



*Profesor extranjero
invitado*

Estado de derecho, responsabilidad política y buena gobernabilidad



Matthias Herdegen*

Recibido: 28 de agosto de 2007

Aprobado: 1 de septiembre de 2007

RESUMEN

El artículo presenta un recuento crítico acerca de varios temas de relevancia para el debate constitucional colombiano, a raíz de las reformas que se han presentado en los últimos años a la Constitución de 1991. El autor ilustra acerca de temas como la relación entre Estado de Derecho y la discrecionalidad política, las responsabilidades jurídica y política, los poderes y funciones de las tres ramas del Estado, la responsabilidad de los medios, las capacidades del Estado asaltado por los desafíos, y la fuerza de la legitimidad constitucional. El análisis de los temas es desde la perspectiva de un observador extranjero, haciendo contrastes comparativos en la medida de lo necesario con elementos del sistema parlamentario alemán y francés. Finalmente, las reflexiones en los temas se extienden a otros tópicos como las razones de Estado, la ley de justicia y paz, así como los votos por bancadas de partidos políticos.

Palabras clave: Estado de derecho, Constitución Colombiana, sistema parlamentario, derecho comparado.



* Constitucionalista alemán. Director de los Institutos de Derecho Público y de Derecho Internacional de la Universidad de Bonn, Alemania. Asesor de la reforma Constitucional de Colombia en 1991. Profesor Honorario de las universidades Javeriana y del Rosario de Bogotá. Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Correo electrónico: herdegen@uni-bonn.de Bonn Alemania

The Rule of Law, Political Responsibility and Good Government

ABSTRACT

The article presents a critical account regarding various themes relevant to current Colombian constitutional debate arising from reforms to the 1991 Constitution that have been a risen in recent years. The author illustrates such themes as the relationship between the Rule of Law and political discretion, juridical and political responsibility, the power and functions of the three branches of the state, the responsibility of means, and the capacities of a state assaulted by challenges and the strength of constitutional legitimacy. The analysis of these themes is presented from the perspective of a foreign observer, making comparisons and contrasts as necessary with elements of the German and French parliamentary systems. Finally, the reflections will extend to other topics such as the justification of the state, the Law of Peace and Justice, and the voting blocs of the political parties.

Key words: Rule of Law, Colombian Constitution, Parliamentary System, Comparative Law.

INTRODUCCIÓN

En cuanto al ordenamiento feliz de la vida pública y la estabilidad del Estado, son más optimistas los filósofos que los juristas. “Con buenas leyes se puede gobernar hasta a un pueblo de diablos”, nos enseña el gran pensador alemán Immanuel Kant en su obra *A la paz eterna*.

Son más realistas los arquitectos de la democracia norteamericana. James Madison, uno de los autores de los ensayos federalistas, nos dice: “Una dependencia del pueblo sin duda es el control primario del gobierno, pero la experiencia enseñó a la humanidad la necesidad de tomar precauciones auxiliares” (Federalist Paper num. 51). La receta política de Madison es que la ambición tendrá que contrarrestar a la ambición: *Ambition must be made to counteract ambition*.

Eso nos lleva directamente al centro de nuestro debate sobre la responsabilidad política y la crisis institucional. Si el concepto de Madison es válido, tenemos que trasladar el sistema de poderes en juego apropiado de ambiciones y controles. Eso estimula varias preguntas: ¿Será que el diagnóstico de ciertas fallas en nuestros sistemas políticos se explican por el mal-funcionamiento del control? ¿Será que el sistema y la cultura política no estimulan un juego estabilizador de ambiciones y contra-ambiciones? ¿Será que es por falta de ambicio-

nes verdaderamente programáticas, o será porque las ambiciones se pegan la una a la otra en vez de combatirse, en la búsqueda de negocios sobre votos y puestos, mezclando el interés político con el interés particular? ¿Cómo se explica la ambición de políticos a ser juzgados por sedición para seguir sus ambiciones políticas? O ¿será que por el contrario somos demasiado críticos, ignorando las proporciones entre los retos y logros en nuestra institucionalidad política? Si algo aprendí en los largos años de diálogo jurídico y político con el mundo latinoamericano es la sensibilidad para estas proporciones. En ese contexto, quiero hacer dos aclaraciones que me parecen elementales.

Por un lado, con la Carta Política de 1991 Colombia dispone de una valiosa base constitucional con una rama judicial bastante fortalecida y de una Corte Constitucional que se empeña en acercar la realidad a los mandatos constitucionales. Por otro lado, no tengo razones para dudar que las instituciones como tal, incluso el gobierno actual y el anterior, con todas sus divergencias, estaban y están en pleno servicio a su país. Gracias a estos factores y a pesar de la desigualdad, la pobreza y los conflictos armados hay un grado relativamente alto de estabilidad política y económica.

Con la prudencia que corresponde al observador extranjero, quiero presentarles un modesto análisis de algunos aspectos claves desde la perspectiva del constitucionalista:

- de la relación entre Estado de derecho y la discrecionalidad política;
- de las responsabilidades jurídica y política;
- de los poderes y funciones de las tres ramas del Estado;
- de la responsabilidad de los medios;
- de las capacidades del Estado asaltado por tantos desafíos, y
- de la fuerza de la legitimidad constitucional.

1. ESTADO DE DERECHO Y DISCRECIONALIDAD POLÍTICA

En el Estado moderno de derecho, principios vinculantes rigen el alcance de poderes de cada uno de los órganos políticos y dejan un área discrecional extensa donde razones políticas determinan de manera autónoma el bien público y los intereses del Estado. Por

encima de esa área discrecional no hay razones de Estado que puedan trascender el marco jurídico.

Bajo la Carta Magna de 1991, la gran idea directriz es la realización del Estado social de derecho en pro de la dignidad humana. En la Colombia de hoy, esa es la razón de Estado. Además, en cada Estado mercedosamente calificado de derecho, cada acción de una autoridad pública se tiene que fundamentar en la estricta legalidad. En este sentido, invocar razones de Estado solamente puede explicar los motivos para ejercer una competencia preestablecida en el orden legal; no puede auto-fundamentar un poder del mandatario que las invoca.

Ciertamente hay islas de discrecionalidad fuera del intenso control judicial. Pero no hay actos de gobierno fuera de la ley y fuera de la Constitución. La normatividad de funciones políticas y la discrecionalidad siguen los textos. En Colombia es notoria la ausencia de reglas constitucionales para acuerdos con las fuerzas extra-constitucionales.

La legislación colombiana sobre la pacificación del conflicto interno, en particular la Ley de Justicia y Paz, rompe con la estricta igualdad frente a las leyes, en pro de una reinserción de delincuentes armados a la vida civil, mecanismos novedosos para establecer la verdad de hechos criminales y mecanismos de compensación de las víctimas. Es un ejemplo importante de la juridificación de un proceso eminentemente político bajo la supervisión de la Corte Constitucional. Ese control es estrictamente jurídico y un elemento ineludible de legitimidad.

2. RESPONSABILIDAD JURÍDICA Y RESPONSABILIDAD POLÍTICA

Se establece la responsabilidad jurídica cuando el manejo de funciones políticas viola la normatividad. Las directivas normativas para un gobierno responsable, para lo que el lenguaje internacional llama *Good Governance*, son de mayor trascendencia para una institucionalidad estable y eficiente. El orden constitucional de Colombia no carece de órganos vigilantes. La Constitución y la legislación vigente establecen todo un ramillete de mecanismos de control judicial y extrajudicial, desde la Fiscalía General y la Procuraduría General hasta el Veedor, el Contralor, el Defensor del Pueblo, el Auditor General y la jurisdicción penal.

La lucha contra la corrupción, el soborno o la financiación ilícita de campañas hace parte de la responsabilidad jurídica. Tenemos expe-

riencias con los efectos nefastos de la corrupción y del soborno en el medio parlamentario hasta en Alemania, donde por cuenta del soborno a parlamentarios por parte del régimen comunista de Alemania del Este se hizo fracasar un cambio de gobierno en los años setenta. Fuera de la contaminación del medio político, la corrupción asalta a la legalidad. Alienta decisiones arbitrarias en la administración del Estado. No solamente hace daño a los intereses financieros por el fomento de proyectos inútiles o sobrevalorados, sino que estimula medidas directamente opuestas al interés público, particularmente en países en vía de desarrollo.

No hacen falta las reglas penales sobre la corrupción, sino los eficientes mecanismos de supervisión y control. Esta dimensión de la buena gobernabilidad es una faceta muy importante para un provechoso clima de inversión. Estimular la inversión extranjera sostenible no solo es un factor valioso para el desarrollo económico, es un aporte a la cultura legal y a una administración transparente y confiable. El inversionista tiene expectativas legítimas en la normatividad. Los tratados modernos sobre inversión protegen esta confianza legítima. Las convenciones de la ONU y de organismos regionales contra la corrupción apuntan a la responsabilidad jurídica, incluso de los inversionistas extranjeros desde la perspectiva de su propio país de procedencia.

En América Latina podemos diagnosticar ciertas deficiencias en los sistemas de control:

1. Una fuerte dosis de influencia clientelista en procesos de nominación de ciertos cargos de control, estimulando una visión menos profesional que política;
2. la muy limitada influencia del Congreso sobre la política del poder ejecutivo;
3. un período bastante corto de ciertos órganos de control;
4. falta de recursos para la administración pública y de un cuerpo estable de funcionarios de alta calificación y,
5. vacíos (*lacunae*) en las reglas para el servicio público.

Los fueros especiales para actos criminales de mandatarios políticos, como la jurisdicción penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia para los congresistas, se pueden entender o como deferen-

cia a la alta institución implicada o como falta de confianza en la capacidad del juez común. De todas maneras, las estrategias para escapar de tal fuero especial parecen corroborar la razón de su existencia.

La responsabilidad jurídica termina cuando la normatividad no establece reglas claras de juego. Si las leyes no condicionan el nombramiento de subalternos en el servicio público con estrictos criterios de calificación, se abre la puerta al clientelismo, fuera de cualquier responsabilidad jurídica. Así, entramos en el terreno de la responsabilidad política, que se enfoca en la confianza del ciudadano y de sus representantes elegidos; en estos términos, es expresión del principio democrático.

Es importante mantener la aguda diferencia entre los dos tipos de responsabilidad. La responsabilidad política empieza donde termina la responsabilidad jurídica, la precede y la sigue. La absolución jurídica no equivale a la exoneración de responsabilidad política.

La responsabilidad política funciona solamente si el mandatario o el público tienen las antenas para la dimensión de las fallas y la disponibilidad de (auto) sancionar. Por otro lado, existe un espacio considerable entre la justa resistencia a los gritos de los fariseos y el *atornillamiento* frente a la absolutamente ineludible rendición del cargo. La presunción de inocencia penal no puede ser el estándar de responsabilidad política si el entorno político o personal se encuentra implicado hasta el cuello en el fango de tangibles y graves sospechas. Si una dimisión se tarda hasta el daño ya cumplido para el perfil internacional del país, se pasó el momento justo para asumir la responsabilidad política.

3. RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS

Aunque los medios carecen de responsabilidad política propia, cumplen un papel muy importante en relación con la responsabilidad política: les corresponde desarrollar la debida sensibilidad pública para hechos que implican responsabilidad política.

Cerrar una canal de radio o televisión por su independencia crítica, como ocurrió en un país vecino, significa el reconocimiento implícito por parte del Gobierno de este papel de los medios y una medida muy eficaz para quitarle el fondo a la responsabilidad política.

Cuando toda crítica del Gobierno se juzga como crimen de lesa majestad se va realizando el sueño absolutista de estabilidad sin responsabilidad. La aspiración del Estado democrático de derecho, que fundamenta la Constitución colombiana de 1991, es diametralmente opuesta: estabilidad de instituciones unida con la responsabilidad frente al ordenamiento jurídico y con la responsabilidad política frente al pueblo y sus representantes.

La función idónea de los medios es advertir sobre una crisis de la estabilidad política del país. La importancia de este rol crece siempre y cuando en las bancadas del Congreso la demarcación entre el apoyo del gobierno y la oposición no resulta tan clara. Por otro lado, siempre falta guardar el sentido de las proporciones. Frente a una estabilidad del Estado de derecho no plenamente consolidada, frente a una institucionalidad asaltada, el persistente anuncio de infarto puede adelantar el proceso y convertirse en una especie de *self-fulfilling prophesy*.

4. LA RAMA EJECUTIVA

En Colombia la posición dominante del poder ejecutivo sobre la rama legislativa es marcada. Este dominio se explica no solamente por la ley de acción prevaleciente en cada sistema presidencial, sino por la defensa del Estado contra las fuerzas extra-constitucionales y la lucha por la pacificación interna del país.

Por toda su fuerza relativa en el mecanismo institucional, la rama ejecutiva sufre de varias debilidades elementales. La falta de continuidad a nivel de gabinete contrasta con las experiencias en otros países. En contraste con ciertos países europeos, como Alemania, Colombia no conoce ministros con más de una década sin interrupción en el Gobierno. Esta volatilidad se agudiza con la falta de continuidad en los cargos directivos en el servicio público en general.

La situación se agrava con rasgos de la administración que hacen recordar vagamente al feudalismo medieval. Si el compromiso del funcionario con el país o el Gobierno como tal compite con su lealtad hacia cierta persona responsable del nombramiento, se mezclan el interés público, la lealtad con el Gobierno como institución y el compromiso personal del satélite con el patrón político. Por otro lado, una alta estabilidad en el servicio público, basada en un *éthos* común en los

grandes cuerpos administrativos podría fundamentar un contrapeso a los volátiles intereses políticos del Gobierno.

En términos generales, la reelección del Presidente de la República como tal, ciertamente no asalta los principios del Estado democrático de derecho. Más bien, es un aporte importante a la continuidad y consistencia de los lineamientos políticos y, por ende, de la estabilidad institucional. En Colombia, el sistema actual de reelección sufre de un defecto estructural: se mantiene el impedimento absoluto a lanzarse como candidato presidencial a todos los funcionarios de altos cargos del Estado en ejercicio, mientras el máximo mandatario sí puede lanzarse desde su base de poder para la campaña presidencial (Constitución Política, artículo 197). Es una ruptura masiva con la igualdad en la competencia que sería urgente remediar.

No se puede hablar de la responsabilidad de la rama ejecutiva sin referirse a las fuerzas del orden público. Una alta sensibilidad para los derechos humanos, para los derechos fundamentales y el orden legal en general es la base elemental para la legitimidad del Estado en su lucha con las fuerzas extraconstitucionales. La reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la responsabilidad del Estado por la atroz masacre de La Rochela en 1989, ciertamente estimulará la conciencia para esta faceta de la legitimidad del Estado.

En los últimos años hubo notorios avances en la formación de los miembros de las fuerzas del orden público, pero sigue siendo un terreno que falta trabajar hasta que el último miembro de las fuerzas reconozca que no se puede sacar al diablo con Beltsebú. No obstante, falta reconocer que muchos miembros de las fuerzas públicas desempeñan sus difíciles funciones de manera ejemplar.

Finalmente, la responsabilidad tanto jurídica como política incluye los pecados por omisión. Muchas decisiones en la jurisprudencia colombiana se explican por la indiferencia o la falta de sensibilidad de los órganos políticos o de la administración pública frente a la vida, la salud, la educación o las condiciones dignas de individuos o de sectores de la población. Eso vale tanto para los derechos constitucionales ignorados de los desplazados internos, de enfermos indigentes como de otros cobijados por una mala administración.

En el balance positivo de la administración pública figura el estímulo de la autonomía de municipios y departamentos, incluso en la autoadministración de recursos preestablecidos.

5. ¿INTRODUCCIÓN DE UN SISTEMA SEMI-PARLAMENTARIO?

La responsabilidad política de un Gobierno está estrechamente relacionada con los nexos con el Parlamento. En Colombia los mecanismos de responsabilidad política frente al Congreso no estimulan un control muy poderoso. La moción de censura hasta ahora no genera un control muy eficaz. Dudo que la ampliación de la censura en pro de una sola de las Cámaras en el Congreso, sea por un mico transitorio o un animal más durable, represente un cambio notorio.

Recientemente en Colombia se ha discutido una vinculación más estable del Gobierno y de los ministros al Congreso, en el sentido de buscar establecer un régimen semi-parlamentario.

5.1 Finalidades

La introducción de un sistema semi-parlamentario en Colombia tiene todo un ramillete de posibles finalidades. Podría:

1. ajustar el balance de poderes entre el jefe de la rama ejecutiva y el Congreso, como representante del pueblo;
2. fortalecer los partidos como portadores de una programática política;
3. mejorar la calidad de la labor legislativa que emana del Congreso;
4. alimentar la disciplina y la coherencia en las bancadas;
5. aumentar la continuidad de ciertas líneas políticas gubernamentales;
6. alimentar la legitimidad del gobierno y la participación electoral;
7. contribuir a la estabilidad de altos cargos administrativos en el caso de cambio de presidente;
8. reducir elementos casi-feudales de lealtades muy personales.

5.2 Consideraciones empíricas

1. Se recomienda considerar específicamente la experiencia en Alemania y en Francia: ambos países conocen tanto el sistema semi-parlamentario como el sistema plenamente parlamentario. Alemania

vivió con un gobierno semi-parlamentario entre 1919 y 1933. La inestabilidad de coaliciones, la alta fragmentación del paisaje político con numerosos partidos pequeños y la emergencia del Nacional Socialismo, llevaron a la caída de este sistema y al establecimiento de la dictadura. La Constitución alemana de 1949 estableció un sistema parlamentario con un fuerte jefe de gobierno (“Canciller Federal”) y ciertos mecanismos para garantizar la estabilidad del Gobierno. Se tomaron medidas legislativas para impedir la representación de astillas de partidos en el Parlamento.

2. Por otro lado, Francia vivió una fase de alta inestabilidad política en el sistema parlamentario de la Cuarta República (Constitución de 1946). De Gaulle respondió con un cambio hacia el sistema presidencial con una fuerte dosis parlamentaria que se podría calificar como semi-parlamentario (Constitución actual de 1958).
3. La experiencia francesa es de mayor interés para analizar cómo funciona la convivencia entre, por un lado, un presidente y, por el otro, un primer ministro apoyado por una mayoría parlamentaria de filiaciones políticas distintas a las del presidente.
4. Las experiencias en ambos países documentan que el funcionamiento de un sistema parlamentario o semi-parlamentario depende de un ramillete de factores históricos y políticos. Algunos de ellos se pueden alimentar o controlar mediante mecanismos jurídicos (como un umbral para las elecciones o un sistema electoral que se enfoque en la mayoría relativa de los votos para una curul en los cuerpos legislativos).

5.3 Aspectos para considerar en el caso colombiano

1. Un elemento clave hacia un sistema semi-parlamentario es la creación del cargo de un primer ministro:
 - a. Se tendrán que definir sus funciones:
 - Jefe de gabinete.
 - Representante del país en el exterior, concurrente al presidente.
 - b. El primer ministro debe ser nombrado por el presidente en consideración con el balance de poderes en el Congreso;

- c. el Congreso puede tumbar al primer ministro con un voto de censura;
 - d. el Congreso puede, en ciertas condiciones, nominar un candidato que el presidente tiene que nombrar.
2. Será pertinente considerar competencias constitucionales de reglamentar mediante decreto o del presidente o del Gobierno en ciertas materias, que no depende de una autorización por parte del Congreso.
 3. Será oportuno discutir la posibilidad de adoptar, en circunstancias excepcionales, ciertas leyes por iniciativa del Gobierno con la sola aprobación de una de las dos Cámaras, si no hay voto negativo de la otra.
 4. Un instrumento importante en manos de la rama ejecutiva sería el poder de la disolución del Congreso por parte del presidente:
 - a. En caso de moción de censura (si el Congreso no nombra nuevo primer ministro),
 - b. en el caso de que el Congreso no adopte ciertos proyectos de ley presentados por el primer ministro.
 5. Bajo un sistema semi-parlamentario se impondrá una redefinición de aquellos nombramientos que quedan en manos del presidente y del primer ministro respectivamente.
 6. Creación de una verdadera carrera administrativa con definición precisa de aquellos cargos llamados “políticos” que dependen de la confianza del Gobierno, como jefes de instituciones descentralizadas, secretarios generales, directivos de ministerios o jefes de misiones diplomáticas.

6. LA RAMA LEGISLATIVA

En los *Ensayos federalistas*, Madison afirma que “en un Gobierno republicano, la rama legislativa por necesidad, es predominante” (*Federalist Paper* num. 51). Esta visión está muy lejos de la realidad en muchos países latinoamericanos, en particular en Colombia. Vamos a explorar las posibles causas.

6.1 Nexa con la condición de los partidos políticos

Miseria y esplendor de las asambleas legislativas se ligan estrechamente a la condición de los partidos políticos. Sólo partidos que se distinguen por una programática coherente por sus valores y preferencias específicas pueden estimular al electorado para hacer su propia escogencia con base en esas preferencias. Únicamente partidos que responden a este criterio pueden operar en el Congreso con base en visiones coherentes y no meramente como maquinarias electorales.

Es importante que la pertenencia a un grupo político no se defina esencialmente por la vinculación a un dirigente político. No es el lazo casi feudal entre líderes y vasallos, sino la visión política común la que debe caracterizar a un partido político moderno en el Estado democrático.

La disciplina de votar en bancadas puede facilitar el desarrollo de cierta programática, pero no la puede sustituir. Tal consistencia programática forma la razón de ser de toda disciplina en un grupo parlamentario impuesto por la ley. Si falta ese requisito, la disciplina de bancada se convierte en una especie de galera política.

A manera de comparación, quiero aclarar que la obligación de votar en bancada va en contra del modelo del parlamentario libre, soberano en su juicio sobre los intereses del pueblo, tal cual prevalece en el derecho constitucional europeo y en el norteamericano. Sin embargo, la llamada disciplina de bancada o fracción parlamentaria es un hecho político, incluso en muchos países europeos.

En el contexto de la consistencia programática, caben las volatilidades de los partidos y sus bancadas en su relación con el Gobierno. Es una falla de la cultura política si la oposición parece más coyuntural que estructural.

En Colombia, la reforma constitucional de 2003 hizo un aporte a la estructura democrática de los partidos (Constitución Política, artículo 107), pero todavía le falta un régimen operable que garantice una gestión plenamente democrática. Así, la responsabilidad política en los partidos carece de una base normativa sólida.

El desarrollo político de los últimos años en Colombia catalizó la alta fragmentación del sistema de partidos. De cierta manera, la reforma política de 2003 alimentó este proceso. Extiende la personería jurídica no

solo a los partidos y movimientos políticos, sino también a “grupos significativos de ciudadanos”. Los umbrales para las elecciones a la Cámara y el Senado son relativamente bajos y no forman una barrera eficiente contra la atomización del paisaje político.

No podemos ignorar que en Colombia se están formando partidos novedosos con una agenda programática más o menos definida, que hace que estos partidos estén ganando fuerza. Solamente si los partidos tradicionales no se muestran capaces de alzar el guante y lanzarse a una competencia programática, les veo un futuro provechoso. Poco a poco se está acabando el tiempo en que la matrona de la familia grita “Dios es liberal” o en que el abuelo pasa sus afinidades azules a los nietos.

La participación en el Gobierno y el poder de repartir puestos deberá seguir el consenso programático. No es en sí mismo una sólida base de participación en el poder político. Un sistema semi-parlamentario podría dar impulsos muy provechosos al respecto.

En Colombia, hasta los niños en la escuela primaria conocen la frase del agonizante Libertador que bajaría tranquilamente al sepulcro si cesan los partidos. Con el actual paisaje constitucional, con la gradual evaporación de caciques regionales, ese dicho histórico ciertamente merece una modificación. Estoy seguro de que hoy en día el Libertador cambiaría sus deseos en pro de partidos sólidos y competitivos bajo el techo del Estado social de derecho.

6.2 Responsabilidad individual de los congresistas

La responsabilidad de los congresistas depende mucho de la influencia de varios grupos de interés sobre la gestión parlamentaria. En muchos países, incluso en Alemania, hubo un largo debate constitucional sobre las reglas de transparencia y el llamado “diputado de vidrio”. Se agudiza la responsabilidad individual con influencias de grupos inconstitucionales. La estabilidad y la legitimidad de todo el sistema legislativo se encuentra en juego si influencias inconstitucionales como la intimidación masiva repercuten sobre la repartición de curules. En este caso, se tiene que contemplar la nulidad de ciertas elecciones *ipso facto*, es decir, una nulidad como resultado inmediato de ciertas determinaciones judiciales. No hay duda de que en un momento dado las jurisdicciones competentes se muestran receptivas a esta implicación, en mi opinión, ineludible.

7. LA RAMA JUDICIAL

Durante la elaboración de la Constitución de 1991 hubo un debate apasionado sobre si la creación de una Corte Constitucional fomentaría o no la politización de la justicia. Hoy en día podemos diagnosticar que la Corte Constitucional contribuyó mucho a la juridificación de controversias políticas en pro de la estabilidad institucional del país.

Después de algunas fases de turbulencia, de casi “choque de trenes”, se está consolidando la relación de la Corte Constitucional con la justicia ordinaria, encabezada por la Corte Suprema de Justicia. Hoy en día, entendemos que no solamente la Corte Constitucional, sino todos los jueces, son vigilantes del respeto a las normas constitucionales.

La jurisprudencia constitucional hizo mucho para remediar la operación de la justicia y de la administración pública. Le sopló vida a los derechos sociales de la Carta Magna. La difícil ponderación de intereses públicos e individuales por parte de la Corte Constitucional nunca pondrá contentos a todos los analistas. En el conflicto entre libertad y seguridad, la Corte ciertamente no pecó en pro de los poderes del Estado y en contra de las libertades fundamentales. La legislación sobre nuevas facultades del Estado en la lucha con grupos armados y la cruda realidad parecen muy lejos del Estado totalitario evocado ocasionalmente por la jurisprudencia colombiana. Sin embargo, el diagnóstico de fallas en algunas leyes por parte de la Corte Constitucional no carece de base jurídica.

Hasta ahora felizmente fracasaron todos los proyectos de cortar las alas a la Corte Constitucional. A ratos, el control judicial incomoda a los órganos políticos, de las ramas ejecutiva o legislativa. Por otro lado, este mismo control incómodo es el que otorga legitimidad a las gestiones políticas.

8. JUSTICIA TRANSITORIA Y CAPACIDADES DEL ESTADO

La Ley de Justicia y Paz es un paso tan importante como delicado hacia la pacificación de Colombia. Intenta un balance entre la integración de grupos armados a la sociedad civil, el mínimo de retribución penal, la aclaración de crímenes incluso atroces y los intereses de las víctimas. La sentencia de la Corte Constitucional sobre la Ley de Justicia y Paz es un aporte importante al concepto de justicia transicional, con valiosos ajustes en pro de las víctimas y de la verdad histórica. Falta

recordar también las condiciones implícitas para la vigencia de rebaja de penas. Parece que la obligación de la verdad condiciona hasta a los efectos de cosa juzgada. Es un notorio factor de equilibrio entre todos los intereses afectados de las víctimas, y los intereses del Estado, la búsqueda de la verdad y los efectos incentivos de la ley.

El éxito de la justicia transicional dependerá mucho de las capacidades limitadas de la justicia penal y de la Fiscalía. La administración de bienes ilícitos bajo el control del Estado exige toda una nueva infraestructura. Ya los medios hablan de un “colapso anunciado” (*El Tiempo*, 1 de julio de 2007). Si hay estrategias de delinquentes para trancar a propósito la justicia, una agenda prudente procesal las puede contrarrestar solamente hasta cierto grado. La necesaria ampliación masiva de los recursos de la justicia penal, de la Fiscalía y de la administración pública valdrá un nuevo Plan Colombia, esta vez dirigido a la administración de justicia y apoyado por un sector de la comunidad internacional. Parece que las funciones del Ministro del Interior y de la Justicia en este contexto son las más exigentes en todo el Gobierno. Merecen ciertamente todo el apoyo posible, incluso a nivel internacional. Si se logra la reinserción estable de grupos armados a la vida civil, sería un logro histórico.

Es importante que la implementación de la Ley de Justicia y Paz no genere ni siquiera la apariencia de indultos camuflados. Se tendrá que considerar la participación de la comunidad internacional mediante una comisión internacional en términos de una propuesta lanzada hace tiempo por parte del presidente Pastrana.

Falta también diferenciar entre incentivos de carácter transitorio para miembros de grupos armados extra-constitucionales, por un lado, y beneficios permanentes para delitos con supuestos motivos políticos, por el otro. La sola apariencia (ciertamente equivocada) de que el concepto de delito político podría otorgar privilegios permanentes para crímenes con el solo hecho agravante de que el delincuente les agregue por encima un asalto al orden constitucional, convierte esta figura en una caricatura del derecho penal. Es importante que la justicia mantenga la venda en los ojos tanto frente a la “ideología” de derecha como a la de izquierda, u otras, cuando los miserables restos de una ideología sirven de manto triste para una delincuencia atroz. Es de igual importancia que se respete la igualdad frente a la ley en todos los sentidos.

De pronto falta repensar todo el concepto –muy difuso– del delito político. Sería nefasto vincularlo con la búsqueda del “bien común”, aspiración que hoy en día reclama cualquier terrorista. La razón auténtica del delito político no se refiere a una disminución de una culpabilidad innegable, más bien solo puede fundamentarse en la discrecionalidad del Estado de ofrecer incentivos para la reinserción de grupos armados a la legalidad de la sociedad civil. Para esos fines hay todo un ramillete de instrumentos, incluyendo la posible extinción de ciertos crímenes, como la rebelión y la sedición, en pro de un nuevo delito de asalto al orden constitucional o mecanismos procesales o indultos condicionados.

En términos de responsabilidad política, sería útil considerar plena transparencia en acuerdos cuando se cierran las negociaciones confidenciales entre el Gobierno y los grupos armados, a partir de cierto momento. En ausencia de esta transparencia, es difícil reclamar confianza legítima en estos acuerdos.

Para el Estado de derecho con una presencia todavía fragmentaria en todo su territorio, la dosis adecuada de clemencia frente a sus propios asaltantes y el balance entre la persuasión y la disuasión, son un desafío existencial.

9. RESPONSABILIDAD Y LEGITIMIDAD DEL ESTADO

Los mecanismos de responsabilidad jurídica y política son la base fundamental de la confianza de la ciudadanía en la gestión de los órganos del Estado. Son elementos imprescindibles de la buena gobernabilidad. También les dan credibilidad a nivel internacional. Igualmente, otorgan legitimidad al Estado en todas sus funciones legislativas, administrativas y judiciales.

Con excepción de los recursos y el *staff* necesario, Colombia tiene las herramientas de un Estado de derecho moderno. Su orden constitucional, con todas sus imperfecciones, integra lo mejor de la tradición republicana con un orden de valores que se enfoca en la autonomía y la dignidad de la persona. Ese valioso patrimonio le otorga fuerza al Estado de derecho en la lucha por su presencia integral en todo el territorio. Tanto para la política como para la doctrina constitucional, trabajar por la estabilidad con responsabilidad es una de las tareas más nobles.