, como se evidencia por el hecho de que la referida ley toca aspectos centrales de los derechos de las víctimas, pues con ella se regulan, entre otros, el acceso a la justicia, el debido proceso, el derecho a la verdad, la reparación y, cómo no, el derecho a la dignidad de las personas que han visto afectada su vida, honra y bienes, ya directamente o por conexidad, en razón a los actos de violencia de los grupos al margen de la ley. Es verdad que el problema radica también en cómo proteger los derechos de las víctimas del conflicto armado y que en ese sentido el asunto también es político; sin embargo, también es cierto que se trata de justificar las leyes que buscan de alguna manera solventar las consecuencias de las acciones ilegales cometidas no sólo al margen de las leyes colombianas sino también, como se mostrará en este trabajo, al margen de principios y derechos universales consagrados en normas internacionales a las cuales Colombia ha dado completa aquiescencia. De cierto el problema es político; pero, y hay que decirlo, también es argumentativo y por ende hermenéutico.

Entonces, bien vale la pena entrar a profundizar en los aspectos argumentativos y por ello interpretativos que se debaten en torno a la Ley 975 de 2005, toda vez que ésta toca aspectos fundamentales de la vida nacional, valga decir, la búsqueda de la reconciliación y la paz entre los colombianos, y puesto que

también toca derechos fundamentales de las personas afectadas por el conflicto interno armado, según se ha dicho.

Pero también es necesario sobrepasar los límites de la interpretación argumentativa de esta ley considerando sus efectos en convenios mundiales establecidos hoy como bloque de constitucionalidad por Colombia. Como se mostrará en este trabajo, una interpretación del papel de esta ley en el desarrollo de tres casos en Santander muestra con claridad en qué sentido los jueces internacionales, más exactamente los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), analizan esta ley de cara a comprender el fenómeno de la paz y la justicia en esta República. Cabe decir, de paso, que los casos de Santander a los que se aludirá en este trabajo de investigación son los analizados por esta corporación.

Pese entonces a que por la necesidad del tema debe realizarse un estudio *in situ* de un caso regional (aspecto éste que no se ha soslayado y que se desarrolla en el tercer capítulo de la investigación), ha sido imperioso apuntar a niveles de análisis que vayan metodológicamente de lo universal a lo particular; es decir: lo primero será analizar el lugar de la argumentación jurídica en el ámbito de las decisiones judiciales, pues, como se detallará, la ley en mención, también denominada Ley de Justicia y Paz, se debatió entre la exequibilidad e inexecuibilidad desde el momento mismo en que la Corte Constitucional debió resolver si su trámite de ley ordinaria era o no adecuado al tema de los derechos fundamentales de que trata el artículo 152 de la Carta, o si esta ley debió haber surtido el trámite de ley estatutaria. Así, entonces, es de entenderse que no es posible, en el estado de desarrollo actual de los asuntos del derecho, desentenderse de la labor que desempeñan los jueces por su poder de decisión en asuntos tan importantes como los referentes a la justicia, quizá más cuando se trata de interpretar su papel en el desarrollo de una ley tan controvertida como es

la de Justicia y Paz. Lo primero será entonces, como se dijo, elevar la mirada al tema de las decisiones judiciales desde el campo de la argumentación jurídica.

Lo segundo será pasar a los argumentos e interpretaciones que la Corte Constitucional colombiana le dio al mencionado artículo 152 en relación con los derechos fundamentales y a la demanda de inconstitucionalidad del articulado correspondiente. Se hace referencia, así, a las sentencias C- 319 y C-370 de 2006, en lo que concierne a las tramas argumentativas desde donde se visualizó el carácter no estatutario del procedimiento y la constitucionalidad de la referida ley. Interesa aquí una hermenéutica de los argumentos y el respectivo análisis crítico que se deriva de la misma argumentación, en el entendido de que cuando se opta por una decisión judicial se devela todo un entramado de visión de mundo y se compromete el modo de actuar de los jueces como garantes de los más altos principios del derecho.

Lo último será el análisis de tres casos de víctimas en Santander, más conocidos como Caso Rochela, Caso los 19 comerciantes y Caso Isidro Caballero. Será esta la oportunidad para ensamblar el recurso de la argumentación cuando ésta hace referencia, no ya a las proyecciones argumentativas de la Corte Constitucional, sino a la lectura foránea, también argumentada, que realiza la CIDH sobre los entramados de Justicia y Paz y la historia del paramilitarismo en Colombia.

Así las cosas, se procede de lo general a lo particular, colocando, en primer lugar, atención a algunas aproximaciones teóricas sobre la argumentación jurídica que vayan sirviendo de soporte al tema de investigación. En segundo lugar, como se dijo, se desciende al análisis en concreto de las decisiones judiciales más importantes sobre esta ley, para, en tercer lugar, determinar el alcance de estas dos aproximaciones en los casos en Santander a los que ya se hizo alusión.

La primera parte de este trabajo estará entonces dedicada a algunos referentes teóricos que relacionan conceptualmente la teoría de la argumentación con el tema de las decisiones judiciales en general y los derechos fundamentales en particular. Parece importante partir metodológicamente con este capítulo por las siguientes razones:

1. El derecho está fuertemente vinculado al tema de las decisiones jurídicas argumentadas.
2. La argumentación jurídica cobra fuerza como instrumento de interpretación de las normas.
3. Las decisiones de los jueces tienen un efecto inmediato sobre la sociedad, más cuando se trata, como en este caso, de decisiones sobre un tema como el de la reincorporación de los grupos al margen de la ley y la consecución de la paz.
4. Los enfoques de la teoría de la argumentación permiten comprender el sentido de las decisiones judiciales.
5. El derecho hoy viene siendo examinado desde el ejercicio argumentado de los jueces.

En esta parte se hará alusión básicamente a tres de los autores más reconocidos hoy en el ámbito académico en el campo de la argumentación jurídica: Duncan Kennedy, Robert Alexy y Chaïm Perelman. Se tomará como base éste último para el posterior análisis del capítulo dos, toda vez que una parte de su concepción del tipo de argumentos que se desarrolla en el campo jurídico es aplicable a las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana. En consecuencia, se espera que esta primera parte, que versa sobre la argumentación jurídica en el campo de las decisiones judiciales, sirva de piso conceptual al capítulo dos, en el que se examina específicamente las tramas argumentativas de la Corte Constitucional en el tema de la Ley 975 de 2005. Los conceptos que aquí se abordan de cara al análisis hacen referencia al auditorio, las premisas de la argumentación y algunas técnicas argumentativas, según entiende estos conceptos Chaïm Perelman.

La segunda parte de este trabajo, entonces, estará dedicada al estudio de la argumentación de dos de las sentencias de la Corte Constitucional en las que se debatió la exequibilidad de la Ley 975 de 2005 en los dos sentidos que se señalan a continuación: por una parte, el debate argumentativo sobre si la mencionada ley debió tramitarse como estatutaria o como ordinaria, y el debate más particular sobre la inconstitucionalidad de algunos de los artículos de esta iniciativa del legislativo. Se señalarán aquí los tipos de argumentos seguidos por la Corte Constitucional, incluidos los de los salvamentos de voto, ya que éstos muestran otros puntos de partida del proceso argumentativo y sirven para analizar los temas centrales del debate en los dos casos señalados anteriormente: sobre el carácter ordinario o estatutario de la ley, y sobre si ésta desconoce o no algunos preceptos constitucionales. En este capítulo se recogen algunas de las ideas de los autores de la argumentación jurídica expuestas en el anterior capítulo y se muestra en qué sentido permiten comprender las tramas argumentativas de las dos sentencias de la Corte Constitucional en el caso de la ley objeto de análisis.

La tercera parte de este trabajo, siguiendo el orden, analiza entonces tres casos particulares de víctimas en Santander. Para este propósito, se toma como punto de partida la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal y como lo amerita el hecho de que Colombia asume el bloque de constitucionalidad para los eventos relacionados con los derechos humanos, como es éste que se contempla en la Ley de Justicia y Paz. El capítulo muestra en qué sentidos no puede interpretarse la Ley de Justicia y Paz por fuera del contexto histórico colombiano, y por qué, pese a tratarse de una norma para grupos al margen de la ley, el Estado colombiano se ha visto requerido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para acatar decisiones con respecto a las víctimas de acciones ilegales cometidas por estos grupos (como las cometidas en los tres casos en Santander que se comentan en el capítulo 3), en la medida en que su participación por acción u omisión en la afectación de derechos fundamentales ha estado ligada, en estos casos concretos, a acciones de paramilitares auspiciadas por agentes del Estado.

Como se muestra con detalle en este capítulo sobre los tres casos analizados en Santander, el tema de Ley de Justicia y Paz ha sobrepasado los límites del entorno nacional, y por esta vía se abre camino una de las tesis de este trabajo: pese a haberse declarado que el carácter de ley ordinaria le era propicio al tema de justicia y paz, no queda duda de que en otras esferas, esto es, a los ojos de los jueces internacionales, esta ley también aplica para la ocurrencia de acciones del Estado colombiano directamente relacionadas con la violación de derechos fundamentales. En este sentido, por conexión con la Ley 48 de 1968, Colombia incurre históricamente como causante de los orígenes del paramilitarismo (según lo ha dicho la misma CIDH), por la participación de sus agentes en la comisión de delitos como el de La Rochela, según también lo ha reconocido el mismo Estado colombiano. Y así, se pasa de examinar la Ley de Justicia y Paz en los contornos argumentativos colombianos y se llega a entrelazar la perspectiva argumentativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los tres casos en Santander ya mencionados.

En este punto se cierra la investigación casi en forma de círculo, volviendo de nuevo a la interpretación de los jueces, esta vez a la interpretación de los jueces internacionales. Así las cosas, después de haber mostrado el lugar de la argumentación en el campo de las decisiones judiciales como tema general en el primer capítulo y de analizar la argumentación y la interpretación de los jueces colombianos en el tema de justicia y paz, segundo capítulo, se cierra este recorrido volviendo los ojos a tres casos de Santander a donde han llegado las voces de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, voces que permiten comprender que el tema de derechos fundamentales también puede ser objeto de investigación cuando es el mismo Estado el que incurre en su violación. Sobre el Caso La Rochela, por ejemplo, es interesante ver la argumentación de la CIDH sobre la violación al derecho a la vida de quienes, habiendo estado presentes en los hechos del caso, sobrevivieron, por lo cual el Estado también es

responsable del derecho a la vida violado en el caso de los sobrevivientes, y su posterior acceso a la justicia.

Se espera que este trabajo aporte, al tiempo que expone algunos conceptos básicos sobre la decisión judicial, un ejercicio de interpretación a la labor de los operadores judiciales de Justicia y Paz. Igualmente, es posible encontrar al final de la exposición la idea según la cual hoy es imposible delimitar al territorio nacional la consecución de las decisiones justas, toda vez que la justicia ha trascendido las esferas del país y ha buscado su expresión más universal en la voz de los jueces internacionales.

1. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y DECISIONES JUDICIALES

“No se puede decir que el juez esté libre ni tampoco que esté maniatado. En realidad lo que importa es saber cómo voy a dirigir y a orientar mi trabajo para llegar a un resultado que se ajuste a lo que yo entiendo por justicia.”²

Desde mediados del siglo XX, después de transcurrido uno de los mayores debacles de la historia humana, la segunda guerra mundial, se le confirió al juez el deber de argumentar las decisiones que tomaba, adicionando razones que sobrepasaran el mero hecho de afirmar que él estaba interpretando el espíritu del legislativo, o que la letra era tan clara que a él sólo le correspondía su aplicación. Como se puede comprobar por el auge del estudio de la lógica jurídica, éstos ya no se consideran argumentos válidos para defender las decisiones judiciales. Más aún, un procedimiento de esa naturaleza lleva implícita la idea de que a los jueces sólo les corresponde aplicar las normas y que éstas son tan claras que no se requiere ningún tipo de interpretación que permita dilucidar su alcance, su relación con otras normas, su legitimidad, etc.

Pero este no es el camino por el que hoy trasiega el proceder de los jueces, asunto éste que se hace evidente en un caso como el de la Ley de Justicia y Paz, según se mostrará a lo largo de este trabajo. Antes, sin embargo, es preciso examinar tres de los marcos teóricos de las decisiones judiciales, a la vez que es posible ir analizando aspectos de la ley en cuestión; en todo caso, habrá de recordarse que será Chaïm Perelman, a quien se hará referencia después de Duncan Kennedy y de Robert Alexy, el filósofo del derecho del que se servirá este trabajo para su respectivo análisis.

²KENNEDY, Duncan. Libertad y restricción en la decisión judicial. Bogotá: Siglo del hombre editores, 1999. En coedición con la Universidad de los Andes y la Universidad Javeriana, p. 98.

1.1 DUNCAN KENNEDY Y LA LABOR DE LOS JUECES

¿Pueden o deben los jueces separarse de las ideas preconcebidas con respecto a la sentencia a la que quieren llegar y con respecto a la ley? Las ideas que se desarrollan a continuación hacen referencia a ésta y a otras preguntas conexas con este interrogante.

1.1.1 Libertad y restricción de la decisión judicial. En su muy conocida obra, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Duncan Kennedy advierte que el tema de la argumentación jurídica comienza cuando, en un primer momento, al parecer, existe un conflicto entre “la ley exigida o lo que exige la ley y la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar”³. (Este yo debe entenderse aquí como la decisión del juez). Interesante forma de comenzar a plantear el problema, pues éste hace referencia exacta a un hecho: la argumentación jurídica empieza por una situación concreta, valga decir, la tensión entre la ley y lo que quiere el juez. Y ambas cosas, puede pensarse, son borrosas, es decir, la ley puede estar ahí pero necesita ser interpretada, al tiempo que también la decisión del juez parece estar a la mano (pero también es borrosa) y debe igualmente ser desarrollada, o mejor, trabajada, tal y como emplea este término Kennedy: trabajar para producir una idea clara de lo que al inicio aparece no tan evidente.

Así, por ejemplo, en el caso concreto de la Ley de Justicia y Paz, ésta está a la mano, pero igualmente está a la mano la Constitución, la cual no debe aquella contradecir. Si el tema es entonces, por poner el caso, decidir sobre la conformidad de dicha ley con el artículo 152 de la Carta Política, el Juez está enfrentado, según afirma Kennedy, a la ley misma expresada en este artículo, y a la sentencia a la que él quiere llegar cuando se pregunta, por ejemplo, sobre la conformidad entre Justicia y Paz y los derechos fundamentales que ésta regula. Puede darse, entonces, que el juez acepte de entrada una interpretación según la

³ Ibid, p. 91.

cual esta ley no regula en sentido estricto ninguno de los derechos llamados fundamentales, y que quizá en este sentido ya tenga prevista su decisión, la cual, en todo caso, sigue estando en tensión con el artículo 152 superior. Por lo tanto, la argumentación jurídica no opera en el vacío, ya que siempre tiene a la vista algún problema particular desde el cual apuntalar su respectivo análisis, según ya se ha dicho desde la perspectiva de Duncan Kennedy.

El autor va a decir, además, que el tema de la argumentación jurídica sólo es posible de ser pensado *in situ*, es decir, asumiendo(nos) como jueces dentro de un proceso. Duncan sugiere lo que debe hacer un juez frente a un caso particular. Existen, por lo menos, estas posibilidades: “aplicar la ley, interpretarla, cambiarla, ponerla en entredicho o lo que fuera menester”⁴, y una de estas dos o más posibilidades debe hacerse “en el contexto de una comunidad jurídica y de un público que acata lo que los jueces ordenan”⁵.

1.1.2 Los escenarios del juez frente a las decisiones judiciales. Después de sentadas estas bases, Kennedy establece que en el polo la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar pueden darse estas posibilidades: 1) “He sido sobornado y quiero cumplir con el arreglo; 2) considero cuál sería el mejor fallo recibido por la comunidad (jurídica y civil) a la que pertenezco; 3) considero lo que el tribunal de apelación haría en caso de ser apelada la sentencia; 4) considero que, en general, la ley está bien redactada, pero, para el caso concreto, aplicarla generaría inequidad; 5) puede uno también considerar que la ley no resuelve el caso particular como creo o presiento debe hacerse, en el sentido de que la ley debió ser más flexible para el caso particular; 6) considero que la ley es injusta y que sería mejor cambiarla”⁶.

⁴ Ibid, p. 95.

⁵ Ibid. p. 95.

⁶ Ibid, p.97.

Descontada (1) como nada valiosa para una teoría de la argumentación, quizá no pueda hacerse lo mismo con (2) y (3). O mejor: no es tan necesario considerar (1) para una teoría de la argumentación, pero no podría fácilmente desecharse (2) y (3), pues éstas tienen que ver con la recepción de la sentencia, ya por la comunidad en general (jurídica y civil), ya por los tribunales de apelación.

En ambos casos, 2 y 3, es claro que la sentencia proyectada por el juez espera la aceptación (o depende para su aceptación) del auditorio, incluso en el sentido perelmaniano de esta expresión. Los casos 4, 5 y 6 se refieren a la relación entre la ley y el caso particular. Son, por lo tanto, ajenos al tema de la aceptación o no de la sentencia a la que se quiera llegar por parte del auditorio⁷.

Con todo, nótese que hasta el momento no se ha hecho mención a que el juez, por mucho que pueda llegar a estar compelido por cada uno de esos escenarios, o por unos más que otros, sigue teniendo el deber de sustentar en razones las decisiones que vaya a tomar; es decir, ningún argumento será válido si se llegara a afirmar que el juez ha tomado tal o cual decisión porque estaba amenazado o porque había “negociado su conciencia”; o porque quería complacer a la comunidad en general; en cambio, si llega a pensar los escenarios 4, 5 y 6, deberá servirse de profusos argumentos para señalar que “considera que, en general, la ley está bien redactada, pero, para el caso concreto, aplicarla generaría inequidad; 5) o que la ley no resuelve el caso particular como cree o presiente debe hacerse, en el sentido de que la ley debió ser más flexible para el caso particular; 6) o que la ley es injusta y que sería mejor cambiarla”. ¿Podría optar por uno de estos tres escenarios sin ningún proceso argumentativo?

⁷Llama poderosamente la atención que de (todos) los seis escenarios propuestos por Kennedy, dos estén directamente relacionados con la recepción del auditorio. Como se podrá apreciar en el apartado dedicado al concepto de auditorio en alusión a Perelman, el mencionado concepto no puede desligarse del campo de la decisión judicial. También en este sentido, es posible que la Ley de Justicia y Paz esté pensada, para su aprobación como ley ordinaria, en términos de las necesidades imperiosas de llegar a mínimos de justicia en búsqueda de la paz, algo que puede antojarse como deseable por una audiencia como la sociedad colombiana que ha llagado al hastío, no sólo con la impunidad, sino también con la violencia de los grupos al margen de la ley. Y ésta, que parece una apreciación bastante personal de este investigador, no dejará de soportarse cuando, también al tenor de Perelman, se detallen las diferencias entre valores concretos y abstractos. Afirma el autor Kennedy: “La reacción de la gente se habrá convertido en un acto que se puede anticipar tanto como que el sol saldrá mañana o que este vaso de vidrio se romperá si lo dejo caer al suelo”, *Ibid*, p104.

Acéptese, amén de la discusión, que en su interior el juez tiene algunos intereses particulares, o que está interesado en proyectar una sentencia en tal o cual sentido porque así considera que habrían decidido sus superiores o porque cree que su decisión será aceptada por la opinión pública... ¿no estará también en estos escenarios compelido a presentar argumentos en apoyo de su decisión judicial? Parece que sí.

Lo que sí parece cierto es esto de que los jueces, para emplear la expresión de Kennedy, se apoyan en bits o trazos de conocimiento en el sentido de que el juez se enfrenta a todo nuevo caso con una (cierta) información de algún modo vaga e imprecisa, que luego, en el camino de su estudio, irá perfeccionando, (ya para desmentir esos bits o para confirmarlos más poco a poco) Ahora... ¿cómo entonces estar seguro de “la sentencia a la que-yo-quiero-llegar si, por lo dicho, no tenemos más que información vaga e imprecisa (bits) sobre las normas que aplicarían al caso? Con todo, no hay que pasar por alto que esa sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar aparece, según el ejemplo de Kennedy, también como algo apenas sugerido, es decir, como algo a lo que el juez quiere llegar.

1.1.3 La objetividad interna y externa de la decisión judicial. Ahora bien, Duncan Kennedy dice que esta es una objetividad interna, en el sentido en que el razonamiento pasa por la cabeza del juez que aplica la norma. Puede decirse, incluso, que es una objetividad interna en el sentido de que el razonamiento interior es constriñente. Si, además, la sentencia proferida por el juez, o mejor, la aplicación de la norma por sí sola por parte del juez, es también aceptada por las personas o por la gente o el gran público, entonces estamos hablando de que la norma adquiere una doble objetividad.

Pero, dice Duncan Kennedy, estas son dos objetividades que no deben confundirse. Pues, puede suceder una de estas dos cosas: 1) que el juez no asienta a la objetividad interna y el público sí. 2) que el juez sí asienta esta

objetividad interna y el público no. ¿Cómo saber en qué momento deben hacerse confluir estas dos tesis? En el caso de la sentencia C-319 de la Corte Constitucional sobre la Ley de Justicia y Paz, es claro que suceden estos dos escenarios, si, por ejemplo, se toma el salvamento de voto. Es decir: supóngase que el juez constitucional logró hacer confluir ambas objetividades, es decir, que hizo coincidir la decisión a la que él quería llegar con la que aceptaría el público en general. Entonces, en esa eventualidad, el acierto es bastante loable. ¿Pero deben descontarse los argumentos internos de un magistrado que ha salvado su voto y decirse que su opinión no estaría apoyada por la opinión pública? Es claro que no.

Pero es que el tema de las decisiones judiciales se hace todavía más complejo desde cuando se sabe de los intereses que juegan en la creación de las normas mismas. Afirma Kennedy: “las normas y leyes vigentes las escogió una gente que tenía el poder suficiente para optar conforme a su peculiar manera de entender la moral, la justicia y sus propios intereses”.⁸ Como se había dicho antes, la argumentación jurídica comienza aquí, cuando “la ley”, en principio, no concuerda con lo que el juez quiere que sea su sentencia.

Ahora bien; se parte de esta presentación sucinta de algunas ideas de Duncan Kennedy porque ellas ayudan a comprender que el problema de la justicia, si bien es el ideal de toda sociedad organizada y de los jueces que administran justicia dentro de ella, toca muy de cerca algunas posibilidades (llamadas aquí escenarios) en las que no hay que olvidar que el centro de gravedad son al fin y al cabo las decisiones de los jueces, y que éstos viven siempre una tensión entre la ley y la sentencia a la que quieren llegar. Piénsese, una vez más, en el hecho hipotético (por ejemplo con respecto a la Ley de Justicia y Paz) de que un juez constitucional venga a querer soportar una de las siguientes ideas:

⁸Ibíd, p. 104-105.

1. Que la ley está bien redactada, pero, para el caso concreto, aplicarla generaría inequidad.
2. Que la ley no resuelve el caso particular como cree o presiente debe hacerse, en el sentido de que la ley debió ser más flexible para el caso particular.
3. Que la ley es injusta y que sería mejor cambiarla.

Al punto se ve con meridiana claridad que cada una de estas tres posibilidades a las que alude Duncan Kennedy se ajusta a una ley como la referida en el presente estudio. En efecto, es fácil comprender que un juez contemple la posibilidad de que la aplicación de esta ley podría llegar a generar inequidad.

A guisa de ejemplo, y sin el ánimo de adelantar parte del análisis del capítulo segundo (aunque como abre bocas al mismo) y sólo para mostrar esta idea, obsérvese el siguiente parangón elaborado por el Magistrado Alfredo Beltrán Sierra en la sentencia C- 370 de 2006 en su salvamento de voto cuando alude a la inequidad respecto a dosimetría punitiva que para él representa la Ley de Justicia y Paz:

TIPOS PENALES	PENA CONTEMPLADA EN EL CÓDIGO PENAL (LEY 599-2000 Y LEY 890- 2004)	PENA CONTEMPLADA EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ (LEY 975 2005)
Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal		
Genocidio	480 a 600 meses	60 a 96 meses
Genocidio por conductas diversas al homicidio	160 a 450 meses	60 a 96 meses
Apología al genocidio	96 a 180 meses	60 a 96 meses
Homicidio	208 a 450 meses	60 a 96 meses
Homicidio agravado	400 a 600 meses	60 a 96 meses
Homicidio preterintencional	104 a 150 meses	60 a 96 meses
Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.	64 a 108 meses	60 a 96 meses
Homicidio culposo	32 a 108 meses	60 a 96 meses
Homicidio culposo agravado	37 a 162 meses	60 a 96 meses
Lesiones personales		
Deformidad física transitoria	16 a 108 meses	60 a 96 meses
Deformidad física permanente	32 a 126 meses	60 a 96 meses
Deformidad en el rostro transitoria	21.3 a 144 meses	60 a 96 meses
Deformidad en el rostro permanente	42 a 168 meses	60 a 96 meses
Perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro	32 a 126 meses	60 a 96 meses
Perturbación funcional permanente de un órgano o miembro	48 a 144 meses	60 a 96 meses
Perturbación síquica transitoria	32 a 126 meses	60 a 96 meses

Para terminar diciendo lo siguiente:

Resulta evidente que la regla contenida en el artículo 29 de la Ley acusada conforme a la cual al condenado que haya cumplido con las condiciones previstas en ella se impondrá una pena alternativa que consiste en privación de la libertad por un período no menor de cinco años ni mayor de ocho según la gravedad de los delitos y la colaboración prestada para el esclarecimiento de los mismos, establece una excepción de carácter subjetivo y personal que riñe abiertamente con el derecho a la igualdad ante la Ley que preside el

ordenamiento jurídico colombiano. (Artículo 13 Constitución Política).
(Subrayado por fuera del texto).⁹

Ahora bien: ¿cabe la posibilidad que un juez diga que esta Ley no resuelve el caso particular como cree o presiente debe hacerse, en el sentido de que la ley debió ser más flexible para el caso particular? Como posibilidad, esto no puede descartarse; en todo caso, nótese que así como puede decirse que una ley determinada debió ser más flexible, también cabe la posibilidad, por contraste, que un juez sepa de entrada que la sentencia a la que quiere llegar reclama una cierta inexequibilidad por cuanto la norma, por el contrario, ha resultado demasiado flexible allí donde debió ser más precisa, por ejemplo, con respecto a las penas. (Esto, sin embargo, es apenas hipotético, y sólo por analogía puede relacionarse con la idea de Kennedy que se viene presentando).

La tercera posibilidad queda también bastante clara: la ley es injusta y debería cambiársela.

Pero adviértase que sólo se ha puesto de ejemplo la Ley de Justicia y Paz para ver hipotéticamente si se ajusta en algún sentido a las alusiones 4, 5 y 6 de Duncan Kennedy. Naturalmente, no puede escapar el investigador, con base en este “artilugio” de trasponer las ideas de Kennedy a la Ley 975 de 2005, de redactar sus ideas con una cierta disposición a favor de algunas de las tesis exploradas hasta el momento. Sin embargo, cabe recordar que hasta el momento sólo se ha hecho alusión a una de las posibles maneras como el juez queda enfrentado al tema de las decisiones judiciales, según la perspectiva antes señalada.

Pero considérese ahora otra vertiente de esta discusión: la teoría de la argumentación de Robert Alexy.

⁹Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C- 370 de 2006. Magistrados ponentes Manuel José Cepeda y otros. Salvamento de voto del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, p.334.

1.2 ROBERT ALEXY Y LA PONDERACIÓN

Son varias las aplicaciones que en Colombia se han hecho de la teoría de la ponderación del filósofo del derecho alemán Robert Alexy, al punto de tratarse de uno de los autores más referidos por la Corte Constitucional colombiana cuando se busca explicar por qué el juez debe en ocasiones sacrificar algunos derechos en cuanto entran en colisión con otros. Así, y aunque se hará referencia a los aspectos más importantes de su teoría, sólo tangencialmente se la pondrá en relación con el tema de la Ley de Justicia y Paz. En todo caso, este es un autor obligado cuando se trata de comprender la labor de los jueces de cara a sus decisiones judiciales, tema éste que sí es de gran importancia en el desarrollo de problema que se viene analizando en estas líneas.

1.2.1 Sobre la ponderación. En el derecho moderno se ha considerado el tema de la ponderación como el que cobija el equilibrio de los principios y valores en un nuevo concepto que difiere del tradicional, a efectos de que el funcionario judicial pueda tomar nuevos enfoques que le permitan dejar de lado el proceso de subsunción de hechos en normas que fungen de premisa mayor en el silogismo judicial, y poder entrar a resolver con nuevos horizontes de acuerdo a la teoría de la ponderación. Al respecto el profesor Carlos Bernal Pulido sostiene: “La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización¹⁰”. A renglón seguido el profesor Bernal Pulido en su obra referenciada y citando a Robert Alexy, indica: “Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”¹¹.

¹⁰BERNAL PULIDO, Carlos, El derecho de los derechos. Quinta reimpresión Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 97.

¹¹ Ibid, p. 97.

Una vez más, se trata de que los jueces ponderen y determinen lo que debe hacerse “en la mayor medida posible”, pues está en sus manos la decisión sobre lo injusto o justo en general.

La ponderación, por tanto, se encuentra integrada por principios y valores consignados en los derechos fundamentales y reglados por la Carta Fundamental, los tratados sobre derechos humanos aprobados por el Congreso, y los demás derechos que siendo inherentes al hombre no estén legislados acorde a nuestro ordenamiento superior, artículo 94, situación que le otorga al operador judicial un amplísimo poder de acción que debe aprovechar en pro de su tarea y en beneficio, en este caso, de las víctimas y perjudicados del conflicto interno armado.

Sin embargo, en la actualidad, uno de los aspectos más álgidamente discutidos en la ponderación corresponde precisamente a la distinción entre reglas y principios. Es preciso anotar que tanto unas como otros tienen como denominador común la característica de ser normas jurídicas, esto es, enunciados prescriptivos que ordenan, permiten o prohíben ciertas conductas humanas, y que presentan no obstante, diferencias respecto a su forma de aplicación y la manera de resolverlas las contradicciones generadas entre ellas.

En ese sentido vale recordar que los principios apuntan a prescripciones jurídicas generales que presuponen una delimitante política reconocida, tornándolos de aplicación inmediata, aunque necesitan en algunos eventos otras normas constitucionales para obtener su concreción, habida cuenta de su textura abierta dada su generalidad. A la luz del derecho constitucional Colombiano, estos encuentran su piso en el ordenamiento interno en el Título I de la Carta Rectora, y tenemos entonces, el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general; la soberanía popular y la supremacía de la Constitución.

En cuanto a los valores constitucionales, estos constituyen la meta a la que se quiere arribar, pues establecen el sentido, contenido y alcance de un derecho en particular y definen hermenéuticamente un tema determinado. Encuentran su base en nuestro sistema, el preámbulo de la Ley de Leyes y corresponden, a guisa de ejemplo, a la convivencia, la justicia, el trabajo, el conocimiento, la igualdad, la libertad, la paz.

Ambos, tanto principios como valores, se unen en un todo, pese a que se establecen diferencias entre ambos, aunque éstas no residen en su naturaleza sino en el grado de eficacia. Los principios tienen un rango de acción superior a los valores y por tanto mayor radio de aplicación y contienen del suyo mayor eficacia. Los valores contienen una eficacia indirecta en razón a que son aplicables a partir de un caso concreto.

Ahora bien, la hermenéutica en el régimen constitucional vigente, corresponde precisamente al ejercicio entre principios y valores fundamentales para aislar la forma de interpretación textualista de la constitución anterior, e implica tomar ahora un giro radical en la manera de ponderar debidamente el derecho. En el campo hermenéutico nadie niega el valor de la estructura piramidal Kelseniana; lo que no se puede pasar por alto es la *sindéresis* que todo jurista debe realizar al tomar las disposiciones y darles el valor que correspondan, siguiendo precisamente ese modelo sistemático y organizativo, pero sin perder el norte respecto del sentido que esas normas consagran.

Presentado el panorama descriptivo, se pasa a examinar ahora la tensión generada entre principios y valores a efectos de ponderar adecuadamente y arribar a una decisión correcta.

1.2.2 ¿Cómo resolver la tensión entre principios y valores? Debe decirse, para empezar, que una vez se presente el conflicto entre dos principios o derechos,

surge la necesidad de su solución. Para resolver la tensión, se debe de aplicar una técnica denominada de balanceo o ponderación, y ésta se centra en la correcta aplicación del modelo de principios, que hace que se fortalezca la posición del juez, quien otorga preferencia a uno o a otro, y que va a tener como único límite su propia racionalidad. Veamos lo que sostiene Robert Alexy y Perfecto Andrés Ibáñez sobre la técnica del balanceo o ponderación:

En el derecho constitucional Alemán la ponderación forma parte de un principio más amplio: el principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad se conforma por otros tres sub principios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en el sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización. Interpretar los derechos fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad es tratar a éstos como requisitos de optimización, es decir, como principios y no simplemente como reglas. Los principios, como requisitos de optimización, son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.¹²

De este estudio se colige que el principio de proporcionalidad conlleva tres subprincipios, el de la necesidad, el de la idoneidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, y los autores enseñan que los dos primeros se refieren a la optimización de lo factible, en tanto que el de proporcionalidad, en sentido estricto, se refiere a lo factible jurídicamente. Veamos lo que señalan al tenor de su obra:

La ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos. Por lo tanto, se puede expresar [en parte] mediante la siguiente regla: cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro. Esta regla podría denominarse ley de la ponderación¹³.

De otro lado, surge otra arista igualmente importante, cuando el problema aparece de manera clara entre principios o derechos del mismo calado. En este caso se

¹² IBAÑEZ, Perfecto Andrés y ALEXY, Robert. "Ponderación, control de constitucionalidad y representación". EN: Carbonell, Miguel, Orozco, Jesús y Vásquez, Rodolfo (Coords.), Jueces y Ponderación Argumentativa: el control de constitucionalidad. México: Universidad Autónoma de México, 2006. Serie Estado de Derecho y Función Judicial, Instituto de Investigaciones Jurídicas. p. 11-21.

¹³ *Ibíd.*, p.2.

habrá de hilar más detenidamente por cuanto las resultas de esa aplicación pueden llegar a ser insatisfactorias o injustas al hermeneuta. La técnica consiste en aplicar los enunciados normativos que conllevan ciertas características siempre que esté al alcance del funcionario judicial cambiarlos por principios, para darle sustento a la parte que lo señala, lo que significa un amplio margen de discrecionalidad en el intérprete. Un ejemplo de ello se presenta cuando dos derechos fundamentales se encuentran en la misma escala de valores, como sería el caso del derecho a la vida frente al derecho a la libertad. Ponderar no significa atemperar, conciliar o algo por el estilo; es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución intermedia, que tenga en cuenta ambos principios en conflicto y que –de algún modo– aplique o sacrifique parcialmente a ambos. La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro.

1.2.3 La ley de la ponderación. Siguiendo al profesor Bernal Pulido: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en el segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en el tercer paso debe definirse si la importancia de la satisfacción del *principio contrario* justifica la afectación o la no satisfacción del otro”¹⁴.

Para lograr entonces la mayor aproximación posible sobre cómo se relacionan los pesos abstractos y concretos de los principios en la ponderación y obtener seguridad en las premisas empíricas a efectos de saber cuál prima sobre otro, véase la solución creada por Robert Alexy denominada fórmula del peso¹⁵.

$$GP_{iC} = \frac{IP_{iC} * GP_{iA} * SP_{iC}}{WP_{iC} * GP_{iA} * SP_{iC}}$$

¹⁴ Bernal Pulido, Op. Cit., p. 97.

¹⁵ Ibid. p. 101.

La ecuación establece que el peso concreto de un principio (P_i) en relación con el principio contrapuesto (P_j), se deriva del cociente entre el producto de la importancia del principio P_i , su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas dada su importancia y, por otra parte, el producto de la categoría del principio P_j , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia.

Así mismo y volviendo sobre la escala tríadica, el autor sostiene que es posible atribuir un valor en términos comparativos de las variables dada su importancia y del peso abstracto de los principios, así: leve 2^0 , es decir, 1; medio 2^1 , es decir, 2; y grave 2^2 , es decir, 4. Ahora, respecto a la seguridad de la presentación de las premisas empíricas puede dársele una expresión cuantitativa de la manera que sigue: cierto 2^0 , es decir, 1; plausible 2^{-1} , es decir, $\frac{1}{2}$; y no evidentemente falso 2^{-2} , es decir, $\frac{1}{4}$.

Veamos un ejemplo dentro de la estructura del derecho constitucional:

Primer ejemplo: Sentencia C-309 de 1997 Sobre el uso del cinturón de seguridad. Se demanda la constitucionalidad de la siguiente disposición Código Nacional de Tránsito Terrestre:

Artículo 178. Será sancionado con multa equivalente a cinco salarios mínimos el conductor de un vehículo automotor que incurra en cualquiera de las siguientes infracciones:

(...) “6. No utilizar el cinturón de seguridad en vehículo de modelo 1985 en adelante.

Según el demandante, la norma acusada vulnera el artículo 16 de la Constitución pues, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, el libre desarrollo de la personalidad implica que toda persona es autónoma para disponer de la integridad y conservación de su propio cuerpo. Veamos:

Pi: Libre desarrollo de la personalidad.

Pj: Protección a la salud.

$GPijC = IPIc \cdot GPIA \cdot SPIc / WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC.$

$GPijC = 2 \cdot 2 \cdot 1 / 4 \cdot 4 \cdot 1$ El resultado es 0,25, eso significa una afectación leve del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

$GPjiC = 4 \cdot 4 \cdot 1 / 2 \cdot 2 \cdot 1$ El resultado 4 significa un grado de satisfacción intenso del derecho a la salud.

Utilizar el cinturón de seguridad supone una satisfacción intensa del derecho a la salud y una afectación leve del libre desarrollo de la personalidad. La medida es proporcional.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional respecto a la providencia SU-642 de de 1998, en el sentido de tutelar los derechos de una menor a la que se exige cabello corto como a los niños, con el argumento de evitar la pediculosis dada la situación de extrema pobreza de la familia y no contar con una adecuada higiene. El problema jurídico: Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional debe establecer si, en el presente caso, el jardín infantil, al exigir en su reglamento que los menores que se encuentran matriculados en el mismo asistan con el cabello corto, vulneró el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, artículo 16 de la Carta Política, de la hija del actor, quien cuenta con cuatro años de edad y manifiesta que no desea someterse a la exigencia antes anotada.

Presentado el anterior horizonte, vale consignar lo atinente a la necesaria distinción entre la subsunción y la ponderación, en el tema de aplicación de reglas y principios. Cuando el asunto no versa sobre principios, la solución se da con la respectiva regla; pero cuando coexisten los principios, la subsunción y la ponderación operan separadamente. Por tanto, antes de ponderar se debe verificar la existencia de los dos principios en tensión, con lo cual se verifica de entrada la subsunción. Así mismo la subsunción resulta evidente cuando,

realizada la ponderación, se hace necesario aplicar la regla del precedente y culminar la aplicación al juicio respectivo.

Cabe aclarar, y sin pretender despejar el panorama absoluto del derecho, que la fórmula de Robert Alexy sobre la ponderación aproxima mucho a la realidad para alcanzar resultados de optimización en los casos difíciles. Así mismo se aclara que la ponderación no equivale a una fortuita aplicación normativa producto del antojo del hermeneuta, como tampoco que sea una imposición del derecho.

Es una operación lógica racional sin un entramado dispositivo, sino valorativo, y que encuentra complemento con la debida argumentación de las sentencias que debe realizar el operador a la luz del Art.55 de la ley estatutaria de la administración de justicia, sin descontar tampoco los juicios valorativos de la subsunción.

Sea éste el momento de pasar a otra teoría de la argumentación y a detallar con más precisión algunos de los conceptos más relevantes de la misma, para luego iluminar el objeto de análisis al que se viene aludiendo en este trabajo de investigación: la teoría de la argumentación de Chaïm Perelman.

1.3 LA ARGUMENTACIÓN COMO RETÓRICA

“El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica (entendida como una nueva retórica) es mostrar la aceptabilidad de las premisas”¹⁶

“Es en [el] conjunto de las tesis admitidas por el auditorio, donde el orador que argumenta deberá escoger sus premisas; deberá inevitablemente proceder a una selección”¹⁷

¹⁶PERELMAN, Chaïm. La lógica jurídica y la nueva retórica. Madrid: Civitas, 1968, p. 232. Cfr. La interpretación Jurídica. Ed. Centro de estudios de Filosofía del derecho. Maracaibo. 1974, p.118, lo mismo que El imperio retórico. Retórica y Argumentación. Traducción de Adolfo León Gómez Giraldo. Bogotá: Norma, 1997. ps.44-67.

¹⁷ PERELMAN, Chaïm, Olbrechts Tyteca, L. El tratado de la argumentación. Traducción española de Julia Sevilla Muñoz. Madrid: Gredos, 1989. p.58.

Uno de los intereses de Perelman estuvo encaminado a desarrollar una teoría de la argumentación como contraparte de la lógica formal basada en el silogismo¹⁸. Es, pues, en este sentido, que bien vale la pena recurrir a los conceptos de dicha teoría para examinar luego cómo ellos se comportan en el tema de las decisiones judiciales. Para el caso particular, serán los conceptos de auditorio, el de premisas de la argumentación y el de técnicas argumentativas los llamados a desarrollar el análisis que aquí se ha propuesto.

Debe recordarse, además, que uno de los problemas que debe enfrentar el tema del auditorio es el de saber si éste, cuando se lo refiere al derecho, o mejor, a las decisiones de los jueces en sus sentencias, es particular o universal. Por algunas razones que se expondrán en este capítulo, a veces es posible pensar que el auditorio de los jueces, es decir, el conjunto de personas a las que él busca adherir a sus tesis, es particular; otras razones, sin embargo, llevan a pensar que el auditorio de cualquier juez es universal.

1.3.1 El auditorio

“El juez que rehúse juzgar so pretexto de silencio, de la oscuridad, o de la insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia”¹⁹.

Quizá a nadie le quepa duda de que toda decisión judicial está siempre dirigida a un público al que afecta. ¿Pero quiénes son estos a quienes se dirige una argumentación, o una decisión judicial argumentada? Recurriendo a Aristóteles, Perelman recuerda que el filósofo griego distinguía tres auditorios a los cuales el orador dirigía sus discursos: el ágora, la asamblea y el tribunal.

¹⁸ Cfr: Feteris, Eveline. Fundamentos de la argumentación jurídica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 89-104

¹⁹ Art. 4 del código Napoleón. En: Perelman, op.cit., p. 71.

En el primero, es decir el ágora, los oradores exponían sus discursos ante la plaza pública para ser retribuidos en aplausos según pudieran conmover las pasiones de los oyentes. Se denominaba discurso epidíctico a esta clase de discurso, pues tenía que ver con la alabanza de las virtudes de los grandes héroes. En la asamblea, por el contrario, los oradores buscaban argumentar a favor de una decisión que conviniera a la ciudad, o aconsejar con argumentos sobre una acción que no debía emprenderse dentro de ésta. Se trataba del discurso deliberativo, el cual estaba relacionado con lo preferible o lo deseable. Por su parte, el discurso forense era el que se utilizaba en los tribunales y con él se buscaba acusar o defender a alguien de una acción cometida en contra de las leyes de la ciudad.

Cabe entender que para cada uno de estos discursos hay un auditorio determinado: el pueblo en el caso del discurso epidíctico, los asambleístas en el deliberativo, y los jueces en el caso del discurso forense o legal. Al punto, sin embargo, nótese que tanto las decisiones de la asamblea como las que se toman en los tribunales afectan, o bien a la ciudad en general, o bien a un individuo en particular.

Ahora bien, dejando de lado el discurso de alabanza, el asunto se complica cuando se comprende que las decisiones que afectan la ciudad o las que comprometen a un individuo no pueden ser tomadas sin fundamento en la razón, más aún tratándose de una cultura como la griega para quien la razón era el elemento distintivo de los seres humanos. Se comprenderá ahora entonces que si bien en principio los jueces son las personas que deben esgrimir los argumentos para tomar una decisión, estos tendrían que ser aceptados por la sociedad entera, pues a su manera cada decisión judicial afecta el grupo social dentro de la cual ésta se desarrolla. Lo mismo cuando la decisión es tomada por una asamblea: sus decisiones deben ser, no sólo acatadas, sino, y sobre todo, respaldadas en las razones que conducen a ellas. Así, en medio de las decisiones tomadas por una asamblea (para nuestro caso el Congreso de la República), y las que toman los

jueces (en nuestro caso la Corte Constitucional) hay una sociedad que se ve afectada por lo que hagan una y otros.

Retómese de nuevo la pregunta: ¿Pero quiénes son estos a quienes se dirige una argumentación, o una decisión judicial argumentada? Si bien es cierto que el auditorio al cual se dirigen los assembleístas está conformado por todos aquellos a quienes en el recinto de la decisión ellos deben convencer; así como cierto es que son los jueces una parte importante del auditorio al cual se dirigen los mismos jueces, no queda duda de que el auditorio, en ambos casos, debe extenderse a la comunidad en general, llámese opinión pública, sociedad organizada, etc., pues ella siempre se verá afectada por las decisiones que tomen cada uno de estos oradores. No en vano, por ejemplo, hoy se cuenta con mecanismos de control de las leyes de un país a través de lo que se conoce como “Acción Pública de Constitucionalidad”, es decir, una acción a la que tienen derecho las personas que, como se viene diciendo, se ven afectadas por este tipo de decisiones. Así las cosas, el auditorio, tratándose de las decisiones en la asamblea o de las que se toman en los tribunales, tienen que ver con un conjunto muy variado de personas que de una u otra manera se ven afectadas por aquello que en cada uno de estos espacios se decide.

Perelman alude, sin embargo, a la idea según la cual, en todo caso, el auditorio no puede confundirse con las personas que hacen parte activa de un discurso, es decir que lo escuchan o lo leen, sino que, incluso, la mayor parte de las veces el auditorio, además de ser una construcción hipotética del orador, no está presente frente a los discursos que luego lo van afectar. En este sentido, lo importante aquí es señalar que, en principio, todo auditorio tiene iguales condiciones de racionalidad al punto que de estar capacitado para aprobar las decisiones del orador, pues éste ha tenido en cuenta, hipotéticamente, su capacidad de razonar y de entender razones, que es igual a la de cualquier ser humano dotado de razón; es decir: el auditorio siempre está conformado por seres humanos dotados de la

misma capacidad de quien intenta llevar a cabo un razonamiento, pues de lo contrario cualquier orador podría alegar que, puesto que él está dotado de una inteligencia superior, entonces no importa si los demás lo entienden o no, o si, lo peor, los demás no acatan sus decisiones, algo que siempre puede alegarse de manera simple: el auditorio no entiende porque está incapacitado mentalmente.

De inmediato se aprecian las consecuencias deseables de este punto de vista perelmaniano. En primer lugar, el hecho de que sin importar la persona de que se trate, todo juez siempre deberá estar atento a oír sus razones y a responderle inteligentemente para persuadirlo o convencerlo (más adelante mostraremos las diferencias entre estos dos conceptos). Piénsese, por ejemplo, en una sentencia como la T142 de 1994 (en la cual incluso la Corte Constitucional Colombiana alude a través del magistrado que hizo salvamento de voto a la teoría jurídica de Chaïm Perelman), en cuanto a la argumentación que debe dársele a una señora que solicita poder reclamar un título que está a favor de su esposo por éste hallarse desaparecido. ¿Debe el juez desestimar la petición de la señora porque se trata de una persona humilde? La respuesta es un contundente “no”. En segundo lugar, habrá de notarse que el auditorio, además de ser una construcción hipotética del orador, incluye en forma democrática a todos los ciudadanos que pueden verse afectados por las decisiones de los jueces, o mejor, a todos los seres humanos razonables de una sociedad. Incluso en el ejemplo anterior, queda claro que la decisión tomada afecta a *cualquier* persona bajo las mismas circunstancias. En tercer lugar, deberá advertirse el carácter ideal que tiene esta figura del auditorio e, incluso, su carácter vaporoso, el cual en todo caso es preferible a tener que pensar en intereses concretos de personas reales, unas inteligentes y otras no, a las que el juez debe acomodar sus decisiones. Sin embargo, ese carácter ideal que de suyo comporta la idea de auditorio no es ajeno por completo a rasgos de realidad. Como se mostrará en su momento, especialmente cuando se haga referencia a las premisas de la argumentación,

éstas se materializan de manera efectiva en las varias clases de auditorio aludidas por Perelman.

Y ya que se aludió a esto de la variedad de los auditorios, expónganse ahora las siguientes ideas sobre el particular. Perelman distingue tres clases de auditorios: el de la deliberación íntima, el particular y el universal.

En el de la deliberación íntima es cada persona auditorio y orador a la vez, como es fácil comprender por el hecho de que las personas pueden sostener diálogos consigo mismas mediante los cuales se dan a sí mismas razones o argumentos ante cualquier situación de la vida. Así, por ejemplo, y tomando como referencia las ideas antes expuestas de Duncan Kennedy, es claro que todo juez, cuando se enfrenta a la ley y a la decisión a la que quiere llegar, elabora un diálogo interno de argumentos y contra argumentos que luego busca exponer antes sus colegas: él mismo es orador y auditorio de sus propias razones. El segundo auditorio es el particular y en este se incluyen los diversos oradores cuya especialidad en un tema determinado (medicina, astronomía, etc.) hace que el público al cual se dirigen deba ser concreto y único, a diferencia de lo que pasa con un auditorio universal, dentro del cual se encuentra cualquier ser dotado de razón que, por tal, estaría en capacidad de comprender cualquier discurso racional, como sucede, por ejemplo, en filosofía, pues este saber se dirige a todos los hombres sin distinciones culturales de ninguna clase, o mejor, este es el ideal de todo discurso filosófico, hacer comprender las ideas a todos los seres humanos, de quienes, como se dijo, la razón es su principal característica.

Tomados los auditorios particular y universal, Perelman hace referencia a las ideas de persuadir y convencer como propias de uno y otro auditorio, respectivamente; es decir: sobre los auditorios particulares el orador busca

persuadir a los oyentes o lectores de su discurso, mientras se busca convencer a los auditorios universales²⁰.

Pero quizá más importante que todo esto, es la idea de Perelman según la cual el orador, si quiere ser efectivo con su discurso, debe partir de las premisas que adopta su auditorio, pues, de lo contrario, su argumentación estaría condenada al fracaso. Esta exigencia, sin embargo, no se comprendería sin explicar primero el siguiente concepto de la teoría de Perelman:

1.3.2 Las premisas de la argumentación. Como se acaba de mencionar, la argumentación depende de la capacidad del orador para adaptar su discurso a los puntos de partida aceptados por el auditorio. ¿Qué son pues las premisas de la argumentación?²¹

Argumentar a partir de “realidades” implica usar como punto de partida cierta información que todo el mundo debería aceptar. De ahí que se considere que una argumentación que parta de estas premisas sea una argumentación dirigida al auditorio universal. Perelman hace referencia a las premisas de lo real, así:

1.3.2.1 Premisas de lo real: hechos y verdades. En la teoría de la argumentación de Perelman un hecho o una verdad es todo aquello que el lenguaje y el sentido común señalan como algo objetivo que se impone a todos²².

Es decir, un dato estable, una información aceptada y admitida. Por ejemplo: a) la interrupción de un embarazo se permite en casos de violación, b) toda deuda tiene

²⁰ Cfr. Perelman, op. cit. p. 34-56.

²¹Cfr: García, Pedro y Aguirre Javier. Lógica y teoría de la argumentación. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2009.

²² En la teoría de Perelman la distinción entre hechos y verdades es realmente pequeña. En palabras del filósofo belga: “En general, se habla de hechos cuando se alude a objetos de acuerdo precisos, limitados; en cambio, se designará preferentemente con el nombre de verdades los sistemas más complejos, relativos a los enlaces entre hechos, ya se trate de teorías científicas o de concepciones filosóficas o religiosas que trascienden la experiencia” (Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie. Tratado de la argumentación.... Op. cit, p. 124.

que pagarse. Toda ley, mientras esté vigente, también es verdadera. Así, un hecho o una verdad es una afirmación que nadie podría descartar sin caer en el ridículo a menos que dé también razones para justificar su incredulidad. Por eso, quien se niegue a un hecho, tiene la carga de la prueba para argumentar en contra de ese mismo hecho. Y por eso, mientras una premisa de hecho esté por fuera de discusión, todo orador podrá prevalerse de ella para su ulterior argumentación.

Esto quiere decir que lo que hoy es un hecho o una verdad, puede no serlo mañana. Y, de igual forma, muchas cosas que fueron hechos o verdades hace mucho tiempo, hoy no lo son. Para un griego del siglo V, la conveniencia y justicia de la esclavitud era un hecho; lo mismo la superioridad del hombre sobre la mujer. Para esta época, en cambio, la igual dignidad de todas las personas es un hecho. Antes la interrupción del embarazo era penalizado en todos los casos, a marzo de 2009 se pueden citar algunos eventos en los que no. Cuando un hecho o una verdad tienen el carácter de reales, ponerse en su contra obliga a quien lo haga a presentar sus argumentos. Cuando una premisa es tan fuerte pero hay un opositor que se niega a tomarla como punto de partida dentro de su argumentación, se debe dar inicio a la argumentación.

Se debe observar entonces que la definición de “hecho o verdad” en la argumentación se da a partir de lo que se considera no controvertido y, en cierta forma, no controvertible. En este sentido, no se debe perder de vista que la categoría de “hecho o verdad” que acá se expone no se construye con criterios ontológicos de verdadera existencia, o de verdadera correspondencia con lo real, sino justamente con criterios argumentativos acerca de lo que se suele admitir como “innegable”. De ahí que, en principio, un hecho o una verdad sólo puede perder su carácter si se muestra como incompatible con otros hechos o verdades de las que se tiene una mayor seguridad o, al menos, de las que no se está dispuesto a abandonar tan fácilmente.

Perelman afirma: “los hechos se sustraen, por lo menos provisionalmente, a la argumentación, es decir, no se tiene que aumentar ni generalizar la intensidad de la adhesión (hacia ellos), y tal adhesión no necesita de justificación alguna”²³. Es claro que si algo tiene que ser argumentado, no es un hecho o una verdad, en la medida en que no es algo que todo el mundo acepta o debería aceptar. Así mismo, es claro que si algo necesita sendas argumentaciones, es porque las premisas que antes se daban por ciertas han comenzado, por decirlo así, a flaquear.

Téngase en cuenta aquí, por ejemplo, que las leyes emanadas del congreso pretenden convertirse en hechos que sirvan de punto de partida de las decisiones judiciales. Una ley es justo eso: un lugar desde el cual deberá partir el juez para tomar sus decisiones. Sin embargo, a veces pueden pasar una de estas cosas: (1) que pese a que la ley esté sancionada, puede llegar a discutirse por cualquier ciudadano que considere que ella está en contra de la Constitución. Para ello, tendrá que dar razones, es decir, tendrá que mostrar que hay otras premisas más sólidas que la ley ha rechazado por algún motivo pero que tales razones son menos poderosas que las que se tienen que dar por verdaderas. (2) También puede pasar, bajo la figura del control de constitucionalidad, que una ley no pueda pasar a considerarse un hecho porque rompe con verdades superiores consagradas en la Constitución. Pero, igualmente, (3), puede ocurrir que el juez, de cara a tomar una decisión judicial, se niegue a aceptar un ley porque choca con su conciencia. Del primer un ejemplo es la misma Ley de Justicia y Paz: sobre ella recayeron sendas demandas de constitucionalidad en las que finalmente, sobre algunos aspectos particulares, la Corte Constitucional debió declarar inexecutable algunos apartes de la misma; del segundo caso es ejemplo el nuevo hecho de derechos patrimoniales de las personas no heterosexuales; mientras que un ejemplo del tercer caso se ha dado en Colombia cuando algunos jueces, declarando objeción de conciencia, se niegan aprobar la interrupción voluntaria del

²³ Perelman, Ch. El imperio, op.cit., p. 122.

embarazo -IVE- en cualquiera de las tres modalidades aceptadas hoy en Colombia.

Por lo tanto: cuando los hechos y las verdades no entran en discusión, no hay lugar a la argumentación; pero, cuando los hechos y las verdades comienzan a ser cuestionadas (por ejemplo, si es o no un hecho que la familia es la constituida por un hombre y una mujer) entonces se abre paso a sendas discusiones argumentadas. Y así, será superior una argumentación que haga admitir como hechos o como verdades afirmaciones más contundentes que la que rivalizan con ellas. Volvamos a la cita de Perelman: “Es en [el] conjunto de las tesis admitidas por el auditorio, donde el orador que argumenta deberá escoger sus premisas: deberá inevitablemente proceder a una selección”²⁴

El [papel] de la lógica jurídica (entendida como una nueva retórica) es mostrar la aceptabilidad de las premisas”²⁵

1.3.2.2 Presunciones. En palabras de Perelman, “una presunción suele referirse a lo que ocurre regularmente y, por ende, puede tomarse como punto de partida”²⁶. El hecho de que sea punto de partida quiere decir entonces que se acepta para construir nuestras argumentaciones y que quien quiera rechazarla u oponerse a ella tiene la carga de la prueba que lo obliga a presentar razones en su contra.

Son bastante conocidas en el campo del derecho los dos tipos de presunciones, de hecho y de derecho, de las que siempre puede prevalecerse una argumentación para llegar a las conclusiones que reclama el caso.

²⁴ Perelman, Chaïm, Olbrechts Tyteca, L. Op. Cit. p.58.

²⁵ Perelman, Chaïm. La lógica jurídica y la nueva retórica. Op. Cit. ps.44.67.

²⁶ Perelman, Ch. El imperio... op., cit. p.122.

Ahora bien; hasta ahora queda claro lo siguiente: de un lado, que toda argumentación está dirigida siempre a un auditorio al que intenta persuadir o convencer; de otro, que quien argumenta tiene que partir de las premisas que acepta el auditorio. No obstante, esto no es suficiente, pues bien puede suceder que el orador se forme una idea inadecuada de su auditorio, o bien que las premisas de las que parte para su argumentación no sean propiamente las que comparte el auditorio en cuestión. De ahí, entonces, que sea necesario hacer referencia al tercer concepto con el que se cierra la teoría de la argumentación en la perspectiva perelmaniana: las técnicas argumentativas.

Como se verá a continuación, éstas se utilizan para reforzar uno u otro punto de partida de la argumentación, con el fin de cumplir con los dos requisitos anteriores: dirigir siempre los argumentos a un auditorio, y tener consideración de las premisas aceptadas por éste. Dicho de otra manera: puesto que en la argumentación se trata siempre de persuadir o convencer a un auditorio, pero dado que las premisas de la argumentación pueden entrar en colisión en algún momento determinado, será tarea de quien exponga un argumento servirse de sendas técnicas argumentativas que permitan transferir la aceptación de determinadas premisas a la tesis que quiere hacer admitir. En el caso particular al que se hace referencia en este trabajo de investigación, el asunto es entonces éste: el juez constitucional tiene el deber de hacer prevalecer la Carta Política ante los colombianos (léase auditorio); en algunas ocasiones, sin embargo, este auditorio, que se manifiesta a través de las muchas intervenciones en un proceso (léase tutela, acción de constitucionalidad, etc.) expone argumentos variados (léase que parten de premisas diferentes) ante la altas cortes; y éstas, por su parte, deben buscar persuadir o convencer a este auditorio mostrando las mejores premisas que conducen a las tesis del caso, para lo cual entonces debe servirse de sendas técnicas argumentativas.

Para el caso particular que convoca este trabajo de investigación, se hará referencia sólo a aquellas técnicas que más se utilizarán en las tramas argumentativas de las dos sentencias mencionadas anteriormente y en las tres sentencias de la CIDH.

1.3.3 Las técnicas de la argumentación. Perelman desarrolla la siguiente clasificación:

- *Argumentos cuasilógicos*: su fuerza radica en la semejanza que guardan con las demostraciones, es decir, con las pruebas formales.
- *Argumentos que fundan la estructura de lo real*: su fuerza radica en la novedad que se logra a partir de casos particulares que pueden ser extendido a otros, y, así, crear o fundar una realidad para la cual existían casos aislados.

A continuación se hace una presentación más detallada de esta clase de argumentos:

1.3.1.1 Los argumentos cuasi lógicos

• **Contradicción e incompatibilidad.** Sabido es que una contradicción, en términos lógicos, es una expresión de la forma “P y no P”. En la argumentación, sin embargo, no hay propiamente contradicciones, pues éstas son exclusivas de los sistemas formales; si así no fuera, entonces sería siempre fácil resolver toda contienda jurídica mostrando una contradicción propiamente tal; pero, como se sabe, muchas veces lo que se encuentra en el campo jurídico (al fin y al cabo campo propicio para el argumento) es que dos o más principios, valores o normas pueden en determinado momento llegar a ser incompatibles. Así, el orador que muestre la incompatibilidad de una idea con otra que ha sido aceptada previamente, tendrá a favor esta técnica argumentativa que debe salvarse a favor de una afirmación más segura, es decir, una afirmación que el auditorio no estará dispuesta a negar o rechazar.

- **Identidad y definición**

Esta técnica parte de identificar entidades, hechos o conceptos, como si se tratara, una vez más en términos formales, de expresiones de la forma $A = A$. Si un orador hace notar que dos cosas son idénticas (procedimiento muy común en la argumentación jurídica) tendrá más razones de peso para llegar a las tesis que busca defender.

Por su parte, con las definiciones se pretende mostrar que existe una equivalencia entre los dos términos de la definición. Además, se busca hacer prevalecer la definición con una afirmación ya dada, la cual puede ser de diferente orden.²⁷

a) Definición normativa: señala con fuerza constrictiva cuál debe ser el uso que se da de un término. Ejemplo de esta forma se encuentra en las definiciones que se dan en la Ley en donde el legislador define y en ese sentido debe entenderse lo definido.

b) La descriptiva: que expone el uso normal de lo definido.

c) De condensación: señala los elementos esenciales de la definición descriptiva.

d) Compleja: combina de manera aleatoria elementos de las demás definiciones.

Esta técnica cuasi lógica es bastante usada en toda clase de asuntos jurídicos; sin embargo, no se olvide que las definiciones pueden cambiar, y que será mejor una definición cuando ella tiene un grado de estabilidad aprobado por el auditorio.

- **La regla de justicia y reciprocidad.** Esta técnica parte del supuesto de que es posible identificar a dos seres A y B si es posible que las afirmaciones que se refieren a uno puedan hacerse con relación al otro. Bajo este supuesto es posible y racional darle un trato igual a los dos seres por tratarse de seres idénticos, al no existir una razón para tratarlos de manera diferente.

²⁷ Perelman Ch, Tratado, op. cit. p. 328.

Como puede apreciarse, la recurrencia al argumento del precedente es una forma de este argumento; pero, ¿hasta qué punto dos cosas son iguales o pueden predicarse de ellas cosas iguales? Como se verá en el análisis, el juez constitucional se esfuerza bastante en esta técnica, en aras de la predecibilidad y seguridad jurídica anheladas en el derecho.

Perelman advierte que esta técnica puede tomarse de manera exagerada si se olvidan las diferencias esenciales y a pesar de ello se busca justificar un trato igual. En esos casos la asimilación entre los seres no podría resultar válida.

• **Argumentos de transitividad, de inclusión y de división.** En este grupo se presentan los argumentos cuasi matemáticos que aplican nociones que se asemejan a este campo. Los casos son:

- La transitividad es entendida como una propiedad formal de una relación entre tres términos. En esta relación, en virtud de la conexión existente entre, por una parte, el primero y el segundo y, por otra, el segundo y el tercero, se puede llegar a la conclusión de que también existe la misma conexión entre el primer término y el tercero. Esta propiedad, señala Perelman, es propia de relaciones como “igual a”, “incluido en”, “mayor o más grande que”.

- La inclusión parte del principio según el cual la posibilidad de incluir la parte en el todo hace posible afirmar que el todo es mayor que cada una de las partes que lo integran. Esto puede probarse a través de ejercicios matemáticos, lo cual lo hace un argumento cuasilógico, pero esta relación de subordinación de la parte al todo sería evidente si se tratará de una relación en la que las partes fueran homogéneas, lo que no ocurre en el campo de la argumentación. Argumentamos por inclusión cuando, por ejemplo, afirmamos que “aquello que no es bueno para la nación en conjunto, como lo sería la falta de seguridad, tampoco puede ser bueno para ninguna de las partes de la nación, es decir, para los ciudadanos”.

Como se ve, se asume que la nación está compuesta de ciudadanos homogéneos y que, en el mismo sentido, las conveniencias de la nación tienen que ser las mismas que las conveniencias de sus partes, esto es, sus ciudadanos.

- Finalmente el argumento por división busca persuadir con base en la enumeración de las partes de un todo y sus interrelaciones. Este sería el caso de un abogado defensor quien argumentara que “mi cliente sólo pudo haber cometido el homicidio motivado por la venganza, por el odio o por el interés económico. Pero como es claro que no tenía motivos para lo primero, así como que profesaba un profundo amor por la víctima es imposible decir que sea culpable pues, además, su gran riqueza descartan de plano la tercera posibilidad”.

1.3.1.2 Argumentos que fundan la estructura de lo real. Finalmente el tercer grupo de técnicas corresponde a los argumentos que fundan la estructura de lo real. En este tipo de argumentos se tiene en cuenta un caso concreto para reforzar ciertos esquemas de pensamiento que pueden ser admitidos en situaciones reales. En otras palabras, en este tipo de argumentos de lo que se trata es de unir elementos determinados en la argumentación para que la plausibilidad resultante de tal unión sea trasladada a las tesis que se quieren proponer y con las cuales existe una clara conexión. Se dice que estos argumentos “fundan la estructura de lo real” pues todos ellos, partiendo siempre de lo aceptado por el auditorio, pretenden alcanzar la aceptación de la conclusión mediante la reestructuración de lo que el auditorio considera como real.

Este tipo de argumentos se caracteriza entonces porque desde un caso particular conocido (sea un ejemplo, una ilustración, un modelo o una comparación) se pretende establecer, a partir de él, una regla general que nos permite estructurar de cierta manera una realidad que anteriormente era desconocida. Por esto decimos que esta clase de argumentos fundamentan la estructura de lo real.

En general Perelman divide a esta clase de argumentos en dos: a) aquellos que fundan lo real recurriendo al caso particular y b) el razonamiento por analogía. En lo que sigue se explicará brevemente cada uno de ellos.

- **El fundamento por el caso particular.** Se dividen en tres: la argumentación por el ejemplo, la ilustración y el modelo.

La argumentación por el ejemplo se da cuando se recurre a un caso particular, que debe ser aceptado como un hecho, para concluir a partir de él o bien una generalización o bien una conclusión con respecto a otro caso particular.

El ejemplo que se presenta con el fin de construir una regla general a partir de él, debe cuidarse de no constituir un objeto de discusión. El ejemplo durante el espacio en el que se emplea en la argumentación debe gozar del estatus de hecho para evitar cualquier discusión en torno suyo.

Señala Perelman, cuando “el propio orador no extrae ninguna conclusión de los hechos que alega, nunca estamos seguros de que el orador desee que se consideren ejemplos sus enunciados”²⁸.

La ilustración puede distinguirse del ejemplo en tanto el ejemplo permite fundar una previsión o una regla, mientras que la ilustración, por su parte, tiene como propósito reforzar la adhesión que ya posee una regla que es conocida y admitida por el auditorio. La ilustración suministra casos particulares que permiten dar mayor claridad al sentido general del enunciado que se presenta, aumentando con ello su presencia en la conciencia del auditorio.

El modelo y el antimodelo. Para Perelman “la argumentación por el modelo, como argumento de autoridad, supone que se trata de una autoridad que por su

²⁸ Perelman, Ch, Tratado, op. cit. 1994. p. 539.

prestigio sirve de caución a la acción considerada²⁹. El antimodelo, por su parte, permite argumentar señalando lo que no debe seguirse.

Como podrá apreciarse, este es también uno de los argumentos más utilizados de cara a la persuasión.

- **Razonamiento por analogía y metáfora.** La analogía se presenta como una forma de argumentación que se caracteriza por construir razonamientos y comunicarlos de manera no formal. En algunos casos señala Perelman “la analogía podrá ser eliminada en fin de cuentas cuando la conclusión a la cual se llega se resume en una fórmula matemática, pero que muy a menudo -sobre todo en filosofía y en la expresión de un pensamiento religioso-, ella se encuentra en el centro de una visión original, sea del universo, sea de las relaciones entre el hombre y la divinidad³⁰”.

En la analogía se busca establecer nexos entre elementos de una relación, se afirma por ejemplo que a es a b como c es a d. Entre las relaciones que se conectan no se afirma una igualdad simétrica por definición, sino que se parte de una asimilación que busca aclarar, estructurar y evaluar uno de las relaciones que se presenta que es mejor conocida que la otra con la que se quiere comparar. Ahora bien, esta relación no es de tipo ontológico sino de tipo argumentativo. El orador puede una vez logrado su objetivo abandonar la analogía que le permitió sustentar su posición.

Por su parte, la metáfora se muestra como una analogía condensada, en donde se fusionan las dos relaciones que se conectan (el tema y el foro). De la analogía A es a B como C es a D, la metáfora se tornará de la forma: A de D, C de B; A es C.

²⁹Perelman Ch. Nueva Retórica, op. cit., 1997.p. 148

³⁰ Ibid. p. 152

A partir de la analogía “la vejez es a la vida lo que la noche es al día”, se derivarán las metáforas: “la vejez del día”, “la noche de la vida” o “la vejez es una noche”³¹.

Como se podrá entender, muchas de estas técnicas, además de guardar una cierta semejanza (el argumento por el ejemplo puede también ser un argumento de equidad) son utilizadas con el propósito de provocar adhesión por parte del auditorio a las tesis que se le presentan a su asentimiento. Sin embargo, es bastante difícil llegar a saber si, efectivamente, una argumentación generó o no aceptación o no por parte del auditorio, pues muchas veces una salvación de voto, como en las dos sentencias que se pasan analizar, puede resultar más persuasiva para uno y no para otros. Pero, recuérdese, la teoría de la argumentación de Perelman es descriptiva y, en ese sentido, se pasará a examinar cómo funcionan los conceptos referidos hasta ahora dentro de las dos sentencias referidas anteriormente. Para ello se procederá de la siguiente manera:

Para el caso de la sentencia C-319 de 2006, se abordarán los argumentos en el orden conforme se han presentado en la misma, empezando con los referidos por el demandante hasta llegar a los del magistrado que en esta ocasión hizo su respectivo salvamento de voto. Esta será una ocasión para enfrentar los contra argumentos de las parte que quedaron inconciliables.

Para la sentencia C-370, por el contrario, se examinarán sólo aquellos argumentos con los que se declararon inexecutable partes sustanciales de la Ley de Justicia y Paz (esto se explicará en su momento) al igual que los dos salvamentos de voto también en sus partes sustanciales.

³¹ Perelman, Ch, Op.Cit., 1997, p 161.

2. EL DEBATE ARGUMENTATIVO E INTERPRETATIVO EN LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA LEY 975 DE 2005. Sentencias C-319 de 2006³² y C-370 de 2006³³

Como se ha visto, el tema de la decisión judicial ha copado el interés de un variado conjunto de autores, entre los que este trabajo ha destacado los aportes de Duncan Kennedy, Robert Alexy y Chaïm Perelman.

Para una aplicación más detallada del objeto de análisis de este trabajo de investigación, considérense, para comenzar, cada uno de los conceptos relacionados con las técnicas argumentativas de la teoría de la argumentación de Perelman para señalar en qué múltiples sentidos pueden incluirse dentro del proceso de argumentación de la Corte Constitucional en dos de sus sentencias relacionadas con la Ley de Justicia y Paz, valga decir, las sentencias C-319 de 2006 y C-370 del mismo año. Como se sostuvo al final del anterior capítulo, siempre que se recurre a las técnicas argumentativas lo que se busca es favorecer un punto de partida de la argumentación, punto de partida que, según el orador, será el mejor aceptado por el auditorio.

2.1 PROBLEMA CENTRAL DE LA SENTENCIA C- 319 DE 2006

Tal como quedó claro en esta sentencia, de los dos reclamos hechos por el peticionario (uno en sentido material y otro en sentido formal) sólo el referente a éste fue el que se examinó en la sentencia, pues en lo tocante al contenido del articulado de la Ley 975, el reclamante no procedió en el tiempo requerido por la Corte Constitucional a corregir los vicios de la demanda y, en ese sentido, ésta sólo fue admitida parcialmente, como señaló, en cuanto hizo a la demanda de la violación del artículo 152 de la Constitución Política.

³² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-319 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

³³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-370 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

En efecto, el asunto formal se centró en este hecho: según el demandante, la Ley de Justicia Paz debió tramitarse como estatutaria y no como ordinaria. Entonces, para esta primera parte del análisis, considérense los argumentos de la sentencia, como se dijo, según el orden en que estos fueron apareciendo y amén de los conceptos antes mencionados. (Debe advertirse que al seguirse el orden de exposición de la sentencia, en algunas ocasiones se repite el nombre de una técnica, si bien con contenido diferente).

2.2 LAS TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS DE LA SENTENCIA 319 DE 2006

En esta ocasión se apreciarán los argumentos y por ende las interpretaciones que se derivan de la sentencia 319 de 2006 a partir de las técnicas argumentativas desarrolladas en ella. En un sentido claramente hermenéutico, ha de entenderse que al examinar dichas técnicas a la vez se está ingresando al corazón de la interpretación de la Corte Constitucional, incluida también la argumentación del magistrado que prefirió salvar su voto. Se procederá, según ya se ha dicho, conforme fueron apareciendo los argumentos en el orden del desarrollo de la sentencia.

2.2.1 La técnica de la definición. Uno de los argumentos que permite salvar la cuestión sobre si la Ley de Justicia y Paz debió tramitarse como estatutaria o como ordinaria, ha de hacer referencia, sin lugar a dudas, a la definición o determinación de las circunstancias bajo las cuales se requiere el procedimiento de ley estatutaria. Es de aclarar, sin embargo, que por tratarse de un argumento cuasilógico, si bien su fuerza radica en la semejanza que guarda con las demostraciones formales, en la argumentación las definiciones sólo recurren, entre otros muchos argumentos, como una forma de persuasión del auditorio. Por lo demás, y como se verá en la definición que soporta la cuestión referida, los aspectos que se incluyen en ella tienen un tal carácter de ambigüedad que, a diferencia de toda definición formal, resulta difícil determinar, prima facie, con la

sola definición, si el problema queda resuelto con tal procedimiento definitorio. En todo caso, esta es la definición:

La jurisprudencia ha sostenido que los criterios determinantes para identificar si una disposición que regule derechos y deberes fundamentales debió ser tramitada como ley estatutaria son los siguientes: (i) en primer lugar la materia regulada, pues ha de tratarse de derechos y deberes de carácter fundamental, (ii) que trate sobre los elementos estructurales y los principios básicos del derecho o deber en cuestión, (iii) que se refiera a los contenidos más cercanos al núcleo esencial del derecho, (iv) que regule aspectos inherentes al ejercicio del derecho, (v) que consagre límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten el núcleo esencial, (v) cuando se trate de un cuerpo normativo que pretenda regular de manera integral, estructural y completa un derecho fundamental, (vi) que aludan a la estructura general y principios reguladores pero no al desarrollo integral y detallado (vii) que la disposición se refiera a situaciones principales e importantes de los derechos³⁴.

Esta definición, como se dijo, no es suficiente para dirimir el caso en cuestión, si bien, claro está, permite poner los términos de la discusión en el marco de esas premisas. Y no es suficiente porque toda definición en el campo de la argumentación puede prestarse a múltiples interpretaciones. ¿Acaso el numeral (vii) no es claramente aplicable a la Ley de Justicia y Paz? A primera vista, parece que sí, pues esta ley se “refiere a situaciones principales e importantes de los derechos” fundamentales, tal y como queda claro por el hecho que compromete el acceso a la justicia y el debido proceso, entre otros. Sin embargo, parece que el numeral (v) no es completamente aplicable al caso, en tanto y en cuanto esta ley no es “un cuerpo normativo que pretenda regular de manera integral, estructural y completa un derecho fundamental”, según sostendrá la Corte en uno de sus argumentos principales y que a la postre condujo a la declaratoria de exequibilidad del procedimiento ordinario bajo el cual se aprobó esta ley en el Congreso de la República.

³⁴ Sentencia C-319 de 2006, p. 32.

Ahora bien, mirada con detenimiento, esta definición acude también a argumentos de autoridad lo mismo que a la técnica que funda la estructura de lo real denominada “el modelo”, justo allí donde se dice que “la jurisprudencia ha sostenido que los criterios determinantes para identificar si una disposición que regule derechos y deberes fundamentales debió ser tramitada como ley estatutaria son los siguientes, etc., etc.”, dando a entender la importancia de respetar lo dicho por la autoridad en casos pasados; de igual forma, puede vislumbrarse que la definición misma comporta la técnica de “justicia y reciprocidad”, pues se busca inducir a que se trate la cuestión que se trae entre manos de la misma manera que la jurisprudencia ha tratado asuntos semejantes en el pasado. De cualquier modo, es la definición, más que la técnica del modelo o de justicia y reciprocidad, la más sobresaliente en este apartado, o mejor, el centro de gravedad sobre el cual se pretende llevar a cabo una parte importante de la discusión.

El siguiente argumento recurre también a la técnica de la definición en su última parte. Dice así:

Si bien es claro que los derechos de las víctimas son la concreción de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y debido proceso, la Corte pone de presente que la Ley 975 de 2005 no tiene por objeto disponer del contenido esencial de tales derechos, ni regularlos de manera íntegra, estructural o completa. La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que la regulación del procedimiento penal no tiene reserva de ley estatutaria. (Subrayado fuera del texto)³⁵.

En efecto, aquí la definición es de carácter normativa, pues “señala con fuerza constrictiva, como dice Perelman, cuál debe ser el uso que se da de un término”³⁶, en este caso, cuál debe ser el uso que debe dársele al término “ley estatutaria” cuando la materia que se regula hace parte de un procedimiento penal.

³⁵Sentencia C-319 de 2006, p. 35.

³⁶ PERELMAN, Ch. op. cit. p. 112-118.

Pero, se insiste, esta es apenas una de las técnicas de que se sirve cualquier orador en su discusión en aras de la persuasión, técnica que debe reforzarse con otros procedimientos discursivos como los que se muestran a continuación.

2.2.2 La técnica del argumento por división. Este argumento, como se explicó en el capítulo anterior, es semejante al que opera en una división disyuntiva, por ejemplo, cuando se demuestra formalmente que si una cosa que es A o B no es A, entonces se sigue que es B. Una vez más, recuérdese de todos modos que en la argumentación, a diferencia de las demostraciones formales o silogísticas, toda división es cuasi lógica, es decir, que no toma la fuerza de una prueba formal propiamente dicha. Un ejemplo de un argumento de este tipo es el que ofrece el demandante; en palabras de la Corte Constitucional:

Por otra parte afirma [el demandante] que los destinatarios de la Ley 975 de 2005 han sido exonerados del cumplimiento de sus deberes constitucionales, consagrados en el artículo 95 de la Carta, pues a su juicio [1] no tienen el deber de denunciar todos los crímenes de los que tengan noticia, [2] no tienen el deber de señalar los autores conocidos de los delitos, [3] no tienen el deber de declarar de forma completa y veraz sobre los delitos que hayan cometido, [4] en caso de incurrir en inexactitudes u omisiones en su declaración no perderán los beneficios recibidos sino que su pena será reajustada de manera irrisoria, [5] no están obligados a entregar todos los bienes obtenidos en su actividad delictiva y finalmente, [6] el reconocimiento de los delitos no va asociado a la previa reparación integral de la víctima³⁷. (Corchetes por fuera del texto).

Queda claro: dado que se divide la cuestión en sus respectivas partes, se deriva de ese procedimiento, según el demandante, que la Ley de Justicia y Paz, además, es contraria o entra en colisión con el art. 95 de la Constitución Política, sobre todo, se entiende aquí, en el sentido de que este artículo establece los deberes de todos los colombianos, los cuales, en el caso de la Ley en mención, quedan en parte abolidos, según el argumento por división presentado.

³⁷Sentencia C-319 de 2006, p. 23.

Pero, como se ha dicho, esta sentencia no hará referencia a aspectos sustanciales de la Ley de Justicia y Paz, por lo cual queda también inconclusa la demanda en esta parte, pues sólo se está discutiendo lo referente al proceso de Ley estatutaria que debió surtir esta Ley.³⁸ (Será en la sentencia C- 370 de 2006 que se examine si algunos apartados de esta Ley violenta o va en contra de derechos fundamentales).

Con todo, este argumento del demandante será uno de los puntos de ataque de la intervención del Ministerio del Interior y de Justicia y de una de las intervenciones ciudadanas. Y se señala esto porque, como se recordará, los dos argumentos dados por definición que se señalaron anteriormente, no son incontestables si el alegato en su conjunto no pasa otras pruebas, dentro de las cuales está saber si la Ley de Justicia y Paz es contraria en todo o en parte los deberes de los colombianos consagrado en el art. 95 de la Carta Política. De ahí la importancia de ese argumento por división del demandante y sustanciado por la Corte.

2.2.3 Otro argumento por definición. En su intervención, el Ministerio del Interior y de Justicia apela al argumento por definición y al modelo en los siguientes términos:

... señala que en materia de derechos fundamentales la jurisprudencia constitucional ha establecido como criterio para decidir si una específica normatividad debió ser expedida como ley estatutaria, la circunstancia que el cuerpo normativo objeto de estudio regule de forma “íntegra, estructural o completa” un derecho fundamental o afecte su núcleo esencial, al consagrar restricciones o limitaciones a su ejercicio. Sostiene al respecto que la Ley 975 de 2005 “... no afecta el núcleo esencial ni tiene por objeto la reglamentación en forma íntegra, estructural o completa de un derecho fundamental en particular, especialmente porque no establece límites, restricciones, excepciones ni prohibiciones a su ejercicio, ni los despojan de su necesaria protección, sino que, por el contrario, las disposiciones contenidas en el

³⁸ Esto queda claro por la misma forma en que queda resuelta la sentencia: “Declarar **EXEQUIBLE**, únicamente por el cargo analizado en la presente sentencia, la Ley 975 de 2005, “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente”.

texto acusado buscan garantizar el acceso de las víctimas a la administración de justicia, asegurar la efectividad de sus derechos y facilitar y agilizar su actuación dentro del proceso. (Subrayado por fuera del texto)³⁹.

En efecto, como se vio a partir de la primera definición tratada dentro de estos argumentos, lo primero que la Corte Constitucional considera valioso de cara a la discusión es definir los términos dentro de los cuales la jurisprudencia se refiere al trámite de ley estatutaria, estrategia argumentativa a la cual hace también referencia, como definición, este Ministerio.

Este es un elemento fundamental en el tema de discusión, pese a que, como ya también se mencionó, el aspecto señalado por el Ministerio es sólo uno de los siete criterios a los que alude la Corte Constitucional, criterio que, dicho sea de paso, puede gozar de múltiples aristas de interpretación en razón a que las palabras “íntegra”, “estructural” o “completa”, contempladas en la definición, lo mismo que la expresión “afectar el núcleo esencial” de un derecho, pueden ser controvertidas en cualquier momento de la discusión; de hecho, la argumentación siempre se establece allí donde, entre otras cosas, las premisas de las que parte el proceso argumentativo, por estar expresadas en una lengua natural y no formal, no tienen el carácter de constrictivos. (Ya se verá esto con más claridad cuando se tomen los argumentos del salvamento de voto).

De paso, queda también claro que este argumento se sirve de la de la técnica del modelo o de autoridad, justo allí donde se hace mención a la jurisprudencia. Pero... ¿bastaría con las definiciones dadas, con el argumento de división del demandante o con este argumento por autoridad y por definición del Ministerio del interior y de Justicia para dar por terminada la discusión?

La pregunta es importante para comprender este aspecto de la teoría de la argumentación de Perelman: hasta el momento, la Corte Constitucional no ha

³⁹Sentencia C-319 de 2006, p. 23-24.

asentado su punto de vista, pese a que ya se ha dicho cuál es la decisión a la se va a llegar en este caso, y sólo está teniendo en consideración los argumentos de las partes (pues ellos hacen parte del auditorio) para luego entrar a desarrollar sus propios criterios. Se trata entonces de tener en consideración los puntos de vista de los intervinientes, pues son ellos, por decirlo de alguna manera, la encarnación de un auditorio más universal al cual deben dirigirse los jueces, auditorio dentro del cual se incluyen ellos mismos cuando escuchan las intervenciones de sus colegas.

2.2.4 Argumento por inclusión. El Ministerio referido, siguiendo el orden que se ha propuesto, presenta también el siguiente argumento:

En relación al cargo referente a la regulación de deberes constitucionales mediante una ley ordinaria, el interviniente considera que carece de fundamento, pues los deberes de los sujetos procesales han sido por regla general regulados por el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, estatutos que no tienen la naturaleza de ley estatutaria⁴⁰.

Es decir: puesto que los deberes de los sujetos procesales han sido regulados dentro del Código Penal y en el Código de Procedimiento Penal, entonces, por inclusión, estos deberes no riñen con los señalados en el artículo 95 de la Carta Política.

Ahora bien; habrá notado el lector que algunos de los argumentos expuestos hasta el momento no sólo tienen que ver con el carácter estatutario u ordinario de la Ley de Justicia y Paz; o así por lo menos se deduce de éste y el siguiente argumento, el cual está dirigido, bajo la misma modalidad del argumento por división, a responder la queja que el demandante había planteado cuando hacía referencia a la impunidad que albergaba la aplicación de esta Ley.

⁴⁰ Ibid, p. 24.

2.2.5 Otro argumento por división. En efecto, afirma la sentencia con respecto al Ministerio del Interior y de Justicia:

Sostiene [este Ministerio], por otra parte, que el actor se equivoca al señalar que la ley acusada vulnera los deberes previstos en el artículo 95 constitucional por las siguientes razones: i) Sí existe el deber de denunciar los crímenes de los que se tenga noticia y de señalar los autores conocidos de delitos; ii) La confesión contemplada en la ley acusada debe ser completa y veraz, pues en caso contrario el desmovilizado perdería los beneficios otorgados; iii) El reconocimiento de los delitos va asociado a la reparación integral de la víctima, requisito indispensable para acceder a los beneficios previstos en la ley; iv) Los destinatarios de la ley están obligados a entregar todos los bienes adquiridos en ejercicio de su actividad delictiva; v) Uno de los compromisos impuestos a los desmovilizados es no reincidir en las actividades delictivas por las que fueron condenados⁴¹.

Esto llama la atención por la siguiente razón: pese a que algunos argumentos hacen referencia al contenido material de la Ley Justicia y Paz y no sólo a su forma, las intervenciones no pueden dejar de responder las inquietudes planteadas, en este sentido las propiamente sustanciales de la demanda. Según se puede interpretar, esto es consonante con la decisión de la Corte Constitucional, al igual que concuerda con el hecho de que lo que en esta sentencia no quedó resuelto en términos sustanciales, puede quedar abierto a posteriores discusiones, como de hecho se evidenció en la sentencia C-370 de 2006, que, como se verá, sí entró a tocar aspectos centrales del articulado de Justicia y Paz.

2.2.6 Un argumento con técnica de incompatibilidad. Ya en el marco de las intervenciones ciudadanas, aparece un argumento que hace develar una incompatibilidad entre una idea razonable y otra que pretende serlo pero que se desvirtúa con aquella. De nuevo, se trata de saber si la discutida ley viola el artículo 95 constitucional, bajo la consideración de que los victimarios violentan algunos deberes como ciudadanos colombianos. El argumento de esta

⁴¹ Ibid, p. 24.

intervención ciudadana es el siguiente, y va directamente en contra del demandante, o mejor, de uno de sus argumentos:

Considera [el ciudadano] que aceptar el argumento del actor supondría abrir “un boquete a cualquier legislación de beneficios, ya que todos los que han sido condenados o cometido delitos y confesado o aceptado los mismos deben haber contrariado el mandato del artículo 95, lo importante es un compromiso para no reincidir y en esto la ley es implacable al exigirlo”⁴².

La incompatibilidad salta a la vista: toda persona que haya delinquido es obvio que ha ido en contra del artículo 95 de la constitución, de modo que sería contradictorio pretender establecer unas leyes para los delincuentes, ya que toda ley en este sentido estaría ella misma en contradicción con el artículo superior, y esto, como puede verse, parece una contradicción insalvable. En otras palabras, lo que muestra esta intervención es lo absurdo del razonamiento del demandante, en la medida que aceptarlo generaría una contradicción insalvable. Y, puesto que la contradicción está siempre a favor de quien la detecta, entonces aquí la técnica de la incompatibilidad estaría a favor del ciudadano que opone este argumento al presentado por el demandante.

Como refiere Perelman⁴³, detectar una contradicción puede incluso provocar hilaridad, como cuando alguien afirma que es prohibido salirse del programa de una función, y alguien desde el lugar del espectador pregunta haciendo ver la contradicción y con sentido irónico: “¿Y usted está dentro de la programación?”⁴⁴.

El argumento expuesto anteriormente tiene ese matiz. Por paradójico que pueda parecer, lo cierto es que no todos los argumentos expuestos con anterioridad son los llamados a ser rebatidos o aceptados por la Corte Constitucional, pues:

⁴² Ibid, p. 25.

⁴³ Perelman, Op. cit., p. 82-89.

⁴⁴ Ibid, p. 84.

[E]l demandante mezcla de manera indiscriminada el cargo de violación del principio de reserva de ley estatutaria con reproches contra determinados contenidos normativos de la Ley 975 de 2005, los cuales a su juicio violan derechos fundamentales, y en esa medida sus acusaciones no se estructuran en torno al argumento que las disposiciones de la ley debieron ser expedidas por medio del procedimiento especial fijado por el artículo 152 constitucional, que a su juicio sería la configuración propia de un cargo de violación del principio de reserva de ley, sino en torno a la supuesta infracción de derechos y deberes fundamentales por parte de la normatividad acusada.

No obstante, a juicio de esta Corporación en la demanda objeto de examen se formulan cargos claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes respecto de la violación de la reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales y deberes fundamentales pues el actor señala cuáles son las razones por las cuales se infringe el mandato constitucional del artículo 152 literal a) de la Constitución⁴⁵.

En lo que sigue, por lo tanto, se hará referencia, ahora sí, a los argumentos expuestos por la Corte en lo tocante al tema pertinente de la demanda, según ha quedado dicho.

2.2.7 Un argumento adicional de definición. Como era de esperarse, vuelven a aparecer este tipo de argumentos:

Así, ... mediante leyes estatutarias el Congreso de la República habrá de regular (1) los derechos y deberes fundamentales, así como los procedimientos y recursos para su protección; (2) la administración de justicia; (3) la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; (4) las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; (5) los estados de excepción, y (6) la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República.⁴⁶

Las leyes estatutarias se caracterizan no sólo por su contenido material sino por el trámite en su formación. Este último resulta ser más riguroso que el establecido para la generalidad de las leyes. Así, para su aprobación se exige mayoría absoluta y no simple, además, la ley

⁴⁵ Sentencia C-319 de 2006, p. 28.

⁴⁶ Artículos 153 y 241 -numeral 8- de la C. P. Sobre los anteriores requisitos procedimentales se ha pronunciado ampliamente esta Corporación, al respecto pueden consultarse las sentencias C-011, C-089, C-179 y C-180 de 1994, C-037 de 1996, C-371 de 2000, C-169 de 2001, C-179 de 2002 y C-307 de 2004 entre otras.

referida requiere aprobarse dentro de una sola legislatura y debe ser objeto de revisión previa por parte de la Corte Constitucional⁴⁷.

Como ya se ha dicho, este tipo de argumento es una definición normativa, y sirve efectivamente como punto de partida para zanjar discusiones en donde se debate la naturaleza de algo, o mejor, si algo es o no de determinada manera. La segunda parte de la definición es procedimental, en la medida que establece el mecanismo propio, en este caso, de una ley estatutaria. Pero, ya se ha dicho, una definición, a menos que sea desarrollada dentro de sistemas formales desprovistos de ambigüedad, es apenas una de las técnicas argumentativas de las que se sirve el orador frente a su auditorio. Quizá por eso el reforzamiento de esta definición con el siguiente cuádruple argumento:

2.2.8 Técnica de justicia, modelo, definición y autoridad. El argumento cuádruple es el siguiente:

Sobre el alcance de la reserva de ley estatutaria se ha ocupado profusamente la jurisprudencia constitucional a lo largo de estos años, y en general los diversos pronunciamientos han defendido la tesis que dicha reserva no ha de interpretarse de manera restrictiva, en el sentido que cualquier regulación que se ocupe de las materias contempladas por el artículo 152 constitucional requiera ser expedida por medio de ley estatutaria, pues dicha interpretación conduciría a un vaciamiento de las competencias de legislador ordinario y a que se produzca el fenómeno que ha sido denominado en el derecho comparado como la “congelación del rango”^{48, 49}.

La primera parte de este argumento es una clara apelación a la técnica del modelo, en el entendido de que se recomienda tener en cuenta la jurisprudencia constitucional para analizar el caso en cuestión; en cuanto a la definición, ésta se aprecia allí donde la Corte alude al carácter no restrictivo que debe dársele a la interpretación del artículo 152; a su vez, el argumento de autoridad tiene una clara

⁴⁷ Sentencia C-319 de 2006, p. 29.

⁴⁸ Sentencia C-307 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁹ Sentencia C-319 de 2006, p. 29.

manifestación en relación a que se apela a los diversos pronunciamientos que sirven de premisa adicional a la tesis que se viene desarrollando.

Ya se había visto cómo funcionan estos argumentos en otros pasajes de las sentencias. Pero lo nuevo radica aquí en el uso que se le da a la técnica de justicia, pues con esta técnica se espera argumentar a favor de la idea de que no es conveniente, ni justo, pretender tratar toda ley bajo la consideración del artículo 152 de la Constitución, pues esto dará como resultado la eliminación de las funciones del legislador y, quizá, una sobrecarga de exigencia a la leyes en su trámite. Tratar el procedimiento de creación de todas las leyes como si fueran iguales cuando no lo son, es un claro ejemplo de no reciprocidad.

2.2.9 La técnica de la analogía. En consonancia con el anterior argumento, la Corte Constitucional desarrolla ahora un argumento analógico o comparativo, en el sentido de señalar en qué casos el artículo 152 de la Constitución debe interpretarse de manera amplia o no restrictiva y en qué casos debe interpretarse de manera amplia, según la materia de análisis. El argumento es como sigue:

[L]os pronunciamientos de esta Corporación han distinguido en lo que concierne al grado de rigurosidad de aplicación del principio de reserva de ley estatutaria en virtud de la materia regulada, pues en ciertos asuntos tales como las funciones electorales han defendido lo que podría denominarse una reserva reforzada, mientras en los restantes tópicos enunciados por el artículo 152 constitucional ha predominado el criterio de flexibilidad en la interpretación de la reserva. Tal ha sido la postura respecto de la regulación de los derechos y deberes fundamentales y de la administración de justicia, sobre las cuales versan precisamente los cargos que han de ser examinados en la presente decisión⁵⁰.

Así las cosas, queda establecida la analogía entre una ley referente a asuntos electorales (de la que se exige mayor control en razón a la materia) y la Ley de Justicia y Paz, de la cual ya se ha dicho en el anterior argumento que debe

⁵⁰Ibíd., p. 29.

generársele una interpretación amplia con el fin de no producir lo se llamó “congelación del rango”.

2.2.10 De nuevo, un argumento de definición. Para terminar, la Corte Constitucional retoma uno de los aspectos de la definición a la que se había hecho referencia (2.2.1) y con base en esta definición concluye que la Ley de Justicia y Paz no requería trámite de Ley estatutaria. Este es el argumento:

Si bien es claro que los derechos de las víctimas son la concreción de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y debido proceso, - en cuanto además de la reparación del daño, la víctima tiene el derecho al establecimiento de la verdad-, la Corte pone de presente que la Ley 975 de 2005 no tiene por objeto disponer del contenido esencial de tales derechos, ni regularlos de manera íntegra, estructural o completa⁵¹.

Como se puede observar, este argumento toma una de los rasgos de la definición normativa y sobre dicho rasgo considera relevante concluir el aspecto central de su sentencia.

2.2.11 Los argumentos del salvamento de voto. Un argumento de incompatibilidad. No es de extrañar ahora que el salvamento de voto se erija sobre un argumento de incompatibilidad, pues es deber de quien contra argumenta una tesis desarrollada por algún orador, mostrar que dicha tesis es contradictoria, o incompatible, con otras tesis admitidas por el orador en otras o en las mismas circunstancias. Así empieza este argumento:

La jurisprudencia constitucional⁵² ha encontrado fundamento de los derechos de las víctimas en el bloque de constitucionalidad y en el artículo 93 de la Constitución. Esta Corporación ha reconocido a los derechos de las víctimas el carácter de derechos constitucionales y ha encontrado su fundamento en principios, valores y derechos fundamentales tales como el Estado social de derecho, la dignidad

⁵¹ Ibíd. p. 35.

⁵²En las sentencias C-228 de 2002, C-979 de 2005 y T-453 de 2005 se hace una extensa exposición de la regulación de los derechos de las víctimas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

humana, la participación, la justicia, el derecho de acceso a la administración de justicia, el derecho al buen nombre, el derecho a la honra, el derecho a la intimidad y el derecho al debido proceso. Así mismo, ha reconocido que se trata de derechos reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad e igualmente ha otorgado el amparo constitucional, por medio de la acción de tutela en casos en los cuales han sido infringidos por parte de las autoridades judiciales⁵³.

En efecto, este argumento tiene como centro de gravedad mostrar que los derechos de las víctimas, por conexión y según ya lo ha establecido la misma Corte, son derechos fundamentales. En ese sentido, según este argumento, la Ley de Justicia y Paz está regulando el núcleo esencial de esos derechos, los cuales tienen que ver con la dignidad, la honra, el acceso a la justicia, el buen nombre, el debido proceso, la intimidad, etc., y por eso este argumento es incompatible con la decisión tomada por la Corte Constitucional, según el magistrado que elaboró este salvamento de voto.

El argumento de incompatibilidad viene a reforzarse con esta otra idea, la cual también apunta a este tipo de argumentos:

Cabe anotar adicionalmente que en la sentencia de la cual me aparto se hace una extenso recuento de los derechos de las víctimas a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, e incluso adicionalmente se afirma que la ley guarda relación con otros derechos fundamentales tales como el derecho a la paz, el cual es definido como “un derecho subjetivo de carácter fundamental”, de lo cual se deduce aún con más fuerza el carácter iusfundamental de las materias reguladas por la Ley 975 de 2005.⁵⁴

2.3 Análisis global de las técnicas argumentativas de la sentencia C-319 de 2006. Retómense ahora algunas de las ideas del primer capítulo para ir hilando los conceptos que iluminan este trabajo de investigación.

⁵³Sentencia C-319 de 2006, p. 54.

⁵⁴Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

Para comenzar, adviértase que de seguir la postura de Kennedy quedaría claramente manifiesta la libertad del juez constitucional cuando decide optar por una interpretación que, aún ajustada a la ley, se remite a la no necesidad de tratar el proceso de creación de Justicia y Paz a través de una ley estatutaria, pues bien cabía la posibilidad, como de hecho se probó, de decidir por el carácter de trámite ordinario de la misma. Quizá por eso tenga sentido decir que en cada decisión judicial, tal y como lo advierte este autor, el juez está restringido por la ley pero también puede, sin estar al margen de ella, decidir libremente la opción que más considere conveniente. Con tal proceder, queda de algún modo probado que en algunas ocasiones el juez decide de manera a priori la decisión a la que quiere llegar, para la cual luego busca los argumentos que la soporten.

Pero adviértase que lo conveniente es una categoría de la argumentación deliberativa y no una del discurso forense. En otras palabras, no hay que olvidar que lo propio de las decisiones políticas es esto de averiguar la conveniencia o no de una decisión, de donde es fácil entrar a suponer que cuando se entró a decidir sobre el carácter ordinario o estatutario como procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, había razones de conveniencia que luego y paso a paso se iban exponiendo en la argumentación, la cual pudo venir a ayudar en la decisión previamente asumida; y, en todo caso, que este tipo de argumentaciones, aunque propio de otro nivel (el deliberativo) hace de todos modos su aparición en los ámbitos jurídicos, pues es difícil separar la conveniencia de una ley de su carácter legal en un momento determinado. Así, los argumentos pueden efectivamente llegar a ser posteriores a la decisión previamente tomada cuando lo conveniente pasa a ocupar un plano de preponderancia en la decisión judicial.

Adviértase, en todo caso, los siguientes dos asuntos: una decisión tomada previamente no escatima en ningún momento la necesidad de los argumentos mismos, pues la tensión, recuérdese, está siempre entre la ley y la decisión a la cual quiere llegar el juez. Por otra parte, sólo a posteriori se podría tener razón de

que el control de constitucionalidad, propio de las leyes estatutarias, era preferible que haber aceptado su carácter ordinario, como lo muestra, entre otras cosas, el proceso de demanda de la mencionada Ley y la declaratoria de inexecutable de algunos de sus artículos, hecho que, al hilo de la argumentación, no habría sucedido si se hubieran aceptado los vicios de forma que se cometieron en el trámite de la norma en mención.

Pero, se reitera, lo importante aquí es entender que pese a la posibilidad que tiene el juez de decidir previamente la tesis a la cual quiere llegar, siempre y en todo caso ajustándose a la ley, es decir a su interpretación, lo que sí no se puede obviar es que toda decisión jurídica debe apoyarse en argumentos de alguna clase.

Por lo visto, en este caso la ponderación, a la manera expuesta por R. Alexy, tiene menos cabida en este tipo de procedimientos jurídicos en tanto no se trata de poner en una balanza dos derechos que entran en colisión. Es posible que esto hubiera podido hacerse con base en estos dos derechos: el derecho a la paz y el derecho a la justicia; es decir: pudo haberse dado el caso que entre estos dos derechos el juez constitucional ponderara para este caso específico si era menester sacrificar la justicia en procura del alcance de la paz, en el entendido de que, si bien es difícil resolver cada uno de los casos de las víctimas, este derecho pasa a segundo plano cuando de lo que se trata es de conseguir la paz y la reconciliación entre los colombianos. Pero, se repite, en ningún momento éste pasa a ser el tema de análisis de la Corte Constitucional⁵⁵.

⁵⁵Con todo, pueden leerse las siguientes palabras de la Corte en su sentencia 370 de 206 en ese sentido: "Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los Derechos Humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación". De hecho, como se mostrará en su momento, los demandantes de esta Ley consideran que uno de los problemas centrales aquí es el relacionado con el quiebre del principio de proporcionalidad.

En cambio, como se ha visto, la Corte Constitucional recurre a un variado conjunto de técnicas argumentativas para apoyar sus decisiones. Estas técnicas, según puede apreciarse, van subiendo de intensidad, por así decirlo, en la medida en que se va desarrollando la sentencia. En efecto, las primeras técnicas se dirigen al núcleo de una definición normativa, pero luego, cuando es la Corte Constitucional la que tiene que exponer sus razones, se avienen argumentos que, en un solo tramo, desarrollan, como se vio en 2.2.8, cuatro de estas técnicas, para pasar luego a argumento de justicia, analogía y ejemplo.

También es apreciable que el argumento de justicia, de analogía e incluso el de incompatibilidad, vienen a reforzar la necesidad de mantener una línea jurisprudencial que no altere el principio del precedente y, por ende, el principio de justicia que debe regular toda decisión⁵⁶.

Por último, ha quedado claro que los argumentos del salvamento de voto recaen sobre una incompatibilidad, pues esta técnica pretende mostrar que las premisas de la argumentación de las que parte una determinada tesis son contrarias a otras que han sido admitidas por el mismo orador en circunstancias diferentes o, incluso, en las mismas circunstancias. Un triunfo de esta técnica llevaría a que las tesis desarrolladas por la parte contraria queden sin fundamento y deben por ello replantearse. Éste, sin embargo, no fue el caso en esta sentencia, pero igualmente muestra que, en los límites de la argumentación, pueden existir razones que aún reclaman para sí el convencimiento, pese a haber sido derrotadas en el debate. Recuérdese esta idea de Perelman: “los argumentos que se presentan en apoyo de una tesis no la implican de manera necesaria: son más o menos fuertes, como por otra parte, los argumentos que se pueden presentar a favor de la tesis opuesta”⁵⁷.

⁵⁶Como lo va a decir en la sentencia 370 de 2006 el magistrado Jaime Araujo Rentería: “Uno de los principios fundamentales sobre cualquier orden jurídico, es de la coherencia del orden jurídico (además de la unidad y la plenitud del orden jurídico); con este principio se busca que el orden jurídico no sea contradictorio, antinómico”.

⁵⁷PERELMAN, El imperio retórico. Op. cit., p. 76.

¿Qué significa esto? Por un lado, que no hay necesidad lógica entre una tesis y los argumentos con los que se busca defenderla, como por ejemplo la habría entre las premisas y la conclusión de, pongamos por caso, un silogismo demostrativo. En otras palabras, que para toda argumentación siempre existirá la posibilidad de que una tesis que ha sido vencida aún tenga argumentos a su favor. Por otro lado, Perelman está queriendo decir que la tesis que ha ganado en un debate tiene para sí argumentos más o menos fuertes, pero que también la tesis contraria goza de tener buenos argumentos. Podría llamarse a la primera parte de la afirmación de Perelman “*el problema de la necesidad*”, y a la segunda “*el problema de la fuerza del argumento*”. Ambos aspectos se relacionan: en teoría de la argumentación los argumentos buscan su mayor fuerza porque la implicación entre las premisas y la tesis que se intenta derivar de ellas no tiene el carácter de necesidad demostrativa o lógica.

De ahí entonces el recurso al auditorio al que ya se ha hecho referencia: es deber del orador tener siempre en cuenta el auditorio al cual se dirige, más exactamente, tener en cuenta las tesis admitidas por éste y, en ese sentido, presentar los argumentos que considere van a convencer o a persuadir en las tesis que busca defender.

Quizá sea muy temprano para la pregunta sobre la aprobación por parte del auditorio de la Ley de Justicia y Paz y de las sentencias de la Corte Constitucional que la han evaluado; en todo caso, ya se tendrá la oportunidad de examinar, *in situ*, lo que piensan respecto al tema de las víctimas de Santander, en el marco de esta ley, los jueces internacionales, quienes, al fin y al cabo, no pueden descontarse como auditorio al cual deben buscar convencer las decisiones que comporten temas relacionados con los derechos humanos. Por lo pronto, se da paso al análisis de otra de las sentencias hito en el tema que ahora se analiza:

2.4 PROBLEMAS CENTRALES DE LA SENTENCIA C-370 DE 2006

Aunque resulta difícil delimitar a unos cuantos problemas la demanda de constitucionalidad de que fue objeto la Ley 975 de 2005 y restringir por ende el debate que se dio en torno a la misma, es posible en todo caso determinar en tres escenarios los temas centrales de dicha sentencia. El primero de estos escenarios hace referencia a un contenido reiterativo de la demanda, cual es el del principio de proporcionalidad que, según los demandantes, se quiebra con esta sentencia. El segundo escenario es el propiamente argumentativo de la demanda, es decir, el uso de técnicas argumentativas empleadas por los demandantes y sustanciadas por la Corte Constitucional. Por último, el tercer escenario hace referencia propiamente a las consideraciones argumentadas de la Corte Constitucional y de los magistrados que salvaron su voto en esta sentencia, aspecto éste que será tratado cuando se desarrolle el análisis global de esta sentencia, teniendo en cuenta sobre todo el lugar que la Corte Constitucional le ha dado a la CIDH dentro de su argumentación, pues de esta manera se comienza a preparar el capítulo tercero de este trabajo de investigación en cuanto al contexto de la Ley de Justicia y Paz en tres casos en Santander. En lo que sigue, se procederá en el orden señalado, no sin antes hacer la siguiente precisión:

Estos escenarios no agotan las múltiples perspectivas de la sentencia en mención; sin embargo, en ellas puede apreciarse la hermenéutica argumentativa e interpretativa de la decisión de la Corte Constitucional Colombiana en un tema tan importante en la historia de Colombia. Por otra parte, estos tres escenarios, además de estar centrados en la argumentación propiamente dicha, recalca el tema central que luego será objeto de análisis en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, el tema de la protección de los derechos fundamentales de las víctimas, a quienes también el Estado, pese a no estar contemplado en la Ley de Justicia y Paz como reparador de crímenes, ha tenido que reconocer y reparar en razón al nexo entre algunos de sus funcionarios y

determinados crímenes perpetrados por grupos al margen de la ley. En este sentido, y como ya se ha sugerido, el tema de Justicia y Paz ha sobrepasado los límites del ordenamiento jurídico estrictamente interno, y ha llegado a tener audiencia en los estrados internacionales, en este caso en la CIDH. Esto para decir que las leyes internas, en razón a los compromisos de Colombia en cuanto al bloque de constitucionalidad, también pueden ser examinadas a la luz de otros operadores jurídicos, en cuanto a la efectivización de esas mismas leyes, especialmente. En este sentido, entonces, una parte importante del auditorio de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional y de las leyes emanadas desde el poder legislativo, está sin lugar a dudas conformado por los jueces internacionales. Ahora sí, el desarrollo de estos escenarios.

2.4.1 El quiebre del principio de proporcionalidad. Se había dicho en líneas anteriores que parecía inadecuado asumir una perspectiva de proporcionalidad con respecto a la Ley de Justicia y Paz (para lo cual se había argumentado que no era el caso que se estuvieran equilibrando dos derechos para luego sacrificar uno en busca de consideraciones positivas superiores respecto a otro). Así, una parte importante de la demanda alude a la no existencia de proporcionalidad entre el sacrificio de la justicia que implica esta ley y la consecución de la paz, derechos ambos consagrados en la Carta Política. Es decir: la demanda supone en todo momento que estos dos principios, justicia y paz, son inseparables y que, en este sentido, no puede ninguno de ellos ceder su lugar en procura de la consecución del otro, como sería el caso, por ejemplo, cuando se trata de principios que requieren una ponderación y la salida avante de uno de ellos.

[En la demanda] se explica en primer lugar que existe una relación de complementariedad entre los derechos a la justicia y a la paz. Si bien el interés en buscar la paz y establecer mecanismos jurídicos para desarticular los grupos armados combatientes está en aparente tensión con el interés de la justicia y de proteger los derechos humanos y el

*derecho internacional humanitario, se trata de un dilema que no es insoluble. (Subrayado por fuera del texto)*⁵⁸.

Queda claro: el dilema entre justicia y paz no es insoluble porque la tensión entre estos dos derechos, consagrados ambos en la Constitución, es apenas aparente; y porque, como se expondrá líneas más adelante, ambos derechos no sólo son complementarios sino interdependientes⁵⁹.

Aquello que queda dicho entre líneas en el argumento reseñado es que, por lo visto, la Ley de Justicia y Paz está claramente diseñada como un ejercicio de proporcionalidad que busca sacrificar un derecho en procura de otro que al momento se considera superior: la justicia a favor de la paz⁶⁰; y esto, por lo que se puede ver entrelíneas, no puede ser el caso frente a esta ley. Por eso afirman los demandantes con respecto a estos dos valores:

Ambos [...] tienen un fundamento constitucional: fueron consagrados en el preámbulo como aspiraciones del constituyente al adoptar la Carta de 1991, son fines esenciales del Estado (art. 2, C.P.) y son derechos fundamentales (arts. 22, 2, 5, 93 y 229, C.P.). Por otra parte, la jurisprudencia constitucional “ha reconocido que la realización del derecho a la justicia es un elemento muy importante para alcanzar la

⁵⁸ Sentencia C- 370 de 2006, p. 29.

⁵⁹ El argumento de la Corte Constitucional, sin embargo, supone que esta reciprocidad no se tiene que entender en términos absolutos: “Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los Derechos Humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación”. Ibid, p. 179.

⁶⁰ Perelman ha desarrollado toda una teoría de las premisas de lo preferible para aludir a los valores que en ocasiones deben dar paso a otros. La verdad, por ejemplo, puede a veces repeler con el valor de la amistad, como cuando, dice Perelman, Aristóteles tuvo que decidir entre Platón, su amigo, y sus propias teorías. O como cuando un gobierno debe sacrificar el valor concreto de la justicia por otro valor más abstracto como el de la paz. Sacrificar un valor, dice Perelman, es justo eso: sentir que se pierde algo por lo cual se tiene un gran aprecio; por eso valen las cosas, porque a veces deben sacrificarse en pos de otras mejores, sin que las primeras pierdan propiamente su valor. Cfr: Perelman, Ch. El imperio, op. cit., pp. 43-56. Los demandantes, sin embargo, afirman: ““El trato desigual [que comporta la Ley de Justicia y Paz] “sacrifica valores y principios constitucionales que tienen mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial”. Pero luego la Corte, en sus consideraciones, va a firmar: 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. Ibid, p. 248.

*convivencia pacífica, esto es, para ofrecer vías institucionales de resolución de conflictos a través de las cuales se eviten respuestas violentas que no son compatibles con la Constitución colombiana*⁶¹.

Pero, además, si el caso fuera que la Ley de Justicia y Paz planteara en su interior o contemplara de suyo el criterio de proporcionalidad (el cual, se reitera, no aplica en este caso), de cualquier modo, reiteran los demandantes, las penas de esta ley no son proporcionales a los delitos cometidos, así sea la consecución de la paz, la reparación y la verdad, aspectos que también contempla la referida ley⁶². De ahí que, a decir de los demandantes:

*Las normas acusadas no superan un juicio estricto de proporcionalidad como el que se ha de aplicar en esta oportunidad, puesto que “dan un trato desigual a las víctimas que sacrifica valores y principios constitucionales que tienen mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial. De hecho, el beneficio de la pena alternativa es desproporcionado, no sólo porque rebasa los mínimos jurídicos, que prohíben las medidas conducentes a la impunidad, sino porque los beneficios son concedidos sin que se exija una genuina contribución al esclarecimiento de la verdad, a la justicia y a la reparación, ni tampoco a la no repetición de las violaciones*⁶³.

Conforme a las ideas desarrolladas con respecto al principio de proporcionalidad en el sentido de que éste no opera en el caso de la Ley de Justicia y Paz, junto con el argumento según el cual de llegar a contemplarse este principio se llega indefectiblemente a un estado de clara injusticia, los demandantes asumen que el ordenamiento jurídico colombiano contempla otros procedimientos para los casos en que la paz sea un bien deseable en claro contrapeso con otros principios.

⁶¹ Ibid, p. 29.

⁶² De todos modos, en sus consideraciones la Corte va a decir: “Lo anterior no implica que la justicia pueda, a su turno, ser elevada a la categoría de un derecho absoluto, a tal punto que la paz sea sacrificada o su realización impedida. 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. Por ejemplo, la propia Carta Política consagra la posibilidad de adoptar, mediante leyes, amnistías o indultos, siempre y cuando se respeten ciertas condiciones, requisitos y límites constitucionales”. Ibid, p. 228.

⁶³ Ibid, p.26.

A continuación [sigue la Corte sustanciando la demanda], se enuncian las premisas de las cuales debe partir el juicio de proporcionalidad a aplicar en este caso, [según los demandantes]:

1. Con la finalidad de superar conflictos armados, o por ‘motivos de conveniencia pública’, la Constitución prevé la facultad estatal de conceder indultos o amnistías (arts. 150.17 y 201 de la Constitución). Igualmente, el derecho internacional humanitario, que es parte del bloque de constitucionalidad de conformidad con los artículos 93 y 214 de la Constitución, exhorta a los Estados a conceder amnistías a la finalización de conflictos armados (artículo 6 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra)⁶⁴.

Dicho en otras palabras, esta idea de los demandantes se dirige a contemplar que, una vez argumentado no se aplica aquí el principio de proporcionalidad, lo que debió operarse para el caso de la consecución de la paz era una ley diferente a la de Justicia y Paz, tal y como lo posibilita el mismo ordenamiento superior en sus artículos 150 y 201. Queda claro, en este sentido, que los demandantes se apoyan también en la idea de que los crímenes de los grupos al margen de la ley contra sus víctimas no son de ningún modo indultables.

Ahora bien, como es lógico suponer, estas premisas, desde las cuales se intenta un ordenamiento que conduzca a la reconciliación, tienen como consideración que la inequidad, la impunidad y la imposibilidad de acceso a la justicia que comportan Justicia y Paz son hechos que se derivan o se deducen de la interpretación de la misma. Por eso agregan:

2. La facultad estatal de conceder amnistías e indultos se encuentra limitada constitucionalmente por los siguientes motivos: i. Los indultos y amnistías sólo se pueden conceder por delitos políticos (artículos 150.1 y 201 de la Constitución), y ii. Bajo ninguna circunstancia se puede entender que actos atroces y de barbarie, entre los cuales se encuentran las graves violaciones a los derechos humanos, las infracciones al derecho internacional humanitario, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, tengan el carácter de delitos políticos⁶⁵.

⁶⁴ Ibid, p. 30.

⁶⁵ Ibid, p. 30.

Con estas ideas, la demanda retorna a la idea central con la que se había comenzado este apartado: *“Sólo en estas condiciones, paz y justicia no son derechos contradictorios, sino interdependientes. De esta manera, la justicia se constituye en una garantía de la paz y la convivencia pacífica”*⁶⁶.

2.4.2 Las técnicas argumentativas de la demanda. Pero es sin lugar a dudas en el terreno de los argumentos en donde se debate el carácter inconstitucional de la norma, por lo cual se da paso a examinar, como se hiciera con la sentencia C-319 de 2006, algunas de las técnicas argumentativas utilizadas por parte demandante.

2.4.2.1 Argumento de definición. Un argumento fuerte en estos momentos de la discusión hace referencia a lo que se entiende definitivamente con el término *ius cogens*, pues en la medida en que éste tiene que ver con derechos impositivos que no permiten excepcionalidad bajo ninguna circunstancia, de caber en esta definición los delitos cometidos por los grupos al margen de la ley que se cobijan en la Ley de Justicia y Paz, tal como lo hacen ver los demandantes, entonces no es posible establecer ningún mecanismo de proporcionalidad que debilite estos derechos considerado de *ius cogens*⁶⁷. El argumento es el siguiente: “La prohibición de cometer crímenes de guerra y de lesa humanidad es una norma

⁶⁶ Ibid, ps.30-31.

⁶⁷ Con esta expresión se designa al Derecho impositivo o taxativo que no puede ser excluido por la voluntad de los obligados a cumplirlo, por contraposición al Derecho dispositivo o supletivo, el cual puede ser sustituido o excluido por la voluntad de los sujetos a los que se dirige. El Derecho impositivo o *ius cogens* se debe observar necesariamente, en cuanto sus normas tutelan intereses de carácter público o general. La noción, para el Derecho Internacional, viene ya del Derecho romano, habiéndose impuesto actualmente por influencia de la terminología jurídica anglosajona; aunque no siempre ha tenido el mismo significado, actualmente equivale a «Derecho necesario» o derecho que necesariamente han de cumplir los Estados, sin que puedan modificarlo por su voluntad. La discusión sobre la existencia de normas de esta naturaleza en el campo internacional saltó del planteamiento doctrinal al ordenamiento jurídico positivo con la Convención de Viena sobre los tratados en 1969, en cuyo artículo 53, fundamentalmente, se recogió la existencia de tales normas en cuanto se declaró que «es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general», teniendo tal carácter «una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario, y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter». Lo que resulta difícil es determinar concretamente cuáles son, aunque la doctrina considera como tales a las que tutelan los derechos fundamentales de la persona humana, las que tutelan los derechos de los pueblos a su autodeterminación y de los estados a su respeto, los que tutelan los intereses de la comunidad internacional y los que prohíben el uso de la fuerza. En: Diccionario Jurídico. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/ius-cogens/ius-cogens.htm>

imperativa o de *ius cogens*. De allí que los Estados no puedan tomar medidas para autorizar o perdonar la violación de estas normas”⁶⁸.

Una vez más, aparecen, como en el análisis de la sentencia anterior, argumentos de definición. Sin embargo, como también se dijo, éste es apenas un tipo de argumento que, como tal, y por caber dentro del campo de la argumentación y no de las demostraciones formales, no tiene el carácter de constriñente y por ello pueden presentársele argumentos en contra; por ejemplo, puede discutirse el mismo término *ius cogens* para llegar a concluir que los derechos relacionados en Justicia y Paz cumplen con el requisito en mención; pero, igualmente, puede sostenerse otra lectura de lo que significa la misma expresión, lectura a partir de la cual se dé una interpretación más amplia o más delimitada de acuerdo con las necesidades de la argumentación misma.

En síntesis, una definición, como argumento cuasilógico, debe igualmente sostenerse con otros argumentos que también sirvan para apoyar la tesis que se viene defendiendo, la cual puede expresarse también estos términos:

2.4.2.2 Argumento de igualdad. Como quedó expuesto en el capítulo de las técnicas argumentativas, la homologación de un término con otro, es decir, su equivalencia en términos de una igualdad de la forma “A es igual a A”, puede utilizarse como técnica argumentativa para reforzar que si dos cosas son iguales, entonces no puede una sobreponerse a otra ni establecerse entre ellas una jerarquía.

Como se vio en el acápite sobre la complementariedad entre justicia y paz, al poner dichos derechos y principios orientadores como núcleos de la Constitución, el constituyente plasmó su intención de que la paz no estuviera fundada en la negación de la justicia, menos en casos de crímenes tan graves que constituyen ataques a la dignidad humana a

⁶⁸ Sentencia C- 370, p. 42.

*través de atroces vulneraciones a los derechos más elementales de la persona humana*⁶⁹.

Justicia y paz, entonces, a decir de los demandantes, son derechos complementarios y, por lo tanto, por ser complementarios, ninguno puede entrar en jerarquía con respecto al otro; la igualdad de estos dos derechos, (igualdad que se deriva de su intrínseca complementariedad) hace pues que no puedan separarse sin que a la vez pierdan su estricto sentido, pues en una igualdad los dos términos de la relación son también interdependientes o complementarios, para seguir usando el término en mención: si desaparece uno de los términos, el otro pierde su entero sentido; en otras palabras: sin justicia no es posible una paz, y ésta es a la vez el resultado de aquella.

Una vez más, queda claro que el argumento funciona perfectamente cuando se trata de relaciones de igualdad entre términos vacíos, pero que cuando se le refiere a términos que se usan en una lengua natural, bien puede suceder que la igualdad no sea estricta, en este caso cuando los términos de la relación son “justicia” y “paz”. De hecho, puede apreciarse que en casos de indulto, la justicia puede ceder su lugar temporalmente a favor de la paz, de donde se sigue, como se viene diciendo, que la igualdad entre los referidos conceptos puede ocasionalmente devenir inexistente. Pero la demanda contempla además éste otra técnica argumentativa:

2.4.2.3 Argumento de autoridad. Recurrir a la autoridad es y seguirá siendo uno de los argumentos con el que se busca hacer admitir al auditorio las tesis que se le presentan a su asentimiento. En este caso, los demandantes expresan lo siguiente: “*La Carta de las Naciones Unidas [...] de la convivencia pacífica en el respeto y la garantía de los derechos humanos*” y “*encontró como presupuestos*

⁶⁹ Ibid, p. 73.

*básicos e interdependientes la búsqueda de la paz, el respeto de los derechos fundamentales y la justicia*⁷⁰.

La tesis aquí sigue siendo la misma, si bien ha cambiado el argumento; es decir: se trata, una vez más, de soportar estas dos ideas: la imposibilidad de la proporcionalidad cuando se trata de derechos *ius cogens* y la igualdad entre estos dos derechos, para lo cual se trae ahora el concepto de las Naciones Unidas.

2.4.2.4 Argumento de transitividad. Así como la igualdad se expresa entre dos términos, la transitividad requiere tres de ellos; su expresión formal es como sigue: si “a” es “b” y “b” es “c”, entonces queda claro, por transitividad, la relación entre “a” y “c”. El argumento de los demandantes es de este tipo: *“No es necesario entrar a analizar el segundo elemento del juicio de proporcionalidad, esto es, si el trato diferente [de los dos derechos] es o no ‘indispensable’. En la medida en que la impunidad no es idónea para conseguir la paz, tampoco se puede decir que el trato diferenciado sea ‘indispensable’ para conseguir la paz”*⁷¹.

2.4.2.5 Argumento de justicia. Esta técnica es aplicable en el siguiente argumento: *“También consideran [los demandantes] que la figura de la alternatividad penal viola el derecho a la igualdad frente a otras personas que han cometido delitos menos graves y deben purgar penas más altas”*⁷².

Tratar dos seres iguales como diferentes, lo mismo que no considerar las diferencias cuando dos seres no son iguales, es una forma de violar el principio de justicia. Este es el criterio que aquí se utiliza para disentir de la Ley de Justicia y Paz en tanto ésta tiene consideraciones especiales, según los demandantes, para algunas personas a quienes no les cabe una diferenciación de esencia con

⁷⁰ Ibid, p. 73.

⁷¹ Ibid, p. 74.

⁷² Ibid, p. 74.

respecto a los demás individuos. Quienes habiendo cometido delitos menores o semejantes a los cometidos por quienes se acogen a Justicia y Paz, tienen que pagar penas superiores, ven violado el principio de justicia en mención: no puede tratarse de manera diferente seres que por su esencia son iguales; allí donde la diferencia no es visible y esencial, el trato no puede ser diferencial.

2.4.2.6 Argumento de analogía. Muy acorde con la técnica de justicia, la analogía comprende la necesidad de igualar dos cosas que guardan semejanza. Así, con el propósito de desvirtuar el carácter constitucional de la Ley 975 de 2005, los demandantes proponen el siguiente razonamiento analógico: *“Resaltan que la Corte debe declarar la inconstitucionalidad de las normas demandadas en este acápite en su integridad, analizándolas como un sistema, y no aisladamente, tal y como se hizo en la sentencia C-251 de 2002 en relación con la Ley 684 de 2001 de seguridad nacional”*. (Subrayado por fuera del texto)⁷³.

Ahora bien: por tratarse del ámbito de la argumentación, una analogía puede resultar contraria a otros argumentos. Con todo, este argumento viene a apoyar los referidos hasta el momento y va dándole cada vez más fuerza a la tesis presentada por los oradores.

2.4.2.7 Argumento de definición. Una vez más, el argumento de definición hace su aparición, esta vez para terminar la trama argumentativa que se viene desarrollando a favor de la tesis de inconstitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz.

Para culminar la presentación del primer cargo por vicios de fondo contra el sistema normativo consagrado en la Ley 975/05, afirman los demandantes que se trata de disposiciones que violan normas imperativas de ius cogens, concretamente la prohibición de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra y la prohibición de sustraer

⁷³ Ibid, p. 75.

a sus responsables de la justicia, motivo por el cual son absolutamente nulas⁷⁴.

2.5 ANÁLISIS GLOBAL DE LAS TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS DE LA SENTENCIA C-370 DE 2006 FRENTE A LA CIDH

A partir de la segunda mitad del siglo XX, el Derecho Internacional ha evolucionado hacia un aumento considerable de los compromisos de los Estados en el respeto y promoción de los derechos humanos, como garantía de la Paz. Numerosos pactos y convenios internacionales de carácter universal o regional vinculan desde entonces a las naciones en este compromiso común. Además, se han fortalecido los mecanismos judiciales para hacer efectivas las obligaciones internacionales de los Estados en esta materia, se ha evolucionado hacia el reconocimiento y especial protección de la dignidad y los derechos humanos aun en tiempos de guerra mediante la consolidación del Derecho Internacional Humanitario, y se ha aceptado universalmente la responsabilidad penal individual de los autores de graves violaciones a los derechos humanos y la obligación de sancionarla.

Dentro de este panorama de evolución hacia la protección internacional de los derechos humanos, la comunidad de las naciones ha puesto su atención sobre aquellos Estados en que se adelantan procesos de transición hacia la democracia o de restablecimiento de la paz interna y consolidación de los principios del Estado de Derecho. La comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar estos objetivos sociales de paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos. En este contexto, se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el

⁷⁴ Ibid, p. 75.

ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social. La comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado “justicia transicional” o “justicia de transición”, pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción.

El análisis global de las técnicas argumentativas de esta sentencia de la Corte Constitucional, quiere apuntar a un hecho que será de gran ayuda para abordar el tercer capítulo de este trabajo de investigación: la recurrencia a normas internacionales que, de acuerdo con la demanda, son flagrantemente violadas por la Ley de Justicia y Paz.

En efecto, y pese a que sólo se hizo referencia a un argumento de autoridad en el desarrollo de las técnicas argumentativas reseñadas en el anterior acápite, para los demandantes este es uno de los argumentos más recurridos en el tema de Justicia y Paz, pues a su juicio, el problema central de esta ley es su no conformidad con principios del bloque de constitucionalidad, y de ahí por ejemplo la recurrencia a la categoría *ius cogens*, según se vuelve a reiterar en el siguiente argumento:

[Los demandantes] citan a este respecto las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados en las que se define el concepto de normas de ius cogens, así como los pronunciamientos del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Constitucional en que se

definen tales disposiciones como normas imperativas de derecho internacional. (Subrayado por fuera del texto)⁷⁵.

El tema que está en juego, pues, parece ser el de los derechos humanos en su lectura global y no sólo en orden a las disposiciones internas de las leyes colombianas.

Pero, además, resulta poderosamente llamativo que siguiendo los planteamientos de los demandantes, la Corte Constitucional se extienda en una variedad de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el ánimo de no hacer reñir las decisiones que va a tomar con las disposiciones y directrices derivadas de estas sentencias internacionales. Así, entonces, queda claro que uno de los problemas centrales con que puede reñir la Ley de Justicia y Paz se refiere a violaciones, no sólo del bloque de constitucionalidad y el artículo superior que lo soporta, artículo 93 de la Carta Política, sino, y sobre todo, de derechos humanos. Así lo expresa la Corte Constitucional:

La Corte destaca con particular énfasis, que las anteriores conclusiones provienen de Sentencias de un Tribunal internacional cuya competencia ha sido aceptada por Colombia. El artículo 93 superior prescribe que los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Ahora bien, si un tratado internacional obligatorio para Colombia y referente a derechos y deberes consagrados en la Constitución prevé la existencia de un órgano autorizado para interpretarlo, como sucede por ejemplo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, su jurisprudencia resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno. Por ello, esta Corporación ha reconocido relevancia jurídica a la jurisprudencia de los órganos judiciales creados mediante convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, por ejemplo, respecto de la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Sentencia C-010 de 2000⁷⁶, se vertieron al respecto los siguientes conceptos:

⁷⁵ Ibid, p. 75.

⁷⁶ M.P. Alejandro Martínez Caballero

Directamente ligado a lo anterior, la Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.^{77 78}

Pero este, como se dijo, es el tema del próximo capítulo.

⁷⁷ Ver, entre otras, la sentencia C-406 de 1996.

⁷⁸ Sentencia C-370 de 2006, p. 202.

3. ANÁLISIS DE TRES CASOS EN SANTANDER A LA LUZ DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Una vez examinado en el capítulo uno lo referente al tema de cómo argumentan los jueces sus sentencias judiciales (tema que en su momento tuvo como eje principal algunas ideas sobre el particular desarrolladas por Duncan Kennedy, Robert Alexy y, especialmente, Chaïm Perelman), y luego de analizar, en concreto, en el segundo capítulo, el ejercicio argumentativo de dos sentencias emitidas por la Corte Constitucional Colombiana (sentencias que iban al núcleo de la Ley de Justicia y Paz y, por tanto, concomitantes con una parte nuclear de este trabajo de investigación), se pasa ahora a examinar en concreto tres sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Caballero - Santana, Caso de los 19 Comerciantes y Caso Masacre de La Rochela), con el fin de completar un análisis del tema objeto de estudio que dé cuenta del efecto de la Ley de Justicia y Paz en el ámbito regional, el cual, a su vez, ha tenido su repercusión en las estrados judiciales internacionales, valga decir, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así las cosas, quedará claro que un tema como el de Justicia y Paz sólo puede ser entendido en un contexto más amplio como el que ahora se presenta, en tanto involucra aspectos regionales de impacto global.

3.1 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El tema de Justicia y Paz ha suscitado no sólo debates intensos como los desarrollados en las cerca de seiscientas páginas de las sentencias C-319 y C-370 de 2006, sino que ha llamado la atención de los jueces internacionales que siguen con sigilo los procesos de quienes, habiéndose visto involucrados en delitos de lesa humanidad ya históricos, están eventualmente cobijados por la Ley de Justicia y Paz.

Cabe aclarar, sin embargo, que dos de estos casos (el de Isidro Caballero y los 19 Comerciantes), fueron fallados de fondo por la CIDH antes de la promulgación de la Ley de Justicia y Paz; no obstante, posterior a estos fallos, esta corporación ha estado vigilante del cumplimiento de las sanciones impuestas a Colombia y, en este sentido, puesto que en estos cargos hay involucrados reinsertados de los grupos paramilitares que eventualmente pueden verse favorecidos por la justicia transicional y que participaron en los hechos que a continuación se mencionan (hechos en los que también han estado involucrados agentes de Estado), se hace necesario también aludir a la lectura de la CIDH sobre el particular. Para dar inicio a este periplo, considérense, en primer lugar, los hechos más relevantes de estos tres casos, no sin antes hacer las siguientes advertencias:

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según se detallará en lo que sigue, no hay duda de la aquiescencia y/o participación de las fuerzas militares en las acciones aquí relatadas; pero, más que eso, la CIDH es clara en manifestar que uno de los problemas de fondo con respecto al surgimiento del paramilitarismo en Colombia radica en las mismas políticas del gobierno, no de ahora, sino por lo menos en las acometidas desde el año 1968. Esto para señalar que, como reitera una y otra vez la CIDH, el problema de la paz en Colombia no está relacionado tan sólo con la emergencia de grupos al margen de la ley, sino también con los desarrollos internos de la legislación nacional para combatir a los movimientos insurgentes que emergieron hacia la década de los sesenta, como también con la participación de agentes del Estado en acciones ilegales en contra de los derechos humanos.

De otra parte, es necesario tener en cuenta que la vigilancia permanente de la CIDH sobre los casos antes referidos obedece, entre otras cosas, a las consecuencias de no haber tramitado la Ley de Justicia y Paz como ley estatutaria, lo que de hecho puede venir a provocar, en razón al principio de favorabilidad, que quienes se hubieran acogido a esta ley antes de la sentencia C-

370 de 2006, no pierdan las garantías de la misma por no confesar todos los delitos (recuérdese que el artículo 29 de esta ley, antes de declararse inexecutable parcialmente, autorizaba a posteriores denuncias de hechos delictivos que por omisión involuntaria no se hubieran relatado y que en tal circunstancia no se perdían los beneficios de la misma), y que, en este mismo sentido, deba reconocérseles hasta 18 meses de rebaja de la pena carcelaria si comprueban que estuvieron durante ese lapso en zonas de distensión. En otras palabras, es posible que, una vez más, quede una incoherencia sistémica entre la Ley de Justicia y Paz, la sentencia C-370 de de 2006 y las exigencias de los organismos internacionales con respecto a la verdad, la justicia y reparación de las víctimas. (Por eso, una vez relatados brevemente los hechos de estos tres casos, se examinan esta relación trídica en la concepción de los organismos internacionales).

La última advertencia es necesaria, pese a que habrá lugar para esta idea en las conclusiones. La Ley de Justicia y Paz sólo hace referencia a las víctimas de las acciones cometidas por los grupos al margen de la ley; sin embargo (y el que sigue no es un juicio subjetivo ni sociológico, sino que se deriva estrictamente de comprender el alcance de las sentencias de la CIDH), tendrá que seguirse acudiendo a la justicia internacional cuando el caso esté relacionado con los crímenes en cuya participación han estado involucradas las fuerzas armadas, en apoyo de los grupos llamados de autodefensa, perpetrando directamente lesiones contra los derechos humanos. De ahí la necesidad de comprender de manera holística este fenómeno de la Ley de Justicia y Paz: emanada del poder legislativo y después del respectivo control por demanda de inconstitucionalidad, la susodicha ley ha llegado a los estrados judiciales internacionales, lo cual era de esperarse en razón a la materia que regula: delitos contra la dignidad humana, eje central y principio capital de las nuevas constituciones de cuño social y democrático.

3.1.1 CASO CABALLERO-SANTANA. Breve sinopsis fáctica. Según la Comisión, el siete de febrero de 1989, en el lugar conocido como la vereda Guaduas, jurisdicción del Municipio de San Alberto, Departamento de El Cesar, Colombia, Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana fueron capturados por una patrulla militar conformada por unidades del Ejército de Colombia acantonadas en la base militar Líbano, jurisdicción de San Alberto, Cesar, y adscrita a la Quinta Brigada con sede en Bucaramanga. La detención se habría producido por la activa participación del señor Isidro Caballero Delgado como dirigente sindical del magisterio santandereano desde hacía 11 años. Con anterioridad y por el delito de porte ilegal de armas había estado detenido en la Cárcel Modelo de Bucaramanga y se le concedió la libertad en 1986; sin embargo, desde esa fecha era permanentemente hostigado y amenazado. María del Carmen Santana, de quien la Comisión posee muy poca información, pertenecía al Movimiento 19 de Abril M-19 y colaboraba con Isidro Caballero Delgado promoviendo la participación del pueblo para la realización del encuentro por la convivencia y la normalización que se realizaría el 16 de febrero de 1989 en el Municipio de San Alberto. Esta era una actividad organizada por el comité regional de diálogo, cuyo objetivo era procurar una salida política al conflicto armado, propiciando encuentros, foros y debates en diferentes regiones.

Según la demanda, el siete de febrero de 1989 Elida González Vergel, una campesina que transitaba por el mismo lugar en que fueron capturadas las víctimas, fue retenida por la misma patrulla del Ejército y dejada en libertad. Ella pudo observar a Isidro Caballero Delgado con un uniforme militar camuflado y a una mujer que iba con ellos. Javier Páez, habitante de esa región que les sirvió de guía, fue retenido por el ejército, torturado y dejado en libertad posteriormente. Por los interrogatorios a que fue sometido y por las comunicaciones de radio de la patrulla militar que lo retuvo supo de la captura de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana y, una vez puesto en libertad, dio aviso a las organizaciones sindicales y políticas a las que ellos pertenecían, las cuales a su

vez, informaron a sus familiares.

Agrega así mismo la demanda, que la familia de Isidro Caballero Delgado y varios organismos sindicales y de derechos humanos, iniciaron la búsqueda de los detenidos en instalaciones militares, donde se negó que Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana hubieran sido aprehendidos. Se entablaron acciones judiciales y administrativas para ubicar el paradero de los desaparecidos y sancionar a los responsables directos, pero no se obtuvieron resultados positivos. Tampoco se obtuvo reparación de los perjuicios causados.

El cuatro de abril de 1989 la Comisión, motu proprio y antes de recibir comunicación formal de los peticionarios, sobre la base de una solicitud de acción urgente enviada por fuente confiable, transmitió al gobierno la denuncia y solicitó medidas excepcionales para proteger la vida e integridad personal de las víctimas. El cinco de abril del mismo año, la Comisión recibió la denuncia formal de los peticionarios a la que dio curso bajo el N°10.319. El trámite ante la Comisión concluyó el 25 de septiembre de 1992 con la aprobación del informe definitivo N° 31/92 que ratificó el informe N° 31/91 y resolvió remitir el caso a la Corte, lo que hizo el 24 de diciembre de 1992, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51.1 de la Convención Americana. El Estado Colombiano en el decurso procesal presentó excepción sobre su no participación, pero finalmente fue condenado por los reatos contra la libertad personal y la vida de Isidro Caballero y María del Carmen Santana y obligado a investigar y reparar a las víctimas. Esta providencia fue complementada mediante las resoluciones emitidas por la Corte del 27 de noviembre de 2002 y 27 de noviembre de 2003 sobre reparaciones y costas y la última del 6 de febrero de 2008 sobre supervisión de cumplimiento a la sentencia de fondo proferida el 8 de diciembre de 1995.

3.1.2 CASO DE LOS 19 COMERCIANTES. Breve sinopsis fáctica. El seis de marzo de 1996 la Comisión Colombiana de Juristas presentó una denuncia ante la

Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, basada en la desaparición forzada de los 19 comerciantes realizada por miembros del ejército nacional e integrantes de un grupo paramilitar en el municipio de Puerto Boyacá, departamento de Boyacá, región del Magdalena Medio limítrofe con Santander.

El 29 de marzo de 1996 la Comisión procedió a abrir el caso bajo el N°11.603. El 27 de septiembre de 1999 la Comisión aprobó el Informe N° 112/99, mediante el cual declaró admisible el caso, y se puso a disposición de las partes con el objeto de alcanzar una solución amistosa.

El 16 de diciembre de 1999 los peticionarios presentaron a la Comisión una propuesta de solución amistosa, la cual fue transmitida al Estado para que presentara sus observaciones. El 21 de enero de 2000 el Estado remitió un escrito mediante el cual hizo referencia al Informe de admisibilidad, escrito que fue transmitido a los peticionarios.

El 2 de marzo de 2000 la Comisión celebró una audiencia con el propósito de analizar la posibilidad de que se llegara a una solución concertada. Según lo indicado por la Comisión, el Estado expresó que no podía reconocer su responsabilidad debido a que las decisiones firmes de los tribunales internos no demostraban la responsabilidad de agentes del Estado por los hechos denunciados. Además, el Estado señaló que los familiares de las presuntas víctimas recibirían una reparación si los tribunales contencioso administrativos así lo disponían. Por su parte, los peticionarios decidieron dar por concluido el intento de solución amistosa.

Transcurrido entonces los períodos de recomendaciones, soluciones amistosas, pruebas y alegaciones, la Corte declaró responsable al Estado Colombiano de las acciones y omisiones base del asunto. Esta providencia, al igual que la anterior, contiene una resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de

fecha 26 de noviembre de 2008 sobre supervisión de cumplimiento de la sentencia de fondo emitida por la Corporación el día 5 de julio de 2004.

3.1.3 Caso La Rochela. Breve sinopsis fáctica. El diez de marzo de 2006, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una demanda contra el Estado de Colombia. Dicha demanda se originó en la denuncia No.11.995, presentada en la Secretaría de la Comisión el 8 de octubre de 1997 por el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. El 9 de octubre de 2002 la Comisión aprobó el informe de admisibilidad No. 42/02 y el 7 de marzo de 2005 aprobó el informe de fondo No. 29/05 de conformidad con el artículo 50 de la Convención, el cual contiene determinadas recomendaciones hechas al Estado. El 28 de septiembre de 2005 el Estado adelantó un acto público de reconocimiento de responsabilidad con participación del vicepresidente de la república y la ministra de relaciones exteriores. El 28 de febrero de 2006 la Comisión concluyó que no se ha dado cumplimiento a la totalidad de las recomendaciones, razón por la cual sometió el presente caso a la jurisdicción de la Corte.

La demanda refiere, fácticamente, que el 18 de enero de 1989 un grupo paramilitar con la cooperación y beneplácito de agentes estatales ejecutó extrajudicialmente a doce funcionarios judiciales y lesionó gravemente la integridad personal de otros tres agentes jurisdiccionales, mientras cumplían una diligencia probatoria en su carácter de empleados de la administración de justicia en el corregimiento de La Rochela, en el bajo Simacota, municipio de su mismo nombre, Departamento de Santander, Colombia. La Comisión alega que el caso permanece en parcial impunidad y la mayoría de los autores materiales e intelectuales, civiles y militares, no han sido investigados y sancionados penalmente. Además, se afirma que el esclarecimiento judicial de la masacre de La Rochela posee un especial significado para la sociedad colombiana en tanto se refiere al asesinato de funcionarios judiciales mientras cumplían con su deber de

investigar, entre otros hechos de violencia, la responsabilidad de civiles y militares en el caso de la masacre de los 19 comerciantes, así como otros hechos de violencia perpetrados en la zona del Magdalena Medio. El Estado presentó su escrito de contestación a la demanda y observaciones al escrito de solicitudes y argumentos, en el cual confesó parcialmente los hechos y se allanó parcialmente a determinadas violaciones alegadas por la Comisión. Además, el Estado solicitó que se declare que ha cumplido con el deber de reparación integral y reafirmó su interés por encontrar una solución amistosa respecto a las reparaciones. Pese a lo anterior la Corte declaró responsable al Estado Colombiano por las graves anomalías en su esquema de seguridad y protección a los ciudadanos y por sobre todo en la aplicación de justicia. La sentencia de fondo fue proferida por la Corte el 11 de mayo de 2007 y contiene los ítems de reparaciones y costas. Al igual que las providencias anteriores, ésta contiene otra adicional emitida el 28 de enero de 2008, esta vez sobre la interpretación a la ya decidida, en virtud de la solicitud de aclaración que el Estado Colombiano incoara ante la Corte, sobre los alcances reparatorios de la providencia de fondo.

3.2 EL ESTADO EN LOS TRES CASOS

En los tres asuntos, grosso modo descritos, se aprecia que el Estado Colombiano no enfrentó por la época de los insucesos con la debida acuciosidad los embates investigativos sobre estos tópicos -no por falta de claridad, ni de ley-, y las víctimas tuvieron que recurrir a colectivos de abogados para hacerse representar y conseguir de alguna manera una justicia más consecuencial con la verdadera realidad fáctica. Huelga destacar, así mismo, que pese a que los hechos consignados en los tres casos referidos han sido fallados por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con bastante antelación, la Corte sigue proveyendo por su actual cumplimiento y supervisión, con miras precisamente a que los principios basilares de la justicia transicional colombiana se cumplan de manera real, consecuente con los hechos que los envolvieron, y esa es la razón

por la cual se han venido supervisando las referidas sentencias.

De las sentencias referenciadas se extraen tres aspectos angulares que son el piso del estudio:

1. El Estado Colombiano ha sido omisivo en su deber de investigar a fondo la realidad de los hechos⁷⁹, pues se limitó solamente a tramitar actos que el suscrito denomina de urgencia jurídica, y los procesales que el instructor en su momento podía gestionar, sin que se tuviere un norte de peso definido sobre ellos, y prueba de esto es que las víctimas y perjudicados recurrieron a la Corte.
2. De las sentencias fluye la alta dosis de permisibilidad de los agentes del Estado, en cabeza del ejército y policía y que tuvieron que ver los asuntos, específicamente en materia de violación a los derechos humanos. Sobre este aspecto vale acotar en la providencia del caso Caballero Santana:

En cambio, habiendo quedado establecida la responsabilidad de Colombia por la captura de carácter ilegal y la presunta muerte de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana, le es imputable la violación del derecho a la libertad personal y del derecho a la vida de las personas mencionadas, garantizados por los artículos 7 y 4 de la Convención. Núm.63 consideraciones CIDH⁸⁰.

3. Se arriba a un punto cierto, en el sentido que las justificaciones jurídicas presentadas por Colombia en los tres asuntos, no convencieron a los jueces para enervar las acciones presentadas, y por esta razón el Estado ha sido condenado, situación que deja entrever su poca credibilidad sobre estos aspectos. Sobre este aspecto vale señalar:

Resulta de gran relevancia destacar que uno de los principales factores que determinan la gravedad de los hechos de este caso es que el Estado es responsable de una masacre perpetrada contra sus propios

⁷⁹ CIDH, Sentencia de fondo 8 de diciembre de 1995, Caso Caballero- Santana Vs. Colombia, EN: Núm.57 de las consideraciones: en el caso que se examina, Colombia ha realizado una investigación judicial prolongada, no exenta de deficiencias, para encontrar y sancionar a los responsables de la detención y desaparición de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana y este proceso no ha terminado.

⁸⁰ *Ibíd.* p.22. En el mismo sentido véase: Alcances del reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, EN: CIDH, Sentencia de fondo, reparaciones y costas 11 de mayo de 2007, Caso Masacre de La Rochela, p. 5.

*funcionarios judiciales cuando se encontraban cumpliendo con su deber de investigar graves violaciones de derechos humanos, y que en dicha masacre inclusive participaron agentes estatales pertenecientes a las fuerzas armadas*⁸¹.

En este caso la Corte solicitó al Estado Colombiano los resultados concretos sobre la evolución de las investigaciones internas sobre el asunto que allí se examinó, con la finalidad de evaluar no solo sus propias resultados, sino verificar la acuciosidad investigativa real sobre los hechos acaecidos.

3.3 VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN

Como se señaló líneas arriba, es preciso retomar ahora los aspectos basilares que se extraen análogamente de las providencias, en torno a la verdad, la justicia, y la reparación a las víctimas.

3.3.1 Sobre el derecho a la verdad. El derecho a la verdad se ha desplegado en documentos oficiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en desarrollo de los principios y normas de los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario⁸². Según estos instrumentos internacionales⁸³, asiente la Corte, en suma, las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y de crímenes de guerra, tienen derecho a saber lo que ocurrió, a enterarse sobre la verdad real acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar jurídica y materialmente entendidas en cuyo marco se perpetraron las acciones constitutivas de delitos graves, y sobre la suerte corrida por las personas fallecidas o desaparecidas por los responsables de aquéllos. La oficina del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos ha sostenido:

⁸¹ Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Sentencia de fondo, reparaciones y costas 11 de mayo de 2007, Caso Masacre de La Rochela Vs Colombia, núm79, p. 24.

⁸² ONU, Comisión De Derechos Humanos, En: Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1), Principios: 1-4.

⁸³ Ibid.

Para respetar y garantizar el derecho de las víctimas a saber y el derecho del pueblo a la verdad, es recomendable que uno de los resultados de todo proceso de negociaciones de paz entre el estado Colombiano y los grupos armados ilegales, sea la creación por ley de una comisión extrajudicial de esclarecimiento. Comisiones de esta índole han funcionado, a lo largo de los últimos años, en Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala, Perú, Sudáfrica y Uganda⁸⁴.

Este es un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, pues la génesis de los pueblos se crea sobre bases efectivas y no ficticias, por tanto el pueblo tiene el derecho a conocer su verdad en forma veraz, transparente y objetiva, al igual que los hechos, los motivos y las circunstancias precisas que han rodeado la perpetración de crímenes atroces, para evitar que puedan reproducirse en el futuro. El Estado, por su parte, tiene la obligación de asumir y apoyar decididamente el derecho que les asiste a las víctimas a buscar la verdad en estos especiales tópicos.

Pero vincúlense estos comentarios con el recorrido de la discusión de la Ley de Justicia y Paz, especialmente en lo tocante, como ya se dijo, al problema que suscita el artículo 29 en los casos en que los acogidos dentro de esta ley hubieran ingresado a la misma antes de la sentencia C-370 de 2006, para preguntar luego si después de declarado inconstitucional lo referente al “olvido no voluntario” de algunos hechos no relatados, hoy hay más disposición para vincular, por ejemplo, a agentes del Estado en estas denuncias o si seguirá siendo necesaria la participación de los jueces internacionales en estos casos. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que, como en el caso Isidro Caballero, es reiterativa la defensa del Estado colombiano al referir que mientras no haya pronunciamientos de las autoridades internas, le es improcedente reconocer en las conciliaciones los hechos en los que acusan a sus agentes de seguridad.

⁸⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en Colombia. Sf. Sp.

3.3.2 Sobre el Derecho a la justicia. Al igual que la CIDH, la Asamblea General de la ONU y la Comisión de Derechos Humanos han producido documentos que desarrollan los principios y normas de los tratados en materia de justicia⁸⁵. De acuerdo con estos instrumentos jurídicos internacionales, las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y de crímenes de conflictos tienen derecho a la justicia, es decir, el derecho a solicitar y obtener, mediante el ejercicio de acciones y recursos eficaces, que las autoridades nacionales o internacionales investiguen los hechos constitutivos de delitos graves para el derecho internacional, procesen, juzguen y condenen con penas apropiadas a los responsables de los mismos, y dispongan una justa reparación para quienes fueron afectados por esas conductas punibles.

Sobre el particular, no hay que olvidar que la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 29 referente a las penas de Justicia y Paz, pero que, una y otra vez, los demandantes ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos han hecho referencia a la desproporcionalidad de esta medida, aunque, y como debe ser, la CIDH no se ha pronunciado sobre lo propiamente legislado en esta materia.

Ahora bien; lo que aún queda por determinar es si a futuro la CIDH va o no a sentar su posición una vez haya avanzado el proceso de Justicia y Paz y las personas involucradas en los casos en mención, por ejemplo, reciban penas privativas de la libertad que lleven a la CIDH a hacer reconvenciones generales sobre el acto legislativo en mención, como, por ejemplo, lo hizo en las siete sentencias referenciadas por la Corte Constitucional en su sentencia C-370 de 2006 relacionadas con Perú y Nicaragua⁸⁶.

⁸⁵ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, EN: Conjunto de Principios, Principios 19-35.

⁸⁶ Cfr: Sentencia C- 370 de 2006, páginas 180 a 210

3.3.3. Derecho a la reparación. También, y de acuerdo con los tratados internacionales, los organismos de Naciones Unidas han elaborado instrumentos jurídicos⁸⁷ donde se consignan los derechos a la reparación de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos y de crímenes de guerra⁸⁸. Tales instrumentos comprenden el derecho a solicitar y obtener, mediante el ejercicio de acciones y recursos eficaces, medidas individuales de restitución, indemnización y rehabilitación, medidas de satisfacción de alcance general y garantías de no-repetición de las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Hay que recordar que las normas legales sobre reparación deben ser compatibles con cuatro principios internacionales:⁸⁹

1º. La reparación ha de ser suficiente, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad del crimen y a la entidad del daño sufrido.

2º. El Estado deberá esforzarse por resarcir a la víctima cuando el responsable de la conducta ilícita no haya podido o no haya querido cumplir sus obligaciones.

3º. El Estado deberá repetir contra el culpable de un crimen cuya responsabilidad no le sea imputable cuando haya resarcido a la víctima del mismo.

4º. El Estado deberá garantizar la ejecución de los fallos judiciales que impongan, en el orden nacional o internacional, condenas reparatorias a personas o entidades privadas responsables.

De los tres aspectos enunciados precedentemente arribamos sin duda a las

⁸⁷ONU, Comisión de Derechos Humanos, Conjunto de Principios, Principios. 36-49.

⁸⁸Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Principios y Directrices, 15-20.

⁸⁹ONU, Comisión de Derechos Humanos, Principios y Directrices, 15-20.

siguientes conclusiones:

- a. Que la CIDH se ha mantenido expectante de la divulgación de la verdad real de los hechos donde el estado Colombiano se ha visto inmerso por acción u omisión.
- b. Que ha proferido sus fallos en armonía con las directrices sobre derechos humanos, y ha recuperado en la medida de lo posible la dignidad de las víctimas.
- c. Que convoca al Estado Colombiano para que lleve a cabo las investigaciones de forma imparcial con miras al esclarecimiento de los hechos similares siguiendo los parámetros rigurosos sobre la materia⁹⁰.

3.4 LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRES CASOS CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL

Ahora bien, en desarrollo precisamente de la validez de los tratados que se incorporan al torrente jurídico, los Estados suscribientes se acogen a la legitimidad de su celebración mediante el principio de derecho internacional Pacta Sunt Servanda. Colombia, al avanzar en su decurso de la vida institucional, ha incumplido reiteradamente la Convención del Pacto de San José, específicamente al violar los derechos y libertades reconocidos en él y al restringir las garantías sobre el libre y pleno desarrollo de las personas sometidas a su jurisdicción, como en tres casos reseñados anteriormente. Sobre el particular vale acotar:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su

⁹⁰En el Caso Isidro Caballero, hace apenas unos días atrás, diciembre 12 de este año, la presidenta de la CIDH ha convocado al "Estado de Colombia, y los representantes de los beneficiarios a una audiencia pública que se celebrará en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 29 de enero de 2010, a partir de las 11:00 horas hasta las 12:30 horas, con el propósito de que el Tribunal reciba sus alegatos sobre las medidas provisionales ordenadas en el presente asunto". Orden de la presidencia de la CIDH, diciembre 12 de 2009, parte resolutive, p. 12.

*responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención*⁹¹.

Este criterio de interpretación encuentra su base en lo dispuesto por la CIDH precisamente a la luz de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados, que se consideran reglas de derecho internacional sobre el tema de derechos humanos. Este es precisamente uno de los principios instrumentales que orienta sus decisiones; así como cuando también alude en desarrollo de sus sentencias a la equidad y su jurisprudencia como génesis de justicia, no en el entendido de criterio auxiliar interpretativo como lo regula el inc.2º del Art.230 superior, sino como alma mater de regulación de los derechos humanos y vinculante contra los Estados que resulten condenados a las sanciones allí impuestas.

Huelga destacar que la estrella polar de la carta de navegación citada con antelación, consagra a la luz de las sentencias premencionadas dos principios que fluyen de su interpretación: de una parte la inviolabilidad o deber de respeto y de otra el deber de garantía de su libre y pleno ejercicio. Veamos:

1. Sobre la inviolabilidad o deber de respeto: los derechos humanos son inviolables, y eso significa que todos los ciudadanos merecen respeto en sumo grado a sus derechos fundamentales, partiendo del Estado y que ello tiene como implicación directa que él no los puede violar en el entendido que surgen límites al establecerse la dignidad humana que es superior al poder estatal.

2. Sobre el deber de garantía de su libre y pleno ejercicio: en lo que tiene que ver con la garantía del libre y pleno ejercicio ésta pauta interpretativa apunta al deber que tiene el Estado de fortalecer el andamiaje jurídico para la materialización de los derechos humanos, a efectos de prevenir, investigar y castigar su vulneración.

⁹¹Corte Interamericana de los Derechos Humanos, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C Nº 4, párr.164, Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. En igual sentido véase Sentencia de enero 20 de 1989, Serie C No.5, párr.173, Caso Godínez Cruz.

Sobre lo dicho vale acotar en el Caso Caballero-Santana: En ese momento, -el Seis de Febrero de 2008- la Corte consignó expresamente en la parte resolutive frente al estado Colombiano lo siguiente:

- 1. Exhortar al Estado a que adopte todas las medidas que sean necesarias para dar efecto y pronto cumplimiento a las sentencias de 8 de diciembre de 1995 sobre el Fondo y de 29 de enero de 1997 sobre Reparaciones y Costas, dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Caballero Delgado y Santana, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*
- 2. Requerir al Estado que presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 30 de junio de 2008, un informe sobre las gestiones realizadas con el propósito de cumplir con lo dispuesto por el Tribunal en sus sentencias y específicamente sobre los puntos pendientes de cumplimiento, tal como lo establece el punto declarativo segundo de la presente Resolución.*
- 3. Requerir a los representantes de las víctimas y sus familiares, así como a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que presenten sus observaciones al informe del Estado mencionado en el punto resolutive anterior, en el plazo de cuatro y seis semanas, respectivamente, contados a partir de su recepción.*
- 4. Continuar supervisando los puntos pendientes de cumplimiento de sus Sentencias de Fondo de 8 de diciembre de 1995 y de Reparaciones y Costas de 29 de enero de 1997.*
- 5. Requerir a la Secretaría de la Corte que notifique la presente Resolución al Estado, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de las víctimas y sus familiares⁹².*

Los jueces colegiados de la CIDH consideran vital que se siga informando por parte del estado Colombiano si han dado estricto cumplimiento a su sentencia de fondo y las complementarias de supervisión, en desarrollo precisamente del deber de garantía y respeto a los derechos fundamentales, ya que el nudo gordiano en este caso ha estribado en la desconfianza que desde el inicio de la investigación se generó con los informes que el estado Colombiano introdujo a la comisión en la investigación de tan importante asunto, y en la manifiesta incongruencia de estos,

⁹²Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 6 de febrero de 2008, Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia a la providencia de Fondo y de Reparaciones y Costas dictadas en el caso Caballero Delgado y Santana por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 8 de diciembre de 1995 y complementada el 29 de enero de 1997.

ya que eran ostensiblemente contradictorios con los hechos de la demanda y con los que posteriormente resultaron probados⁹³.

En el Caso de los 19 comerciantes: La Corte igualmente dictaminó mediante resolución de la presidencia de la entidad el 26 de Noviembre de 2008, en providencia de supervisión y cumplimiento de la sentencia y medidas provisionales del 5 de Julio de 2004, continuar con el proceso de vigilancia, en razón a que si bien de una parte se ha venido dando cumplimiento tal como lo anotara en los puntos cuarto, quinto y sexto de las consideraciones de la indicada resolución, no es menos que éste deba ser cabal y ejemplarizante para todos los estados que la componen y tal efecto anotó:

4. (...) el Estado informó que el 6 de marzo de 2008 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia emitió una decisión respecto de una acción de revisión incoada por el Procurador Veinticuatro Judicial Penal II, en la cual se decidió declarar sin validez lo actuado por la justicia penal militar y la resolución de cesación del procedimiento, así como remitir dicho proceso a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario para que continuara con las investigaciones. Asimismo, el Estado resaltó que dicha sentencia constituye “un importante avance en materia de protección de los derechos humanos en Colombia”⁹⁴.

5. Que la Comisión manifestó que “reconoce y valora la importancia del fallo de la -Corte Suprema de Justicia- para la consecución de justicia en el presente caso”. No obstante, resaltó que “no existe evidencia, de acuerdo a la documentación brindada por el Estado, sobre el avance de los procesos penales y disciplinarios que se están adelantando actualmente por los jueces ordinarios”, ni información posterior a la decisión de 6 de marzo de 2008. Los representantes no presentaron observaciones al respecto⁹⁵.

6. Que esta Presidencia estima necesario recabar información completa y actualizada sobre la totalidad de las acciones adelantadas

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, Sentencia de 21 enero de 1994 (Excepciones Preliminares).

⁹⁴ Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2008 Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia y Medidas Provisionales (Sandra Belinda Montero Fuentes y Familiares, Salomón Flórez y Familiares, Luis José Pundor Quintero y Familiares, Ana Diva Quintero Quintero De Pundor y Familiares, Wilmar Rodríguez Quintero y Familiares, Yimmy Efraín Rodríguez Quintero y Familiares), p.5.

⁹⁵Ibid.

*en relación con la investigación de los hechos, y en particular sobre las actuaciones realizadas con posterioridad a la referida decisión de 6 de marzo de 2008 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.*⁹⁶

Y sobre el cumplimiento apuntó la Corte, éste debe ser cabal y en ese orden precisó:

- 1. Convocar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al Estado de Colombia y a los representantes de los familiares de las víctimas y de los beneficiarios de las medidas provisionales, a una audiencia privada que se celebrará en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el día 20 de enero de 2009, a partir de las 08:30 horas y hasta las 10:30 horas, con el propósito de que la Corte obtenga información por parte del Estado sobre el cumplimiento de la Sentencia dictada en el presente caso, escuche las observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de los representantes de los familiares de las víctimas al respecto, y reciba información sobre la implementación y efectividad de las medidas provisionales, así como respecto de la solicitud de levantamiento presentada por el Estado, en los términos señalados en los párrafos considerativos trigésimo sexto y trigésimo séptimo.*
- 2. Requerir a la Secretaría de la Corte que notifique la presente Resolución al Estado, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de los familiares de las víctimas y de los beneficiarios*⁹⁷.

En el Caso de la Masacre de La Rochela, la Corte sostuvo en orden al esclarecimiento de los hechos y por sobre todo la verdad, respecto a la sentencia pronunciada el 11 de Mayo de 2007 en lo atinente al fondo, reparaciones y costas, serie C-No.163, y con miras a precisar el alcance y sentido de la misma, toda vez que el Estado Colombiano solicitó su aclaración, que el estado debe indemnizar por los montos allí establecidos sin descuento alguno tal como de forma análoga se pronunció frente a los casos del Estado Peruano⁹⁸, y que respecto a los

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.* P.-11.

⁹⁸ Caso Loayza Tamayo, Interpretación de la Sentencia de Fondo. Resolución de la Corte de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 47, párr. 16; Caso La Cantuta. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 173, párr. 9, y Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 174, párr. 11.

resultados de los procesos investigativos internos de orden penal en el presente caso sean públicamente divulgados y tal efecto anotó en el punto 23 de la sentencia de aclaración:

23. La Comisión consideró procedente que el Estado “efectúe las investigaciones pertinentes con el objeto de acabar con la impunidad en el caso y que le dé a éstas la mayor divulgación pública posible, de conformidad con el espíritu de reparación que lo motiva; en reconocimiento de la importancia del esclarecimiento de los hechos, la determinación de las responsabilidades pertinentes y la cesación de la impunidad en el caso y en aras de mitigar el daño causado y de que ésta contribuya a ser una garantía de no repetición de hechos como los del presente caso⁹⁹. Cfr. Caso de la masacre de La Rochela, supra nota 1, párr. 273, sentencia de fondo.

Y más adelante la Corte complementa en el punto 26 de la aclaración:

26. Entre las medidas de satisfacción y garantías de no repetición adoptadas por el Tribunal en su fallo, se incluyó la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones del presente caso e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables. A la luz de las anteriores consideraciones, en un plazo razonable, el Estado debe conducir eficazmente los procesos penales que se encuentran en trámite y los que se llegaren a abrir, y debe adoptar todas las medidas necesarias que permitan el esclarecimiento de los hechos del presente caso, en aras de determinar la responsabilidad de quienes participaron en dichas violaciones, tomando en cuenta lo indicado por este Tribunal en los párrafos 151 a 198 de la [...] Sentencia. Los resultados de estos procesos deberán ser públicamente divulgados por el Estado, de manera que la sociedad colombiana pueda conocer la verdad acerca de los hechos de la masacre de La Rochela¹⁰⁰.

Análogamente a los dos principios aludidos y referenciados con las tres sentencias que nos sirven de guía ilustrativa, brotan así mismo del análisis hermenéutico tres aristas que conforman los criterios angulares de éstas. Son a saber:

⁹⁹ Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Sentencia de 28 de enero de 2008 Interpretación de la Sentencia de Fondo Reparaciones y Costas, Caso masacre de La Rochela Vs. Colombia.

¹⁰⁰Ibid.

1. El hombre como ser humano y portaestandarte de la dignidad: el eje nuclear esencial de los derechos fundamentales es la dignidad, pues identifica al ser humano como tal, lo hace diferente en esencia de los demás seres de la naturaleza.

2. El régimen de gobierno: la democracia como sistema que se inserta en el caso colombiano es en el piso constitucional por donde transitan los derechos fundamentales y en donde se desarrollan sus garantías.

3. Una relación de reconocimiento entre los derechos fundamentales que tiene como basamento al ser humano y su dignidad y el régimen establecido por la democracia participativa y pluralista a las voces del preámbulo de la C.P. Colombiana.

Señalados como han quedado expuestos, tanto los principios de inviolabilidad y deber de respeto al ser humano, como el de la garantía de su libre y pleno ejercicio, así como las aristas argumentativas de la dignidad humana, el régimen democrático y participativo y la relación causal entre estas dos, aspectos que, se reitera, emanan de las sentencias sub-análisis, resta ubicar el concepto vinculante entre ambos presupuestos respecto a la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas que concurrieron a la CIDH en pos de justicia.

El marco constitutivo de esta ahora nueva trilogía, tiene como respaldo jurídico los argumentos desdoblados en los hechos probados de cada caso y la prueba recabada en cada uno de estos.

En los tres casos expuestos y como se enunció en la sinóptica narrativa fáctica, la Corte al estudiar en detalle los desglosó ya en vertiente analítica, teniendo a la par la prueba que los respaldaban, y que se enuncian en sustrato: la impactante realidad expuesta por los afectados frente a la enunciada por el Estado; la

abundante prueba en los tres expedientes frente a la adosada por el Estado-demandado, y como relación de fondo respecto a los hechos y pruebas el Estado Colombiano terminó vencido y obligado a reparar en las indicaciones proferidas por la Corte ante la incontrastable situación. Hay que destacar que los informativos en materia castrense en los tres episodios no concordaron con las pruebas que se examinaron en la Corte, y guisa de ejemplo tenemos el informativo sobre la desaparición de Isidro Caballero y María del Carmen Santana; lo atinente a la información sobre el carácter de no comerciantes que ostentaron los ajusticiados en su caso y la consiguiente persecución de algunos de los testigos en desarrollo de los procesos internos; e igualmente los informativos sobre el particular en desarrollo de la investigación de la masacre de estos comerciantes cuando asestaron el golpe a la comisión judicial en La Rochela. Esta situación de por sí genera un aire de recelo y desconfianza a pesar de la imparcialidad y seriedad que caracteriza al ente rector de los derechos humanos, pero con la misma reciedumbre y rectitud dictaminó las sentencias de fondo, reparaciones y costas, aclaratorias y de supervisión y cumplimiento dadas, precisamente esas circunstancias tan especialmente envolventes para el marco de su jurisdicción.

El derecho de las víctimas quedó a salvo. Se demostraron fehacientemente los presupuestos de acceso a la justicia, de derecho a la verdad y a la reparación en condiciones de dignidad y situaron tanto a víctimas como perjudicados en el sitio que les corresponde¹⁰¹. En materia de supervisión y cumplimiento el reglamento de la Corte sostiene:

- 1. Que es una facultad inherente a las funciones jurisdiccionales de la Corte el supervisar el cumplimiento de sus decisiones.*
- 2. Que Colombia es Estado Parte en la Convención Americana desde el 31 de julio de 1973 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 21 de junio de 1985.*
- 3. Que de conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Convención, las sentencias de la Corte deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra. Asimismo, el artículo 68.1 de*

¹⁰¹ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, EN: Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (E/CN.4/2000/6), 12-14.

la Convención Americana estipula que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”¹⁰².

Así mismo, se demostró con claridad meridiana que las sentencias de la CIDH guardan un hilo de congruencia con la Carta Fundamental nuestra, como al unísono la guardan con la de los Estados que la conforman.

Ahora bien, no obstante la claridad, se reitera, de lo dispuesto en las providencias anteriores, dentro del marco de política reparativa, el Estado Colombiano a través de la Ley 975 de 2005 y por intermedio de la comisión nacional de reparación y reconciliación ha advertido estos mecanismos previsorios internacionales y los ha desarrollado canalizando esfuerzos por intermedio de la comisión de justicia restaurativa adscrita a CNRR. Igualmente la ley de justicia y paz ha previsto en su Art.8 lo concerniente al tema de la reparación, como mecanismo interno.

Así mismo la investigación sin pretender despejar el absoluto de la problemática nacional en este campo, si intenta desde la esquina de la observación académica, analizar el interrogante si es fructífero o no utilizar el esquema de la justicia transicional restaurativa consagrado en la ley de justicia y paz como paradigma dominante para enfocar los problemas planteados del conflicto interno Colombiano. Así, el análisis hermenéutico de las sentencias enunciadas de la CIDH sí entra a resolver el problema, pues al interpretarlas se demuestra que las víctimas no están desamparadas y que tienen libre acceso a su justicia, y por tanto en el marco de la ley de justicia y paz al interior de la justicia Colombiana igualmente se cumple con las provisiones allí consignadas.

¹⁰²Artículo 67 de la Convención; El artículo 68.1 de la Convención Americana estipula que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisiones de la Corte.

4. CONCLUSIONES

Se había dado inicio a esta investigación con una referencia al filósofo del derecho Norberto Bobbio, quien en su obra *El problema de la guerra y las vías de la paz* (título sin lugar a dudas muy acorde con el tema que se ha venido tratando a lo largo de este trabajo), afirma lo siguiente: *“Hoy el problema de fondo relativo a los derechos humanos es no tanto el de justificarlos, sino cómo protegerlos. No es un problema filosófico, sino político”*¹⁰³.

Puesto que uno de los problemas centrales de la Ley de Justicia y Paz, como se ha visto, tiene que ver sin lugar a dudas con el lugar de los derechos humanos en la medida en que ellos han sido violados por los grupos al margen de la ley, nada mejor entonces que dar inicio a este cuerpo de conclusiones haciendo referencia al tema que queda avisado en la anterior referencia de Bobbio. Puede ahora caber la pregunta: ¿No es la justificación filosófica de los derechos humanos una condición para la salida política conducente a protegerlos?

Siguiendo la cuestión planteada en este trabajo con respecto al discurso forense o legal, y al tenor de las palabras de Bobbio, cabe ahora decir que lo jurídico y lo político, como formas de discurso, tienen ámbitos diferentes de discusión. Así, el discurso jurídico (en este caso el discurso jurídico que versa sobre la Ley de Justicia y Paz) está encaminado a analizar la consonancia o disonancia de esta ley con respecto a la Constitución Política. Por su parte, el discurso político versa sobre la conveniencia de seguir algunos patrones de conducta en la consecución de fines deseables para la ciudad, en este caso para el país, y por eso su razón de ser hace referencia a lo conveniente e inconveniente, mientras que el discurso jurídico versa sobre lo justo o lo injusto.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Labor, 1982. p. 128.

Mirado con detenimiento la discusión en torno a la Ley de Justicia y Paz, puede entonces comenzar a decirse que esta ley se debate entre dos formas de discurso, vg. el jurídico y el político, como quiera que también son dos los lugares o escenarios en donde la mencionada ley ha sido debatida y analizada: la Corte Constitucional y el Congreso de la República, espacios en donde el discurso forense o legal y el discurso deliberativo tienen su propia lógica y su propia manera de argumentación.

Pero, ¿dónde empieza y dónde termina cada ámbito? ¿Puede lo jurídico versar también sobre lo conveniente o preferible, dejando de lado su discurso sobre lo justo y lo injusto? En otras palabras: ¿es lo jurídico estrictamente jurídico y lo político estrictamente político?¹⁰⁴

La línea de división entre estos dos espacios argumentativos es uno de los temas más apasionantes en el cuerpo del trabajo que ahora se termina. Para mostrar esta idea, considérense, por ejemplo, estos dos argumentos contrapuestos, uno dirigido más a lo político, otro tendiente más a lo jurídico, sin que, se repita, la línea divisoria entre estos dos ámbitos sea absolutamente clara:

1. La exequibilidad de la Ley de Justicia y Paz en buena parte de su articulado, está acorde con la Constitución Política de Colombia, bajo la premisa, bastante recurrida en la discusión, según la cual en la Carta de 1991 se pregonó como un intento de conseguir la paz en Colombia. ¿Cómo entonces denegar esta iniciativa del legislativo, si, además de las facultades que tiene este poder para decretar la política criminal del país, dicha iniciativa busca la consecución de la paz?

¹⁰⁴ Un argumento a favor de esta idea es la posibilidad de ofrecer, conforme a derecho, amnistías o indultos por ciertos delitos para conseguir fines deseables como la paz. La expresión misma tiene algunos matices de paradoja: en efecto, podría decirse también esta misma frase así: el derecho permite a veces sacrificar la justicia por la que él mismo propende en aras de razones de conveniencia, es decir, políticas. O esta otra forma: el derecho puede llegar a ceder el lugar a la política.

2. La exequibilidad de esta la Ley de Justicia y Paz rompe con el principio de equidad consagrado en la Constitución al otorgarle penas a quienes se sometan a ella muy inferiores a las ejecutadas contra el resto de colombianos en condiciones semejantes o inferiores con respecto a sus delitos, y, además, la consecución de la paz no puede denegar el derecho a la justicia.

Considerar que está fuera de la competencia de la Corte Constitucional proferir juicios del ámbito de lo político es tan sólo una ficción definitoria cuando se habla de la independencia de los tres poderes; o quizá pueda suavizarse esta idea, así: la Corte Constitucional Colombiana elabora argumentos deliberativos sobre lo conveniente y lo inconveniente que hacen parte “exclusiva” de los discursos políticos, pero también se ajusta en estos discursos a la protección del mandato superior de la Carta Política. Es en este sentido, como se dijo, que la línea que diferencia estos dos ámbitos del lenguaje es muy opaca.

Quizá en este sentido las razones expuestas por Duncan Kennedy sobre el procedimiento que siguen los jueces al momento de trabajar sobre sus sentencias, son acordes con el procedimiento de la Corte Constitucional. De cualquier modo, como se ha dicho, por mucho que las decisiones de los jueces estén mediadas por esas seis posibilidades de las que nos habla este autor, sin lugar a dudas ninguna decisión judicial puede escapar a la argumentación. Esto ha quedado claro a lo largo de este trabajo, en donde se ha examinado con un cierto rigor el proceder bajo técnicas argumentativas de las discusiones en torno a la Ley de Justicia y Paz. Es posible, sin embargo, que Bobbio tenga razón al decir que el asunto es más político que filosófico; sin embargo, es tarea de los estudiosos de estos temas explicar la argumentación de las decisiones judiciales, pese a que pueda estar quemándose Roma mientras se discuten estas cuestiones.

De otro calado son las conclusiones del análisis del contexto de esta ley en Santander. Así, el tema de la tensión entre lo jurídico y lo político parece tener

otras consideraciones cuando son las cortes internacionales las llamadas a proferir fallos sobre la participación del Estado en los crímenes de lesa humanidad. Aquí debe hilarse con bastante precaución:

En efecto, no es extremado concluir que la Ley de Justicia y Paz, en razón naturalmente a la materia que regula, es decir, se trata de una ley para grupos al margen de la ley, desestima en su conjunto, por definición, el tema de los crímenes de Estado, los cuales, según las Cortes Internacionales, en este caso de Santander la CIDH, están muy fuertemente vinculados con el paramilitarismo. Queda claro entonces, que delimitar al ámbito nacional la discusión sobre las leyes del país, no sólo desconoce que en el tema de la guerra en Colombia ha existido algún tipo de participación de agentes del Estado, sino que deniega el hecho imperativo de que estas leyes, tan estrictamente contextualizadas, también pueden llegar a ser examinadas en su conjunto por los jueces internacionales.

Lo anterior para decir que la argumentación jurídica en asuntos relacionados con derechos humanos sobrepasa los argumentos que al interior del país puedan darse con respecto a ellos, y que, en este sentido, es un deber cada vez mayor de los jueces atender las directrices y los compromisos con el derecho internacional. En el caso de la masacre de La Rochela, por ejemplo, las personas demandantes señalaron que dos de los artículos declarados inexecutable por la Corte Constitucional, más exactamente los referidos a las zonas de distensión como espacios de reclusión y el relacionado con los delitos posteriores no relatados de manera no intencional en su primera declaración, han sido flagrantemente violados por quienes, sirviéndose del principio de favorabilidad, han alegado que la Ley de Justicia y Paz debe entenderse en su tenor literal sin el control posterior de constitucionalidad cuando los victimarios se han acogido a ella antes de la fecha de la sentencia.¹⁰⁵ Léase, por ejemplo, este apartado de la sentencia mencionada: A la Corte [Interamericana de Derechos Humanos] se le recomienda que:

¹⁰⁵CIDH, Caso Rochela, p. 81.

“ratifique el principio de la responsabilidad principal y directa del Estado en la reparación de las víctimas de los grupos desmovilizados” y “que en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos sea imposible reconocer como compatible con la Convención Americana la imposición de penas ínfimas o ilusorias, o que puedan significar una mera apariencia de justicia”¹⁰⁶.

Por lo tanto, es indiscutible reconocer que frente al tema de la Ley de Justicia y Paz y su respectivo control, las voces de los jueces internacionales, incluso en temas tan aparentemente locales como este de Santander, han estado atentos a los desarrollos del porvenir de esta ley. Es bastante probable, así como sucedió con las nueve sentencias relacionadas por la Corte Constitucional Colombiana al hacer referencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sobre las decisiones de esta ley, bastante pocas hasta el momento, esta Corte vaya a pronunciarse en futuras ocasiones, incluso, es posible que esos pronunciamientos recaigan sobre personas involucradas en el caso de La Rochela, toda vez que bajo el amparo de la Ley de Justicia y Paz hay personas relacionadas con este caso, incluido un teniente del ejército colombiano.

Parece ser entonces que el tema de Justicia y Paz apenas comienza. Es posible, también, que después de haberse declarado la inexecutable del artículo referido al olvido de las declaraciones, y después de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que ya se deja entrever que hay en principio algunos reproches a esta Ley, la paz en Colombia esté aún en mora de llegar, por más que la Ley de Justicia y Paz haya sido elaborada *“para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”¹⁰⁷.*

¹⁰⁶ Ibid, p.85.

¹⁰⁷ Preámbulo Ley 975 de 2005, Diario Oficial N° 45.980 de 25 de julio de 2005.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa, 1994

_____, La pretensión de corrección del derecho: la polémica Alexy-Bulygin sobre la relación entre derecho y moral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001

_____, Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007

_____, Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998

_____, Teoría del discurso y derechos humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

_____, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOBBIO, Norberto. El problema de la guerra y las vías de la paz. Barcelona: Labor, 1982

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C- 319 de 2006. Magistrados ponentes Manuel José Cepeda y otros. Salvamento de voto del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C- 370 de 2006. Magistrados ponentes Manuel José Cepeda y otros. Salvamento de voto del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra y otros.

CIDH (OEA). Informe sobre el proceso de Desmovilización en Colombia, Informe N° 5/97, Caso 11.227 (Colombia) Admisibilidad, Informe Anual de la CIDH 1996, Pág.20, referido a alegaciones de persecución contra los miembros de la Unión Patriótica (UP), la cual se constituyó como partido político tras las negociaciones de paz entre las FARC y el Gobierno de Belisario Betancur.

CIDH, Sentencia de fondo 8 de diciembre de 1995, Caso Caballero- Santana Vs. Colombia, EN: Núm57 de las consideraciones: en el caso que se examina, Colombia ha realizado una investigación judicial prolongada, no exenta de deficiencias, para encontrar y sancionar a los responsables de la detención y desaparición de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana y este

proceso no ha terminado.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia Sentencia de 8 de diciembre de 1995 (Fondo), numeral 5º.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, Sentencia de 21 enero de 1994 (Excepciones Preliminares).

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia Sentencia de 28 de enero de 2008 (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas), numeral I.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fondo, reparaciones y costas 5 de julio de 2004, Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia Sentencia, núm.55.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia y Medidas Provisionales (Sandra Belinda Montero Fuentes y Familiares, Salomón Flórez y Familiares, Luis José Pundor Quintero y Familiares, Ana Diva Quintero Quintero De Pundor y Familiares, Wilmar Rodríguez Quintero y Familiares, Yimmy Efraín Rodríguez Quintero y Familiares).

Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Sentencia de 28 de enero de 2008 Interpretación de la Sentencia de Fondo Reparaciones y Costas, Caso masacre de La Rochela Vs. Colombia.

Corte Interamericana de los Derechos Humanos, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No.4, párr.164, Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. En igual sentido véase Sentencia de enero 20 de 1989, Serie C No.5, párr.173, Caso Godínez Cruz.

Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Sentencia de fondo, reparaciones y costas 11 de mayo de 2007, Caso Masacre de La Rochela Vs Colombia, núm79.

Corte Interamericana de los Derechos Humanos, caso Loayza Tamayo, Interpretación de la Sentencia de Fondo. Resolución de la Corte de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 47, párr. 16; Caso La Cantuta. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C

FETERIS, Eveline. Fundamentos de la argumentación jurídica. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2007

IBAÑEZ. Perfecto Andrés y Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación". EN: Carbonell, Miguel, Orozco, Jesús y Vásquez, Rodolfo (Coords.). *Jueces y Ponderación Argumentativa: el control de constitucionalidad*. México: Universidad Autónoma de México, 2006. Serie Estado de Derecho y Función Judicial, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Siglo del hombre editores. Bogotá-Colombia. En coedición con la Universidad de los Andes y la Universidad Javeriana, 1999.

Perelman, Chaïm, 1912-1984. *El imperio retórico: retórica y argumentación*. Chaïm. Traducción de Adolfo León Gómez Giraldo. Editorial Norma, Bogotá: 1997

_____, 1912-1984. *Retórica y lógica* / C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, M. Dobrosielski. 1987.

_____,. *La interpretación jurídica/Chaim Perelman ; (traducción del francés de H. Petzold-Pernía)*. 1974.

_____, *La lógica jurídica y la nueva retórica* / Ch. Perelman ; traducción de Luis Díez-Picazo. 1979.

_____, *El razonamiento jurídico/Chaim Perelman ; traducción del francés de H. Petzold-Pernía*. 1973.

_____, *Tratado de la argumentación: la nueva retórica* / Ch. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca ; traducción española de Julia Sevilla Muñoz. 1989

BIBLIOGRAFÍA DE APOYO

ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

_____. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2007.

CALONJE, Concha. *Técnica de la Argumentación Jurídica*. S.c.Aranzadi, 2007.

PUY, Francisco y PORTELA, Jorge G. *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico. Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

ATIENZA, Manuel. A propósito de la argumentación jurídica. España: Universidad de Alicante, 1998. EN: Revista Doxa, 21 de febrero.

CUETO, Julio C. La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación. Argentina: Universidad de Buenos Aires, 1998. EN. Revista Doxa ,21 Febrero.

Grupos paramilitares se están apoderando, a sangre y fuego, de las tierras más valiosas del país. Las víctimas están desesperadas y no tienen quién les devuelva su patrimonio". EN: Revista Semana, Edición N° 1152, 31 de mayo al 7 de junio de 2004.

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, EN: Conjunto de Principios, Principios 19-35.

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, EN: Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (E/CN.4/2000/6), 12-14.

ONU, Comisión de Derechos Humanos, Conjunto de Principios, Principios. 36...

ONU, Comisión De Derechos Humanos, En: Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1), Principios: 1-4.

ONU, Comisión de Derechos Humanos, Principios y Directrices, 15-20.

Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Principios y Directrices, 15-20.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, AG. res. 2200A (XXI), 21 UN. GAOR Supp. (N° 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 UNTS. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

RODRÍGUEZ ESPERÓN, Carlos. La Guerra y la Paz. El Salvador: de lo alternativo a lo alterativo. EN: Revista Causas y azares, N°1, Buenos Aires: Primavera, 1994.