

# Justicia, Derecho e igualdad\*

GERARDO DURANGO ÁLVAREZ\*\*

*La tensión inmanente al derecho entre facticidad y validez se manifiesta dentro de la administración de justicia como tensión entre el principio de seguridad jurídica y la pretensión de estar dictando decisiones correctas*

Habermas

## Resumen

La justicia<sup>1</sup> es un principio que está ligado a la toma de decisiones<sup>2</sup> incluyentes, principalmente en y desde la esfera pública, y relaciona ele-

---

\* Artículo recibido el 20 de noviembre de 2010 y aprobado el 12 de diciembre.

\*\* Doctor en Derecho: Derechos Fundamentales. Universidad Carlos III, Madrid, España. Magíster en Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III, Madrid. Especialista en Derechos Humanos. Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Colombia. Profesor investigador asociado de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. Departamento de Ciencia Política. Director del grupo de investigaciones Teoría Política y Derechos Fundamentales, clasificado en Colciencias. Este artículo hace parte de la investigación financiada por la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín, titulada: Las acciones positivas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Correo: gerardodurango@yahoo.es

<sup>1</sup> Justicia y Derecho, tienen un origen etimológico similar: *Ius* (derecho) y *ius-tum* (lo justo). La justicia es un elemento integrante y complementario del Derecho.

<sup>2</sup> Se dice que una decisión es justa si ha sido tomada de conformidad con la norma o sistema de normas consideradas vinculantes por la sociedad en conjunto y no discrimina abiertamente a un amplio grupo de esta.

mentos de la política, el Derecho, la Economía y la Filosofía, entre otras disciplinas. Con razón se dice que toda sociedad incorpora de una u otra manera una idea de justicia en sus decisiones. La justicia, por lo tanto, se relaciona con la toma de decisiones imparciales para los afectados o beneficiados por las normas, bien sean estas políticas, jurídicas o morales. Como menciona I. Young, por justicia se entiende: “Aquellas condiciones institucionales requeridas para que los miembros de una determinada sociedad desarrollen y ejerciten sus capacidades y participen en la determinación de sus acciones”. (Young, 1999, p. 101). De esta manera, las pretensiones sobre la justicia marcan una relación inescindible entre lo igualitario, lo equitativo y lo imparcial, que conllevan necesariamente la búsqueda y equiparación de los grupos e individuos excluidos socialmente. Por consiguiente, ella hace referencia a las instituciones sociales y a la forma como estas ejercitan mecanismos concretos para paliar la desigualdad social. Las teorías de la justicia deben abordar temas como la exclusión social, las desigualdades sociales, los derechos de las minorías, la injusticia, el sexo, etcétera. Como bien lo expresa Ramón Vargas Machuca, “el verdadero objetivo de una concepción democrática de la justicia es alterar las relaciones de poder para que se remuevan las situaciones de dominación y exclusión”<sup>3</sup> en las que viven muchos individuos y grupos.

**Palabras clave:** Justicia distributiva, conmutativa, transicional, derechos fundamentales, desigualdades de facto.

## Abstract

Justice is a principle that is bound to the decision making related to public questions; in these theories take part and proposals related to the policy, the right, economy, philosophy, and so forth. Justice therefore, are related to the impartial decision making for the affected ones or benefiting by the norms or these policies, legal or morals. As Young mentions, by justice he is understood “those required institutional conditions so that the members of a certain society develop and exercise their capaci-

---

<sup>3</sup> Ramón Vargas-Machuca, “Justicia y democracia”, en *Teoría política: poder, moral y democracia*. Alianza, 2003, p. 178.

ties and participate in the determination of their actions". This way, the pretensions on justice mark an inescindible relation between egalitarian, equitable and impartial that, necessarily entail to the search and comparison of the groups and the individuals that worse are surpassed socially. Therefore, justice makes reference to the social institutions and the form as these exercise concrete mechanisms to palliate the social inequality. The injustice on the other hand pronounces de facto in those situations that they promote the domination and the exclusion. As it express Ramón Vargas Machuca, "the true objective of a democratic conception of justice is to alter the relations of being able so that the situations of domination and exclusion are removed" in which many individuals and groups live.

**Keywords:** Distributive, justice commutative, transitional justice, right fundamental, inequalities.

## 1. Concepciones generales de la justicia

La pregunta ¿Qué es la justicia? no es nueva;<sup>4</sup> los griegos la formularon inicialmente, se cuestionaron si se podían establecer parámetros generales y racionales sobre ella. ¿Quién es un hombre justo? preguntaban. Para Platón (428 a. C), por ejemplo, la justicia es una de sus más grandes preocupaciones, a tal punto que le dedica gran parte de su filosofía. En los *Diálogos* y en *La República*, trata de dilucidar qué es la justicia. Dos elementos centrales aparecen en la teoría de Platón: 1) La razón, la cual controla los excesos y deseos individuales y 2) la política, que aporta aquellos elementos que le permiten al hombre vivir en la polis. Así, dice: "La justicia es el bien humano por excelencia; ningún mal se hace al hombre sino mermandole o quitándole este bien, esto es, haciéndole injusto."<sup>5</sup> Por ende, la búsqueda constante del hombre se erige en la consecución

---

<sup>4</sup> Entre los diversos planteamientos de la justicia se encuentran los utilitaristas. Ellos exponen que la justicia es un principio de utilidad basado en la ganancia y la utilidad resultante para el mayor número de la sociedad "como medida de lo justo y de lo injusto". De lo que se deriva que los derechos humanos, por ejemplo, se convierten en medios para la consecución de un fin, la "mayor felicidad para el mayor número", según la célebre frase de J. Bentham.

<sup>5</sup> Platón, *La República*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, 434 c.

de ese bien. Continúa afirmando que “la justicia es la máxima virtud del alma y consiste en dar a cada uno lo suyo”. De esta manera, para Platón, la justicia adecuada es la que reproduce la ley ideal. “La justicia – *dikaio-sine* – es la virtud que se satisface cuando cada uno de los miembros de esta sociedad practica la virtud y se atiene a su función que le es propia”.<sup>6</sup> El hombre, por tanto, no podrá crear normas contrarias a ese ideal de justicia, ya que ésta regula sus dictámenes y su arbitrio; las leyes deben ser deducidas del mundo de las ideas – que es el verdadero bien – y de la Justicia, vividas y aplicadas dentro de la polis. En palabras de Platón, una polis justa debe ser el resultado de la unión armónica entre las diferentes partes de la sociedad.

Para Aristóteles<sup>7</sup> (384 a. C), la justicia está orientada a la distribución de beneficios que reciben los ciudadanos dentro de la polis. Se divide en:

1. *General*. Consiste en el cumplimiento de las leyes naturales – ordena y va del todo a las partes –. Este autor distinguió dos clases de leyes; en primer lugar la natural, común a todos los hombres, por lo tanto es universal y puede ser conocida por la razón; trata sobre lo que es justo e injusto conforme a esas leyes universales. La segunda, la ley legal, trata de las normas que cada pueblo se da a sí mismo por medio de sus gobernantes.

2. *Particular*. Consiste en dar a cada uno lo que le corresponde en las circunstancias concretas – principio de ponderación –. Así, la justicia puede ser: a) *Conmutativa* – relación de individuo a individuo, igualdad aritmética en tanto trata de establecer la igualdad en los intercambios con un mismo valor, en el entendido que pretende dejar las cosas como estaban antes –, si se refiere a la relación contractual entre personas; b) *Distributiva*, si se refiere a la relación entre el Estado y los individuos en el reparto de bienes, cargas, méritos, atributos, derechos, deberes y ganancias. El criterio de reparto de la igualdad debe ser proporcional según

---

<sup>6</sup> *Ibíd.*, 441 c.

<sup>7</sup> Aristóteles, *La Política*, III, 9, 1280 a Ed. Porrúa, México, 1994. La justicia, para este autor, es una cualidad moral que obliga a las personas a realizar actos justos o la que se practica en las distribuciones de honores, dinero, o cualquier otra cosa que se reparta entre los que tienen parte en el régimen. Ver igualmente Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, v. 2, 1130 b, 23-25, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

la norma pública que lo aplique.<sup>8</sup> Por eso, para este autor el Derecho debe ser justo y su aplicación equitativa; y c) Correctiva —judicial o de *ojo por ojo*—, referida al equilibrio o proporción entre el delito y su correspondiente castigo o sanción. Téngase presente este concepto para cuando se hable de justicia transicional.

No se debe olvidar que para Aristóteles el fin último de la justicia es la igualdad. Tratar con igualdad cada caso requiere un sentido propio de la justicia que, conforme a la naturaleza todos los seres humanos poseen y proviene del orden objetivo, natural, que constituye la polis. Asiente Aristóteles afirmando que “parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para iguales, y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”. La justicia es, pues, “tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual”.<sup>9</sup> De todas maneras conviene aclarar que la justicia en los griegos traza la vida buena para todos los individuos pertenecientes a la polis, esto es, les dice cómo deben interpretar los valores predeterminados de ese modelo. Es lo que Rawls, posteriormente en su libro *Teoría de la justicia*, va a criticar como doctrinas comprehensivas; en tanto que estas promueven concepciones particulares del bien.<sup>10</sup>

De esta manera, el reconocimiento del principio de la igualdad ante la Ley constituye una conquista histórica, fruto de la reflexión y denun-

---

<sup>8</sup> Así dice Aristóteles: “Todos están de acuerdo, en efecto, en que lo justo en las distribuciones debe consistir en la conformidad con determinados méritos...”. *Ibíd.*, v. 3, 1131 a, 25-29. Igualmente, en *La política* dice: “Al decir justas, por justicia entendemos igualdad; y esta igualdad de la justicia se refiere al mismo tiempo al interés general de la ciudad y al interés personal de cada ciudadano.” *Ibíd.*, *La política*, IV 12, 1234 b.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, *La política*, *Op.cit.*, III, 10 (1280<sup>a</sup>), 11-14. Dice el autor: “Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales.”

<sup>10</sup> Ésta es, por ejemplo, la discusión que se planteó en la Sentencia C-224 de 1994 cuando el Estado colombiano pretendió imponer la penalización de la dosis mínima, sustentado en el artículo 49 de la Constitución que dice: “La atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado”. Esta decisión del Estado intentó desconocer el art. 16 constitucional sobre el libre desarrollo de la personalidad y la libre autonomía de los ciudadanos.

cia de los diversos pensadores ilustrados, quienes a través de sus ideas condujeron a las revoluciones del siglo XVIII, especialmente en Francia. Dichas revoluciones pretendían reaccionar contra el orden social estamental que había caracterizado a las sociedades europeas del ‘Antiguo Régimen’ (Fioravanti, 1986, p. 36), configurando y estableciendo, de esta manera, el punto de partida del derecho a la igualdad.

Este principio de igualdad, anteriormente mencionado, va del todo a las partes y se manifiesta en el principio de imparcialidad propio de los actuales Estados democráticos de Derecho y en sus Constituciones. En la Constitución colombiana se traduce en la igualdad de oportunidades consagrada en el art. 13, que establece a) tratar igual lo igual y b) tratar desigual a los que lo necesitan cuando existan razones suficientes y fundadas para ello –la salud para ancianos, niños incapacitados, desplazados, etcétera–. Por su parte, en la Constitución de Estados Unidos, la justicia es un principio de igualdad, contenido en la Enmienda XIV, párrafo 1, donde dice: “Ningún estado denegará a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes”. Este principio es conocido como “Cláusula de igual protección”. Esta enmienda ha dado lugar para que grupos discriminados – como los niños afroamericanos que no podían entrar a las escuelas donde asistían niños blancos – acudan a este mecanismo constitucional para demandar las equiparaciones en derechos negadas históricamente.

Por consiguiente, la igualdad ante la ley se complementa con una cláusula de exclusión de toda discriminación arbitraria, ya sea por parte del juez o del legislador, entendiendo por discriminación aquella diferenciación introducida sin justificación, es decir, una “diferenciación injusta”. La igualdad ante la ley no sólo es un límite frente al legislador, sino también un derecho subjetivo con eficacia inmediata, consistente en recibir un trato no discriminatorio por parte de cualquier norma jurídica. Un autor que se ha encargado de estudiar el principio de la igualdad es R. Alexy, para quien el concepto de igualdad es relativo, por lo menos en lo siguiente:

- a. “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.

- b. “Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual” (Alexy. 1993. p. 409).

Este planteamiento alexiano es claramente retomado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, que afirma: “La máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable...”.<sup>11</sup> En tal sentido, todo trato diferente a la igualdad se torna discriminatorio<sup>12</sup> si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no busca en términos del principio de proporcionalidad un fin legítimo entre los medios empleados y el fin perseguido. Por tanto, está justificado que cuando existen razones de fondo sustentadas, el principio de igualdad posibilita la adopción de acciones afirmativas y políticas públicas que habilitan al individuo o grupo a hacer realmente efectiva la garantía de la igualdad en beneficio de sujetos que, de hecho, materialmente (Gargarella. 2007, p. 135) no se encuentran en una situación de igualdad. En tal sentido, la mayoría de las constituciones permiten tratar de modo diferente a una persona siempre que dicho trato diferente esté justificado razonablemente —proporcionalidad entre los medios y los fines— y no se establezcan exclusiones ni preferencias amañadas por parte del legislador o de quien aplica el trato diferencial.

Ahora bien, el trato igualitario no implica de facto excluir un trato diferencial para aquellos que así lo requieran. Cuando ello se necesite, se acude al mecanismo de la acción positiva; ésta se corresponde con lo que se denomina un trato ‘diferente’ por parte del Estado o de los operadores jurídicos, modificando o cambiando algunas veces las disposiciones im-

---

<sup>11</sup> BVerfGE 1, 14 (52). Citado por Alexy. *Op. cit.* p. 391.

<sup>12</sup> La prohibición de la discriminación se encuentra en varios textos; por ejemplo, en el art. I de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se lee: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales respecto de sus derechos”. En varios tratados internacionales tales como la Declaración de los Derechos Humanos que en su art. 2 dice: “Se prohíbe toda forma de discriminación por razón de sexo, raza, credo, idioma...”; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 26 se afirma: “Se prohíbe toda forma de discriminación por motivos de raza, sexo, religión o expresión”.

pugnadas, con las cuales se pretende nivelar o equiparar a grupos o individuos que histórica o socialmente se encuentran desaventajados, bien sea por criterios basados en el origen étnico – criterio estricto –, bien sea por el criterio diferente – sexo, condiciones sociales, económicas, religiosas –; estas acciones son la que se conocen como acciones afirmativas<sup>13</sup> (Rosenfeld, 1991, p. 67).

Desde la perspectiva de la igualdad material la justicia puede ser entendida como un mecanismo equiparador de derechos utilizado por individuos para reclamar las garantías de los mismos,<sup>14</sup> esto es, hacerlos justiciables. La justicia, por tanto, se convierte en un mecanismo público de solución de conflictos, asignación de recursos y beneficios sociales, mediante la interpretación razonada y razonable de la ley por los jueces, los ciudadanos y el Estado en general. Según una larga tradición filosófica, jurídica y política, la justicia delimita y armoniza aquellas pretensiones e intereses en conflicto propios de la vida social, buscando una distribución igualitaria de las cargas y beneficios, entrando en oposición con cualquier toma arbitraria de decisiones.

Esta idea de justicia excluye, en definitiva, toda discriminación arbitraria,<sup>15</sup> ya sea por parte del juez o por parte del legislador, siempre que por ‘discriminación arbitraria’ se entienda una discriminación introducida sin

---

<sup>13</sup> La Constitución Argentina de 1994 ha sido una de las primeras constituciones en América Latina que introduce de manera directa el término de acciones afirmativas. Así indica en el art. 75, 23 que el Congreso debe sancionar leyes que establezcan “acciones positivas para garantizar la igualdad real de oportunidades y trato, y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos”.

<sup>14</sup> Como afirma O. Höffe: “Estas demandas se dirigen sobre todo a las instituciones sociales y expresamente a las formas jurídicas y estatales (nacionales e internacionales); se trata por tanto de una justicia política”. *Justicia política*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 49.

<sup>15</sup> No en vano, un autor como R. Alexy ha planteado que “El Derecho (entiéndase justicia) es un sistema de normas que formula una pretensión de corrección, consistente en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución generalmente eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas”. Alexy, *El concepto y validez del Derecho*, Gedisa, 1994, p. 86.



justificación racional. El respeto de esta regla de justicia —justicia formal— se resuelve en la aplicación imparcial de la ley. Sobre la aplicación de la justicia dijo Hart:

Podría decirse que aplicar con justicia una norma jurídica a distintos casos es simplemente tomar en serio la afirmación de que debe aplicarse en los distintos casos la misma regla general, sin prejuicio, interés o capricho; lo que constituye una garantía de imparcialidad u objetividad, dirigidas a asegurar que el derecho será aplicado a todos aquellos casos, y sólo a aquellos, que son iguales en los aspectos relevantes señalados por el derecho mismo.<sup>16</sup>

Así, la justicia es un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, en tanto establece que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.

Estos límites al ejercicio del poder presentan las siguientes características:

- 1) Un estándar de conducta consistente en tratar los casos y personas iguales de manera igual, lo que expresa un deber de no variar la decisión tomada de manera arbitraria. Ejemplo: el caso individual C1 es igual al caso individual C2 en aquellos casos que así lo requieran —tratar igual lo que es igual—. Esta concepción formal se asocia a la idea de la justicia distributiva<sup>17</sup> de recursos como la renta, educación, salud y derechos, entre otros.
- 2) Un criterio de excepción en la igualdad, esto es, analizar si los casos ameritan ser considerados iguales y cuándo no. Este mecanismo es planteado como ‘acción positiva’,<sup>18</sup> entendiendo por ésta, los mecanismos es-

---

<sup>16</sup> Hart, H. L. *El concepto del Derecho*. Buenos Aires. 1963, p. 89. Dice el autor que “justo o injusto son formas más específicas de crítica moral que bueno y malo, correcto o incorrecto”. *Ibíd.*, p. 197.

<sup>17</sup> A. Sen critica esta concepción formal de la justicia en tanto no diferencia entre los individuos y sus necesidades en el momento de la repartición de los recursos.

<sup>18</sup> Según Rey Martínez las acciones positivas establecen “la adopción de medidas reequilibradoras de las situaciones sociales discriminatorias preexis-

peciales que busca nivelar individuos o grupos desaventajados social e históricamente por parte de quien ostenta el poder y por quienes toman decisiones. La acción positiva comporta una equiparación en la igualdad para quien se encuentra excluido por la norma. Ejemplo: protección especial y urgente a los desplazados según lo ordena la sentencia T-025 de 2004; garantías constitucionales a los pueblos indígenas conforme a los art. 7, 246, 247 de la Constitución Política; prohibición de retiro del servicio a las madres cabeza de familia en el programa de Renovación de la Administración Pública según la Sentencia C-044 de 2004; inembargabilidad sobre el único bien urbano o rural de propiedad de las mujeres cabeza de familia estipulada en la Sentencia C-722 de 2004. En una sentencia más reciente la Corte Constitucional puso en igualdad de condiciones los derechos y los deberes de las parejas del mismo sexo con los de las parejas heterosexuales conforme la Sentencia C-336 de 2008, etcétera. Es de anotar que dichos criterios de compensación de los grupos desaventajados han sido retomados por parte de la Corte Constitucional

---

tentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres; para asegurar, en suma, el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de las mujeres". Rey Martínez, F. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1995, p. 64. La acción positiva se establece constitucionalmente en Colombia en el artículo 13, una consagración formal del derecho fundamental a la igualdad, pero es sabido que la igualdad material está aún en ciernes, debido especialmente a la discriminación que sufren grupos e individuos desaventajados socialmente; dichas manifestaciones discriminatorias se han incrustado en espacios sociales, convirtiéndose en situaciones de facto muy difíciles de erradicar, tales como: los permisos de maternidad, acceso a medios de comunicación, publicidad, vivienda, altos índices de desempleo femenino, condiciones de trabajo, diferencias salariales, la participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones, la violencia de género, falta de acceso a la educación, desplazamiento, falta de oportunidades de participación en la vida política, etcétera. Un ejemplo claro de lo anterior es la sentencia C-371 de 2000, que al referirse a la discriminación de ciertos grupos sociales estableció: "En esa medida, se puede afirmar que existe la decisión constitucional de remediar situaciones de inferioridad fincadas en estereotipos o prejuicios sociales de reconocida persistencia y que a la prohibición de discriminar se suma la voluntad de erradicar esas conductas o prácticas arraigadas, que han ubicado a personas o a sectores de la población en posiciones desfavorables. Se impone, entonces, el compromiso de impedir el mantenimiento y la perpetuación de tales situaciones, por la vía de neutralizar las consecuencias de hecho que de ellas se derivan."

colombiana del modelo constitucional español (Durango, 2010, p. 645). Así, por ejemplo, en el Tribunal Constitucional español se encuentra una sentencia que se puede catalogar como hito al respecto; nos referimos a la STC 98/1983. En ésta se concreta el restablecimiento del derecho vulnerado y manifiesto en una discriminación a la que se había sometido al varón que había quedado viudo, en tanto la norma sólo reconocía la pensión de viudedad para la mujer. El Tribunal en amparo, analiza por qué el legislador colocó más requisitos a los hombres que a las mujeres para obtener la pensión de viudedad, situación que llevó al Tribunal a complementar, por medio de una sentencia aditiva, el vacío dejado por el legislador agregando la expresión ‘hombre’ en sentido igual al de la mujer, para reclamar la pensión mencionada.

Ahora bien, los principios anteriormente señalados han tomado varios caminos, según la concepción de la justicia que expongan y sustenten los principales autores. A continuación se abordarán las propuestas teóricas más representativas sobre la justicia, tales como las de Hobbes, Rawls y Habermas.

## 2. Modelos de justicia

### 2.1 *El modelo contractual*

En la modernidad el concepto de justicia no está asociado a la idea de justicia natural, sino todo lo contrario, está asociado a la existencia de un nuevo orden social que trae aparejada la idea del individuo racional como pieza clave en la búsqueda y concreción de la justicia. Esta idea se encuentra ligada, ante todo, a las categorías de libertad e igualdad. El modelo contractual<sup>19</sup> – formal – representa un renacimiento de la idea

---

<sup>19</sup> El planteamiento contractualista se sustenta en tres elementos: a) un estado de naturaleza, donde la ley es inexistente, lo que lleva a que no exista una clasificación de lo que es justo; b) la necesidad de establecer un pacto *sub-jetionis* por el que se establecen las condiciones de la convivencia común y, con ellas, los criterios de justicia; c) el paso del estado de naturaleza al estado civil, lo que supone la conformación de un poder soberano que debe su poder a la delegación que hacen los individuos de su libertad y seguridad al Estado; éste debe velar por el cumplimiento del pacto, además de ser el

del contrato social, en el cual los individuos realizan un pacto que permita salir del estado de naturaleza, en el que se presentaba una lucha de todos contra todos, según el análisis hobbesiano. Así, este autor expone:

El único modo de erigir un poder común capaz de defenderlos de la invasión extranjera y las injurias de unos a otros (asegurando así que, por su propia industria y por los frutos de la tierra, los hombres puedan alimentarse a sí mismos y vivir en el contento), es conferir todo su poder y fuerza a un hombre o una asamblea de hombres, que pueda reducir sus voluntades, con pluralidad de voces, a una voluntad. (Hobbes. 1992. p. 39).

Con esto buscaba proponer el paso a un Estado civil<sup>20</sup> donde el Estado controle el monopolio del poder. Una de las razones es que para los teóricos contractualistas – Hobbes lo es –, la idea de justicia es el resultado de un acuerdo entre los súbditos y el soberano con el fin de asegurar la propiedad y la libertad. Para este autor<sup>21</sup> la justicia es la voluntad constante de “dar a cada uno lo suyo conforme la Ley”; de lo cual se deriva que:

1. Algo es justo si va conforme a la ley.
2. Algo es injusto cuando es contrario a la ley.

Para Hobbes, conforme a lo anterior, en el estado de naturaleza el Derecho natural aún no tiene vigencia y no obliga a nadie, pues en él todos los hombres son iguales pero potencialmente enemigos.<sup>22</sup> Por esta razón defendió la necesidad de construir el Estado,

---

encargado de ejercer por la fuerza que el hombre no vuelva al estado de naturaleza.

<sup>20</sup> Según Bobbio, el Estado en Hobbes representa “la unidad de la voluntad frente a la multiplicidad de las voluntades del estado natural, la norma objetiva frente al derecho subjetivo, la obligación frente al árbitro, la autoridad frente a la libertad...”. Bobbio, N. *De Cive*. F. C.E, México, 1982. p. 79.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p. 9.

<sup>22</sup> Expone Hobbes: “Pues donde no ha precedido pacto, no ha sido transferido derecho, y todo hombre tiene derecho a toda cosa y, por consiguiente, ninguna acción puede ser injusta [...] allí donde no hay república, nada es injusto”. *Ibíd.*, p. 10.

con el argumento de que la vida en el estado de naturaleza era imposible,<sup>23</sup> pues en tal situación existe el peligro latente de guerra de todos contra todos, dado que la ley natural no garantiza la vida en sociedad, razón por la cual, „aun el más débil tiene fuerza suficiente para matar al más fuerte, ya sea por maquinación secreta o por federación con otros que se encuentran en el mismo peligro que él.”<sup>24</sup> En el estado de naturaleza prevalece la inseguridad y ésta es la base de la guerra de todos contra todos.

Así que todos renuncian, mediante un pacto, a toda su libertad para instituir el poder soberano, capaz de obligar a los individuos a su cumplimiento. La ficción del ‘estado de naturaleza’ tiene como fundamento esencial resaltar el paso al Estado civil por medio de un pacto *subjectionis*, esto es, un hombre que tiene libertad si hace un pacto de sometimiento con el Estado –libertad condicionada y restringida en exceso–. En este sentido afirma Macpherson que Hobbes inaugura un discurso sobre la génesis y fundamentos del orden político en el cual el punto de partida es la idea de un individuo libre, sin dependencia alguna, sin obligación moral, sin pecado original ni méritos derivados de la creación; un discurso que pone al hombre como artífice del Estado, de la moral, de la justicia, del bien y del mal. (Macpherson, 1979, p. 139).

El soberano, entonces, crea las leyes civiles –Derecho positivo que garantiza el poder del Estado– y todos los hombres están obligados a obedecer. Éste es uno de los fundamentos de la justicia, que consiste en obedecer incondicionalmente al derecho positivo convirtiéndose en una

---

<sup>23</sup> Así dice: “Pues las palabras bueno, malo y despreciable son siempre usadas en relación con la persona que las usa, no habiendo nada simple y absolutamente tal, ni regla alguna común del bien y del mal que se derive de la naturaleza de los objetos mismos, sino del individuo (donde no haya República) o de un representante (cuando la hay), o de un árbitro o juez, a quienes hombres en desacuerdo eligen por consenso, haciendo de su sentencia regla”. *Ibid.*, p. 234.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 189.

‘virtud’ esencialmente jurídica. Por consiguiente la creación del Leviatán —no sin razón dice que sin la espada los pactos no son sino palabras y carecen de fuerza para asegurar en absoluto a un hombre— ha de regular la vida, bienes y seguridad de los individuos. El autor que representa una postura neo-contractualista y anti-utilitarista es John Rawls. (Rawls, 1974), quien entiende la idea de la justicia como la primera virtud de las instituciones políticas parte de una pregunta fundamental: ¿Cómo sería una sociedad perfectamente justa? Para responder a esta pregunta, Rawls plantea que el objeto básico y esencial de la justicia es la construcción de la estructura básica y esencial de la sociedad —cómo distribuyen los ingresos, derechos y deberes los modernos Estados de Derecho—. De esta manera, para Rawls, la justicia como imparcialidad comienza con la elección de dos principios de justicia —elegidos en condiciones de igualdad, libertad y en una situación contractual racional denominada *posición original*, en la que se buscan que los acuerdos alcanzados sean justos— que habrán de regular las instituciones y la estructura básica de la sociedad.

De allí que para Rawls, una *“concepción política de la justicia no debe ser formulada en términos de doctrinas filosóficas, religiosas o morales sino en **ciertas ideas intuitivas latentes en la cultura de una sociedad democrática**”*.<sup>25</sup> A este tipo de doctrinas el autor las denomina ‘doctrinas comprensivas’, que no pueden aunar el consenso social sobre determinadas normas sino mediante la violencia o la coacción, lo que conlleva, en palabras de Rawls, a que exista un profundo desacuerdo sobre los principios básicos sociales. (Piénsese, por ejemplo, en una doctrina religiosa que imponga ciertos acuerdos sociales). En contra de las doctrinas comprensivas propone su teoría sobre el pluralismo razonable que, en la terminología rawlsiana, consiste en que en el mundo contemporáneo existen multiplicidad de doctrinas comprensivas —que tratan de responder sobre concepciones concretas de la vida buena—, todas válidas, lo que genera gran cantidad de problemas al tratar de concebir quién tiene la verdad, pues no existe un orden ‘universal’ absoluto de fundamentación. El liberalismo político (Rawls, 1996, p. 205) no pretende erigirse como tal, cuestión ésta en la que habían caído anteriores teorías políticas de la democracia. De allí que Rawls postule dos principios de

---

<sup>25</sup> *Ibíd.*, p. 78.

justicia que integran las múltiples doctrinas comprensivas que existen hoy, con los que busca sustentar sus teoría en un *Liberalismo Político* como una opción para tratar de aunar dichas pluralidades y lograr acuerdos más duraderos y legítimos social y democráticamente.

Dichos principios son:

1. "Todas las personas son iguales en punto de exigir un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales, que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y en este esquema las libertades políticas y sólo ellas, han de tener garantizado su valor equitativo".
2. "Las desigualdades económicas y sociales han de satisfacer dos condiciones: primera, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos, en condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades; y segunda, deben procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad".<sup>26</sup>

Estos principios son la base de la estructura de una sociedad justa en tanto orientan las instituciones sociales, como por ejemplo los derechos fundamentales, el Estado de Derecho, los poderes legislativos, la administración de justicia, la regla de la mayoría, la concreción de la igualdad y la libertad. A estos últimos Rawls los denomina *esencias constitucionales – constitutional essentials*<sup>27</sup> –. Rawls le asigna a estas últimas la categoría de *razón pública*,<sup>28</sup> y entiende por tal aquellos espacios democráticos por medio de los cuales los ciudadanos logran acuerdos básicos en la esfera pública en tanto se consideren razonables. Es de anotar que para el autor

---

<sup>26</sup> *Ibíd.*, p. 35.

<sup>27</sup> "De manera semejante, si bien un mínimo social que prevea para las necesidades básicas de todos los ciudadanos es también un elemento esencial, lo que he llamado el 'principio de la diferencia' exige más, y no es un elemento constitucional esencial." *Ibíd.*, pp. 218, 262.

<sup>28</sup> Siguiendo a Ackerman, Rawls le confiere la salvaguarda de la Razón Pública a la Suprema Corte, afirmando que es una entidad institucional ejemplar, por lo que se deduce que la razón pública es la única razón ejercida por esta. Así, dice: "Los ciudadanos y los legisladores pueden votar por sus más amplios puntos de vista cuando no estén en juego los elementos constitucionales esenciales y la justicia básica." *Ibíd.*, Rawls, *Liberalismo político*, p. 224.

en mención se excluyen de la razón pública aquellas doctrinas comprensivas anteriormente señaladas, ya que una de las características de la razón pública es que sus límites no se aplican a las deliberaciones y reflexiones personales sobre las cuestiones políticas o al razonamiento acerca de ellas por miembros de asociaciones tales como las iglesias y las universidades, todo lo cual forma parte del trasfondo cultural que no debe ser base de apoyo de la razón pública.

## *2.2 El modelo argumentativo de la justicia*

Este modelo parte de la idea de un mecanismo que ha de conducir a un consenso o acuerdo ideal y razonable sobre lo que es justo o injusto, a través de las acciones comunicativas –intersubjetivas– ofrecidas en los procedimientos democráticos y en las pretensiones de validez entabladas argumentativamente con los sujetos participantes en el diálogo. Ejemplo: todos los discursos presentan igual validez, nadie puede ser excluido arbitrariamente del debate, no deben existir limitaciones exteriores que limiten la argumentación tales como la fuerza o el dolo, etcétera. Estas reglas de la argumentación han influido en los procesos penales y en la conformación de los jueces de paz y conciliadores en equidad.<sup>29</sup> Este modelo sitúa la justicia en el ámbito de la comunicación humana. Un exponente de esta propuesta es Chaïm Perelman, para quien un discurso real sobre la justicia se ha de acercar a las mayores posibilidades argumentativas, tanto en la vida práctica como en las decisiones judiciales. Para Habermas las condiciones de formación de la voluntad y la participación en la esfera pública han sido, sobre todo, desarrolladas por el republicanismo. Dice: “La comprensión republicana de la política pone en primer

---

<sup>29</sup> Es una especie de justicia material que busca solucionar los conflictos acudiendo a instancias decisorias, imparciales y respetuosas de las normas legitimadas previamente en los procedimientos democráticos y legalizados mediante procesos jurídicos. En este contexto, le compete al Estado y a la comunidad en general brindar todas las oportunidades a los afectados para que se expresen en todas las fases del proceso y bajo condiciones reales de oportunidad. (Conciliación, mediación, amigable composición). Esto rige en todo caso como comprobación de lo que es justo e injusto en un caso concreto conforme a normas positivizadas en el sistema jurídico, tal y como lo establecen, por ejemplo, los artículos 13, 246 y 229 de la Constitución Política de Colombia.



plano la conexión interna del sistema de los derechos con la autonomía política de los ciudadanos.” (Habermas, 1998. p. 348).

De esta manera, Habermas realiza una lectura discursiva de los derechos fundamentales y de la justicia, sustentado en el principio discursivo. La justicia se construye en la deliberación pública, pues allí se establecen los criterios para fundar las condiciones fácticas que van a permitir construir la igualdad jurídica.

En tal sentido Jürgen Habermas sostiene que la argumentación discursiva procura reconstruir un consenso normativo que ha sido problematizado o se ha roto por múltiples circunstancias. Propone la realización de unas cualidades formales del discurso: igualdad de posibilidades para los participantes del discurso, libertad de expresión, ningún privilegio interno o externo en la argumentación, veracidad y ausencia de coacción. Su cometido es obtener acuerdos válidos por todos los afectados en el diálogo. Este autor explica la justicia mediante la búsqueda de un consenso (Durango, 2006) ideal superpuesto que legitime mediante “la fuerza del mejor argumento” aquellas decisiones democráticas más relevantes para los individuos.

Esta propuesta habermasiana ha llevado a relacionar la justicia con el reconocimiento democrático y participativo de los principios y los derechos fundamentales, posibilitando de esta manera superar las limitaciones de teorías realistas y escépticas de la justicia, que afirman la imposibilidad racional de demostrar lo que es objetivamente justo, y que llegan a reducir el Derecho a lo válido, aunque no sea eficaz socialmente, ni justo. La administración de justicia se estructura a partir de aquellas pretensiones de validez, más los argumentos, normas y justificaciones racionales dados en Estados democráticos de Derecho para la toma de decisiones. Como bien dice Habermas:

Las leyes no tienen nunca una forma semántica tal ni tampoco una idea determinada, tal que al juez no le quede otra tarea que la de aplicar esas leyes en forma algorítmica (...) las operaciones interpretativas en la aplicación de las reglas comportan siempre operaciones constructivas que desarrollan el derecho (1987, p. 585).

Por consiguiente, en las decisiones judiciales el aspecto argumentativo-justificador es de vital importancia, pues la argumentación jurídica se sustenta en aquellas razones discursivas entabladas por los agentes racionales a través de acciones comunicativas y estratégicas que orientan a los participantes en la argumentación a aceptar como válidos los correspondientes enunciados normativos.

En este contexto, el Estado de Derecho no puede seguir siendo concebido como un sistema de normas identificables por un procedimiento formal y ajeno a condiciones materiales tales como los derechos fundamentales, desconocido por las comunidades y sólo aplicable técnicamente. Acá yace una de las falencias del positivismo, al considerar el Derecho como mero conjunto de reglas, sin darle mucha importancia a la teoría de principios dentro del mundo jurídico. La argumentación sobre los principios para impartir y aplicar justicia requiere de un sistema jurídico imparcial y consensuado, donde los ciudadanos puedan cuestionar aquellas decisiones tomadas de forma irracional por quien ostenta el poder. En este aspecto puede afirmarse que una relación actual entre Derecho y justicia, debe incorporar la relación entre principios jurídicos y derechos fundamentales. Como lo sostiene Ronald Dworkin,<sup>30</sup> los principios permiten justificar las normas jurídicas e influir así en las decisiones que toman tanto del legislador como de los operadores jurídicos, cuando solucionan, en los casos concretos, aquellas colisiones de derechos fundamentales. (Ejemplo: el derecho al honor y el derecho a la información). Así, afirma: “En los casos difíciles, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas”. (Dworkin, 1999, p. 324). En tal sentido, la noción de justicia se expresa mediante aquellos acuerdos valiosos logrados por la comunidad de manera conjunta, racional e imparcialmente. Hablar de justicia no es algo que esté dotado de la exactitud exigida desde una con-

---

<sup>30</sup> Ante la tesis de la discrecionalidad propia del positivismo, Dworkin opone su tesis de que las decisiones judiciales han de basarse en argumentos de principio. “Un argumento de principio puede servir de justificación a una decisión determinada, sólo si puede demostrar que el principio es coherente con las decisiones del pasado y con las decisiones que está dispuesto a tomarse en el futuro”. Dworkin, R. *Los derechos en serio*, Ariel, 4ª reimpresión, 1999. Cap. 13. En este mismo texto, ver la réplica a sus críticos.

cepción no dialogada, tampoco puede considerársele como un valor o un acuerdo que expresa lo irracional. La justicia está ligada a la búsqueda y realización de unos contenidos mínimos sociales que respondan a aquellos retos sociales pertinentes y válidos dentro de las comunidades, y sin desconocer, por supuesto, aquellos principios universales. Habermas se ha decantado por un concepto de justicia dado desde la “inclusión democrática, política y jurídica” (Habermas, 2004, p. 23), que viene a complementar la clásica definición aristotélica de justicia distributiva. La justicia se concretiza, de esta manera, en la posibilidad real que tienen los ciudadanos de ejercitar su libertad, en buscar acuerdos imparciales, democráticos e inclusivos, elementos de la garantía de los derechos fundamentales. Ésta es una de las razones por las que en todo proceso democrático se deben garantizar todas las posibilidades reales para la existencia y participación de todos los individuos y grupos excluidos de la esfera pública, donde se toman decisiones relevantes. Podría afirmarse que ejercitar la justicia — una persona o una autoridad pública —, es cumplir a cabalidad con la Constitución y la ley en tanto se ha participado con todas las garantías en la conformación de la misma. La justicia, por tanto, permite establecer que la validez de las reglas y principios vigentes no sean elaborados a espaldas de quienes participan en la conformación de las normas.

De esta manera la justicia se interrelaciona con los derechos fundamentales de participación política. Los derechos fundamentales se constituyen, en ‘triumfos’ frente a la mayoría y por esto los objetivos sociales sólo son legítimos si respetan a aquellos. Con razón dice Dworkin:

Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. (1999, p. 351).

Otro autor que se articula en esta propuesta de la justicia como argumentación es R. Alexy, quien plantea la tesis del caso especial (Alexy,

1989), que puede entenderse de la siguiente manera: *la argumentación jurídica constituye un caso especial del razonamiento práctico general*. Dice el autor que éste ha de fundamentarse desde un procedimiento discursivo similar al propuesto por Habermas y Apel. Por consiguiente, un discurso práctico es racional cuando satisface las condiciones de una argumentación práctica racional. Así, “las decisiones judiciales no sólo pretenden ser correctas en el esquema del orden jurídico válidamente establecido, sino también pretenden ser correctas en cuanto decisión jurídica” (Alexy, 1989, p. 178).

Tal corrección ha de guiar la racionalidad práctica a través de las reglas del discurso expuestas por Alexy. Propone las siguientes: 1) la de *corrección estructural*, esto es, “la exigencia de no contradicción, el principio de universalidad, la claridad lingüística conceptual, la verdad empírica, la consideración de las consecuencias, y el análisis de la formación de las convicciones morales”; 2) las reglas que garantizan *la imparcialidad del procedimiento argumentativo*. Dichas reglas son: “Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso”, “Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma”, “Quien pretende tratar a una persona de manera distinta a otra está obligado a fundamentarlo”, o “Quien afirma una proposición normativa debe aceptar las consecuencias en el evento que le fuera aplicable”. (Alexy, 1989, p. 293). Le compete, pues, al juez buscar dichas reglas para poder tomar así decisiones imparciales.

Por consiguiente, corresponde a los tribunales constitucionales la tarea de construir una argumentación iusfundamental que responda a las situaciones concretas. Concluye que para dotar de seguridad a la argumentación iusfundamental “es razonable la institucionalización de una justicia constitucional cuyas decisiones pueden y requieren ser justificadas y criticadas en un discurso iusfundamental racional” (Alexy, 1989, p. 295). Las propuestas argumentativas de Alexy han permitido proteger, desde los presupuestos comunicativos, los derechos fundamentales en un Estado democrático de Derecho. La manera como se argumenta, influye notoriamente en las decisiones judiciales, pues como ha dicho el Tribunal Español al respecto, “Es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo

24.1 CE, comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, como garantía máxima — dada la esencia de la función jurisdiccional — frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos”. STC 131/1990, FJ 1. Por consiguiente, la argumentación judicial se concibe, en este sentido, como un ejercicio de *racionalidad* tendiente a evitar decisiones *arbitrarias*.

Para concluir este apartado puede decirse que la justicia — con el fin de que no se reduzca a una concepción formal elaborada por los filósofos, los políticos y los juristas —, ha de complementarse con aquellas reglas y principios tenidos como aceptados y válidos por las comunidades. Frente a ésta no se debe asumir una postura escéptica como la de Alf Ross, para quien la justicia es algo puramente formal, como dar un puñetazo sobre la mesa.<sup>31</sup> No es, por tanto, guía para el legislador, y sería imposible tener sobre ella una discusión racional porque considera que quien apela a ella nada dice que pueda ser argüido ni en pro ni en contra, y que cuando se afirma que una norma es injusta no es más que la expresión emocional de una reacción desfavorable respecto a ella. El desarrollo de la teoría de la justicia no trata de dotar al Derecho de un contenido extrajurídico — como los dogmas religiosos o políticos —, sino que aborda el horizonte de los derechos fundamentales que son concebidos como la mediación entre la aspiración de los principios básicos expresados en el desarrollo de las Constituciones. Para fallar justamente en Derecho se requiere de un respeto por los derechos fundamentales, por las razones del otro y por el debido proceso. Como sostiene Gustavo Zagrebelsky:

También respecto al tema de la justicia en el Derecho, el advenimiento de la democracia pluralista produce un cambio. Cuando todos los componentes de la sociedad pueden participar en la elaboración de la Constitución, se desvanece la posibilidad de seguir considerando que el fundamento de la justicia del orden jurídico es una cuestión prejurídica, ca-

---

<sup>31</sup> Dice A. Ross que la palabra “justo o injusto tiene sentido cuando se aplican para caracterizar la decisión hecha por un juez o por cualquier otra persona que debe aplicar un conjunto determinado de reglas [...] Pero aplicadas para caracterizar una regla general o una orden, las palabras justo o injusto carecen de significado”. *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 267.

rente de relevancia propia desde el punto de vista interno del Derecho vigente... La Constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce los principios que se corresponden con sus ideales de justicia. De este modo, dichos principios vienen rescatados del ámbito de lo prejurídico e insertados plenamente como tales en el Derecho. (Zagrebelsky, 1995, pp. 96-97)

Ante el escepticismo relativista propuesto por H. Kelsen<sup>32</sup> sobre la justicia, se viene planteando hoy día un nuevo concepto de justicia restaurativa, en la intervienen la víctima, el victimario, el Estado y la sociedad en general. En esta concepción la justicia pierde su dimensión formal y abstracta para incorporar las exigencias igualitarias materiales propias del Estado de Derecho.

### *2.3. El modelo de la justicia restaurativa*

El concepto de la justicia restaurativa<sup>33</sup> hace referencia a aquellos procesos de búsqueda de la paz para conflictos de larga y compleja intensidad, terminados o aún sin culminar, a través de espacios participativos, democráticos y jurídicos, sin desconocer la protección de las víctimas por las violaciones de sus derechos fundamentales. El modelo de justicia restaurativa<sup>34</sup> pretende garantizar la paz, verdad, justicia y reparación median-

---

<sup>32</sup> Kelsen se pregunta: ¿Qué es la justicia para mí? “Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la justicia para mí se da en aquel orden social, bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz: la justicia de la democracia, la de la tolerancia”. Kelsen afirmaba: “En tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre moral y Derecho queda comprendida en la relación entre justicia y Derecho”. Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*, segunda edición, 1997, p. 71.

<sup>33</sup> La justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario. Sentencia C-979 de 2005.

<sup>34</sup> Dentro de los principales mecanismos utilizados por la justicia restaurativa para abordar el conflicto se tienen: búsqueda de la verdad de lo ocurrido por parte de las víctimas y de la sociedad; acceso del derecho de las víctimas

te mecanismos deliberativos entre la víctima, sociedad y victimario, sin desconocer las diversas instancias jurídicas de orden nacional e internacional. En este sentido, los ciudadanos y el Estado deben cuidarse de no otorgar indultos generalizados que conduzcan a la impunidad generalizada. Ahora bien, este tipo de justicia se puede aplicar a escala nacional, siempre y cuando se permita para aquellas acciones que no tipifiquen delito, conforme al Estatuto de Roma, de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Ajustarse a los estándares internacionales es una tarea compleja para el Estado, la sociedad y los administradores de justicia, pues de un lado tienen las presiones de los levantados en armas y, de otro, los derechos de las víctimas. De allí que las decisiones tomadas afectan de una u otra manera la calidad de la administración de justicia con la búsqueda de la paz —leyes de obediencia debida y de punto final se han presentado en las pasadas dictaduras del Cono Sur, en Perú y Brasil—. Como bien lo afirma la Corte Constitucional colombiana: “Es de suma importancia la relevancia de los deberes del Estado en la investigación y sanción de las violaciones a los derechos humanos y los derechos de las víctimas, como elementos para la construcción de un orden justo”. Sentencia C-979 de 2005.

Esta concepción de justicia restaurativa<sup>35</sup> se expuso en la Ley de Justicia y Paz —Ley 975 de 2005— en Colombia, tendiente a buscar la reconciliación nacional. Si bien la Ley incluye las categorías de justicia,<sup>36</sup> verdad

---

a un recurso efectivo ante la justicia penal; el derecho de las víctimas a obtener reparación integral frente a las violaciones sufridas; mecanismos que comprometan a los Estados a prevenir la repetición de las violaciones de los derechos humanos.

<sup>35</sup> El artículo 518 del Código de Procedimiento Penal, entiende por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador. Se entiende por resultado restaurativo el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

<sup>36</sup> Artículo 6°. Derecho a la justicia. De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que

y reparación para las víctimas del conflicto, los hechos han demostrado que en la práctica la paz, verdad, reparación integral y justicia no han tenido mayores logros en el transcurso de estos cinco años de vigencia de la norma.<sup>37</sup> Como se sabe, en esta Ley – uno de los principales actores del desplazamiento y desaparición forzada –, los paramilitares obtuvieron penas privativas de la libertad que oscilan entre cinco y ocho años, acción punible que va en contravía, de manera clara, de las normas internacionales de derechos humanos y del D.I.H.<sup>38</sup> vigentes y ratificadas por Colombia. Ello ha llevado a un rechazo generalizado de gran parte de la sociedad colombiana, así como de la misma comunidad internacional –a excepción de diversos individuos que la defienden a ultranza–, quienes perciben en esta norma una manera clara de favorecer a un grupo al margen de la ley con penas irrisorias frente a actos sancionables

---

conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones. Las autoridades públicas que intervengan en los procesos que se tramiten con fundamento en la presente ley deberán atender, primordialmente, el deber de que trata este artículo.

<sup>37</sup> No existe hasta el momento una ley que permita reparar integralmente a las víctimas del conflicto colombiano. Por ejemplo, sólo hasta el 23 de noviembre de 2010 se dio inicio a la discusión del proyecto de ley 107 Cámara “Por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario” y “Por la cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras”.

<sup>38</sup> El Consejo Económico y Social de la ONU, el 27 de julio de 2000 expidió la resolución 2000/14 en la que se establecen los “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”. Esta propuesta se extiende al artículo 518 del Código de Procedimiento Penal colombiano, definiendo la justicia restaurativa como “todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador”. Igualmente la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, estableció en la Resolución 1999/34 del 26 de abril de 1999, la importancia de adoptar todas las medidas posibles y necesarias para que respondan ante la justicia los autores de violaciones de los derechos humanos y del Derecho humanitario internacional, e insta a los Estados a que actúen respetando las debidas garantías procesales.



por el Derecho Internacional Humanitario.<sup>39</sup> Producto de la adecuación de las normas internas a los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Corte Constitucional declaró inconstitucional el principio de oportunidad establecido en la Ley 1312 de 2009, en tanto beneficiaba a los paramilitares desmovilizados.

Como bien lo argumenta Uprimny:

De acuerdo con este modelo, la concesión de perdones a los responsables de crímenes atroces debe tener un carácter excepcional e individualizado, y debe estar siempre regida por el principio de proporcionalidad. [...] La concesión de indultos a quienes hayan participado en el conflicto en calidad de combatientes es plenamente posible, inclusive cuando se trata de ciertas infracciones menores al Derecho Internacional Humanitario. En cambio, el perdón total de graves crímenes de guerra y de delitos de lesa humanidad queda en principio excluido por el Derecho Internacional Humanitario. Ante estos casos sólo procedería la concesión de perdones parciales, tales como la disminución de la sentencia, o la concesión de subrogados penales, la cual estaría siempre condicionada a una contribución efectiva del victimario a la verdad, la paz y la reparación, que se concretaría en la confesión plena de los comportamientos respecto de los cuales el victimario pretende el perdón parcial. De todas formas, el cumplimiento de unos mínimos de pena privativa de la libertad sería siempre exigido, en el entendido de que no parece admisible ética, jurídica, ni políticamente que los responsables de crímenes atroces puedan recibir una amnistía total, o puedan simplemente remplazar el castigo con penas alternativas. (Uprimny & Saffon, 2005, p. 230).

La tensión entre la justicia restaurativa y la transicional se presenta cuando los actores del conflicto armado, por una u otra razón, deciden entrar en un proceso de paz con el Estado con la condición de no recibir exce-

---

<sup>39</sup> A esto se le puede sumar el conocimiento e investigación por competencia propia de la Corte Penal Internacional, en el año 2008, por intermedio de su fiscal, visitó al Gobierno colombiano para que diera explicaciones sobre la ley de justicia y paz.

sivas sanciones penales, lo que implica un desconocimiento de las directrices trazadas por el D.I.H.<sup>40</sup> y la Corte Penal Internacional.<sup>41</sup> De hecho, a partir de la segunda posguerra, el Derecho Internacional Humanitario ha planteado la necesidad y obligatoriedad de investigar y sancionar los crímenes de lesa humanidad, tendencia que se evidencia con la mayor claridad en la creación de la Corte Penal Internacional. No obstante, los contextos en los que se han desarrollado los procesos transicionales en esta última época han impuesto serios obstáculos prácticos a la realización efectiva de dicha obligación, caracterizados por la necesidad de que sus fórmulas sean aceptadas y vistas como satisfactorias precisamente por quienes han cometido crasas violaciones de derechos humanos. Tal es el caso, por ejemplo, de contextos tan disímiles como los de las transiciones de regímenes dictatoriales a democracias en el Cono Sur, el de la transición post-*apartheid* sudafricana, o el de la transición de la guerra civil a la paz llevada a cabo en Irlanda del Norte. ((Uprimny & Saffon. 2005, p. 234).

Una forma de manifestación de la justicia material –que en el caso de Colombia se enfrenta al reto de administrar justicia, verdad y reparación sin olvidar los crímenes de lesa humanidad–, se encuentra en la sentencia C-288 de 2002 –expedida en vigencia de la Ley 600 de 2000– de la Corte Constitucional colombiana; allí la Corte resaltó los derechos de la víctimas a participar activamente en el proceso penal y a constituirse en parte civil desde la etapa de indagación. Por su parte, en las sentencias C-454 de 2006, C-209, C-370 de 2006 y 210 de 2007, explica y fundamenta la Corte el alcance de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación íntegra.<sup>42</sup> En estas sentencias la Corte Constitucional resalta

---

<sup>40</sup> Colombia está obligada a investigar y sancionar a los culpables de violaciones a los derechos humanos. Dicha obligación deriva de la Convención Americana de los Derechos Humanos, arts. 1, 2, 8 y 25. De los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, art. 49 del Convenio I, art. 50 Convenio II, art. 129 Convenio III y art. 146 del Convenio IV.

<sup>41</sup> El art. 20.3 de la CPI establece que la Corte podrá enjuiciar a una persona condenada en un Estado cuando “el proceso en el otro tribunal obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes que son competencia de la Corte”.

<sup>42</sup> Ver al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias: Caso Garrido y Baigorria, 27 de agosto de 1998, Caso de los Niños de la

que los derechos a la verdad y a la justicia tienden a erradicar y hacer desaparecer las injusticias sociales y los daños ocasionados a las víctimas por parte de los victimarios, sobre todo cuando se trata de delitos que afectan gravemente los derechos fundamentales —léase justicia en este caso— (Durango & Bedoya, 2009). Estas sentencias son una concreción de la providencia *Caso Barrios Altos vs. Perú*, del 14 de marzo de 2001, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se dice: “Las medidas legislativas que impedirían a las víctimas de violaciones a derechos humanos, conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la Convención Americana”. En tal sentido, las víctimas tienen derecho no sólo al resarcimiento económico, sino a saber la verdad, a obtener justicia verdad y reparación. Estos elementos son tenidos en cuenta por la Corte Colombiana cuando establece que “las amnistías no pueden darse de manera generalizada, ya que con ello se atenta contra las víctimas y se perpetúa la impunidad” (Sentencia C-228 de 2002).

En definitiva, el abordaje de los conflictos sociales puede ser matizado y canalizado desde procesos dialógicos con la vigilancia de los tribunales constitucionales nacionales y del Derecho Internacional Humanitario. Para finalizar puede decirse que la justicia y los derechos fundamentales, analizados desde todas las perspectivas y dimensiones, tendrán mucho que aportar en el conflicto colombiano.

---

Calle, (Villagrán Morales y otros), 26 de mayo de 2001. Igualmente ver la Resolución 60/147 de la ONU, del 16 de diciembre de 2005.

## Bibliografía

- Ackerman, B. (1999). *La política del Diálogo Liberal*, Gedisa.
- Ackerman, B. (1980). *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press.
- Alexy, R. (2001). *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica sobre la relación entre Derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia,
- Alexy, R. *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 1994.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aristóteles. (1994). *La política*, México: Ed. Porrúa.
- Aristóteles. (1989). *Ética a Nicómaco*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Barranco, Aviles, M. (1999). *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Dykinson,
- Bentham, J. (1973). *Fragmento sobre el gobierno*. Madrid: Aguilar.
- Bobbio, N. (2000). *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. F. C. E.
- Bobbio, N. (1997). *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político* F. C. E. Bobbio, N. *Thomas Hobbes*, F.C.E. 1992.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Sistema.
- Bobbio, N. (1983). *El futuro de la democracia*. Plaza y Janés.
- Bohman, J. (1996.) *Public Deliberation. Pluralism, Complexity and Democracy*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press.
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*, Ariel, 4ª. reimpresión.
- Dworkin, R. (1998). *El Imperio de la justicia*, Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (1996). *La comunidad liberal*, Bogotá: Universidad de los Andes.
- Dworkin, R. (1990). *Ética privada e igualitarismo político*, Paidós.
- Durango Álvarez, G. (2011). *Las acciones positivas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Editorial Díké.
- Durango Álvarez, G. (2006). *Derechos fundamentales y democracia deliberativa*, Bogotá: Temis.
- Durango Álvarez, G. (2003). *Los derechos fundamentales en la teoría habermasiana*, Medellín, Universidad Autónoma Latinoamericana.
- Durango Álvarez, G. (2008). “Relación tensional entre el juez y el legislador”. En *Revista Universidad del Norte, Barranquilla*.
- Durango Álvarez, G. “Las acciones positivas en la jurisprudencia colombiana. Un análisis desde el modelo español”. En *Memorias Primer Congreso Colombiano*

- de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Externado de Colombia, mayo de 2010.
- Durango Álvarez, G. & Bedoya, L. F. (2009). *Los derechos fundamentales de libertad e intimidad en el sistema penal acusatorio*, Medellín, Universidad Autónoma Latinoamericana.
- Ely, J. H. (1981). *Democracy and Distrust*. Cambridge.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (1996). "El Estado Constitucional de Derecho Hoy", Perfecto Andrés Bañez (ed), En *Corrupción y Estado de Derecho*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*, Trotta.
- Fernández, E. (1996). "Estado sociedad civil y democracia". En *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Madrid: Dykinson.
- Fernández, E. (1984). *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Debate.
- Ferreres Comella, V. (1997). *Justicia Constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gimbernat, José. (1998). *Facticidad y Validez*. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso. Trotta.
- Gimbernat, José. (1998). "Dworkin y K. Günther. ¿Impera el derecho sobre la política?". *La política*.
- Gutmann, A. (1999). "Deliberative Democracy and Majority Rule", En *Deliberative Democracy And Human Rights*. New Haven and London.
- Habermas, J. (2002). *Verdad y justificación*. Trotta.
- Habermas, J. (2000). *Aclaraciones a la ética del discurso*. Trotta.
- Habermas, J. (2000). *La Constelación Posnacional*. Paidós.
- Habermas, J. *La inclusión del otro*. (1999). *Estudios de teoría política*. Paidós.
- Habermas, J. (1999). "Democracia, Derechos Humanos y Soberanía Popular. Las versiones Liberal y Republicana", En *La Democracia en sus textos*. Alianza.
- Habermas, J. (1997). "El nexo interno entre Estado de Derecho y Democracia", En José Gimbernat, A. (ed.) *La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Hart, H. L. (1963). *El concepto del Derecho*. Buenos Aires.
- Heller, A. (1981). *Beyond Justice*. Oxford.
- Hobbes, T. (1992). *El Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, Cap. XVII. México: Fondo de Cultura Económica.
- Höffe, O. (2002). *Justicia política*. Paidós.

- Kelsen, H. (1992) *¿Qué es la justicia?* Barcelona. Ariel.
- Kelsen, H. (1974). *Teoría General del Estado*. México.
- Macpherson, (1979). M. *La teoría política del individualismo posesivo*. Barcelona: Fontanella.
- Martínez Rey, F. (1995). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo.* , Madrid: Mc Graw-Hill.
- Nino, S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa.
- Nino, S. (1989). *Ética y Derechos Humanos*. Ariel.
- Platón. (1949). *La República*, libros I y II. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1996). *Liberalismo Político*. F.C.E.
- Rawls, J. (2000). *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1998). El Derecho de Gentes. En Stephen Shute y Susan Hurley. *De los Derechos Humanos*. Trotta.
- Ross, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Thiebaut, C. (1998). *Vindicación del ciudadano. Un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*. Paidós.
- Thiebaut, C. (1992). *Los límites de la comunidad*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Vargas-Machuca, R. (2003). "Justicia y democracia". En *Teoría política: poder, moral y democracia*. Alianza.
- Uprimny, R. & Saffon, M. P. (2005). "Justicia transicional y justicia restaurativa". En *Entre el perdón y el pardo: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Uniandes.
- Walzer, M. (1993). *Las esferas de la justicia*. México, FCE.
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*. Oxford University Press.
- Wellmer, A. (1994). *Ética y diálogo*. Anthropos.
- Wellmer, A. (1996). *Finale de partida. La modernidad irreconciliable*. Cátedra.
- Young, I. (1999). *Intersecting Voices. Dilemmas of Gender, Politics, Philosophy and Policy*. Princeton University Press.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Trotta.