

El principio de igualdad en materia penal al interior del Estado Social de Derecho

Jairo Vergara Benítez*

Resumen

Con la consagración expresa del derecho a la igualdad en la Constitución de 1991 nace espontáneamente en cada uno de nosotros el compromiso de hacer de este derecho natural, lo mismo que de los demás principios fundamentales, una realidad en la práctica, y no convertirlos en inocuos enunciados. Solo así materializaremos los nobles propósitos de la Carta Política y disminuirémos las diferencias que ahondan el acercamiento entre unos y otros.

Abstract

With the express consecration of the equality principle in the Constitución of 1991, the obligation of making this natural right as the other fundamental principles spontaneously in order to concrete the novel spirit of the politic charter.

1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

1.1. Del Estado Demoliberal al Estado Social de Derecho

Innegablemente¹, nos encontramos ante un momento histórico caracterizado por grandes transformaciones en distintos aspectos y sectores como el cultural, el económico, el social, el internacional, entre otros, y

el Estado no se sustrae a estos cambios que, con o sin revoluciones políticas violentas, han de sufrir también la estructura y función estatales.

Los valores básicos del Estado democrático-liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio. Valores entronizados por la Revolución Francesa.

La libertad, traducida en la libre competencia de las fuerzas económico-sociales, halla una limitante en las relaciones de propiedad, las que

*Abogado especializado en Derecho Penal. Profesor de Procedimiento Penal en la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte.

¹ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. *El Derecho de la Igualdad en materia Penal*, p.129 y ss.

se traducen originariamente en una dominación de las cosas, pero al final se transforman en estratificación de clases, trayendo como consecuencia la dependencia, la servidumbre y la indignidad física y moral, extendiéndose, en últimas, la dominación a las personas, aparejando ello una igualdad formal, porque se queda como simple postulado, sin contenido y sin eficacia.

Esa situación de dependencia y de miseria riñe con la realización de los fines e intereses del Estado, porque el fortalecimiento de éste marcha paralelamente con el nivel moral y material de los ciudadanos, viéndose amenazada la estabilidad del Estado al ser sacudida en sus bases por sismos sociales, los cuales tienen como epicentros la conciencia que las clases oprimidas han adquirido de su situación, como producto del nivel cultural alcanzado al tener acceso al conocimiento.

Con razón señaló García - Pelayo²: *«Por consiguiente, la corrección del Estado de los defectos disfuncionales de la sociedad industrial competitiva no es sólo una exigencia ética, sino también una necesidad histórica, pues hay que optar necesariamente entre la revolución o la reforma social. Las formas políticas del futuro serán o bien la democracia social, caracterizada desde el punto de vista constitucional por el sufragio*

² GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid, Alianza Editorial, 1980.

universal y desde el punto de vista administrativo por su orientación hacia la neutralización de las desigualdades sociales [...] La clase poseedora adquirirá conciencia de que «su propio supremo y bien entendido interés» exige la reforma social, exige sustituir el interés parcializado por un sistema global de intereses recíprocos».

Hermann Heller³ es uno de los primeros en teorizar acerca del problema de la crisis de la democracia y del Estado de Derecho, al que considera que es preciso salvar de la irracionalidad del sistema capitalista, generadora de un nuevo feudalismo económico, del cual es encubridor el Estado formal de Derecho. Este pensador alemán considera que la solución no está en renunciar al Estado de derecho, sino en dar a éste un contenido económico y social, realizar dentro de su marco un nuevo orden laboral y de distribución de bienes. Es así como plantea que sólo el Estado Social de Derecho puede ser una alternativa válida frente a tal anarquía económica, siendo, entonces, la salida política para salvar los valores de la civilización. Heller asevera que la función del Estado es asegurar la convivencia y cooperación entre los hombres.

Surge así el Estado Social de Derecho como una superación del Estado Liberal, suponiendo ello un mayor intervencionismo estatal, cumpliendo una función orientada a

³ Citado por García - Pelayo. Ob. cit., p.16.

crear condiciones de igualdad y libertad, que el hombre no puede cumplir con esfuerzos individuales, debiendo regular el derecho la actividad económica industrial y mercantil, apareciendo así unos nuevos derechos fundamentales de carácter económico-social y cultural que se suman a los viejos derechos individuales.

El Estado Social supone, por consiguiente, reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, incorporando nuevos derechos, para lo cual intervienen los poderes públicos en la organización del modelo económico, el que ha de subordinarse al interés general.

Por lo tanto, el Estado social democrático no sólo no niega los valores del Estado democrático liberal (libertad, igualdad, seguridad jurídica, etc.), sino que los reafirma y pretende hacerlos más efectivos y reales ante la vida, impregnándolos de un contenido material, para lo cual arranca del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías atomizadas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca, de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro.

En el terreno del Derecho, este concepto significó el cambio del Estado formal de derecho al Estado material de derecho, que situó en primer plano los contenidos sociales de las relaciones jurídicas y políticas. Históricamente, la concepción

de Estado Social de Derecho tiene su origen en la doctrina de los derechos humanos, según la cual todos los hombres, sin distinción de raza, sexo, credo y condición social, esto es, según su naturaleza y sin depender de la voluntad de nadie, tienen unos derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, entre otros.

En cuanto a la libertad, ya no se tiene a ésta como exigencia de la dignidad humana, sino que tal dignidad es imprescriptible condición para la concreción de la libertad y la igualdad. De modo que la dignidad humana deja de ser un fin para convertirse en una condición.

La propiedad ve una limitante en la materialización de supuestos socio-económicos. No basta, entonces, una seguridad formal, sino que debe marchar paralelamente con la igualdad para asegurar unas condiciones vitales mínimas, con miras a lograr una superación de las desigualdades socio-económicas, pues aparecen conceptos como el salario mínimo, la seguridad social, la atención médica y otros; ya la participación en la formación de la voluntad estatal no se traduce simplemente en el derecho al sufragio, sino en una participación en la democracia interna de las organizaciones para asegurar un colectivo disfrute del producto nacional.

Se dice, entonces, que el Estado Social históricamente es el intento

de acomodamiento del Estado tradicional (liberal-burgués) a las condiciones sociales de la comunidad industrial y postindustrial, pues mientras aquél se limitaba a la prédica de derecho sin asignación de contenido, éste se empeña en la materialización de los bienes jurídicos, caracterizando al primero la inhibición, en tanto que al segundo lo identifica la acción, procurando acortar distancia entre las diversas clases sociales.

La noción de Estado Social de Derecho es una idea relativamente reciente, elaborada en el siglo pasado. Sólo hasta después de la Segunda Guerra Mundial adquirió reconocimiento político y jurídico en varios países, al ser incluida como precepto constitucional. Esta teoría ha tenido una pobre aplicación en América Latina. Nuestra nueva Constitución Política la consagra como parámetro de desarrollo institucional.

1.2. Derecho de Igualdad en las Constituciones de 1886 y 1991

1.2.1. Constitución de 1886

En la Constitución de 1886 no existía norma que expresamente consagrara el derecho a la igualdad. Este derecho fue deducido jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado de otras normas constitucionales.

Lo cierto es que ambas Corpora-

ciones le imprimieron un matiz formalista a este derecho, consecuente con el Estado de Derecho preceptuado por la Carta Política vigente en este momento.

Para efectos de analizar la evolución de tan importante derecho y principio, nos permitimos referenciar la actividad jurisprudencial de dichas instancias judiciales.

1.2.1.1. Corte Suprema de Justicia

Durante el período 1886-1991, al decir del Dr. Manuel José Cepeda⁴, la Carta profirió muy pocas sentencias sobre el derecho a la igualdad, y son escasa aquellas en las que se declaró la inconstitucionalidad de una norma por violación de ese derecho. Sólo se produjeron nueve fallos.

En 1950, la Corte estableció que *«la igualdad ante la ley, no es una norma rígida y absoluta que indiscriminadamente pueda aplicarse a todas y cada una de las personas o entidades a las cuales se dirige, sino muy por el contrario, de naturaleza relativa a las múltiples aptitudes de quienes deben contribuir al bienestar común, y a las necesidades que están llamados a satisfacer, para que quien tiene mucho pague mucho, el que posee poco pague poco y el indigente no pague nada»*⁵.

⁴ CEPEDA, Manuel José. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, p. 72.

⁵ M. Ponente: Gualberto Rodríguez. C.S.J., 27 de junio de 1950.

Sin embargo, en 1970 se produce el precedente jurisprudencial más importante en materia de igualdad dentro de la vigencia de la Constitución derogada. La Corte, citando al tratadista Duguit, señaló que «*el legislador no puede hacer ninguna ley que atente a la igualdad de los individuos, [...] es difícil concebir la igualdad como un derecho, o a lo menos como un derecho distinto a los demás derechos individuales, cuando no es más que la consecuencia lógica del derecho de poseer los hombres derechos derivados de su cualidad de hombre, y que, por consiguiente, deben ser iguales. Mas ésta, la igualdad de los hombres, no es absoluta, matemática. Debe ser entendida, [...] en el sentido de que todos los hombres deben ser igualmente protegidos por la ley; que las cargas deben ser no aritméticamente iguales, sino proporcionales*»⁶.

También, a guisa de ejemplo, y adentrándonos en la esfera penal, en 1987, al revisar la constitucionalidad de un decreto de estado de sitio que creaba un Tribunal Especial de Instrucción Criminal con la capacidad de determinar, para efectos de su competencia, si un delito causa conmoción interior, la Corte consideró que signar este tipo de competencias judiciales especiales y vagas era contrario a la igualdad de las personas, porque hacía «*depender el tipo de procedimiento a seguir, el tribunal competente y la eventualidad de una segunda instancia, del criterio*

⁶ M. Ponente: Eustorgio Sarria. C.S.J., 4 de septiembre de 1970.

subjetivo de los magistrados del Tribunal Especial»⁷.

Tampoco podemos soslayar otro precedente frecuentemente citado por la Corte, fechado 30 de marzo de 1978. Un ciudadano alegaba que cuando el C.C. establecía que la ignorancia de la ley no servía de excusa, suponía una igualdad absoluta, matemática e ideal entre las personas residentes en Colombia, lo cual para el accionante era contrario al principio de igualdad. La Corte se pronunció defendiendo la constitucionalidad de la norma: «*Excluír de la obediencia de la ley a quien la ignore, equivale a establecer un privilegio a su favor, violatorio de la igualdad constitucional y generador del caos jurídico*»⁸.

1.2.1.2. Consejo de Estado

La jurisprudencia de esta Corporación en materia de igualdad es más escasa que la de la Corte Suprema de Justicia. En el lapso comprendido entre la antigua Constitución y la puesta en vigencia del ordenamiento jurídico de 1991 se profirieron siete fallos sobre el tema, de los cuales sólo tres declararon la nulidad de la norma demandada.

Sin restarles importancia a tales consideraciones jurídicas, so pena de desviarnos del ámbito de este artículo, no haremos alusión a di-

⁷ M. Ponente Jesús Vallejo. C.S.J., 1987.

⁸ M. Ponente: Luis Carlos SÁCHICA. C.S.J., marzo 30 de 1978.

chos fallos, porque ninguno de ellos tuvo trascendencia en materia penal.

Es dable concluir en este punto que para las dos Corporaciones el derecho o principio de igualdad se violaba cuando frente a condiciones objetivamente iguales la ley establecía un tratamiento diferente, o también cuando a situaciones desiguales les daba el mismo tratamiento. Sus jurisprudencias no definieron con claridad en qué consistía ese derecho.

La falta de norma constitucional y la precaria sensibilidad para definir el alcance y contenido de este derecho, impidieron que la igualdad cumpliera en nuestro país con los objetivos que justifican su consagración: proteger a las minorías o a los grupos más débiles; racionalizar la actividad del Estado para evitar que la discrecionalidad se vuelva arbitrariedad; combatir prejuicios o estigmas que perpetúen divisiones sociales inadmisibles en una democracia; promover transformaciones sociales y procurar un equilibrio en las cargas y beneficios de vivir en sociedad. Esos dos factores frenaron su desarrollo [...]»⁹.

1.2.2. Constitución Política de 1991

La actual Carta Magna, a diferencia de la anterior, sí estipula este derecho, en su Título II: «De los derechos, garantías y los deberes», art.13:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión, política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El artículo consta de seis elementos:

1. Un principio general.
2. La prohibición de discriminaciones.
3. El deber del Estado de promover condiciones para lograr la igualdad real y efectiva.
4. La posibilidad de conceder ventajas a grupos discriminados y marginados.
5. Una especial protección a personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y
6. La sanción de abusos y maltratos que se cometan contra personas en circunstancias de debilidad.

Los desglosamos a continuación:

⁹ Ob. cit., p. 86.

Al decir del Dr. Manuel J. Cepeda¹⁰, en su primer elemento el art. establece que todas las personas nacen «*libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades*». La norma reúne en una misma frase tres conceptos distintos pero complementarios de igualdad: la igualdad ante la ley, la protección igual por parte de las autoridades y la igualdad de trato. Cuando se habla de «igualdad ante la ley», estamos ante una concepción puramente formal, procedimental, según la cual todas las leyes se aplican por igual a todos y nadie puede invocar privilegios para solicitar que una ley no sea aplicada, sino tan solo que ésta sea aplicada a todos. Independientemente de su contenido.

Cuando se habla de «igual protección de las autoridades», ya sean administrativas, judiciales o legislativas, estamos ante una visión sustancial de la igualdad. Para respetar ese principio no basta entonces que la norma sea general ni que todos pueden beneficiarse de ella. Por lo tanto, la igual protección de las leyes va mucho más lejos que la igualdad ante la ley porque cuestiona el contenido mismo de las leyes. Estos deben ser «razonables», y el criterio para determinar si lo son o no lo son varía dependiendo de los valores y los grupos sociales en juego.

El tercer concepto, la «igualdad en el trato», aspecto sustancial, es complementario de la igualdad en la protección recibida de las autoridades.

La igualdad de trato hace énfasis en la manera como la autoridad diseñó y orientó una determinada decisión. La igualdad en la protección se preocupa además por los resultados de la decisión.

Específicamente, la expresión «todas las personas» se explica así: en principio toda persona, ya sea colombiana o extranjera, natural o jurídica, deberá recibir el mismo trato y protección de las autoridades y tendrá los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin detrimento de las limitantes que la Constitución autoriza y de las diferencias relevantes que deban o puedan ser tenidas en cuenta.

El segundo elemento de la norma prohíbe que se discrimine, es decir, que se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio, o se restrinja el ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica o de otros criterios deducidos de la jurisprudencia que también envuelvan un prejuicio dañino para un grupo de personas.

Discriminar es causarles perjui-

¹⁰ Ob. cit., p.87 y S.S.

cios a un individuo o grupo de individuos teniendo en cuenta criterios que en realidad esconden prejuicios sociales y culturales, como cuando se tienen en cuenta características físicas inmutables como el sexo, o el color de la piel, o circunstancias fuera del control del individuo, como su origen nacional o familiar. No cualquier distinción es una discriminación. Sólo lo son aquellas que se enmarcan dentro de los lineamientos ya señalados.

En su tercer elemento, el art.13 crea para el Estado la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. Con ello se reconoce que la obligación del aparato estatal en relación con la igualdad no es simplemente la de abstenerse de discriminar, sino que implica también una obligación de hacer: promover una igualdad real y efectiva.

En su cuarto elemento, el artículo permite que se adopten medidas en favor de grupos discriminados o marginados. Se busca que ese tratamiento especial tienda a remediar la situación desventajosa en que se encuentran, y en general, concederles aquellos beneficios que en condiciones ordinarias no estarían a su alcance.

El quinto elemento de la norma ordena al Estado brindar especial protección a aquellas personas que tengan una condición de debilidad manifiesta. Ya no se está aquí frente

a una autorización para emplear criterios de clasificación prohibidos por el inciso primero de la norma, sino de una regla para darles base a las medidas especiales en favor no sólo de los ancianos, de los niños, de los incapacitados físicos o mentales, grupos que tradicionalmente han estado en condiciones de debilidad o desventaja, sino también en favor de las personas afectadas por la pobreza (v.gr., Red de Solidaridad Social).

En su sexto y último elemento, la norma en comento establece que el Estado sancionará los abusos o maltratos contra tales personas. La norma no exige un tipo específico de sanción. Queda a discreción del legislador definir si se trata de sanciones penales, de causales de agravación de la pena, de sanciones disciplinarias, en fin, lo que a juicio del legislador, y siempre dentro de los cánones constitucionales, sea la mejor forma de proteger a estas personas.

Durante la vigencia de los estados de excepción, los poderes que la Constitución confiere al presidente de la república para limitar el ejercicio de ciertos derechos afectan también el derecho a la igualdad. Por ejemplo, es posible imponer cargas, con base en la necesidad de restablecer el orden público, que en tiempo de normalidad serían contrarias al derecho a la igualdad.

2. EL DERECHO A LA IGUALDAD

Se trata de un valor superior que nuestra Constitución incluye como inseparable del de la libertad. Y es que existe una fuerte conexión entre estos principios, porque suponen la creación de condiciones igualitarias y la superación de todo obstáculo que la entorpezca, mediante una actividad positiva desarrollada por el Estado.

La libertad no se puede entender sin la igualdad, y tampoco la igualdad sin la libertad. Es inentendible una libertad sin contenido igualitario, como tampoco una igualdad que prescindiera de la libertad para concretarse, pues entre más iguales sean los hombres también lo son más libres.

Una sociedad con grandes desigualdades, con altos índices de miseria y de incultura, con desmedida explotación, en la cual la libertad del *laissez faire* del Estado producto de la revolución liberal no es capaz de controlar tal desigualdad sino que contribuye a su expansión, por lo cual se impone la necesidad de un mayor intervencionismo de los poderes públicos, a través del derecho, para auspiciar la creación de más condiciones equiparadas. Es así como encuentran puntos de enlace una corriente democrática con elementos liberales y socialistas, erigiendo a la igualdad como uno de sus principios fundamentales.

Hoy no se discute que con desigualdad de poder no hay libertad, pues si hay algunos hombres con más poder (económico, político y social), no hay condiciones para el incremento de la libertad, como sería el caso de los regímenes totalitarios.

Al respecto Bobbio escribió¹¹: «Me explico mejor. Objetivamente, una de las razones por la cual en una sociedad hay libres y no libres [...], es la mala distribución del poder. [...]. Subjetivamente, una de las razones por las que me considero menos libre que tú es que considero que tú tienes más poder que yo; en pocas palabras, que puedes hacer cosas que yo no puedo hacer, y también imponerme cosas que yo no puedo obligarte a hacer a ti. La famosa afirmación de Spinoza según la cual uno tiene tanto más derecho cuanto más poder tiene, puede muy bien resolverse en esta otra: uno tiene tanta más libertad cuanto más poder tiene. En el límite extremo, la libertad absoluta coincide con el poderío absoluto: lo único absolutamente libre es lo omnipotente. También puede plantearse el problema partiendo de lo contrario de la libertad, o sea la sujeción o dependencia. No libre es el que depende de otro. Esto significa que otro tiene poder sobre él, y lo tiene porque tiene más poder que él, porque una vez más el poder está mal distribuido.

¿Pero qué quiere decir que el poder está mal distribuido, sino que está dis-

¹¹ BOBBIO, Norberto. *La ideología y el poder en crisis*. Barcelona, Ariel, 1968, p.36. Citado por Alberto Suárez.

tribuido de manera desigual y, por lo tanto, no todos tienen igual poder?»

Entonces el problema se concreta en la redistribución del poder, asumiendo que tanto la libertad como la igualdad no son valores absolutos, pero sí inalienables de los individuos, y es allí donde se hace imperiosa la intervención del Estado, como garante de tal redistribución.

3. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD EN COLOMBIA

Justo es remitirnos al acápite 1.2 de este ensayo, y agregar que la Constitución de 1991 recogió la formulación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa en relación con el derecho a la igualdad; además, la Asamblea Constituyente pretendió un mayor acercamiento de la Ley de Leyes con el individuo. Con estas premisas fue diseñado el derecho a la igualdad.

Su consagración también implica un cambio de prioridades a nivel constitucional. A diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1886, que estaba inspirada en la protección de la libertad individual dentro del orden, la Constitución de 1991 está inspirada en el logro de la igualdad real. La igualdad está presente en el Preámbulo como uno de los principios orientadores de nuestra Constitución. Fue consagrada expresamente como un derecho fundamental, como ya lo dijimos y, ade-

más, está a la base del conjunto de derechos sociales y económicos que pretenden lograr la justicia social, dentro de los postulados del Estado Social de Derecho, que estatuyó el artículo 1°.

Por otra parte, el derecho a la igualdad sustenta el nuevo esquema democrático: la democracia participativa, que supone la existencia de ciudadanos iguales, capaces de decidir sobre asuntos de interés para toda la comunidad. Su trasfondo, evidentemente, es la redistribución del poder.

De allí que el papel de los jueces en su interpretación y aplicación es primordial, y puede ser la diferencia entre la simple declaración de buenas intenciones y la efectividad del derecho. Nada más ni nada menos.

3.1. Formas del Derecho a la igualdad

En sus orígenes, el principio de igualdad es esencialmente formal, y aun así es una gran conquista de la revolución liberal, porque capitalizó el derrumbe de los privilegios del Estado absoluto, al plasmar los principios de generalidad y abstracción de la ley. Sólo con el transcurso del tiempo se logra la igualdad material. Esto patentiza que tal principio tiene dos grandes etapas que han aparecido secuencialmente en la historia: la igualdad formal y la igualdad material.

3.1.1. Igualdad Formal

Se encuentra consignada en las mismas disposiciones constitucionales y legales. Consideradas éstas sólo en el plano teórico.

Este principio fundamental de la igualdad indica que todos los hombres son destinatarios de las mismas normas y están sometidos a las mismas instituciones y tribunales. En otras palabras, que todos reciben el mismo tratamiento frente al ordenamiento jurídico. La ley debe «*ser la misma para todos tanto si protege como si castiga*», tal como lo preceptúa el artículo 6° de la Declaración Francesa de 1789.

Si bien es cierto que se admiten excepciones en la producción de normas para casos no generalizados, no es menos cierto que éstas deben ser muy excepcionales y justificadas. Esto concreta el trato igual en lo desigual (que no debe confundirse con el trato desigual a lo desigual). La Constitución colombiana no considera relevante, a los efectos de justificar una normatividad jurídica distinta, ni el sexo, ni la raza, nacimiento, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Desde luego que la diferenciación puede también constituirse en expresión normativa del principio de equiparación, para lograr la igualdad material.

Ya Aristóteles planteaba la nece-

sidad de dar igual tratamiento a los iguales y desigual a los desiguales, para lo cual se planteaba la siguiente pregunta en su *Política*: «*Iguales y desiguales, sí; ¿pero iguales y desiguales en qué?*»

Para darle vida al principio de la igualdad necesariamente hay que forjar una doctrina para aplicarla a casos concretos, porque de todos modos la igualdad absoluta no podrá existir, ya que como tal no es más que una utopía. De tal forma que la doctrina partirá de la base de que en casos excepcionales podrá abrirse camino la desigualdad, pero sin perder de vista que hay que colocarle un dique a la discrecionalidad de todos los operadores jurídicos, partiéndose de la idea de que sólo lo relevante podrá autorizar la discriminación. Así se evitan posibles arbitrariedades.

Elemento importante de esta doctrina consiste en que al precisarse lo que ha de tenerse por «relevante» no se atente contra la dignidad de la persona (fundamento del Estado Social de Derecho), supremo valor del hombre, pues no puede instrumentarse el hombre para que el Estado haga de él lo que le convenga en determinado momento histórico, declarando, por ejemplo, conmociones internas cuando ha de aplicarse la ley, pues quizás tenemos la no edificante exclusividad en el mundo de ser un país donde la aplicación de la ley se convierte en un factor de conmoción interna (recuér-

dese el art.415 del C.P.P.). No es válido, entonces, fundar lo relevante en consideraciones simplemente de oportuna conveniencia.

3.1.2. *Igualdad Material*

Si el Estado Social de Derecho busca la igualdad, es ineludible preguntarse lo que se formula Bobbio: «*iguales entre quiénes y respecto a que cosa?*». La respuesta de igualdad de todos en todas las cosas no puede llegar a ser ni siquiera un ideal, pues sería, como ya se dijo, algo utópico. Por ello es razonable afirmar que se trata de una igualdad del mayor número de personas, en la mayor cantidad de bienes posibles, como ideal de la igualdad material. Reiteramos que en estos planteamientos lo que se impone es una redistribución de la riqueza.

Lo anterior supone una sociedad de escasez, porque si la sociedad fuese abundante en bienes, como lo afirmara Hume, ¿qué objeto tendría hacer un reparto de bienes donde cada uno tiene ya más de lo necesario? A nivel material, opera el principio en una sociedad de necesidades no satisfechas del ser humano, y en donde el egoísmo es nota predominante en las relaciones. La igualdad material busca remediar esa situación cerrando las grandes brechas a través de la redistribución del producto nacional en el mayor número posible de personas. Concretizar la igualdad humana porque le otorga una pobre limitación a los

individuos.

La idea es dar a cada uno según sus necesidades y sus propios méritos, según su trabajo y según su capacidad, como lo expresó alguna vez Marx. Por consiguiente, no se trata de una simple igualdad de oportunidades, sino de igual satisfacción de necesidades básicas. No puede interpretarse el art. 13 de la C. P. en el sentido de que este principio es la simple y llana igualdad de oportunidades. Este criterio así favorece la competitividad, pero resulta conciliable con una sociedad desigual, porque sólo ayuda a la igualdad en el punto de partida pero no asegura la llegada de todos a la meta. Todos pueden arrancar, pero muy pocos podrán llegar.

Por lo contrario, la igualdad material exige la igualdad en el punto de llegada, en la meta, y ese objetivo sólo se puede alcanzar con la tesis de la igual satisfacción de las necesidades básicas. Ya Rousseau sostenía: «*Que ningún ciudadano sea tan rico como para poder comprar a otro, ni ninguno tan pobre como para verse obligado a venderse*¹²».

No puede decirse que dentro del proceso penal se dé la igualdad porque todos los procesados tengan derecho a ser vencidos en juicio, pues la igualdad se concreta cuando a todas las partes trabadas en el pro-

¹² ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social*. Libro II, C. XI.

ceso se les brinda las mismas oportunidades de efectiva defensa de sus particulares intereses, ya que formalmente todas podrán intervenir, pero materialmente puede encontrarse una más fortalecida que las demás, sin que exista justificación alguna. Sin desconocer que también existen desigualdades extraprocesales.

En el mismo texto constitucional se señalan criterios sobre la actividad de los poderes públicos ante la desigualdad, al establecer el art. 13 que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, con miras a lograr una igualdad material.

Como nuestra sociedad está muy lejos de lograr una igual satisfacción de las necesidades básicas, el haber sido elevado este importante derecho natural al rango constitucional se convierte en un excelente punto de partida hacia la construcción de esos nobles propósitos de igualdad que visionaron los constituyentes.

4. IGUALDAD Y DERECHO PENAL

4.1. El principio de Igualdad en el Derecho Sustantivo

La pena como instrumento de control social del Estado tiene asignada una función específica, de modo que queda condicionada al sistema socio-económico y a la filosofía política adoptada por la Constitución.

El rumbo político que ha tomado nuestro país al disponer el artículo 1° de la C.P. que Colombia es un Estado Social de Derecho y democrático, necesariamente incide en el sentido, función y finalidad de la pena y en la teoría del delito, a los cuales se les debe encontrar su fundamento en la nueva concepción del Estado.

4.1.1. El Principio de la Igualdad ante la Pena

Antes de adentrarnos en la dinámica de la pena, sobre sus fundamentos y fines a la luz del aludido principio, necesariamente tendremos que recordar la histórica relación entre Estado y pena.

Bajo el imperio del derecho Penal liberal, a la pena se le atribuyó una función de retribución por el mal causado. La tesis hegeliana de la pena como negación de la negación del derecho cumple un papel retributivo, pues conforme a la intensidad de la negación del derecho (lesión del bien jurídico) será también la intensidad de la negación del delito, o sea, la pena. Así lo entendió Carrara al sostener: «*El fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad*». Por lo cual se busca, como dice Welzel, que «*cada uno sufra lo que sus hechos valen*», de modo que al daño a determinado bien jurídico se debe responder con medida igual sobre un bien jurídico del agente.

«prevención general», debemos entenderla no como la utilización del miedo como forma de control social, porque ello implicaría el empleo del terror por parte del Estado; como tampoco puede partirse de la suposición de una racionalidad absoluta del hombre en la valoración del bien y el mal, al tenersele como igual a todos en su capacidad de motivación, porque esto conduciría a una ficción como el libre albedrío, implicando ello la instrumentalización del hombre, lo cual, evidentemente, va contra la dignidad de la persona humana, valor supremo de nuestro Estado. Ha de partirse, entonces, del supuesto de que no todos los hombres son iguales mientras el Estado no haya cumplido con el compromiso de brindar a todos no sólo la oportunidad de realizar su personalidad sino también el pleno disfrute de la procura existencial. La adopción de una prevención general necesariamente tiene que ir pareja con el suministro de las condiciones propicias para que el hombre no delinca, es decir, que a éste lo coloque en un plano de igualdad con respecto a la sociedad homogeneizada, y tenga la posibilidad de escoger entre delinquir y no delinquir y el poder de llegar a tal meta si opta por no hacerlo.

Desde luego que toda prevención general de la pena es ineludiblemente intimidatoria, dentro de los límites señalados al Estado, respetándose siempre la dignidad del hombre. No es suficiente intimidar,

sino que debe el Estado ofrecer al hombre alternativas a su comportamiento criminal.

Si se toma partido por una prevención especial, hay que evitar caer en la tentación de considerar al delincuente como un ser peligroso socialmente, al concebirsele no como hombre igual sino como anormal, sujeto a determinaciones, e intrínsecamente perverso en razón de su naturaleza antropológica, biológica o social, de quien es necesario que la sociedad se defienda, porque esto significa hacer una discriminación, no para beneficio del hombre sino para su perjuicio.

De la «prevención especial» tendremos que rescatar su importancia de haber puesto su acento sobre el individuo como tal, con todas sus particularidades, y no referido a un ser indefinible (tal como lo hace la teoría retributiva y la de la prevención general, que parten de la idea de un hombre abstracto y no individual), pues ello pone de presente el carácter humanista de la prevención, siempre y cuando se respete la dignidad del hombre, la cual, desde el principio fundamental de la igualdad, ha de entenderse en el sentido de que la pena ha de aplicarse para formar y no para manipular, porque implicaría el totalitarismo de algunos sobre otros. La función del Estado de derecho a través de la prevención especial se concreta en dar oportunidad al hombre para su reinserción social, para lo cual hay que

concedérsele al delincuente la posibilidad material de alcanzar la igualdad a través del trabajo, la salud, la cultura, el conocimiento, etc., teniendo en cuenta que el hombre es un fin en sí mismo y no un instrumento para los fines del Estado.

El principio de la igualdad desempeña en la noción de la prevención un papel especial, en el sentido de que al hombre desigual hay que darle la oportunidad para que sea igual, y de que si el Estado no es capaz de cumplir con ese objetivo, porque simplemente se limita a tratarlo de la misma manera como trata al igual, deja de cumplir su función como Estado Social, volviendo a los cauces del liberalismo, con el agravante de que se hace discriminación para aplicar tratamientos desconociendo la verdadera dimensión del hombre.

Lo anterior nos permite concluir que si se toma partido por la retribución (difícil de aplicar en Colombia), ya no es simplemente el aspecto objetivo del daño causado lo determinante para la fijación de la pena, sino que es necesario combinarlo con el elemento personal del destinatario de la misma.

Si se toma una posición ecléctica, en la cual concurren las distintas concepciones de la pena, como lo hace el art.12 de C.P., tenemos que debe ser actuante el principio de igualdad, mediante la prevención general, dándose al hombre las con-

diciones reales para que pueda escoger alternativa diferente al delito; a través de la prevención especial, al dársele al delincuente la posibilidad material de la reinserción.

Lo cierto es que la pena no es neutral, como no lo es el Estado, porque mediante la pena éste demuestra su existencia frente a todos los ciudadanos. El Estado ejerce la función de protección de su sistema; y mediante la aplicación de la pena tiene que reafirmar su condición social y ver en la pena la oportunidad de concretar derechos, dándole al delincuente la ocasión de prepararse para alternativas diversas al delito, lo cual cumple el Estado a través del proceso de readaptación y no de la simple aflicción, garantizándole la prometida reinserción social, al educarlo si no lo ha educado, o al reeducarlo si lo educó mal, pero sin alienarlo, pues la igualdad no puede conducir a tal degradación.

El Estado ha de ver en la pena no sólo la oportunidad para hacer prevalecer determinada concepción ideológica mayoritaria, porque la igualdad en el modelo social implica una organización de estructura horizontal, ya que el hombre no está al servicio del Estado, sino el Estado al servicio del hombre, de modo que queda atrás la estructura vertical o jerárquica construida básicamente sobre relaciones de superación y subordinación. Así se autoconstata el Estado frente a la sociedad y frente al individuo.

Compartimos el pensamiento de Bustos Ramírez: «Al Estado actual sólo se le puede reconocer, con razón, la potestad para democratizar y socializar la pena. Esto es ir, por ejemplo, a la progresiva eliminación de la pena de prisión y en todo caso a su transformación en un sistema democrático y no jerarquizado; en general, que la pena tenga por sentido ofrecer al individuo todas aquellas oportunidades que le fueron negadas. Esto parece más evidente si se considera que en general el que llega a la cárcel es el disidente del sistema y no el que se aprovecha de él».

4.1.2. Principio de Igualdad ante la Teoría del Delito

La concepción del Estado también incide en la formulación de la teoría del delito, pues nos indica cuáles elementos deben concurrir para que un hecho sea tenido como punible.

El derecho penal de un Estado Social de Derecho debe preocuparse por evitar todos los hechos socialmente indeseados, por comprometer bienes jurídicos y constituir hechos penalmente antijurídicos, pero el *ius punendi* encuentra un límite en la culpabilidad, pues no es posible aplicar la pena al inculpable. ¿Por qué no se sanciona un hecho antijurídico no realizado con culpabilidad? La respuesta es sencilla: en el campo de la antijuricidad, el Estado voluntariamente renuncia a la función punitiva al señalar las causales de justificación, pero ya en el terreno de la culpabilidad, la inhibición se

produce, porque sería ineficaz todo esfuerzo estatal por aplicar pena a quien no obra con culpabilidad.

Mientras que en la antijuricidad espontáneamente se decide dejar impunes conductas ejecutadas en ciertas circunstancias, en la culpabilidad tal impunidad opera porque al Estado no le queda otra salida, porque de lo contrario estaría atentando contra la dignidad del hombre, lo estaría instrumentalizando, al utilizarlo para sus fines e impidiendo que el hombre sea un fin en sí mismo.

Es pertinente aseverar que el Estado Social de Derecho no puede declarar responsables a todos los hombres de igual manera, porque tiene que asumir que existen hombres desiguales por factores individuales o situacionales. La igualdad no es sólo respecto de los derechos sino también respecto de las cargas, lo cual trae como consecuencia que no a todos los hombres se les puede exigir comportamiento igual, pues hay hombres que carecen de las suficientes condiciones para adoptar actitudes y comportarse de la misma manera que lo hace la mayoría del grupo social, a quienes, por desiguales, no se les debe exigir igual papel ni tampoco dárseles igual tratamiento. Deben ser tratados como desiguales.

Es en el plano de la culpabilidad donde se concilian más estrechamente, dentro de la teoría del delito, los

valores de la igualdad y de la libertad.

Tradicionalmente, para definir la culpabilidad ha entrado en juego el principio de la libertad, porque se plantea como culpabilidad de voluntad. La escuela clásica lo fundamentó en el libre albedrío: Carrara sostenía: *«La libertad de elegir, como potencia abstracta del alma, jamás puede quitársele al hombre, pues aun el que cae desde una altura, mientras cae y se da cuenta que cae, no quisiera caer. La libertad como idea sigue permaneciendo en él, pero le es imposible la realización de esta idea».*

Por estar fundada en el libre albedrío y por ser éste indemostrable, la escuela positiva negó la culpabilidad. Ferri decía: *«Los criminales de la Edad Media y de épocas posteriores exigían como condición necesaria de imputabilidad la normalidad de la conciencia e inteligencia, así como la libertad de elección voluntaria. A consecuencia de las críticas de la escuela positiva, que reveló que la existencia del libre albedrío no puede demostrarse científicamente y fue negada por insignes teólogos y filósofos, y que en modo alguno puede la justicia penal condicionarse a la creencia de la libertad de querer del delincuente, las legislaciones penales más modernas [...] redujeron aquella distinción a la voluntariedad del hecho».*

Por eso, al libre albedrío, el positivismo antepuso el determinismo, afirmando que el delincuente es un

ser determinado al delito, frente al cual ha de actuar el Estado en defensa de la sociedad, teniendo en cuenta que el hombre vive en el seno de ésta.

No se remite hoy a discusión alguna la necesidad de declarar ya clausurada la polémica entre partidarios del libre albedrío y deterministas. Por partir el libre albedrío del supuesto, totalmente indemostrable, de que todo hombre está provisto de una cualidad inmutable e igual, que todos son igualmente libres, lo cual es entendible frente al derecho penal de un Estado liberal por el carácter formal de los derechos y garantías del individuo, de modo que tanto libertad como igualdad carecen de contenido material, hasta el punto de que se trata de simples ficciones, sin que el derecho penal tenga que detenerse a constatar si el hombre es realmente libre e igual.

Hay que admitir, sí, que la culpabilidad realmente cumple una función, y como tal tiene un sentido, función propia que consiste en delimitar, lo mismo que las otras categorías del delito, el poder sancionatorio del Estado. No se trata, entonces, de afirmar la culpabilidad desde una libertad absoluta, o sea, desde el libre albedrío o negarla porque éste no exista.

Ello obliga a reflexionar sobre el punto de partida, ya que no se debe arrancar desde el supuesto de una libertad e igualdad absolutas e in-

cuestionables del individuo, sino del hombre inmerso en la sociedad, sin caer en una determinación al estilo de Ferri.

Como componente de la sociedad, el hombre es al fin y al cabo lo que el Estado y la misma sociedad han querido que sea, y como tal ha de ser tratado. Debe dársele tratamiento igual si es igual, o desigual si es desigual. El hombre, a pesar de ser formalmente igual, en cuanto goza de las mismas oportunidades, materialmente puede llegar a ser desigual, en cuanto que no está en capacidad de entender ni el mandato ni la prohibición, o porque entendiéndolo no puede de ningún modo motivarse.

Mir Puig dice: *«En un Estado social y democrático de derecho no se considera justo llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad. La culpabilidad no faltaría por no ser necesaria la pena, sino viceversa, que la posibilidad de pena encontraría un límite (normativo) en la falta de culpabilidad».*

Hablamos de que el inculpable no es motivable frente a la norma, no sólo porque carece de libertad para ello, sino porque no es un hombre igual, por no haberle brindado el Estado las condiciones necesarias para desarrollar su propia personalidad y encauzar su conducta por el sendero del papel trazado por la mayoría homogeneizada.

Mir Puig da a la capacidad de motivación los siguientes alcances: *«Todo ello redundaría en una inferior capacidad del inculpable para cumplir el mandato normativo en comparación con las posibilidades de que dispone el hombre que actúa normalmente. Imponer, pese a ello, al primero la pena prevista para el segundo, supondría sancionar con una dureza desigualmente excesiva una desobediencia normativa que un hombre normal comprende y disculpa, porque advierte que se debe a una inferioridad decisiva de las condiciones de resistencia del autor frente a la tentación criminal.*

La posibilidad de motivación anormal que subsiste, no podría por ello, ser ejercida lícitamente en un Derecho dispuesto a limitar su función preventiva (Estado social) con base en el modelo democrático del grado de exigibilidad que la sociedad considera tolerable desde el prisma de la capacidad de resistencia del hombre normal frente al delito y en aras de la exigencia de igualdad de los ciudadanos (Estado democrático). El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las expectativas del hombre normal, esto es, de la colectividad a la que se dirige, es lo exigible a dicho hombre normal».

Desde luego que se puede formular críticas a este planteamiento, afirmándose que la igualdad es tan difícil de demostrar como la misma libertad, pero la verdad es que, dada su objetividad, es más constatable que ésta.

Con todo, no hay que dejarle sólo al criterio de la motivación individual la tarea de explicar los alcances y funciones de la culpabilidad, pues si se levanta exclusivamente sobre aquel elemento normativo podríamos caer en el mismo laberinto del libre albedrío. Se debe, entonces, demostrar que el individuo ciertamente ha tenido a su alcance el disfrute de los derechos fundamentales, con positiva influencia en la determinación de su particular desempeño.

En síntesis, es frente a la igualdad que se puede entender de mejor manera tanto la noción como las funciones de la culpabilidad y la razón de ser de la inculpabilidad, pues si se admite que existen hombres desiguales, forzosamente hay que aceptar que a éstos se les ha de someter a tratamiento desigual, o sea, sacándolos del ámbito de validez del derecho penal, pues si éste se ocupa de aplicar la pena a desiguales como si fuesen iguales, necesariamente estaría atentando contra la dignidad del hombre, la cual se constituye en auténtico límite material al *ius puniendi*.

4.1.3. La Igualdad en el contexto del Código Penal

La norma rectora contenida en el art. 8° del Código Penal: «*Igualdad ante la ley. La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella*», nos permite analizar el principio de igualdad ante la ley, que se

encuentra conectado con la igualdad jurídica en general, que a su turno comporta dos consecuencias fundamentales: de un lado, las normas jurídicas no deben establecer desigualdades, pues en materia de derechos fundamentales todos los individuos de la especie humana gozan de las mismas oportunidades y derechos; de otro lado, comporta una igualdad procesal, según la cual todos los ciudadanos deben ser tratados y juzgados indistintamente, según lo determinado por las normas jurídicas.

Desde el punto de vista jurídico-sustancial, se dice que no sólo no deben establecerse distinciones entre los destinatarios de la norma, desde el punto de vista de los supuestos de hecho (tipos penales), sino que ello tampoco debe hacerse desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas (sanciones: penas o medidas de seguridad).

Se dice que la ley debe ser igual para todos. Sin embargo, se consagran excepciones en veces ineludibles.

4.1.3.1. Excepciones al Principio de la Igualdad ante la Ley

Entre otras, las excepciones son las siguientes:

4.1.3.1.1. Desde el punto de vista del Sujeto Activo de la infracción

4.1.3.1.1.1. *La Inmunidad Diplomática.* Es bien sabido que frente a los diplomáticos acreditados ante el gobierno nacional opera un fenómeno de inmunidad, por virtud del cual, en el evento de patentizar un hecho contrario a la legislación penal colombiana, en nuestro territorio, no les puede ser aplicada dicha normatividad, quedando sujetos a las investigaciones y jurisdicción propios de su país de origen, lo que establece una clara diferencia, desde el punto de vista procedimental, en favor suyo.

En tal sentido, cabe recordar que el inciso primero del art.13 del C.P. dispone:

La ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el Derecho Internacional.

La ventaja para quienes están cobijados por estas prerrogativas del Derecho Internacional es precisamente que este derecho está por encima del ordenamiento jurídico constitucional, pudiéndose presentar, en casos concretos, detrimento para los sujetos pasivos de los punibles cometidos por los diplomáticos, rompiéndose de tal manera el principio a la igualdad.

4.1.3.1.1.2. *Los clérigos.* Estos religiosos, desde antaño cobijados por privilegios extendidos al derecho penal, con juzgamiento especial gra-

cias al concordato suscrito entre Colombia y la Santa Sede, recientemente y en aras del principio de igualdad, y debido al pronunciamiento de la Corte Constitucional, ya no gozan de tantos «privilegios», pero han sido detentadores de claras excepciones al principio en comento.

4.1.3.1.1.3. *El fuero parlamentario.* Los congresistas gozan del fuero que establece el art. 186 de la C. P., según la cual la única autoridad que puede juzgarlos y ordenar su detención es la Corte Suprema de Justicia.

4.1.3.1.1.4. *Fuero para quienes ostentan una calidad especial.* En razón de su cargo, son beneficiarios de un fuero que incide en su juzgamiento, cuando son sujetos activos de un punible, funcionarios tales como: los altos representantes de la rama jurisdiccional del poder público, los ministros, el procurador general de la nación, el defensor del pueblo, entre otros.

4.1.3.1.1.5 *Los menores de edad.* Los llamados inimputables. Esta clara excepción al principio de igualdad ante la ley tiene su razón de ser en el hecho de que por ser menores, el Estado debe brindarles un tratamiento de rehabilitación especial, si quiere cumplir verdaderamente con los postulados del Estado Social de Derecho que pretende la dignificación del hombre, máxime si éste delinque desde temprana edad, pudiéndose convertir en el largo plazo en

un contradictor del sistema social.

4.1.3.1.1.6. Los militares. Drástica o no, la justicia penal militar encuentra su fundamento en el Código de Justicia Penal Militar, y aparece como una clara excepción al principio de igualdad ante la ley. Excepción necesaria debido a las connotaciones que poseen los delitos cometidos por ellos, estén o no en servicio activo.

4.1.3.1.1.7. El Presidente de la República. O quien se halle encargado de la presidencia, no podrá ser perseguido ni juzgado por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa (art.199 C.P.).

4.1.3.1.2. Desde el punto de vista del Sujeto Pasivo de la Infracción

Cuando se clasifica a las víctimas en más o menos importantes, a efectos de establecer un incremento punitivo para la conducta punible; cuando la ley colombiana, en cuerpos normativos como la ley 40 de 1993, diferencia entre víctimas especiales y comunes, con el objeto de establecer la pena imponible, lo que acontece en los numerales 5 y 6 del art. 3° de la referida ley, no se está haciendo más que contemplar otro ejemplo de una excepción al principio de igualdad ante la ley, en la medida en que la pena imponible al autor de una de las conductas previstas en los arts. 1 y 2 de la misma se haya

concretado respecto de una persona que ostente o haya ostentado una determinada calidad, como la de empleado oficial, miembro de las fuerzas de seguridad del Estado, periodista, etc.

Prescindiendo de las consideraciones materiales, sociales y económicas, todos los individuos somos iguales, y un crimen cometido contra un ser humano es tan condenable como el realizado contra otro. Creemos que la motivación del legislador en estos eventos es castigar la violación a lo que representa o representó en un momento dado el sujeto pasivo. Sólo así es entendible esta excepción, de lo contrario sería una excepción aberrante.

4.1.4. El Principio de Igualdad en el Procedimiento Penal

Dentro del desarrollo del proceso penal no son admitidos los tratos diferenciales, de modo que todos los sujetos procesales deben gozar de las mismas prerrogativas, pues si alguna de ellas está en ventaja sobre las demás, incuestionablemente se viola el principio de la igualdad.

Es dable recordar que el proceso penal se construye como consecuencia de la necesidad de asegurarles a todos la igualdad, especialmente para atenuar la supremacía del Estado dentro del mismo. Si el juez administra justicia en nombre del Estado, esa condición por sí sola denota la posibilidad de que se parcialice y de

que los demás sujetos queden en desventaja, surgiendo así la necesidad de brindar a todos el disfrute de las mismas oportunidades, no sólo para aportar pruebas sino también para controvertirlas y cuestionar las decisiones del juez. Tampoco son admitidas las discriminaciones en materia procesal, en tratándose de los estados de excepción, trascendental garantía.

De otra parte, el debido proceso busca asegurar la igualdad, pero se trata de una igualdad formal, pues simplemente vela este derecho porque el proceso, edificado para equiparar a todos los sujetos procesales, se celebre conforme a la voluntad del legislador, siendo motivo no sólo de nulidad la actuación que desborde los cauces de la ritualidad, sino también de declaratoria inconstitucionalidad por atentar contra este derecho fundamental (art. 304 C.P.P.).

Para que la igualdad sea material, el proceso debe no sólo ofrecer a todos los sujetos el disfrute de las mismas oportunidades de intervención, sino también las efectivas herramientas para defender sus propios intereses. Si alguno de los sujetos procesales está en mejor posición que otro, bien puede tal desventaja no afectar el debido proceso por estar aquélla autorizada legalmente, caso en el cual el proceso se ha cumplido conforme a lo perfilado por el legislador; sin embargo, sí se puede aducir en tal supuesto la

violación del principio de la igualdad, si se constata la supremacía de algún sujeto procesal otorgada por la misma ley.

El derecho fundamental de contradicción, señalado por el art. 29 de la C.P., contribuye a asegurar la igualdad de todos los sujetos procesales. Esto, porque la parte contra la cual se pretenda hacer valer una prueba tiene derecho no sólo a conocerla, por virtud del principio de la publicidad, sino a analizarla y a discutirla.

No es suficiente que el juez diga que la prueba le da certeza, sino que tiene la obligación de decirles a las partes el por qué de tal conclusión debe valorar la prueba también para decir por qué no acepta el juicio de valoración que algún sujeto ha hecho del material probatorio. Así quedan en igualdad juez y parte. Contradicción que se concreta también en el derecho de recurrir contra las providencias que denieguen la admisión o práctica de pruebas y contra las que hacen valoraciones que la parte impugnante considere desacertadas o equivocadas, por haber errado el funcionario en su apreciación.

Precisamente, y en defensa de los principios de contradicción e igualdad, la Corte Constitucional, en sentencia C-150 de abril 22 de 1993, declaró inexecutable las excepciones introducidas en el art. 7º del C.P.P.

Retornando al aspecto de la valoración de la prueba, si el funcionario encargado de tal valoración no da razones sobre su particular convicción, viola no sólo el principio de contradicción, sino también el de la igualdad, porque en tales condiciones se coloca en un plano superior al tomar decisiones de acuerdo con su íntima valoración. Si la ley concediera autonomía absoluta al juez o al fiscal en materia de valoración de la prueba, indudablemente que las demás partes estarían en desventaja. Y sería antijurídico.

Es, por consiguiente, atentatorio contra el principio de la igualdad todo tipo de tratamiento discriminatorio otorgado por la ley. De modo que la equiparación va a contribuir no sólo a constatar la inconstitucionalidad de algunos vacíos de interpretación existentes en la ley procesal penal.

Varias normas del nuevo estatuto procesal concretan el principio de igualdad. Entre otras, las siguientes: el derecho que tiene la víctima o el perjudicado a ejercer directamente el derecho de petición de pruebas y de información (art. 28), pues no puede reservarse este derecho exclusivamente a quien tenga recursos económicos suficientes para pagar una constitución de parte civil; la inoponibilidad a la parte civil del acuerdo que se celebre entre el procesado y el fiscal, en la audiencia de terminación anticipada del proceso, ya que sería desequilibrado que ta-

les sujetos pudieran decidir la cuantificación de los daños a espaldas del damnificado, dejándosele la posibilidad a la parte civil de intentar por otros medios la satisfacción de las indemnizaciones pertinentes (art. 37); la imposibilidad de que el perjudicado con el hecho punible inicie simultáneamente acción civil dentro del proceso penal y ante la jurisdicción civil (art. 46), con lo cual está cerrando paso definitivamente al abuso del derecho, el que concreta la desigualdad; el derecho al cambio de radicación del proceso cuando existan circunstancias que puedan afectar la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal (art. 83), pues de lo contrario no habría una justicia igual; la procedencia de la acción de revisión cuando, mediante pronunciamiento judicial, la Corte ha cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria (art. 232), ya que estaría en desigualdad quien ha sido condenado con anterioridad al cambio jurisprudencial, porque por los mismos hechos recibiría tratamiento punitivo desigual. En este último evento también es aplicable el principio de la favorabilidad.

Sin embargo, en el C.P.P. existen varias disposiciones que riñen con el principio a la igualdad. Por ejemplo, el art. 293 autoriza la reserva de la identidad del testigo (institucio-

nalizándose la prueba secreta) para sujetos procesales distintos al fiscal, en los procesos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales, pues dicha disposición autoriza sólo al juez y al fiscal conocer tal identidad para la «valoración de la prueba», lo cual no sólo impide el ejercicio del derecho de controversia y contradicción, sino también coloca a las partes en desventaja, especialmente a la acusada, porque no sabe quién lo muestra como responsable dentro del proceso, no pudiendo controvertir la prueba, pues la contradicción no se refiere exclusivamente al medio probatorio sino también a su fuente y origen. La prueba secreta viola dos principios: el de la contradicción y el de igualdad. En este punto no sobra añadir que la recientemente aprobada ley estatutaria de la justicia modificó esta disposición, restringiendo la identidad del testigo cuando lo considere conveniente el procurador, previo concepto y cuando sea fundada la reserva para proteger al testigo. Mas aún, así prevalece la violación formal del principio a la igualdad, porque en casos concretos sí sería justificable la reserva de la identidad.

También viola el principio de igualdad del art. 457 del C.P.P., pues en tanto que la mayoría de los procesos se celebra audiencia, en la cual se desarrolla el debate oral y público, no sólo para formular alegaciones sino también para controvertir la prueba, en los procesos de conocimiento de los jueces regionales se

recorta tal derecho, porque no hay juzgamiento, ya que no se produce juicio público ni oral, pues el «debate» se limita a la presentación de alegatos escritos. Tratamiento diferencial que también se advierte en la tramitación del recurso de apelación contra la sentencia, porque a los acusados por procesos de competencia del Tribunal Nacional no se les da la oportunidad de solicitar la celebración de audiencia pública para la sustentación del recurso (art. 214).

La audiencia pública en los delitos de conocimiento de los jueces regionales sería una garantía procesal de incuestionable valor, precisamente con ocasión de los delitos que esa jurisdicción juzga.

Pero el trato discriminatorio aumenta si se tiene en cuenta que el numeral 3o. del art. 415 de C.P.P. dispone que en los procesos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales, la libertad, cuando se dicte preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, sólo procederá cuando quede en firme la decisión, mientras que en los demás procesos (la mayoría) la libertad se hace efectiva una vez se tome tal determinación en primera instancia.

No se necesitan mayores argumentos para concluir que el procesado por delincuencia de «orden público» está en desventaja, con lo cual se viola el principio de la igual-

dad, siendo entonces inconstitucional los preceptos que desconocen tal valor superior. Empero, la Corte Constitucional no lo ha considerado así en sus pronunciamientos.

A propósito de esta Alta Corporación, y en relación con el principio de la igualdad, la Corte modificó hace pocos días el art. 533 de nuestro ordenamiento procesal penal, así: «*Las sentencias penales proferidas por autoridades de otros países contra extranjeros o nacionales podrán ejecutarse en Colombia*». El cambio radica en la expresión «nacionales por adopción». Sencillamente se trata de la aplicación del aludido principio, y el sustento es la búsqueda de la erradicación de la impunidad.

5. REFLEXIONES FINALES

Con la consagración expresa del derecho a la igualdad en la Constitución de 1991 nace espontáneamente en cada uno de nosotros el compromiso de hacer de este derecho natural, lo mismo que de los demás principios fundamentales, una realidad en la práctica y no convertirlos en inocuos enunciados. Sólo así materializaremos los nobles propósitos

de la Carta Política y disminuirémos las diferencias que ahondan el acercamiento entre unos y otros.

Reiteremos que la cuestión de fondo es la redistribución del poder. Si en ese sentido no hay transformaciones verdaderas, la utopía que representa la igualdad material será cada vez más lejana. No somos dioses, pero nuestra dignidad humana reclama acciones decididas. Y el primer paso es vigilar que este principio y otros no se relativicen, porque cuando se abre la puerta a las excepciones infundadas, los derechos pierden su eficacia y se cuele la injusticia. El siempre vigente Jorge Eliécer Gaitán no pudo expresarlo mejor: «*El pueblo no demanda la igualdad retórica ante la ley, sino la igualdad real ante la vida*».

Utopía o no, vale la pena apostar por ella.

Bibliografía

CEPEDA, Manuel José. *Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991*. Santafé de Bogotá, Temis, 1992.