

Volumen de homenaje a Salomón Lerner Febres con motivo de la celebración de sus 70 años

LA VERDAD NOS HACE LIBRES

Sobre las relaciones entre filosofía, derechos humanos, religión y universidad

EDITORES

Miguel Giusti

Gustavo Gutiérrez

Elizabeth Salmón

Capítulo 30



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

La verdad nos hace libres. Sobre las relaciones entre filosofía, derechos humanos, religión y universidad

Miguel Giusti, Gustavo Gutiérrez y Elizabeth Salmón (editores)

© Miguel Giusti, Gustavo Gutiérrez y Elizabeth Salmón, 2015

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Diseño de cubierta: Gisella Scheuch, sobre la base de la escultura *Logos*, de Margarita Checa, fotografiada por Alicia Benavides

Diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2015

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-08108

ISBN: 978-612-317-114-8

Registro del Proyecto Editorial: 31501361500583

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

LOS RETOS DE LA JUSTICIA Y LA DEMOCRACIA EN COLOMBIA

Francisco Cortés Rodas, Universidad de Antioquia

En la Agenda de la Mesa de Negociación del gobierno Colombiano con las guerrillas de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) hay dos asuntos muy complicados que han llevado a una radicalización de las posiciones tanto en la mesa misma como en la sociedad¹: i) la impunidad frente a los graves crímenes cometidos por los miembros de las guerrillas y ii) la concepción de la participación política, del alcance real de la democracia y de la representación. En este artículo se estudiarán estos dos asuntos². En primer lugar, plantearé el problema de la impunidad que resulta de un proceso de negociación cuando el mecanismo político más importante es la amnistía. Posteriormente analizaré cómo y por qué la negociación con las guerrillas de las FARC implica ampliar, modernizar y robustecer la democracia.

1. JUSTICIA E IMPUNIDAD

La impunidad es un hecho frecuente que se ha dado de múltiples formas en todo el mundo; significa, por ejemplo, que los ataques y violaciones de los derechos humanos contra la población civil en Argentina, Chile, Iraq, Siria, Ucrania, Palestina y Colombia no han tenido consecuencias penales ni para los jefes de Estado, ni para los militares, ni para los paramilitares, ni para las guerrillas involucradas en masacres y graves crímenes. Significa, también, que las violaciones de los derechos humanos

¹ Las negociaciones de paz entre el gobierno del presidente Juan Manuel Santos y las FARC, también conocidas como proceso de paz en Colombia, son las conversaciones que se están llevando a cabo entre el gobierno de Colombia (en representación del Estado) y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. Estos diálogos se desarrollan en La Habana, Cuba, y su objetivo, según el gobierno, es la terminación del conflicto y, según las FARC, el «buscar la paz con justicia social por medio del diálogo».

² Este artículo forma parte del proyecto de investigación: «Repensar la democracia: Reflexiones en torno a los criterios de legitimación del poder político en el contexto de un mundo globalizado», aprobado por el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia.

o delitos de lesa humanidad encubiertos, iniciados o promovidos por el Estado en distintos países del mundo quedan sin castigo. La definición jurídica de impunidad «implica la no persecución penal de conductas (acciones y omisiones), que encuadran en principio en el derecho penal nacional material y que pertenecen a la criminalidad común, pero que —por razones más bien fácticas que normativas— no resultan castigadas» (Ambos, 1999, p. 35).

En el Estado de derecho, la perspectiva dominante en el tratamiento de las conductas criminales afirma que, cuando los criminales no son juzgados, declarados culpables y castigados, ellos gozan de una forma de impunidad, la cual sugiere que ellos están por encima de la ley. La idea aquí es que el imperio de la ley requiere que ninguna persona esté por encima de ella y que todos estén sujetos al mismo tratamiento frente a esta. Enjuiciar a criminales reafirma el principio de que nadie está más allá del alcance de la ley y que los ciudadanos tienen derechos. El argumento del Estado de derecho es que, si un Estado tiene el deber de perseguir los crímenes, es de pura lógica concluir que no puede eximirlos de castigo, por ejemplo, mediante una amnistía que permita la impunidad.

Frente al desarrollo de las negociaciones del gobierno con las FARC, un número importante de organizaciones nacionales e internacionales de defensa de los derechos humanos, así como significativos grupos sociales y políticos, sostienen que los delitos atroces y crímenes de guerra en Colombia no pueden quedar en la impunidad tras el proceso de paz. Reclaman que las FARC deben responder por las víctimas de sus crímenes de guerra, incluso si se asume que su lucha revolucionaria ha tenido alguna justificación.

Para los críticos más radicales de este proceso de paz, conceptos desarrollados en el Marco Jurídico para la Paz (MJP)³ como «sistema extrajudicial de justicia transicional», «mecanismos extrajudiciales», «selección y priorización» y «máximos responsables» son la expresión de una política de impunidad que el gobierno está impulsando para negociar la terminación del conflicto armado interno sin reconocer la situación de las víctimas y las responsabilidades de las FARC frente a la vulneración de los derechos humanos. Aseveran, por esto, que el MJP, con los mecanismos normativos de la priorización y selección, la renuncia a la persecución penal y las penas alternativas, es claramente una ley de impunidad.

³ El Marco Jurídico para la Paz o Marco Legal para la Paz se refiere al acto legislativo por medio del cual se busca regular la terminación del conflicto armado dentro del marco constitucional existente y, para ello, autoriza la creación de mecanismos de justicia transicional que permitan facilitar una desmovilización masiva de los grupos armados ilegales, así como garantizar a las víctimas del conflicto armado sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

Para desarrollar este asunto voy a plantear dos preguntas: (1) ¿serán aceptados los acuerdos entre el gobierno y las FARC, en los que se supone se darán niveles altos de impunidad, por la Corte Penal Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o por organismos internacionales de derechos humanos como Amnistía Internacional, o Human Rights Watch? (2) ¿Es el acto legislativo número 1 de 2012 o Marco Jurídico para la Paz el instrumento de una política de impunidad?

1.1. El derecho internacional penal

Para responder la pregunta formulada en el punto (1), es necesario analizar el alcance y los límites del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y las normas del derecho internacional imperativo —*ius cogens*— que forman parte del Estatuto de Roma (ER). Según Human Rights Watch, «Colombia tiene la obligación jurídica internacional de investigar y juzgar a todos aquellos que compartan responsabilidades por violaciones graves de derechos humanos y del DIH [Derecho Internacional Humanitario], por lo cual, la renuncia a esta obligación supone un incumplimiento de la misma, con independencia de que el Estado la realice o no en virtud de un criterio de selección y priorización» (Corte Constitucional de Colombia, 2013). Amnistía Internacional aduce que todos los Estados tienen, de acuerdo con el derecho internacional, «el deber de investigar en sus tribunales ordinarios de justicia a todas las personas que puedan tener responsabilidad en un crimen de derecho internacional». Manifiesta, asimismo, que la prohibición de conceder amnistías o medidas con efectos similares relacionados con crímenes de derecho internacional «está cristalizada como regla de derecho internacional y que con ella se pretende que nadie quede exento de la acción de la justicia por la comisión de crímenes de derecho internacional o violaciones de derechos humanos» (Corte Constitucional de Colombia, 2013).

Como informó la *Revista Semana* en su edición del 17 de agosto de 2013, la Fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI), Fatou Bensouda, en las cartas dirigidas al presidente de la Corte Constitucional a finales de julio de 2013 con respecto a los límites que debería tener el MJJ en el marco del propósito de terminar el conflicto con las FARC, dijo que

una condena que sea grosera o manifiestamente inadecuada, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la forma de participación del acusado, invalidaría la autenticidad del proceso judicial nacional, aun cuando las etapas previas del proceso hayan sido auténticas. [Y, continuó,] la suspensión de la pena definitiva de personas que cometieron crímenes internacionales, sugeriría que el proceso judicial promovido tiene el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, según lo establecido en los artículos 17(2) (c) y 20 (3) (a) del ER.

De esta forma, la Fiscal advirtió dos cosas: primero, que la suspensión de la pena de prisión de personas que hayan cometido crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad significa una renuncia al poder punitivo del Estado, lo cual activaría automáticamente la intervención de la CPI en el país. Segundo, que también se está renunciando a dicho poder cuando se limita a investigar y juzgar a los máximos responsables. En suma, a la luz de la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos y del Estatuto de Roma, que se sigue de estas tres afirmaciones, no sería posible en la negociación política planteada en Colombia proponer una amnistía condicionada en la que se renuncie a la persecución penal de ciertos casos bajo el cumplimiento de una serie de condiciones. Sin embargo, esta limitación jurídica no es absoluta, como puede apreciarse en los instrumentos jurídicos propuestos para desarrollar este proceso.

1.2. Entre la impunidad y el castigo

Con la entrada en funcionamiento tanto de la CPI como de los otros tribunales penales internacionales se abrió la posibilidad del enjuiciamiento de criminales por cometer crímenes definidos por el derecho penal internacional. Es importante hacer referencia al instrumento probablemente más importante de esta lucha, el Estatuto de Roma (1998) de la CPI, el cual dice en su preámbulo: «Los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia». Asimismo, la comunidad internacional debe estar decidida a «poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes». Además, asevera lo siguiente: «es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales». Una de las más importantes justificaciones para juzgar el genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra, es que ellos violan las normas del derecho internacional imperativo —*jus cogens*—. En el nuevo derecho internacional penal plasmado en el ER se plantea que, si estos crímenes que violan las normas del *jus cogens* no son juzgados por tribunales nacionales, entonces, entra en acción la CPI.

Las consecuencias que se siguen de esto en relación con el asunto de la amnistía son las siguientes: si en uno de los Estados que han ratificado al ER y se han adherido a él se llega a plantear la posibilidad de que, en una negociación con un grupo armado —cuyos líderes hayan cometido crímenes internacionales— se den sanciones extra-judiciales, penas alternativas y modalidades especiales de ejecución y cumplimiento

de la pena a cambio de la firma de un acuerdo de paz, esta será rechazada por la CPI, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, además, por Human Rights Watch y Amnistía Internacional, porque los perdones judiciales y las leyes de amnistía están en contra del imperio del derecho internacional penal.

1.3. La amnistía, no absoluta, pero sí condicional

Para desarrollar la explicación sobre cómo el derecho internacional penal podría aceptar la amnistía condicional es necesario plantear primero que el objetivo que el ER persigue es evitar la impunidad ante lesiones graves de los derechos humanos en el territorio de un Estado. Es indiscutible que figuras como las leyes de punto final, las amnistías en blanco, las autoamnistías, las amnistías absolutas, o cualquier otra modalidad que tenga como fin afectar los intereses de las víctimas, o esconder completamente crímenes del pasado prohibiendo cualquier investigación, son inadmisibles desde la perspectiva del derecho internacional penal. El derecho internacional penal prohíbe de manera absolutamente inequívoca este tipo de amnistías; sin embargo, puede haber amnistías condicionadas en la medida en que la ley que las promulgue esté sometida a límites relativamente claros impuestos por el derecho internacional penal. Estas amnistías condicionadas no eximen automáticamente de castigo a los perpetradores por los actos cometidos durante un cierto período de tiempo, sino que condicionan el beneficio a la realización de ciertos actos o ciertas concesiones por el (los) beneficiario(s). La condición fundamental es que los grupos armados depongan las armas incondicionalmente, se desmovilicen y que garanticen la no repetición de los hechos delictivos. Deben, además, satisfacer los legítimos reclamos de las víctimas, en particular a través de la revelación completa de los hechos, el reconocimiento de la responsabilidad penal y el arrepentimiento. Todos estos elementos, añadidos a una limitación temporal en la participación en la vida política para quienes cometieron graves crímenes internacionales, podrían justificar la reducción de la pena, siempre que la condena inicial sea proporcional a la gravedad del crimen.

De este modo, si el gobierno colombiano, en el proceso de negociación con las FARC, llegase a conceder perdones judiciales por delitos políticos en un contexto normativo que comprende verdad, justicia, reparación y reforma institucional, estaría cumpliendo así una función social y política específica en función de la paz y la reconciliación. Ahora bien, la amnistía condicional sería aceptable por la comunidad nacional e internacional siempre y cuando su concesión no esté planteada en función de garantizar la impunidad de los autores de violaciones del derecho internacional penal, sino, por el contrario, si ella es utilizada en concordancia con el derecho constitucional interno, el derecho internacional de los derechos humanos y el ER.

De este modo, las leyes de amnistía no son, en toda circunstancia, incompatibles con el derecho penal internacional. Como han señalado tratadistas del derecho internacional, el ER no es un mecanismo dogmático, indiscutible e inflexible, sino adaptable y abierto a los procesos de paz, pero bajo condiciones muy precisas. Por un lado, el artículo 6, inciso 5, del segundo Protocolo Adicional de las Convenciones de Ginebra permite la aplicación de tales leyes una vez terminadas las hostilidades y con miras a la reconciliación nacional; de otro lado, el propio ER abre un espacio para juicios de conveniencia políticos. Este Estatuto contiene una serie de normas que harían compatible el perdón judicial de esta clase de crímenes en aras de alcanzar la paz. En su artículo 16, el ER establece la posibilidad de que si, al cometerse delitos graves de lesa humanidad y de guerra, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas «de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pide a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder de 12 meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones». Esto quiere decir que el Consejo de Seguridad, uno de los órganos más importantes de las Naciones Unidas, pero de naturaleza eminentemente política, podría hacer una solicitud de suspensión del proceso frente a delitos graves y conseguir, así, el aplazamiento de la investigación o el enjuiciamiento que se haya iniciado.

Además, el ER consagra en el literal c) del inciso primero del artículo 53 la posibilidad de que el fiscal decida no iniciar una investigación basado en el interés de la justicia. El literal dispone que no se adelantará una investigación cuando «existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia». El ER afirma aquí con toda claridad que queda a discreción del fiscal el que una investigación pueda ser suspendida porque «no redundaría en interés de la justicia». Esta norma se ha interpretado, como lo propone el internacionalista penal Kai Ambos, en el sentido de que dentro de esos intereses de la justicia está, precisamente, la paz (2010, pp. 34 y ss.).

La tensión entre justicia y paz, la cual atraviesa el actual proceso de negociaciones, está planteada en el mismo ER. «Si bien [escribe Ambos] el ER tiene como objetivo primordial poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales (artículos 5 a 8) y por primera vez ofrece una clara y consensual tipificación de esos crímenes, es de reconocer que el Estatuto no es un instrumento dogmático e inflexible, sino flexible y abierto a los procesos de paz» (Ambos, 2008, p. 34).

Afirmé antes que la consecuencia que se sigue de no juzgar ni condenar a los autores de crímenes atroces es la intervención de tribunales internacionales, según el principio de la complementariedad establecido en el artículo 17 del ER, y que esto reduce significativamente la posibilidad de acordar en los diálogos de paz una amnistía para los miembros de grupos armados. Pero el sentido de esta afirmación no es absoluto, como puede desprenderse de la interpretación de los artículos 16, 17 y 53 del ER, y de lo afirmado en el segundo Protocolo Adicional de las Convenciones de Ginebra, que posibilitan conceder amnistías condicionadas a los responsables de crímenes contra la ley penal internacional. Estas normas muestran que el ER y el segundo Protocolo no son un obstáculo para la paz en una sociedad en transición.

Así, se puede afirmar que solo este tipo de amnistía, denominada amnistía responsable o condicionada, podría contribuir a la verdadera reconciliación. Ahora bien, es importante señalar que la Corte Constitucional, al declarar exequible el acto legislativo 1 de 2012 (MJP), estableció cómo debe actuar el Estado colombiano en el postconflicto. La Corte Constitucional consideró que, para alcanzar una paz estable y duradera, es legítimo adoptar medidas de justicia transicional. Determinó que la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de modalidades especiales de cumplimiento no implican una sustitución de los fundamentos de la Constitución. Y concluyó mostrando que esta decisión jurisprudencial es compatible con los tratados de derechos humanos, el ER y el derecho internacional de los derechos humanos.

La posibilidad de obtener éxito en las negociaciones depende, entonces, de plantear una amnistía condicionada. Los miembros de las FARC tendrán que aceptar que la amnistía total es imposible y mostrar, si quieren continuar en las negociaciones, una real voluntad en ceder en estas exigencias, es decir, aceptar sus crímenes y responder de forma sustancial por los daños causados.

Los hechos políticos y constitucionales de invalidación de las disposiciones de amnistía y prescripción que realizaron en los últimos años la Corte Suprema argentina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos (Perú) permiten mostrar por qué las acciones de juzgamiento, destinadas a amnistiar o indultar a los actores comprometidos en violaciones graves de derechos humanos, llevadas a cabo por los Estados en cuestión, resultan insuficientes a la luz de las exigencias de no impunidad definidas por el orden internacional de los derechos humanos. Lo que contribuyó a impulsar en Argentina, Chile y Perú los juicios contra los involucrados en los crímenes de las dictaduras fue, entre otras razones, los años forzados de impunidad penal (Rincón, 2010, pp. 23 y ss.). Es importante tener en cuenta este posible escenario en el caso de Colombia.

2. MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ Y SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL C-579 DE 2013

Voy a exponer y discutir en este acápite nuevamente la aseveración hecha por críticos del proceso de paz, según la cual este no constituye más que una política de impunidad. A partir de una reconstrucción del acto legislativo 1 de 2012 o Marco Jurídico para la Paz y de la sentencia de la Corte Constitucional C-579 de 2013, buscaré dar las razones para fundamentar que el propósito de alcanzar la paz no tiene como consecuencia que los graves crímenes cometidos por los miembros de las FARC queden impunes.

El gobierno propuso una estructura jurídica para la paz en la que se contempla una serie de condiciones para la negociación en el contexto de la justicia transicional, construidas en el marco de los parámetros de la justicia internacional penal y de los derechos humanos⁴. El MJP introdujo en la Constitución los artículos transitorios 66 y 67 y, con esto, propuso los límites jurídicos conforme a los cuales se pueden realizar negociaciones para poner fin al conflicto armado colombiano. El mencionado marco normativo plantea que, en situaciones de terminación de un conflicto armado, la mejor forma de enfrentar graves violaciones de los derechos humanos es mediante los mecanismos extrajudiciales de justicia transicional, es decir, mediante la articulación de las exigencias de justicia con las de verdad, reparación y garantías de no repetición.

Por medio de esta reforma constitucional, se establece cómo debe darse la investigación y judicialización de los integrantes de grupos armados organizados al margen de la ley en Colombia. Para realizar estos objetivos, «el proyecto determina que los instrumentos de justicia transicional tendrán como finalidad prevalente la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, garantizando la seguridad de todos los colombianos» (artículo 1, inciso 1). Para hacer efectiva la investigación de los procesos de justicia, la ley establece la posibilidad de clasificar y priorizar los distintos delitos para que la rama judicial se concentre en la investigación y sanción de quienes tuvieron la mayor responsabilidad en la ocurrencia de los hechos más graves. «Se determinan así criterios de priorización y selección de casos para ser juzgados por medio de mecanismos judiciales o no judiciales. Se podrá ordenar además la renuncia a la persecución penal de los casos que no sean seleccionados o priorizados» (artículo 1, inciso 4). En suma, en el MJP el gobierno planteó la idea de que solo algunos de los guerrilleros —los que han cometido los actos más atroces— deberían ser castigados, pues sería imposible investigar y sancionar a los ocho mil o 10 mil combatientes que se reinserten.

⁴ Dentro de esta estructura normativa están también las leyes 782 de 2002 y 975 de 2005 y decretos reglamentarios con los que se vienen tratando los procesos de negociación con grupos armados organizados al margen de la ley.

Contra el acto legislativo 1 de 2012 se han presentado dos demandas de inconstitucionalidad. Sobre la primera, interpuesta por la Comisión Colombiana de Juristas, ya hubo pronunciamiento. La segunda la presentó el ciudadano Rafael Guarín Cotrino y está pendiente de decisión. Con sentencia C-579 de 2013 se declaró la exequibilidad del acto legislativo 1 de 2012. El problema jurídico planteado y decidido por la Corte Constitucional fue el de si representaba una sustitución de la Constitución «la posibilidad de que se utilicen los criterios de selección y priorización para la investigación, el juzgamiento y la sanción de los más graves crímenes contra los Derechos Humanos (DDHH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH) cometidos por los máximos responsables y [el que] se renuncie a la persecución de los demás» (Corte Constitucional de Colombia, 2013, párrafo 4.5) Es decir, si con estos elementos se sustituye un pilar fundamental de la Constitución Política consistente en el deber del Estado Colombiano de garantizar los derechos humanos.

La Corte Constitucional mostró que el hecho de que la investigación penal solamente se concentre en algunos responsables de ciertos delitos que constituyen graves violaciones a los DDHH y al DIH no representa una sustitución de la Constitución. Para desarrollar su argumentación, la Corte realizó el análisis estricto del juicio de sustitución por medio del modelo de la ponderación. Para esto estableció, inicialmente, las dos primeras premisas del silogismo —i) obligación del Estado de perseguir y sancionar aquellas conductas que hayan generado violaciones a los derechos humanos y ii) obligación de garantizar el goce efectivo de la paz— y, luego, mediante un ejercicio de ponderación, sopesó los principios y valores contenidos en ellas.

La Corte considera que no hay una renuncia del Estado respecto a sus obligaciones al modificar la estrategia de juzgamiento caso por caso por un sistema que permite agrupar las graves violaciones de derechos en macroprocesos, e imputarlas a sus máximos responsables. Tampoco hay renuncia del Estado a sus obligaciones cuando se centra en los máximos responsables y en la imputación a ellos de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Asimismo, la Corte autorizó la renuncia condicionada a la persecución judicial penal y la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena. La sustitución de la Constitución se da, señala la Corte, cuando, en ejercicio del poder de reforma, se reemplaza esta o algunos de sus ejes definitorios —la separación de poderes, el principio democrático, el sistema de frenos y contrapesos, el Estado social y democrático de Derecho, la democracia participativa y la soberanía popular— por un modelo constitucional diferente. Y esto no es el caso.

En relación con la utilización de este mecanismo extrajudicial de justicia transicional, la Corte afirma, a partir de un ejercicio de ponderación entre los preceptos y valores contenidos en los principios constitucionales de justicia y paz, que el deber de perseguir y sancionar es un principio ponderable y no una regla rígida, por lo que, cumplidas las condiciones de dejación de las armas —el reconocimiento de responsabilidad, el restablecimiento de los derechos mínimos de las víctimas a la verdad, a la reparación integral, y garantizada la no repetición de los graves crímenes—, los miembros de la guerrilla podrán recibir un tratamiento especial. La Corte afirma, en las sentencias C-370 de 2006 y C-579 de 2013, que la paz representa un valor de gran peso constitucional y que es un derecho fundamental y un deber de obligatorio cumplimiento que tiene, por tanto, una elevada valoración cuando se lo somete a un juicio de ponderación. En efecto, el propósito de alcanzar la paz estable y duradera «puede conllevar limitaciones en ciertos contextos de principios como la justicia y el derecho correlativo de las víctimas a la justicia, pues de lo contrario la paz sería un ideal inalcanzable» (Corte Constitucional de Colombia, 2013, numeral 8.3.1.).

Es absolutamente relevante entender las limitaciones que existen para la justicia en una situación transicional. Hay que considerar que el deber de investigar y juzgar a todos los responsables por violaciones de los DDHH y del DIH, el cual es un compromiso fundamental de la Constitución, sería válido en una sociedad normal, pero no en una sociedad en transición, en donde es fácticamente imposible de cumplir.

En una sociedad normal hay fuertes razones para pensar que la justicia criminal puede contribuir al establecimiento de una comunidad democrática de derecho. Esto lo pensaron los grandes retributivistas, desde Kant y Hegel hasta Hart y Kelsen. Enjuiciar a criminales reafirma el principio de que nadie está más allá del alcance de la ley y que los ciudadanos tienen derechos. Los juicios a los violadores de derechos humanos reafirman la autoridad de las instituciones democráticas y ayudan a que los miembros de la comunidad recuperen el sentido del respeto que habían perdido. Este es el caso en las sociedades normales. Pero el problema en sociedades que están saliendo de la guerra es que estas ventajas de las medidas retributivas pueden no darse por los inconvenientes de llevar a cabo juicios a los violadores de derechos humanos. Es claro que no es posible investigar y castigar a todos los posibles autores de grandes atrocidades. Ningún sistema judicial del mundo tiene la capacidad para perseguir todos los delitos y castigar a todos los culpables.

En una sociedad en transición de la guerra a la paz se produce una contradicción entre las demandas de justicia y las exigencias de paz, de manera que ambos valores deben ser ponderados de forma tal que los imperativos de justicia no hagan imposible la negociación del fin del conflicto. La justicia transicional busca solucionar las profundas tensiones que se dan entre las exigencias de satisfacción de los derechos

de las víctimas y la necesidad de alcanzar la paz. Por lo anterior, la justicia transicional no desconoce los principios fundamentales de la garantía de los derechos humanos, sino que es un desarrollo de estos en situaciones de violaciones masivas a los derechos humanos.

No hay incompatibilidad entre los valores de justicia y paz en la medida en que pueda mostrarse que en el MJJ la verdad está vinculada con cierta forma de reconocimiento público de los actos criminales, con la reparación de las víctimas y con la no repetición de la violencia. Para alcanzar la paz y poder fortalecer la democracia, es necesario que los miembros de la sociedad perdonen y estén también dispuestos a la reconciliación. Muchas personas consideran que es muy difícil que en una transición de la guerra a la paz se piense que la justicia y la búsqueda de la paz puedan ser vistas como procesos paralelos y que se benefician mutuamente. La tendencia normal y mayoritaria es suponer que, si los criminales no son procesados y juzgados, ellos quedan libres de toda culpa y responsabilidad, y que la justicia no ha sido realizada. Sin embargo, tanto en el MJJ como en la Sentencia C-579 de 2013, se defiende la tesis según la cual en este proceso transicional los violadores de la ley podrán ser juzgados, pero obtendrán un tratamiento especial. La solución de la justicia transicional no es hacer juicios en procesos largos y complicados, con fiscales que acusan, pruebas y defensa, sino, más bien, hacer un acuerdo para desarrollar procesos que puedan cerrarse con un arreglo con el fiscal, avalado por un juez.

Es necesario, entonces, entender de manera más flexible la tesis penal del retributivismo, según la cual los perpetradores de delitos atroces no queden en la impunidad. La impunidad solamente se da cuando los criminales quedan libres de toda culpa y responsabilidad, no cuando ellos están sujetos a un sistema alternativo para averiguar quién es el criminal, poder acusarlo públicamente y establecer las responsabilidades (May, 2005, pp. 243 y ss.). Esto implica considerar no solo los derechos de las víctimas, sino también la perspectiva de los acusados y las necesidades de la sociedad. Los derechos de las víctimas son fundamentales en un proceso de búsqueda de la paz, deben ser reconocidos y los responsables de los males causados deben ser identificados y acusados públicamente. Pero es fundamental comprender la necesidad de la sociedad de alcanzar la paz y la reconciliación.

3. EL RETO PARA LA DEMOCRACIA

La concepción de la democracia, la representación y la participación política ha sido también motivo de radicales desacuerdos entre los delegados del gobierno y los de las FARC. El gobierno ha defendido una concepción formal de la democracia y definido, apoyándose en la Constitución de 1991, que las formas de intervención

en la política solamente son posibles por medio del sistema representativo a través de los partidos políticos. De otro lado, las FARC consideran que las propuestas políticas de inclusión en el sistema político, hechas por el gobierno en el marco del modelo representativo, son completamente limitadas. Las guerrillas apuestan por una profundización o ampliación de la democracia que rompa el esquema formal de la democracia representativa y proponen así otra concepción de la política. Con el acuerdo sobre el punto dos de la Agenda, conseguido a mediados de 2014, se ha producido un acercamiento entre estas dos posiciones que se traduce en la idea de que la realización de la paz exige ampliar, modernizar y robustecer la democracia para hacerla más fuerte, participativa, más pluralista y transparente. Esto quiere decir que la democracia representativa, planteada en la Constitución de 1991, será ampliada con la introducción de los componentes participativos propios de la democracia popular. El problema que no ha sido tratado aún es el de cómo se ratificaran los acuerdos. Mientras el gobierno propone el mecanismo del referendo, los actores armados aspiran a una Asamblea Constituyente. Voy a exponer esto destacando las diferencias entre lo que ha sido acordado y lo que falta por negociar.

La profundización de la democracia que el grupo guerrillero propone se basa en cuatro asuntos: las promesas frustradas de los procesos de crecimiento de la economía ofrecidas por la inserción del país en la economía global neoliberal; las experiencias de injusticia y desigualdad que viven millones de personas pobres; la muy limitada participación política de algunos sectores sociales en las instituciones de la democracia representativa; y la ineffectividad de estos mecanismos para hacer valer sus intereses. Estos asuntos constituyen realidades políticas indiscutibles y, por esto, se puede afirmar que en Colombia se da tanto un déficit de justicia social como un déficit democrático. Estos se manifiestan en el hecho de que la gente siente que ya no queda ninguna posibilidad real ni para mejorar materialmente sus condiciones de vida ni para participar significativamente en la toma de decisiones importantes.

Para las FARC, el crecimiento del movimiento social que ha tenido lugar en el país en los últimos años es evidencia de que el país está viviendo un estado prerrevolucionario, el cual ellos eventualmente podrían capitalizar mejor si se avanza hacia un modelo de democracia popular que permita impulsar las grandes transformaciones sociales y políticas que se requieren. En este sentido, el grupo guerrillero defiende la idea, propuesta por el populismo del siglo XXI, según la cual los movimientos sociales son mucho más representativos de los intereses del pueblo que los partidos políticos. A partir de esto justifican la tesis que afirma que el poder popular no debe legitimarse a través del sistema representativo, sino que debe ser el pueblo, organizado en movimientos sociales como la Mesa Amplia Nacional Estudiantil (MANE), la Minga Indígena o los movimientos campesinos, el que proponga el nuevo orden normativo

conseguido tras el fin de las negociaciones. Esto explica la postura radical de las FARC en las negociaciones a favor de una Asamblea Constituyente como mecanismo para refrendar los acuerdos y su rechazo a la propuesta del referendo del gobierno.

Las FARC calculan que en una Asamblea Constituyente podrán colocar, sin competir electoralmente, a un número importante de sus integrantes y así podrían sacar adelante por vía legal su proyecto político. Ellas rechazan de plano la vía del referendo porque tienen temores, con cierta razón, de que este no sea aprobado por la ciudadanía. En suma, lo que está en debate es la definición misma de democracia, la cual está también en discusión en otros países de América Latina y de Europa. Se trata de la controversia entre la concepción liberal de la democracia y la concepción populista. Voy a reconstruir, primero, unos breves elementos de este debate teórico para señalar las similitudes con lo que se está discutiendo en Colombia y, posteriormente, criticaré la propuesta del grupo guerrillero de la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

La democracia representativa que funciona de manera exitosa e incluyente en los países más desarrollados es inaceptable, considera el populismo, como una concepción de la democracia para países en los que hay una profunda desigualdad entre sus ciudadanos (Guariglia, 2011, pp. 65 y ss.). Para el populismo, el proyecto de radicalización de la democracia se concreta en la extensión de las luchas democráticas por la igualdad y la libertad al conjunto de la sociedad civil en la dirección de multiplicar los espacios políticos e impedir que el poder se vea limitado por el enemigo político. De este modo, se trata de profundizar el momento democrático de la ideología liberal hasta el punto de hacer romper al liberalismo su articulación con el individualismo posesivo. En este punto, estoy de acuerdo con el populismo.

La característica más problemática del populismo del siglo XXI en algunos países de América Latina es que ha propuesto, mediante la profundización de la democracia, una transformación de las estructuras del Estado en función de una preponderancia del poder presidencial sobre el legislativo y el judicial, y ha sometido la esfera económica al poder político. En algunos países de América Latina, el populismo está claramente ligado a una transformación de las estructuras del Estado en función de la preponderancia del ejecutivo. El presidente es concebido como el más autorizado intérprete de los grandes intereses de la nación, como el único líder que puede dirigir un Estado. El ejemplo más claro es Venezuela bajo Hugo Chávez. Como lo dice Ernesto Laclau de manera enfática: «En América latina, por razones muy precisas, los Parlamentos han sido siempre las instituciones a través de las cuales el poder conservador se reconstituía, mientras que muchas veces un Poder Ejecutivo que apela directamente a las masas frente a un mecanismo institucional que tiende a impedir procesos de la voluntad popular es mucho más democrático y representativo» (Laclau, 2012).

En este sentido, la concepción de democracia del populismo se identifica solamente con un tipo de poder del pueblo, el cual expresa su voluntad soberana por medio de una autoridad presidencial concentrada. Cuando el gobierno es del pueblo, la voluntad del pueblo (de la mayoría) se impone a la de la minoría (la aristocracia, una elite). La democracia existe en la relación polémica con la minoría; el pueblo es solamente una parte de la comunidad política (la mayoría en contraposición a la minoría). Ahora bien, en la interpretación populista de la democracia se afirma la omnipotencia del pueblo, lo que equivale a la supremacía de la política y su prioridad sobre el derecho, es decir, sobre la Constitución (Laclau, 2005, pp. 199 y ss.). De esta relación entre los postulados de la democracia y su interpretación populista resulta la siguiente paradoja: el gobernante populista tiene que controlar el poder del pueblo y para esto tiene que convertirse en el líder carismático (Freidenberg, 2007, pp. 200 y ss.). Así, en la relación entre la mayoría y el líder carismático se resuelve la constelación populista, la cual en muchos de los gobiernos populistas mencionados se manifiesta en el desconocimiento de las libertades individuales, en la exclusión de grupos de ciudadanos de la participación en la deliberación y decisión de las políticas públicas y en la transformación del poder político en un poder centralizado en el gobernante y sus agentes.

En algunos países de América Latina estos fenómenos políticos han determinado que las masas, motivadas por las expectativas de salvación, estimuladas por el carisma del líder populista, consideren que el poder de ellas y del líder que las representa de modo directo esté por encima de la sociedad y sus instituciones. Ello ha sucedido, por ejemplo, en los casos del populismo de derecha de Alberto Fujimori y Álvaro Uribe y del populismo de izquierda de Hugo Chávez, Nicolás Maduro, Rafael Correa y Cristina Fernández de Kirchner (O'Donnell, 1997, pp. 13 y ss.).

Este concepto de poder popular está implícito en la idea, que estos actores armados presentan en recientes escritos y comunicados, de un poder constituyente que tendrá que servir, según ellos, para revalidar el resultado de las negociaciones en La Habana. En relación con esto hay que señalar que en el derecho constitucional esta operación radical solamente se contempla bajo condiciones muy excepcionales. Habría que preguntarse: ¿estamos ante un momento constituyente como el que se produjo en las grandes revoluciones liberales y socialistas del pasado y también en la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente en Colombia en 1991? ¿Puede afirmarse que los paros agrario, minero, de camioneros y el conjunto de protestas que se han dado en los últimos años son la manifestación de un estado de cosas preconstituyente?

Hay serias dudas sobre si existe en Colombia un contexto histórico similar a la situación del año 1991. El escenario de violencia, terror y muerte producido en esos años por los carteles de la droga, el paramilitarismo y las guerrillas no es comparable

en su dimensión desestabilizadora con lo que se ha dado en estos últimos años. Hay problemas muy graves en el sector agrícola, ganadero y minero; las universidades públicas están desfinanciadas; los sectores de la salud y la justicia, así como el estamento político, están en una profunda crisis. Pero la pregunta es si la protesta radical que se dio y que está latente en un profundo descontento permite hablar de una situación prerrevolucionaria o preconstituyente. No se puede desconocer que el actual modelo político limita la participación de sectores importantes de la población en el proceso democrático, especialmente por la corrupción que lo penetra. La Constitución de 1991, a pesar de sus imperfecciones, es el marco de los actuales acuerdos en la Mesa de Negociación y se ha convenido un importante desarrollo de ella en el segundo punto de la Agenda. Las guerrillas de las FARC son una organización militarmente muy fuerte, con una impresionante historia de lucha y rebelión, pero profundamente desprestigiada a nivel nacional e internacional por los secuestros que ha llevado a cabo, su involucramiento con el narcotráfico y los ataques indiscriminados contra la población civil. Por estas razones, están muy lejos de poder erigirse como una fuerza política con capacidad de convocar una nueva Asamblea Constituyente. El vínculo de este grupo guerrillero con el pueblo para cambiar totalmente el sistema constitucional no existe. Indudablemente, ellos tienen una base social campesina y urbana importante, pero ese porcentaje de la población no alcanza a ser lo que se denomina, en teoría constitucional, el pueblo como poder constituyente o, en la teoría de las revoluciones, el pueblo insurrecto.

Es importante precisar, además, un concepto central del derecho constitucional para no mezclar un acuerdo de paz con otras reformas. Una situación constituyente es una situación original que no es producida por actos jurídicos y, por tanto, carece de normas superiores a ella. Una situación constituyente es la expresión de un poder constituyente, que en democracia es el pueblo. El poder constituyente es atribuido a los sujetos naturales que conforman el pueblo como titular de la soberanía. Estos sujetos no pueden ser los miembros de la organización armada ni de ningún grupo político, aunque proclamen representar los verdaderos intereses del pueblo. Estos sujetos solamente pueden ser los miembros de una comunidad política cuando se agrupan en un momento fundacional. Así pues, en estas negociaciones se trata básicamente de un acuerdo de paz, no de uno constituyente. Es importante no confundir estos dos asuntos para que no pase lo que ocurrió, por ejemplo, en Guatemala.

Finalmente, a la visión populista de la democracia contrapongo una concepción de la democracia en la que se articula el proceso de racionalización económica que tienen los procesos sociales actuales con la consolidación de instituciones del Estado Constitucional de Derecho. Esta idea de democracia entra en contradicción tanto con la democracia liberal representativa como con las relaciones de poder del orden

global neoliberal, pero, a diferencia del populismo, no exige a los ciudadanos la alienación total de cada uno con todos sus derechos en favor de la constitución del cuerpo político, ni la sumisión de cada uno a la voluntad absoluta del líder (Ferrajoli, 2011, pp. 9 y ss.). Hay que señalar con claridad que una concepción de la democracia que defiende la libertad democrática y los procesos de racionalización de la economía y la sociedad se pone por encima del populismo con respecto al criterio normativo de la democracia: la relación entre soberanía popular y derechos a la libertad individual (Ferrajoli, 2011, pp. 298 y ss.; Holmes, 1995).

Para la concepción de democracia constitucional esto significa que los derechos individuales que están consagrados en la Constitución no pueden ser desconocidos ni por el presidente, ni por el legislador democrático, ni por el pueblo como legislador soberano. El sentido de esta prohibición es, precisamente, establecer los límites que los derechos inalienables de los individuos fijan al poder en sus diferentes formas (Ferrajoli, 2011, pp. 320 y ss.). Esta prohibición ha sido desconocida por el populismo latinoamericano que deviene, por esto, en una forma de autoritarismo, como sucedió claramente con Fujimori, Uribe, Chávez y Maduro.

La democracia que requiere Colombia es aquella que haga posible la participación de todos. El gobierno legítimo debe ser democrático, popular y liberal. El gobierno democrático se funda en la soberanía construida a través de la representación universal y el mandato libre, en la perspectiva de la formación de un orden político unitario, racional y juridificado; es decir, se forma mediante leyes emanadas de la soberanía misma. En efecto, es a través de ese poder soberano autorizado por todos, en condiciones de igualdad, el poder legislativo, que el pueblo se transforma en neutral y universal, en ciudadanía. En el gobierno democrático, la ley debe ser el resultado de la soberanía popular, es decir, de la participación en su construcción mediante la representación de todos los posibles afectados por la ley. Porque sin soberanía popular, escribió Rousseau, no hay legitimación política de la ley, solamente dominación.

El gobierno, lo afirmó Lincoln, debe ser del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. El gobierno debe ser del pueblo, esto es, democrático, en el sentido en que se le dé igual consideración a cada uno en los procesos de decisión. Debe ser por el pueblo, es decir, republicano: debe controlar el poder mediante los controles y contrapesos constitucionales y de esta manera prevenir la dominación. En la democracia que hay que construir en Colombia, y que este proceso de negociaciones está profundizando, más allá del modelo liberal representativo, se debe partir de la idea ya plasmada en la Constitución de 1991 según la cual los derechos fundamentales son el núcleo del orden constitucional. El fundamento de legitimidad de la constitución es la igualdad de todos con respecto a las libertades fundamentales liberales, civiles, políticas y a los derechos sociales. Finalmente, el gobierno democrático debe ser para el pueblo,

en el sentido en que sus procedimientos deben respetar los derechos fundamentales y las libertades de cada uno y tratar a cada uno como un ciudadano libre e igual. Es necesario, por estas razones, siguiendo el sentido político de la Constitución de 1991, generar un acercamiento entre el esquema de la representación que determina el orden normativo vigente y una nueva visión de la democracia que, según el artículo 22 de la Constitución, apunta a una sociedad igualitaria, pluralista e incluyente. Esto quiere decir que la idea de participación política, planteada en la Constitución, se deberá ampliar con la introducción de los componentes participativos propios de la democracia popular.

En suma, Colombia no está ante un momento constituyente. Hay problemas muy serios como los del campo, la minería informal, los desplazados por las distintas formas de violencia, la falta de oportunidades para los jóvenes en las ciudades, el desempleo, la crisis del sistema de salud etcétera. Estos problemas se hicieron evidentes en los recientes paros y movilizaciones populares. Pero ellos, por graves que sean, no permiten deducir que se está ante una situación prerrevolucionaria. La pretensión constituyente de las FARC descansa en esta ficción, pretensión que es, como ha sido mostrado, inviable jurídica y políticamente. Según la Constitución de 1991 (artículo 374), el camino para la refrendación de estos acuerdos es el referendo. Dos asuntos difíciles para este grupo insurgente se derivan de lo que he planteado en esta reflexión: desde la perspectiva del derecho penal internacional y constitucional nacional, no puede haber amnistía total, y, desde el enfoque del Estado democrático y constitucional, no puede plantearse la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, Kai (1999). *Impunidad y derecho penal internacional*. Buenos Aires: Ad hoc.
- Ambos, Kai (2008). *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*. México DF: Fontamara.
- Ambos, Kai (2010). *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (L. 975/05) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de «justicia y paz»*. Bogotá: Temis.
- Bhargava, Rajeev (2000). Restoring Decency to Barbaric Societies. En Robert Retberg y Dennis Thompson (comps.), *Truth v. Justice* (pp. 45-67). Princeton: Princeton University Press.
- Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (1996). *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. Segunda edición. 2 volúmenes, 3 tomos. Santiago de Chile: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

- Comisión Nacional para la Desaparición de Personas [Argentina] (1991). *Nunca más: Informe de la Comisión Nacional para la Desaparición de Personas*. Buenos Aires: Eudeba.
- Corte Constitucional de Colombia (2013). Sentencia C-579. Instrumentos Jurídicos de Justicia Transicional.
- Crocker, David A. (2000). Retribution and Reconciliation. *Philosophy & Public Policy Quarterly*, 20(1), 1-6.
- Ferrajoli, Luigi (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo II: Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Freidenberg, Flavia (2007). *La tentación populista: una vía de acceso al poder en América Latina*. Madrid: Síntesis.
- Guariglia, Osvaldo (2011). La democracia en América Latina: la alternativa entre populismo y democracia deliberativa. *Isegoría*, 44, 57-72.
- Hampton, Jean (1981). The Moral Education Theory of Punishment. *Philosophy & Public Affairs*, 13(3), 208-238.
- Hampton, Jean (1991). A New Theory of Retribution. En Raymond Gillespie Frey y Christopher W. Morris (eds.), *Liability and Responsibility* (pp. 377-414). Cambridge: Cambridge University Press.
- Holmes, Stephen (1995). *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*. Chicago: University of Chicago Press.
- Laclau, Ernesto (2005). *La razón populista*. Buenos Aires: FCE.
- Laclau, Ernesto (2008). *Debates y combates. Por un nuevo horizonte de la política*. Buenos Aires: FCE.
- Laclau, Ernesto (2012). El constitucionalismo busca mantener el poder conservador. *Diario Perfil*, 4 de octubre.
- Laclau, Ernesto & Chantal Mouffe (2010). *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*. Buenos Aires: FCE.
- May, Larry (2005). *Crimes Against Humanity. A Normative Account*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Murphy, Jeffrie G. & Jean Hampton (1988). *Forgiveness and Mercy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- O'Donnell, Guillermo (1997). ¿Democracia delegativa? En *Contrapuntos: ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*. Buenos Aires: Paidós.
- Rincón, Tatiana (2010). Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Tutu, Desmond (1999). *No Future Without Forgiveness*. Nueva York: Doubleday.