

FORO NACIONAL “FIN DEL CONFLICTO” Y “REFRENDACIÓN, IMPLEMENTACIÓN Y VERIFICACIÓN”

INTERVENCIÓN¹ DE RODRIGO UPRIMNY EN EL PANEL SOBRE REFRENDACIÓN 09 DE FEBRERO DE 2016

El objetivo de mi presentación es exponer algunos argumentos políticos y jurídicos para aportar a la discusión respecto a la refrendación de los acuerdos de paz. Mi posición sobre este tema es que la refrendación - entendida como la aprobación o rechazo ciudadano de los acuerdos de paz -, no sólo se ha tornado necesaria, sino que, además, es legítima y conveniente en Colombia. Pero que, como ni la Constitución ni la ley establecen un procedimiento apropiado para realizarla, es necesario crear un mecanismo apropiado para tal efecto. Y, para ello, es necesario entender la refrendación más como un proceso que cumple varios propósitos, que como un momento único. El proceso de refrendación debería, entonces, combinar una votación ciudadana, una especie de consulta, que otorgue fuerza jurídica al acuerdo de paz y permita poner en marcha un mecanismo específico y expedito de implementación jurídica del acuerdo. No creo que una asamblea nacional constituyente (ANC) sea un buen instrumento de ratificación de los acuerdos, pero podría pensarse en que, después de unos dos o tres años y en un escenario de posconflicto, pudiera convocarse una ANC de competencia limitada, para que defina temas trascendentales que no pudieron ser acordados en el proceso de paz ni han sido abordados adecuadamente por el Congreso, como el ordenamiento territorial.

Para sostener mi argumento, mi presentación tendrá cinco partes: la primera será más conceptual y buscará exponer lo que entiendo por refrendación, sus funciones y dimensiones. La segunda parte defiende la legitimidad jurídica y constitucional de la refrendación frente a la objeción que ha surgido en las últimas semanas de que ésta sería inviable por cuanto supondría violar el derecho a la paz, al ponerlo a votación. La tercera parte es más empírica y abordará las razones por las que considero que es necesaria, posible y conveniente la refrendación de los acuerdos de paz en Colombia. En esta parte, además, haré referencia a algunas experiencias comparadas sobre las dificultades, pero también las potencialidades de la refrendación de los procesos de paz. La cuarta parte es más constitucional y mostrará que la Constitución Política de 1991 no prevé un mecanismo especial ni específico para la refrendación, por lo que es indispensable adoptar uno para tales fines. La última parte es más propositiva y discutirá los mecanismos de refrendación que las FARC y el Gobierno Nacional, de forma individual y aislada, han propuesto, a

¹Este es el documento que sirvió de base a la intervención oral en el panel. Este documento está basada en trabajos previos del autor, en particular en columnas aparecidas en El Espectador, en un artículo publicado en 2014 (Ver Rodrigo Uprimny (2014) “La refrendación o ratificación democrática de la paz: dilemas y posibilidades en Alejo Vargas” (Ed) *Diálogos desde La Habana. Miradas múltiples desde la Universidad. Bogotá*, Universidad Nacional) y en una intervención sobre el tema en la Universidad de los Andes en 2015 en el marco de la Alianza de las Universidades por la paz y de la cual hay una relatoría disponible. Ver la relatoría en [file:///D:/Descargas/relatoria%20\(1\).pdf](file:///D:/Descargas/relatoria%20(1).pdf).

saber una ANC y el llamado plebiscito para la paz², respectivamente. Mi propuesta de mecanismo de refrendación es, como lo señalé al inicio, la consulta popular especial para la paz, que dote de fuerza jurídica a los acuerdos y permita la puesta en marcha de un mecanismo especial de implementación jurídica de los mismos.

I. Una noción de refrendación, sus funciones y dimensiones

La primera tesis que defiende es que la refrendación, como proceso multi-etápico, cumple funciones de legitimidad democrática, implementación jurídica y de seguro de cumplimiento de los acuerdos. Me explico.

Podemos entender por refrendación la aprobación o rechazo ciudadano a un acuerdo de paz, que busca al menos tres propósitos: (i) de legitimidad democrática, (ii) de implementación jurídica especial, y (iii) de seguro para dotar de irreversibilidad de los acuerdos. Veamos.

La refrendación, en primer lugar, cumple la función de dotar de legitimidad o credibilidad democrática a los acuerdos de paz. En la medida en que la ciudadanía se pronuncia sobre los acuerdos de paz, éstos adquieren un importante respaldo ciudadano. En segundo lugar, la refrendación busca que los acuerdos no sólo tengan credibilidad democrática, sino que también persigue que éstos ingresen al orden jurídico nacional y, de esa forma, tengan fuerza normativa, con lo cual se convierte en una forma especial de dotarlos de validez jurídica. Y, en tercer lugar, la refrendación cumple un objetivo que deriva de los anteriores: otorgarle garantía y estabilidad futura a los acuerdos de paz. En este sentido, la refrendación, gracias a que cuenta con respaldo ciudadano y tiene fuerza normativa, asegura en cierta forma la irreversibilidad de lo pactado en los acuerdos. La ratificación popular del acuerdo es vista, entonces, como una especie de seguro para que futuros gobiernos no deshagan lo pactado, un aspecto que puede ser esencial, sobre todo para las guerrillas que en algún momento deberán desmovilizarse, pero también para otros actores del lado del Estado, que pueden querer que ciertos contenidos de un eventual pacto de paz, como podrían ser fórmulas de justicia transicional para agentes de Estado, no sean revertidas durante gobiernos ulteriores, ya sea por los órganos políticos (ejecutivo o legislativo) o por los jueces, como ha ocurrido en otros países de América Latina.

Estas tres funciones de la refrendación (como expresión de legitimidad democrática, como implementación popular y concentrada de reformas esenciales de los acuerdos de paz, o como seguro democrático para la irreversibilidad de la paz) tienen muchos vínculos y, por ello, algunas propuestas las tratan en forma indiferenciada. Por ejemplo, quienes defienden la refrendación por asamblea constituyente lo hacen porque consideran que ese mecanismo, al recurrir a una votación, podría afianzar la legitimidad democrática del acuerdo de paz y al mismo tiempo sería un instrumento jurídico para comenzar a implementarlo, pues permiten reformar directamente la constitución. Y, en la medida en que esas reformas constitucionales estarían legitimadas directamente por el pueblo, por el llamado

² Hago referencia al plebiscito en la forma en que ha sido formulado en el proyecto de ley estatutaria número 94 de 2015 Senado, número 156 de 2015 Cámara, “por medio del cual se regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

“constituyente primario”, tendrían una especial solidez jurídica y política, que daría una fuerte garantía de que lo pactado y refrendado no podría ser fácilmente revertido.

Sin embargo, como la ANC no parece un instrumento adecuado de refrendación, como lo mostraré ulteriormente, y además ha generado oposición de muchos sectores, es importante hacer la distinción conceptual de esas tres dimensiones de lo que algunos llaman refrendación, a saber: i) la ratificación ciudadana del acuerdo; ii) la adopción de mecanismos especiales de implementación; y iii) el otorgamiento de una fortaleza jurídica especial al acuerdo de paz. Podría uno, entonces, llamar al proceso complejo que abarca esas tres dimensiones la refrendación en sentido amplio y distinguirla de la refrendación en sentido estricto, que sería únicamente la ratificación ciudadana del acuerdo. Esta distinción no sólo evita ciertas ambigüedades en la discusión del tema, sino que conduce a la siguiente idea: tal vez sea mejor pensar la refrendación de la paz (al menos si uno habla de ella en sentido amplio) no como un acto único, sino como un proceso, que puede usar diversas herramientas y tener distintos actos y momentos. Y podemos, pues, discutir la mejor forma de articularlos secuencialmente.

La refrendación no es, entonces, un acto único, sino que es un *proceso multi-etápico*, es decir, tiene distintas dimensiones. Esto significa que la refrendación incluye diversas etapas, las cuales van desde la ratificación ciudadana hasta la ejecución de las reformas adoptadas. Esta comprensión de la refrendación como proceso permite pensar en distintos momentos y medidas para su cumplimiento. Así, la iniciativa de una ANC podríamos discutirla para una etapa posterior a la ratificación e implementación jurídica de los acuerdos. Esa etapa sería, por ejemplo, el desarrollo de ciertos cambios que no fueron incluidos en los acuerdos de paz y que no han sido ejecutados por el Congreso de la República – como sería el ordenamiento territorial y la reforma a la justicia-. Este punto lo desarrollaré más adelante, donde afirmaré que es inoportuno políticamente, inviable jurídicamente e inconveniente para la paz, una ANC como mecanismo de refrendación, en la etapa de ratificación ciudadana e implementación jurídica de los acuerdos. Con todo, esto no descarta la discusión de una ANC para la etapa posterior de desarrollo de reformas de largo alcance, una vez la paz haya alcanzado cierta seguridad.

II. La legitimidad constitucional de la refrendación del acuerdo de paz.

Algunos han cuestionado jurídicamente la posibilidad misma de someter a votación ciudadana el acuerdo de paz con la tesis de que ésta violaría el derecho a la paz, por lo cual conviene mostrar por qué la refrendación de los acuerdos de paz es posible jurídicamente. Quiero hacer especial énfasis en este aspecto, porque en los últimos días se ha desarrollado una tesis de que no es posible jurídicamente refrendar acuerdos de paz. Esta idea -que está basada en unos extractos aislados y desconectados de una conferencia de Luigi Ferrajoli hace unos meses en la Universidad Nacional- parte del supuesto de que en una sociedad democrática es imposible votar un derecho fundamental. Por eso, como la paz es un derecho fundamental (artículo 22 de la Constitución Política), no es posible jurídicamente refrendar los acuerdos de paz.

Yo comparto las premisas normativas de este argumento, a saber, que en una democracia constitucional la existencia y el contenido esencial de un derecho fundamental no están a

disposición de las mayorías, y que en Colombia la paz es un derecho constitucional de obligatorio cumplimiento. Pero considero que la conclusión no se desprende de las premisas, pues la votación sobre un acuerdo de paz no es una votación sobre el derecho a la paz como tal. Procedo, entonces, a desarrollar estos argumentos.

Es cierto que los derechos fundamentales no están a disposición de las mayorías, por lo cual no pueden ser sometidos a consulta popular. La democracia no es el gobierno omnímodo de las mayorías, por cuanto esa concepción conduce al aniquilamiento de los derechos fundamentales, en especial de las minorías. En efecto, los derechos fundamentales representan esos bienes, que se consideran que son indispensables para que todas las personas gocen de la dignidad necesaria para ser ciudadanos verdaderamente libres, iguales y autónomos. En esa medida, esos derechos son una suerte de presupuestos materiales del régimen democrático, pues sin ciudadanos libres e iguales, mal podríamos hablar de gobierno democrático. Por ende, si los derechos fundamentales son tanto presupuestos procesales como materiales de la democracia, es obvio que estos derechos deben ser garantizados, independientemente de la opinión de las mayorías. Esto explica la sugestiva idea de Ronald Dworkin³, según la cual, los derechos constitucionales constituyen, en el sentido riguroso del término, cartas de triunfo contra las mayorías y la persecución del bienestar colectivo, pues sólo se puede decir que una persona A tiene derecho a hacer una conducta X si la mayoría no puede evitar que A realice X, aun cuando la mayoría considere que la realización de X disminuye su bienestar. Por ello, la existencia y contenido esencial de los derechos fundamentales no debería ser sometida a consulta popular. Y, en consecuencia, como lo ha sustentado con razón el mismo Ferrajoli⁴, a las mayorías les está vedado decidir sobre derechos ciertos, que afectan a minorías. Por ejemplo, los derechos de minorías como la población LGBT o los pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, no pueden ser sometidos a votación popular. Esto, porque se trata de derechos ciertos –tanto en su consagración normativa como en el desarrollo dado por la Corte Constitucional- y de los que son titulares poblaciones minoritarias.

Es igualmente cierto que en Colombia la paz es un derecho constitucional de obligatorio cumplimiento, por lo cual una ley no puede someter la existencia y contenido esencial del derecho a la paz a los avatares de una consulta popular.

Sin embargo, extraer de esas premisas que no puede haber refrendación del acuerdo de paz es un error lógico y conceptual, que desconoce además un precedente constitucional y que conlleva una consecuencia antidemocrática.

En primer término, esta tesis desconoce que el objeto de la refrendación no es la existencia del derecho a la paz o su contenido esencial, sino que se trata de aprobar o improbar un acuerdo de paz, que es una cosa muy distinta. La refrendación no busca decidir si los ciudadanos tenemos o no derecho a gozar la paz o a buscar una solución negociada de nuestra guerra –que son posibles contenidos esenciales ciertos del derecho a la paz y que sería problemático que pudieran estar sometidos a votación popular-, sino de votar una expresión y un desarrollo incierto y polémico de este derecho, que es el acuerdo que

³ Ver Ronald Dworkin (1984) *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

⁴ Ver, por ejemplo, Luigi Ferrajoli, «La esfera de lo indecible y la división de poderes», *Estudios Constitucionales* 6, n.º 1 (2008).

probablemente alcanzarán en las próximas semanas las FARC y el gobierno colombiano. Es decir, los ciudadanos no votaremos si aprobamos o rechazamos la existencia del artículo 22 en la Constitución Política. Por el contrario, lo que decidiremos es cómo vamos a ejercer ese derecho en un escenario de fin de la confrontación armada. Y es claro que es posible votar y regular mayoritariamente las regulaciones no esenciales o las expresiones y ejercicios de un derecho fundamental. Por ejemplo, es claro que la libertad de movimiento es un derecho fundamental, cuya existencia y contenido esencial no podrían estar sometidos a consulta popular; pero eso no impide que una regulación de ese derecho sea decidida por las mayorías o incluso sometida a consulta popular, por lo cual es perfectamente legítimo que se haga una consulta ciudadana para ver si se restringe o no el uso del carro en una ciudad. Igualmente, los pactos de derechos humanos reconocen el derecho a la autodeterminación de los pueblos y la existencia de ese derecho y su contenido esencial no podrían ser sometidos a consulta popular; pero sería absurdo inferir de esa premisa válida que no puede someterse a consulta de los catalanes o los escoceses la independencia de Cataluña de España o de Escocia del Reino Unido, pues esa votación lo que hace es expresar y desarrollar el derecho. En la misma forma, al permitir que los ciudadanos voten a favor o en contra de un acuerdo de paz no se está sometiendo a votación el derecho a la paz como tal, sino que se está permitiendo su ejercicio democrático.

En segundo lugar, esta tesis desconoce un precedente constitucional reciente, en donde la Corte aceptó que es posible refrendar la paz, el cual se encuentra en la sentencia C-784 de 2014. En esa ocasión, la Corte estudió la constitucionalidad de la Ley 1745 de 2014, “por medio de la cual se dictan las reglas para el desarrollo de referendos constitucionales con ocasión de un Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado”. El artículo 2 de dicha ley permite que los referendos constitucionales, que se relacionen con el acuerdo final de terminación del conflicto, pueden coincidir el mismo día de realización de otros actos electorales. La Corte declaró la exequibilidad de esa norma, por cuanto no existe prohibición constitucional expresa para que los referendos coincidan con la elección popular de autoridades públicas. Pero la Corte no sólo aceptó que existieran referendos sobre acuerdos de paz, sino que además condicionó su alcance a que desde el inicio del trámite de la ley de referendo el acuerdo de paz fuera de público conocimiento de la ciudadanía, con lo cual tenía claro que en este caso el referendo no era sólo la aprobación o improbación de la reforma constitucional específica, sino además la refrendación del acuerdo de paz que la sustentaba, pues si no era así ¿por qué exigir la publicación previa del acuerdo de paz?

En tercer lugar, existe una razón de filosofía democrática que está relacionada con la consecuencia fáctica que conlleva negar la posibilidad jurídica de la refrendación: si negamos la ratificación ciudadana de los acuerdos estamos, pues, aceptando que el gobierno y las FARC impongan su propia visión de la paz en Colombia. Esto, a pesar de que la paz es una decisión que importa a toda la sociedad y, en una democracia, los asuntos fundamentales para la sociedad deben someterse a decisión del pueblo. ¿Es más democrático, entonces, que las partes de la negociación impongan su voluntad sobre un asunto tan fundamental y que afecta a toda la sociedad colombiana, como es lo es la paz? Resulta evidente que esta consecuencia de negar la refrendación desconoce el corazón mismo de la democracia, por lo cual habría que llegar incluso a la conclusión contraria: en nombre del principio democrático y del derecho a la paz, los ciudadanos tenemos derecho a

decidir sobre los acuerdos de paz.

Por todo lo anterior, concluyo que es jurídica y filosóficamente equivocado inferir que no puede haber refrendación de un acuerdo de paz, con el argumento de que la paz es en Colombia un derecho constitucional. Además, no creo que eso haya dicho Ferrajoli en esa conferencia, aunque ese punto es secundario, pues no se trata de hacer la exégesis más apropiada de un párrafo aislado de la conferencia de Ferrajoli, sino de discutir la sustancia misma del problema⁵.

III. La refrendación es necesaria, posible y conveniente en Colombia

Mi segunda tesis es que la refrendación de los acuerdos de paz en Colombia no sólo se ha tornado necesaria, sino que, además, es posible y conveniente. A continuación, desarrollo esta idea.

Por una parte, considero que la refrendación es necesaria por los importantes beneficios que reportan las funciones que ésta cumple. Primero, la refrendación es un asunto democrático que hizo posible la negociación de La Habana. En efecto, la mesa de conversaciones ha sido posible, gracias a que el Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (26 de agosto de 2012) previó que al final de la mesa de conversaciones los acuerdos serían sometidos a votación ciudadana. La esperanza de ratificación ciudadana de los acuerdos, entonces, ha posibilitado las negociaciones, por lo que la refrendación se ha tornado una realidad política necesaria.

Segundo, la refrendación es el escenario preciso para incorporar los acuerdos en el ordenamiento jurídico y dotarlos de fuerza normativa. Y esto es importante por cuanto, contrariamente a lo sostenido por algunos analistas, no es cierto que un acuerdo de paz entre el gobierno y las guerrillas sea claramente un acuerdo especial humanitario de los previstos en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y que, por ende, hace parte automáticamente del bloque de constitucionalidad y tiene fuerza jurídica internacional. Eso no es cierto, pues ese tipo de acuerdo tiene un estatus jurídico incierto tanto en el derecho colombiano como en el plano internacional, debido a que no tiene una fuerza jurídica clara ni en el ordenamiento jurídico colombiano ni en el derecho internacional⁶. En ese sentido, la aprobación ciudadana del acuerdo puede ser entendida como una forma de incorporar el acuerdo al orden jurídico colombiano.

⁵ La charla de Ferrajoli está disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/FERRAJOLI-PAZ.pdf>. En esa charla Ferrajoli se limita a decir cuatro líneas sobre el tema, pues literalmente dice: “Consistiendo, el derecho a la paz, en un derecho fundamental, como cualquier derecho fundamental, es contra mayoritario, cuya actuación es “deber de obligatorio cumplimiento”, incluso contra la voluntad de la mayoría. Por esto sería impropio e inaceptable someter la paz, o sea la solución pacífica negociada del conflicto a cualquier tipo de consulta popular”. Nótese que Ferrajoli habla de la inaceptabilidad de someter la paz a consulta popular, pero no se refiere a la imposibilidad de someter un acuerdo de paz a consulta popular, que son dos cosas muy distintas.

⁶ Sobre el estatus incierto de los acuerdos de paz entre un Estado y una guerrilla, ver Christine Bell (2006) “Peace Agreements: Their Nature and Legal Status” en *American Journal of International Law*, Vol 100, pp., 373-412,

Tercero, y derivado de lo anterior, la refrendación dota al proceso de paz de sostenibilidad y de garantía de irreversibilidad de lo pactado. En efecto, todo acuerdo de paz es polémico y no deja a todos satisfechos, pues implica decisiones controvertidas, que afectan intereses de muchos sectores; igualmente, ciertos grupos sociales pueden considerar que lo pactado desconoce valores éticos que les son muy caros, por ejemplo, porque se perdonaron crímenes graves. Es, entonces, probable que en el futuro algunos de estos sectores quieran revertir el acuerdo y lo cuestionen política y jurídicamente. La adopción de las fórmulas de transición, por medio de una amplia discusión democrática, tiene la potencialidad de generar apoyos sociales básicos en torno a las fórmulas efectivamente escogidas para implementar la transición.

Esto lo podemos constatar en la experiencia comparada. Así sucedió en el caso de la transición implementada en Sudáfrica, cuyo contenido concreto obtuvo respaldos sociales importantes en virtud de la amplia discusión social que precedió y acompañó la adopción de las decisiones⁷. Igualmente, en el proceso de Irlanda del Norte, la amplia aprobación del llamado “Acuerdo de Viernes Santo” ha permitido que la paz se mantenga, a pesar del desapego frente al proceso tanto de sectores unionistas como republicanos. Por el contrario, en otros procesos de paz, la falta de una legitimación democrática de los acuerdos permitió que quienes se oponían a ellos pudieran atacarlos más fácilmente, al punto de hacerlos colapsar, como sucedió en Chipre con el llamado Acuerdo de Zúrich y Londres de 1959, o en Rwanda con el llamado Acuerdo de Arusha de 1993⁸. En ese contexto, la refrendación democrática limita, aunque no elimina, el riesgo de cuestionamientos futuros al proceso de paz, pues le confiere mayor solidez política y jurídica al mostrar que la paz no fue sólo una negociación reservada entre cúpulas, sino una decisión avalada por toda la ciudadanía.

Ahora bien, esto no significa que la ratificación ciudadana de un acuerdo de paz sea fácil ni esté desprovista de riesgos. Un análisis comparado⁹ muestra experiencias disímiles en este campo, ya que sugiere que una refrendación popular de un acuerdo de paz no es ni necesaria (pues ha habido procesos de paz exitosos sin refrendación, como El Salvador), ni suficiente; y, en especial, es riesgosa, pues ciertas refrendaciones fracasadas han terminado de bloquear la paz, como sucedió en Chipre con el plan de paz de Kofi Annan en 2004, o han reducido el potencial transformador de la paz, como ocurrió en Guatemala. Pero, igualmente, esta experiencia comparada sugiere que una refrendación popular, en caso de acompañar adecuadamente un proceso de paz, dota al acuerdo de mucha mayor solidez, que contribuye a que la paz sea más sólida y duradera, como en Irlanda del Norte o Sudáfrica.

Esta experiencia comparada sugiere, también, que no hay una fórmula de oro para refrendar un proceso de paz, ya que el contexto particular de cada país y las especificidades mismas de cada proceso de paz juegan un papel determinante; un instrumento, como un referendo, puede ser útil en un caso, como Irlanda del Norte, pero puede tener resultados catastróficos en otros casos, como Chipre.

⁷ Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence* (Boston: Beacon Press, 1998), 53 y ss.

⁸ Neophytos Loizides, «“Referendums in Peace Processes”», *International Studies Association Annual Convention*, 2009, 55, http://works.bepress.com/neophytos_loizides/22/.

⁹ Para un estudio comparado de refrendaciones de acuerdos de paz ver no sólo el estudio citado de Loizoides, sino también mi texto citado en la nota 1.

A pesar de todas sus limitaciones, esta experiencia comparada permite extraer algunas enseñanzas sobre el proceso mismo de refrendación, que trascienden la particularidad de los contextos y que pueden ser consideradas enseñanzas generales, las cuales deberían llevar a evitar ciertos errores y a eventualmente incorporar ciertas buenas prácticas. Así, un error usual es diseñar la refrendación de manera que incremente la polarización en vez de reducirla, como sucedió en Chipre; mientras que una buena enseñanza es la posibilidad de establecer secuenciaciones y pasos en la refrendación, para armonizar posiciones que parecían irreconciliables.

Frente a esta buena enseñanza, un ejemplo interesante es Sudáfrica, que combinó dos mecanismos de refrendación popular. Primero, en 1992, el presidente F.W. de Klerk, quien ya había iniciado negociaciones con Mandela y el “Congreso Nacional Africano” o CNA, tuvo que enfrentar una oposición creciente de los partidos conservadores a su política de apertura; por ello, convocó a un referendo, en donde sólo podían participar los blancos, pues aún subsistía el Apartheid, a fin de que los blancos decidieran si apoyaban o no al gobierno en su política de poner fin al régimen de segregación y negociar una transición con el CNA, lo que permitiera adoptar una nueva constitución. La respuesta le fue ampliamente positiva, ya que casi el 70% de los blancos apoyaron las reformas. Este referendo propuesto por F.W. de Klerk es poco recordado en la mayor parte de los análisis de la transición sudafricana pero representa, según algunos autores, un elemento decisivo del éxito del proceso, dado que confirió a de Klerk el liderazgo necesario entre los blancos para llegar a acuerdos muy sensibles con Mandela y con el CNA. Esto permitió que las negociaciones avanzaran y que el gobierno y la CNA firmaran un acuerdo para la negociación de una constitución de transición o interina, que serviría de base para la elección de un gobierno de transición y de una asamblea constituyente, la cual redactaría la constitución definitiva de ese país.

Esa constitución interina fue aprobada por el parlamento del régimen del apartheid, pero siguiendo los lineamientos del consenso que surgió del llamado “proceso de negociación multipartidista”, el cual era una instancia de negociación entre el gobierno y los principales partidos, incluido el CNA. Un elemento fundamental fue que esa constitución interina contenía un listado de 36 principios constitucionales, que eran esencialmente de derechos humanos y no discriminación, los cuales debían ser respetados por la constitución definitiva. Esos principios eran, entonces, una garantía para la población blanca de que la constitución definitiva, que sería redactada por las mayorías negras, no sería discriminatoria sino que respetaría en forma igualitaria los derechos de todos los sudafricanos.

Un segundo mecanismo de refrendación democrática de todo el proceso fue, entonces, la elección en 1994 del gobierno de transición y de los integrantes de la asamblea constituyente, en donde el triunfo de Mandela y la CNA fue muy amplio. La asamblea constituyente así electa redactó la nueva constitución, pero la validez de la misma tuvo que ser examinada por el recién establecido Tribunal Constitucional, a fin de ver si armonizaba con los 36 principios establecidos en la constitución interina. Ese tribunal consideró que la constitución desconocía en parte algunos principios, lo cual obligó a que la asamblea constituyente ajustara el texto; una segunda sentencia del tribunal certificó el nuevo texto y la constitución pudo ser firmada y proclamada por el presidente Mandela en diciembre de

1996.

Este diseño en dos etapas de la elaboración de la nueva constitución permitió armonizar las visiones enfrentadas de la comunidad blanca y del CNA. Los primeros querían una cierta continuidad jurídica y, sobre todo, garantías de que no serían avasallados en una democracia en donde los negros serían mayoría y, por ello, no podían aceptar, sin más, una asamblea constituyente soberana electa popularmente. Por su parte, el CNA quería liquidar el apartheid y fundar una nueva Sudáfrica y, por eso, para ellos una nueva constitución, aprobada por una asamblea constituyente electa popularmente, era ineludible. El mecanismo de la constitución interina y la adopción de unos principios constitucionales, que debían ser respetados por la constitución definitiva, lograron una secuenciación y encauzamiento del proceso constituyente que permitió armonizar las perspectivas divergentes de unos y otros, ya que la comunidad blanca obtuvo las garantías que requerían y el CNA consiguió la convocatoria de una asamblea constituyente popular, que daría nacimiento a la nueva Sudáfrica.

IV. La falta de un mecanismo especial y específico para la refrendación en la Constitución de 1991

Mi tercera tesis es que la Constitución de 1991 -a pesar de que surge de un anhelo nacional de paz y busca ampliar la participación ciudadana- no prevé un mecanismo especial y específico para la refrendación de los acuerdos de paz. Con todo, la misma Constitución ofrece el marco normativo para crear tal dispositivo especial y específico para refrendar y poner en marcha los acuerdos de paz.

La gran paradoja de la Constitución Política colombiana es que no tiene un mecanismo democrático para refrendar acuerdos de paz, a pesar de que es un pacto por la paz, se inserta en los procesos de desmovilización de guerrillas, a finales de los ochentas e inicios de los noventa, y está volcada a la democracia participativa.

En efecto, la Constitución y las Leyes estatutarias 134 de 1994 y 1757 de 2015 muestran que Colombia cuenta con un abanico amplio de mecanismos de participación ciudadana y para modificar la Constitución. Sin embargo, ninguno de esos mecanismos cumple con las condiciones políticas y jurídicas indispensables para la refrendación de los acuerdos de paz. Por cuestiones de tiempo, en esta oportunidad no hago una revisión pormenorizada de tales dispositivos, lo cual he demostrado en otras ocasiones¹⁰. Por ahora, y para finalizar mi participación, en seguida analizo la oportunidad política, viabilidad jurídica y conveniencia para la paz de la ANC planteada por las FARC y otros sectores, como el Centro Democrático, y del plebiscito propuesto por el gobierno nacional.

V. Las propuestas de refrendación: ¿plebiscito o asamblea nacional constituyente?

Mi última tesis responde la siguiente pregunta: ¿es el plebiscito o la ANC el mecanismo oportuno políticamente, viable jurídicamente y conveniente para la refrendación de los acuerdos de paz? Mi respuesta es que la ANC es inoportuna políticamente, inviable

¹⁰ Ver mis textos que referencio en la nota 1.

jurídicamente e inconveniente para la paz, y que la propuesta de plebiscito del gobierno nacional podría ser el mecanismo de refrendación, siempre y cuando dicha propuesta sea discutida en la mesa de conversaciones y la Corte Constitucional, en su revisión previa, precise algunos aspectos de ese dispositivo, que paso a explicar.

Preliminarmente, debemos señalar que, tanto la propuesta de las FARC de ANC y del gobierno nacional del plebiscito, no son mecanismos consensuados ni previamente fueron discutidos en la mesa de conversaciones. El dispositivo de refrendación debe surgir del consenso de la mesa en la Habana; por eso, resulta imperioso que las partes definan, de común acuerdo, el mecanismo a implementar. Tal consenso es necesario en el corto plazo por la misma dinámica que ha tomado las negociaciones en los últimos meses. De hecho, generaría graves costos para el proceso de paz que las partes firmen el acuerdo final y no tengamos definido el mecanismo de refrendación.

Dicho esto, analicemos las propuestas de las partes sobre refrendación. De un lado, las FARC –y, más recientemente, otros sectores como el Centro Democrático- plantean que la refrendación de los acuerdos debería surtir en una ANC. En mi concepto, este dispositivo es inoportuno políticamente, inviable jurídicamente e inconveniente para la paz. Veamos.

Primero, acerca de la oportunidad política: los defensores de la ANC sostienen que este es el escenario ideal para la refrendación, porque permitiría lograr un pacto nacional que incluya a diversos sectores políticos. Sin embargo, esta propuesta no es consecuente con la realidad política del país, pues no tenemos claro cuáles son los propósitos que persiguen, por ejemplo, las FARC o el Centro Democrático en una ANC. Estos extremos políticos defienden ANC diferentes, que no parecen conciliables entre sí.

Segundo, sobre la viabilidad jurídica: la convocatoria de una constituyente supone un trámite largo, que puede superar un año, pues requiere el trámite de una ley que convoque la asamblea, su revisión por la Corte Constitucional, la votación ciudadana que aprueba la convocatoria y luego las elecciones de los delegatarios, y sólo ahí empezaría a sesionar. Pero, además, la convocatoria requiere superar un umbral muy alto, pues la Constitución exige no sólo que el SÍ gane, sino que esos votos afirmativos superen la tercera parte del censo electoral. Esto significa que, al menos, 11 millones de colombianos deberían votar a favor de que haya una constituyente, una votación que no ha sido alcanzada por ningún candidato, ni siquiera en elecciones presidenciales, que son las que tienen mayor participación. La votación más alta en la historia reciente fueron los nueve millones de Santos en la segunda vuelta contra Mockus, por debajo del umbral.

De pronto un acuerdo político por la constituyente que incluyera a todas las fuerzas políticas permitiría superar el umbral: pero esto parece imposible, pues la constituyente que quieren las FARC (probablemente designada y no electa), es muy distinta de la que quiere el uribismo y de la que sería aceptable para otras fuerzas.

Tercero, respecto a la conveniencia para la paz: varios estudios comparados recientes, como

los de las profesoras Harrie Ludsin¹¹ o Vicki Jackson¹², permiten concluir que, contrariamente a lo que se creía antes, las constituyentes no son buenos escenarios para cristalizar acuerdos de paz. Las razones son sencillas: la situación que se vive en el momento de firmarse un acuerdo de paz es usualmente incompatible con las condiciones requeridas para que una constituyente funcione bien. Además, los propósitos de una asamblea constituyente y los propósitos de un acuerdo de paz pueden entrar en profunda tensión.

No puedo desarrollar sistemáticamente estas tensiones, pero permítanme ejemplificar esta idea. Pensemos en la compatibilidad de la dejación de armas de un grupo armado y la ANC como dispositivo de refrendación. Parece difícil conciliar estos dos asuntos. En efecto, es difícil que un grupo armado acepte dejar las armas antes de que la ANC haya sido instalada y los acuerdos de paz se hayan refrendado. Esto, por cuanto el grupo armado no tendría seguridad de que la paz se ratificará democráticamente y se pondrá en marcha. Ello significaría, entonces, que la elección de la ANC y su deliberación deberían hacerse mientras el grupo sigue armado. Pero esta situación es difícil que la acepte el Estado y, además, obstaculizaría la deliberación libre y democrática de la ANC, pues tendría la presión de refrendar la paz para evitar que la confrontación continúe con un grupo que sigue armado. Por este tipo de tensiones, y otras que no puedo abordar en esta ocasión, muchas constituyentes recientes han fracasado como instrumentos para lograr la paz, como sucedió en Irak o en Nepal.

En esta medida, considero que en Colombia no deberíamos utilizar la ANC como instrumento de refrendación. Con todo, creo que no deberíamos excluir de plano una ANC en algunos años luego de que hayamos ratificado democráticamente los acuerdos e implementado jurídicamente lo pactado. Ese momento podría ser 2018, en las próximas votaciones generales. Allí sería viable convocar una ANC para discutir asuntos no incluidos en la mesa de conversaciones de La Habana y que el Congreso de la República no ha regulado en debida forma –como son, por ejemplo, temas de ordenamiento territorial y reforma a la justicia–.

Por otro lado, el gobierno nacional ha propuesto un plebiscito en un proyecto de ley estatutaria, el cual fue aprobado por el Congreso de la República y se encuentra en revisión de la Corte Constitucional. En mi opinión, este mecanismo requiere ajustes, pues el gobierno y el Congreso erraron en la forma jurídica adoptada, dado que la refrendación de un acuerdo de paz no debe pasar por un plebiscito, sino por algo más cercano a una consulta popular especial, como lo explico ulteriormente. Pero una consulta de esa naturaleza, que sea acordada en la mesa de conversaciones, sería el mecanismo adecuado de refrendación. Ahora no me detendré a revisar de forma detallada este plebiscito, que tiene algunos aspectos diferentes al dispositivo contemplados en las leyes estatutarias de

¹¹ Ver, Hallie Ludsin. (2011) “Peacemaking and Constitution-drafting, a Dysfunctional Marriage”, *Univ. of Pennsylvania Journal of International Law* 249 (2011). Disponible en http://works.bepress.com/hallie_ludsin/1/

¹² Ver Vicki C. Jackson (2008) “What’s in a Name? Reflections on Timing, Naming, and Constitution-making” en *William. & Mary Law. Review.* Vol 49, No 4, disponible en <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol49/iss4/8>

participación ciudadana (Leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015).

Mi propuesta de mecanismo de refrendación –que se acerca al plebiscito planteado por el gobierno, con importantes ajustes que puede desarrollar la Corte Constitucional- es una *consulta popular especial para la paz*. Esta consulta necesita una regulación especial, ya que no está prevista actualmente en la Constitución ni en las leyes estatutarias de participación ciudadana. En mi concepto, el actual proyecto de plebiscito, con cambios, reúne las características de la consulta popular especial para la paz.

La consulta popular especial para la paz cumple con las tres funciones de la refrendación, que mencioné al principio. En primer lugar, permite someter a votación ciudadana los acuerdos de paz. De esa forma, los acuerdos obtendrían la legitimidad democrática necesaria para su cumplimiento.

En segundo lugar, este dispositivo le otorgaría fuerza normativa a los acuerdos. Sobre este punto aún no tengo un planteamiento desarrollado, pero sí he identificado los siguientes elementos básicos: el acuerdo de paz debe (i) adquirir un estatus cuasi-constitucional en el orden interno y cierto estatus en derecho internacional; y (ii) activar el mecanismo expedito de implementación constitucional, legal y reglamentaria de lo pactado. Veamos.

Primero, el acuerdo de paz debe adquirir un estatus cuasi-constitucional en el orden interno y cierto estatus en derecho internacional para garantizar su estabilidad y cumplimiento. Este aspecto lo contempla el artículo 3 del proyecto de ley estatutaria recientemente aprobado por el Congreso: “la *decisión aprobada* a través del Plebiscito para la Refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, *tendrá un carácter vinculante* para efectos del desarrollo constitucional y legal del Acuerdo”.

Como luego señalaré, la Corte Constitucional deberá reinterpretar esta parte del artículo 3, en el sentido de precisar en qué consiste ese carácter vinculante que los acuerdos adquieren si la votación en la consulta por la paz supera el umbral obligatorio.

En relación con la fuerza vinculante de los acuerdos, tengo las siguientes anotaciones, las cuales, reitero, no hacen parte de una propuesta concreta, sino que constituyen elementos de análisis. Podríamos aceptar que el acuerdo de paz tiene cierto estatus dentro de los instrumentos de derecho internacional y, a su vez, cierto estatus constitucional en el orden interno. Respecto a lo primero, el acuerdo podría entenderse (i) como un posible y particular desarrollo del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, que sin ser claramente un acuerdo especial humanitario, tiene una semejanza con ese tipo de acuerdos; (ii) que cuenta con el aval de otros Estados que actúan como garantes (Noruega y Cuba); y (iii) que es reconocido por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

En ese sentido, el acuerdo podría adquirir una cierta fuerza en el derecho internacional como una especie de cuasi-tratado y, por tanto, podría entenderse también que adquiere fuerza cuasi-constitucional en el orden interno. Al respecto, preciso que no podemos afirmar que los acuerdos de paz tienen la naturaleza de tratados internacionales, por la participación en el mismo del Estado colombiano y de las FARC. Esto, debido a que las

FARC no son sujeto de derecho internacional, sino que son sujeto de Derecho Internacional Humanitario. En tal medida, no puede alegarse que los acuerdos de paz constituyen un tratado internacional firmado entre el Estado colombiano (sujeto de derecho internacional) y las FARC (que no tiene la calidad de sujeto de derecho internacional) Frente a esta limitación, la ratificación ciudadana le da una fuerza jurídica especial.

Adicionalmente, en razón de la ratificación ciudadana, los acuerdos tendrían un estatus cuasi-constitucional y dicha ratificación activaría un mecanismo especial de implementación (como podría ser la comisión especial legislativa que se tramita en el Congreso como reforma constitucional o un instrumento semejante, acordado en la mesa de la Habana) Dicho mecanismo especial sería competente para realizar las modificaciones constitucionales y legales respectivas, en aras de proteger el sistema de reforma de la Constitución.

Y segundo, la votación en la consulta debe activar el mecanismo expedito de implementación de reformas constitucionales, legales y administrativas. Ello está contemplado en el artículo 3 del proyecto de ley estatutaria del gobierno, como lo indiqué en el punto anterior. Tal mecanismo expedito de implementación sería la vía para ejecutar las modificaciones constitucionales que sean necesarias, pero sin esa consulta ciudadana previa que aprueba el acuerdo de paz, es muy difícil avalar la existencia de mecanismos especiales de reforma de la Constitución o de adopción de leyes para implementar el acuerdo de paz.

En tercer lugar, la consulta popular especial por la paz le otorgaría sostenibilidad y seguridad de cumplimiento a los acuerdos, como lo expliqué en la primera parte de mi intervención.

En estos términos, creo que el mecanismo oportuno, viable y conveniente para la refrendación de la paz es una forma de consulta popular especial, que tiene semejanzas con el proyecto de plebiscito planteado por el gobierno, el cual podría aceptarse siempre y cuando sea discutido en la mesa de conversaciones y tenga ciertos ajustes. Por consiguiente, la Corte Constitucional, en la revisión de ese proyecto de plebiscito, debería avalar tal mecanismo, pero introduciendo las siguientes precisiones y ajustes necesarios.

Primero, el mecanismo de refrendación no debe denominarse plebiscito, como lo planteó el gobierno y lo aprobó el Congreso, pues en realidad se trata de una *consulta popular especial para la paz*. Ello por dos razones. De una parte, el mecanismo de refrendación someterá a decisión de la ciudadanía un asunto –un acuerdo de paz- que no se confunde con las políticas gubernamentales, a pesar de que haya sido impulsado por el gobierno, mientras que el plebiscito busca el apoyo o rechazo ciudadano de una decisión presidencial. Así, como la materia objeto de votación no es una política del gobierno, el mecanismo no debería denominarse plebiscito. Y, de otra parte, la decisión ciudadana sobre los acuerdos de paz vincula en forma permanente a todas las autoridades, ya que es una pregunta general; a diferencia del plebiscito, el cual solamente vincula al presidente de turno, pues recae sobre su política.

Sobre este punto, quiero precisar que la Corte Constitucional está facultada para cambiar la

denominación del mecanismo de refrendación. En efecto, la Corte, en diferentes ocasiones, ha declarado inexecutable una expresión y la ha reemplazado por otra¹³. Así pues, este no sería un caso novedoso para el trabajo de la Corte.

Segundo, el Congreso de la República está facultado para crear un mecanismo especial y específico para refrendar la paz. Esto, por cuanto la ni Constitución ni las leyes estatutarias de participación ciudadana contienen un mecanismo que pueda usarse para la refrendación, como lo puntalicé antes. Además, la enumeración de los mecanismos de participación ciudadana del artículo 103 de la Constitución no es taxativa, de manera que es admisible constitucionalmente crear la consulta especial para la paz. De hecho, en otras ocasiones se han creado mecanismos diferentes a los estipulados constitucional y legalmente, como es el caso del referendo aprobatorio que la Corte Constitucional creó en la sentencia C-180 de 1994, en la que revisó la constitucionalidad de la Ley 134 de 1994. En esa oportunidad, la Corte no sólo avaló los mecanismos de participación ciudadana regulados en la ley estatutaria, sino que expresamente señaló que, en función de la soberanía popular, la ley podía crear otros mecanismos de participación.

Tercero, la Corte Constitucional debe precisar el alcance del artículo 3 del proyecto de ley estatutaria. Específicamente, la Corte debe señalar que, con la aprobación del acuerdo por el voto a favor que supera el umbral fijado, (i) los acuerdos adquieren cierto estatus en derecho internacional y un estatus cuasi-constitucional; y (ii) se activa o posibilita un mecanismo expedito de implementación del acuerdo, como podría ser algo semejante a la comisión especial legislativa. La tarea de la Corte es, pues, aclarar cuál es la fuerza vinculante concreta de los acuerdos.

¹³ En otras ocasiones la Corte ha modulado los efectos de sus sentencias en cuanto al contenido adoptando sentencias integradoras de tipo sustitutivo. Tal como lo ha señalado en las sentencias C-445 de 1998, C-478 de 2003, C-1235 de 2005, C-468 de 2008, C-325 de 2009 y C-754 de 2015, en algunos eventos la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición puede generar un vacío en la norma que la priva de coherencia y de un significado constitucionalmente válido. En esos casos, en sus propias palabras, “la declaratoria de inconstitucionalidad no es suficiente para rescatar la disposición enjuiciada”. Por eso, para garantizar los principios de efectividad y conservación del derecho que rigen el control constitucional, ha admitido la posibilidad de retirar del ordenamiento jurídico la disposición acusada o un aparte de la misma, y llenar el vacío de regulación generado por la decisión con un nuevo texto ajustado a la Constitución Política.