

69

SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**El significado del plebiscito y el
acuerdo final después de él**

Las salidas constitucionales al post
conflicto

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 69
El significado del plebiscito y el acuerdo final después de él
Las salidas constitucionales al post conflicto

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del autor y la editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la editora y la editorial.

© 2015, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia
www.icrp.uexternado.edu.co/

Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

El significado del plebiscito y el acuerdo final después de él

Tras las palabras de bienvenida de MAGDALENA CORREA, directora del departamento de Derecho Constitucional en las que se resaltó el importante papel que han jugado los jóvenes en el movimiento social que se ha despertado a raíz de los resultados obtenidos en el plebiscito y así mismo, tras dar las pautas metodológicas de las jornadas, se dio inicio con el primer seminario de discusión, sobre el significado del plebiscito y el acuerdo final después de él.

Inicialmente ALEJANDRO FRANCO, líder estudiantil de la Universidad de Los Andes e integrante del movimiento social #AcuerdoYa sometió a la consideración de los profesores invitados y del público una serie de grandes interrogantes, con el objeto de ubicar y delimitar los temas de discusión de la sesión. Es así como se definieron como puntos centrales de la discusión: el significado jurídico y político de la figura del plebiscito, el significado de los resultados negativos en las votaciones del plebiscito y finalmente, los efectos de esos resultados en la naturaleza del acuerdo final.

Debido al diseño metodológico del seminario, a lo largo de su desarrollo hubo lugar tanto para la participación de profesores invitados específicamente para dar luces sobre las interrogantes planteadas, pero también preguntas, aportes y propuestas del público en general. Es por esta razón que el documento que sigue, presenta el contenido del seminario, dividiéndolo de la siguiente manera. En primer lugar, las presentaciones de los profesores ROBERTO GARGARELLA, FRANCISCO BARBOSA y MARCOS CRIADO (Acápites I, II y III), seguido de una presentación de un breve debate entre ellos (Acápites IV) y posteriormente la agrupación de las participaciones del público (Acápites V).

1. CUATRO PUNTOS EN TORNO A LA DEMOCRACIA – ROBERTO GARGARELLA

A. *Democracia y democracia deliberativa:*

Cuando se defiende que las sociedades puedan decidir sus problemas más importantes de modo democrático, no se trata de una observación meramente retórica, sino que se trata de una democracia con sentidos restringidos. Es por esta razón que es esencial ponerse de acuerdo sobre la definición de lo que es la democracia. Es por ello que GARGARELLA parte de dos elementos que son comunes denominadores en el concepto de democracia. Para él, los problemas

de moral pública deben ser resueltos a través de acuerdos inclusivos en los que la comunidad discuta y se ponga de acuerdo. Esto quiere decir que la democracia debe cumplir al menos con dos características: i) La inclusividad y ii) La deliberación, eso sí, partiendo de la idea que todos participamos como iguales.

B. Democracia y plebiscito:

Los mecanismos de participación ciudadana, tales como las consultas populares, los referendos y los plebiscitos son figuras posibles para la expresión de la comunidad, pero a la vez son problemáticos con relación al ideal regulativo que se planteaba en el primer punto. En concreto, GARGARELLA considera que, si bien es cierto que este tipo de mecanismos suelen ser excelentes para cumplir con la característica de la inclusividad, presentan verdaderos problemas con el tema de la deliberación puesto que no permiten el diálogo ni la construcción participativa de las decisiones.

Para efectos de demostrar lo anterior, se ponen en consideración los casos de las consultas ciudadanas que llevaron a cabo Pinochet y Fujimori durante sus gobiernos, en los que claramente hubo inclusividad, más no hubo deliberación por cuanto no existió intercambio de información y argumentos ni deconstrucción de las decisiones. Es así entonces como concluye que los plebiscitos son sólo interesantes cuando se organizan de una manera particular, de lo contrario no pueden ser tenidos como la máxima manifestación democrática sino como una manifestación imperfecta que incluso puede ser una manipulación.

C. Democracia y derechos humanos:

El derecho ha tenido dificultades para lidiar con la voluntad democrática, en particular en las cuestiones relacionadas con las garantías (especialmente con las garantías penales). Algunos autores como FERRAJOLI y ZAFFARONI y tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos defienden esta idea afirmando que las esferas de lo democrático y de los derechos humanos son irreconciliables pues esta última hace parte del núcleo de lo indecidible.

Por su parte, GARGARELLA considera que esa posición parte de una lectura inapropiada tanto de los tratados que reconocen derechos humanos como del constitucionalismo en esencia. Se trata de un planteamiento elitista, decimonónico y antidemocrático que es incompatible con el estado actual de nuestro desarrollo democrático y el constitucionalismo moderno, que llevaría al derrocamiento de la democracia y el establecimiento del voto cualificado. Para él, la cuestión de los derechos y la cuestión democrática están necesaria y lógicamente ligadas siempre que se parta de una lectura exigente y robusta

de lo que es la democracia. En otras palabras, esa relación es válida siempre que los derechos sean leídos, contruidos e interpretados desde una verdadera reflexión colectiva. En consecuencia, la única de las trabas que podría imponer el derecho, sería aquella de carácter procedimental.

Es a raíz de lo anterior que critica la decisión de la Corte Interamericana en el caso de Gelman contra Uruguay por cuanto en ella se desconoció la existencia de un proceso continuo de discusión y reflexión continua en el que hubo decisiones parlamentarias, plebiscitos, referendos y movimientos sociales entre otros y se impuso una traba sustantiva que desconocía la voluntad democrática. En definitiva, para GARGARELLA, las decisiones que son contruidas con altos niveles de seriedad, exigencia y respetando los modos idóneos no pueden enfrentarse a trabas de carácter sustantivo.

D. Democracia y acuerdo de paz:

Respecto del acuerdo de paz en Colombia, a la luz de los tres puntos anteriores, hubo problemas en la consulta. Desde el punto de vista democrático nos enfrentamos a una apertura a la ciudadanía que fue problemática en cuanto a que se puso el acento en la cuestión inclusiva pero se anuló la posibilidad que la ciudadanía estableciera pusiera matices, discutiera y marcara diferencias con el acuerdo que había logrado el Gobierno.

Aprobar a una constitución por un plebiscito es en parte ridículo y en parte ofensivo para la cultura democrática porque un acuerdo tan sustantivo, tan fundamental y tan extenso no puede ser sometido y decidido con un sí o un no. Aun cuando GARGARELLA está a favor del acuerdo de paz, no puede, en términos democráticos invitarse a la ciudadanía a que participe de ese modo y mucho menos cuando se trata de una figura de gran altura democrática como lo puede ser el plebiscito. La complejidad de un acuerdo de este nivel no puede ser reducida a un sí o un no y la participación de la ciudadanía debería tener un mayor de involucramiento.

Así mismo, someter a la decisión de la ciudadanía una serie de garantías fundamentales como lo podría llegar a ser el tema del tratamiento penal de las FARC o las amnistías podría ser válido, siempre que se cumpla con un proceso de construcción colectiva de un cierto tipo, exigente, adecuado y comprensivo (es decir, que cumpla con las notas de inclusividad y deliberación). Es así como en abstracto no habría un problema con modificar las cuestiones de derechos fundamentales, sin embargo, en el caso en concreto, es claro que hay un problema por cuanto no se presentaron las condiciones necesarias para ello. La invitación a la ciudadanía se quedó en la puerta de entrada de la deliberación y no pudo entrar a la verdadera mesa de discusión ni pudo marcar matices al acuerdo, por lo que surge un verdadero problema democrático.

2. CONSIDERACIONES RESPECTO A LAS CONSECUENCIAS DE LOS RESULTADOS DEL PLEBISCITO – FRANCISCO BARBOSA

Para empezar, hay que reconocer que la idea de la refrendación por vía del plebiscito se trata de una invención colombiana por cuanto no se tuvo en cuenta otros mecanismos que podrían ser más idóneos para la consulta, y por lo que BARBOSA retoma las ideas planteadas por el profesor GARGARELLA respecto a la ausencia de matices en la discusión constitucional, que en cambio, si habrían sido posibles señalar a través de un referendo.

Es a partir de lo anterior que, aun cuando se trata de una figura constitucional, es necesario partir del entendimiento que la misma Corte Constitucional le dio a la figura del plebiscito en la sentencia C-379 del 2016 en la que, palabras más palabras menos, se concibe como un termómetro político que permite afirmar o rechazar una política pública específica. Pero además, es de resaltar que la sentencia dejó claro que los resultados de las votaciones eran vinculantes para el Presidente (más no para las demás ramas del poder público), de donde surgen los efectos que podrían haber tenido la decisión del pasado dos de octubre. En el supuesto en el que hubiese triunfado el sí, la implementación del acuerdo podría haberse hecho vía acto legislativo en el que se estableciera un procedimiento rápido y abreviado. En cambio, en el caso de ganar el resultado negativo (como en efecto ocurrió), habría una imposibilidad para implementar el acuerdo, no obstante, se previeron otras salidas: una nueva refrendación o las vías institucionales tradicionales. Para BARBOSA, respecto a este segundo efecto, la Corte fue excesiva por cuanto permitiría modificar el acuerdo, incluso en materia de refrendación, lo que llevaría a una salida rápida y equivocada del impase.

Ahora bien, es ilusorio pensar que los resultados obtenidos en el plebiscito puedan ser entendidos como un mandato reformativo del acuerdo respecto de alguno de sus puntos. En realidad, se trata de un mandato abstracto que no se concretizó como consecuencia del mecanismo de refrendación que fue utilizado, en especial por la dificultad que hay para recoger los puntos que llevaron a que se improbara el acuerdo.

A. Desde la perspectiva constitucional:

La decisión tomada en el plebiscito estaba ligada al artículo quinto del Acto Legislativo que incluía un artículo transitorio a la Constitución que incorporaba el acuerdo al bloque de constitucionalidad y por tanto queda en el limbo la discusión. Es por esto que recientemente se han buscado salidas a través de la Corte Constitucional para ese Acto Legislativo, propuesta que resulta eminentemente peligrosa. En particular, porque buscar otros instrumentos para tratar de darle vuelco a una decisión real y política y es

problemático porque la resolución del acuerdo será a largo plazo y tiene una aplicación al 2029 que busca blindar al país de nuevas violencias. En definitiva, el efecto del plebiscito está en stand by. El Presidente mantiene sus facultades presidenciales y en ese sentido tiene que cerrar el acuerdo político con las FARC y en virtud de ese cierre surgirían escenarios institucionales.

Respecto de la idea de supremacía constitucional y el principio democrático, BARBOSA difiere del planteamiento del profesor GARGARELLA puesto que considera que los derechos constitucionales no pueden ser sometidos a una elección popular pues estas se verían violentadas. Hipotéticamente plantea que, de someter a las minorías políticas y a las minorías sexuales a la decisión popular, se legitimarían medidas absurdas como procesos de linchamiento. Es por esta razón que coincide con el planteamiento de FERRAJOLI sobre las sociedades que tienen déficits de igualdad y protección y los grupos históricamente discriminados que han ganado espacios democráticos a través de las decisiones jurisprudenciales.

Es a raíz de ello que se puede concluir que en el caso colombiano se cometió un error por cuanto la paz se puso en juego. En particular debido a que la pregunta y el mecanismo que se plantearon no fueron los idóneos, aun cuando la Corte Constitucional trató de declararlo constitucional. Este error se puede ver aún más claro, aun cuando jurídicamente es factible continuar prorrogando el cese al fuego bilateral, se presenta la paradoja política en la que se en la que los guerrilleros tienen la intención efectiva de desmovilizarse y hacer la paz, pero la clase política del país aún no define cuándo aceptará hacer esa paz.

B. Desde el punto de vista internacional:

El acuerdo es un acuerdo especial, aun cuando no se incluya en el bloque de constitucionalidad. La firma de algunos de los temas del acuerdo fue bajo el esquema de artículo 3 común de los Convenios de Ginebra en el que además se establece que el Derecho Internacional Humanitario y el derecho consuetudinario no solo regula o reglamenta los conflictos sino al mismo tiempo puede servir para la terminación de un conflicto y sus consecuencias, como lo son el tema del desarme, la salida de niños, niñas y adolescentes y el desminado. Adicionalmente es importante aclarar que este acuerdo no es un tratado por cuanto no se está alterando el status jurídico de las partes.

C. Desde la perspectiva política:

Finalmente, desde lo político, hay un mandato abstracto de corrección, pero no se negó el acuerdo en las urnas. Una vez cerrado el acuerdo político, será necesario buscar los caminos ya establecidos, es decir: i) reglamentación de

algunos temas por parte del Presidente, ii) el Congreso de la República y iii) la consulta especial en algunos de los temas de reglamentación.

3. ¿CÓMO EL DERECHO PUEDE AYUDAR A SALIR DEL EMBROLLO POLÍTICO JURÍDICO EN EL QUE NOS ENCONTRAMOS? – MARCOS CRIADO

El principal problema que existe después del plebiscito es temporal. Es por esto que hay que preguntarse si el plebiscito paraliza o no el proceso y si no lo hace por dónde y cómo se puede avanzar. Para tal propósito, CRIADO propone tres elementos que pueden aportar algunas luces para responder a esas preguntas y que se desarrollan a continuación.

A. Elementos de la configuración histórica del plebiscito:

Para empezar, hay que definir el plebiscito como una consulta popular en la que se convoca al electorado para decidir una cuestión concreta. Históricamente se han distinguido diferentes formas de consulta popular y para hacer la distinción respecto al plebiscito y el referendo, se resalta en particular el trabajo de dos escuelas, la francesa y la alemana. En el caso de la primera, se vio que la utilización del plebiscito por parte del bonapartismo terminaba siendo una manipulación electoral para reafirmar el poder personal del ejecutivo en detrimento del resto de los poderes del Estado. Sin embargo, reconociendo la experiencia de la Confederación Helvética en la que la participación directa era compatible con los principios demoliberales, comenzaron a crear la idea del mal plebiscito y el buen referendo, lo que llevó a buscar la eliminación de la primera, y sustituirla por la segunda figura. Por su parte, en el caso de la doctrina alemana se hizo una distinción técnica en la que el plebiscito era una consulta no normativa, mientras que el referendo era una consulta para aprobar una nueva norma jurídica en el ordenamiento.

En Colombia, la Corte Constitucional ha recogido la distinción de la escuela alemana en su jurisprudencia. Sin embargo, no deja de ser importante tener en mente la distinción valorativa por cuanto es la que ha reflejado el nacimiento a la figura moderna del plebiscito, la cual tiene origen en los sistemas parlamentarios y con la cual se buscaba acudir a una instancia superior que el parlamento y la Corona para dirimir un conflicto particular que surgía entre ellos dos, instancia que no es otra que el pueblo.

B. Efectos del plebiscito y elementos prevalentes del acuerdo:

Partiendo desde la concepción valorativa, en el caso colombiano, no tenía sentido someter el acuerdo al plebiscito por cuanto no existe una inconmensurabilidad clara. Esto debido a que si existía claridad sobre las

consecuencias del sí pero no había –y no la hay aún- certeza sobre las consecuencias del no. Esta incertidumbre se debe en particular a dos cosas. En primer lugar, no se sabe si se trata de una negativa a la totalidad o a una parte parcial de los acuerdos y en segundo lugar porque lo que se ha sometido a los colombianos, es una obligación constitucional de los poderes públicos y la sociedad colombiana. Según la Constitución colombiana la búsqueda de la Paz es principio, un valor, un derecho y un deber. Es de allí que ha surgido la reinterpretación del no y ahora decimos que *todos queremos la paz, pero no estamos de acuerdo con qué tipo de paz queremos y tenemos que llegar a un acuerdo*.

Ahora bien, el efecto del plebiscito respecto del acuerdo no es ninguno. Esto debido a que el acuerdo de paz es un acuerdo de carácter político entre representantes del Estado colombiano y representantes de las FARC. Seguiría siendo un acuerdo de carácter político aun cuando hubiese ganado el sí. El plebiscito no ha creado ningún cambio en el acuerdo porque los plebiscitos no sirven para aprobar normas jurídicas y en este caso, tampoco transmuta la naturaleza del acuerdo. El si no lo hubiese convertido en norma jurídica y no, no hace que pierda vigencia el acuerdo.

En conclusión, el plebiscito lo que ha provocado es modificar las posibilidades que tenía el Presidente para la implementación del acuerdo, toda vez que imposibilitó jurídicamente esa implementación, pero también imposibilitó el procedimiento abreviado para la aprobación de Actos Legislativos que estaba prevista en el Acto Legislativo del 2016. Ahora bien, para CRIADO esto no quiere decir que el plebiscito haya paralizado el proceso de paz, sino que hay abiertas unas vías de implementación de algunos de los contenidos del acuerdo.

En concreto, encontramos que están abiertas al menos las siguientes vías jurídicas.

- i. Los contenidos que ya estaban contempladas en la legislación nacional y habían sido aprobadas con anterioridad al plebiscito. Tal es el caso de la aprobación del estatuto de seguridad para la oposición, la expropiación administrativa o las leyes que busquen la recuperación de bienes baldíos.
- ii. Todas las competencias que tiene el Presidente, otorgadas por normas constitucionales o legales con anterioridad al plebiscito. Por ejemplo, las competencias de mantenimiento y restitución del orden público establecidas en la ley 418 de 1997, reformada en el año 2016, dentro de las cuales están la facultad de celebrar conversaciones con grupos armados al margen de la ley para suspender ordenes de captura, garantizar la seguridad de los líderes de los grupos armados y establecer el papel de las organizaciones nacionales e internacionales entre otras cosas.

- iii. Las leyes que se establecieron en el Acto Legislativo 01 del 2012, en marco jurídico para la paz que implican la posibilidad de dictar una Ley Estatutaria sobre medidas de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial y que a su vez implica la posibilidad de establecer qué delitos pueden ser conexos al delito político entre otras cosas.

Es desde este punto de vista que el proceso de paz se puede y se debe seguir profundizando e implementando.

C. *Límites para la renegociación del acuerdo:*

En principio la vía más rápida y sencilla es la de sentarse a conciliar entre los promotores del sí y los promotores del no. Sin embargo, esta renegociación no podría ser sobre la totalidad del acuerdo y por ende hay que reconocer cuáles son los límites para este nuevo proceso.

En primer lugar, hay que tener claro que o sólo se pueden someter a la mesa, aquellos temas que fueron expresamente confrontados por los comités del no.

En segundo lugar, los órganos encargados de velar por la integridad de la constitución, incluido el Presidente, no pueden admitir que se pongan sobre la mesa aquellas cuestiones que si bien han sido debatidas en la campaña plebiscitaria, no tienen que ver con el contenido de los acuerdos (como lo es el caso de la “ideología de género”) ni tampoco aquellos que hayan sido tergiversados o manipulados (como lo es el tema de las fuentes de financiación de las subvenciones que se darían a los guerrilleros desmovilizados). Lo anterior tiene fundamento en el principio general del Derecho colombiano que fue desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia C-083 de 199, en el que *nadie puede obtener beneficios del incumplimiento del derecho*, construido a partir del principio de buena fe (Artículo 83) y de las responsabilidades correlativas a los derechos (Artículo 85).

Finalmente, el último límite que se presenta es el de los temas que ya estaban desarrollados en el ordenamiento jurídico colombiano y que no han sido implementado por diferentes razones, pero que el acuerdo pretende dar un nuevo impulso político o respaldo. Tal es el caso de la restitución de tierras de las tierras baldías adquiridas de buena fe.

En consecuencia, estos límites no solo buscan garantizar que haya una serie de contenidos que no puedan modificados, sino que además, ningún partido político pueda aprovechar la oportunidad para incluir temas que no estaban contemplados originalmente en el acuerdo.

4. DEBATE ENTRE LOS PROFESORES INVITADOS:

Con el ánimo de suscitar un verdadero debate, FRANCO señala al menos dos elementos controversiales de las presentaciones de los oradores principales. En primer lugar, resalta, de la presentación de GARGARELLA los temas del alcance del mandato popular, entendido este como una negativa tajante y rotunda a los acuerdos, pero, por otro lado, los factores del tiempo y la manera de lograr la implementación sin desconocer la voluntad manifestada en ese mandato, que señalaban BARBOSA y CRIADO.

Por su parte, GARGARELLA señala que en realidad los problemas del plebiscito surgieron a partir de la manera en la que se implementó y del proceso de convocatoria que se llevó. Es por esta razón que cree que si bien habría que respetar la decisión democrática allí revelada, también es necesario buscar otros medios que permitan identificar los matices y realizar un proceso de construcción colectiva. Es decir, es necesario crear nuevos procesos que permitan agregar aquello que no estuvo presente antes. La posibilidad de los cabildos abiertos puede ser un mecanismo interesante que permitiría la deliberación y establecer esos matices que no ha podido señalar, pero además sería propicio para lograr el ideal regulatorio que señalaba en su presentación.

Por otro lado, encuentra que es problemática la posición que asumía el profesor BARBOSA respecto de los derechos fundamentales en las sociedades con déficits de protección e igualdad. En esos casos lo que habría que hacer es fortalecer los mecanismos democráticos que permitiesen la discusión. En concreto señala como ejemplo la necesidad de discutir las políticas sobre inmigración o de acción afirmativa. Adicionalmente, GARGARELLA señala que los procesos históricos explican más no justifican. Es por esto que difiere de lo que plantea CRIADO y considera que las derivaciones normativas respecto del plebiscito dependen de teorías normativas que en efecto logren justificar el uso de la figura.

Posteriormente CRIADO señala que los acuerdos de paz son acuerdos son entre *lites*, lo cual lleva a cuestionarse sobre *cómo* realizar la

apropiación de algo tan íntimo como la paz de una comunidad política. En el caso colombiano se preveían dos mecanismos que se veían como complementarios, aun cuando en la práctica no lo han sido. En primer lugar, está el Presidente quien defendía la necesidad de la refrendación popular, mientras que por otro lado está la Agencia Colombiana de Reintegración que defendía la idea de una participación ciudadana en la implementación de los acuerdos.

En segundo lugar, plantea que era mucho mejor un debate público deficitaria a una total ausencia de participación. Es por esto que para CRIADOS hay que reconocer la victoria del no y aceptar los efectos que ello conlleva, es decir, la imposibilidad del Presidente de implementar los acuerdos, de acuerdo a lo establecido en la sentencia C-379 del 2016. Sin embargo, así mismo se hace necesario recordar que hay contenidos específicos que pueden ser implementados tal y como ya lo había señalado.

Finalmente, respecto de lo que planteaba GARGARELLA sobre la ineficiencia de las referencias históricas, CRIADO plantea que las teorías normativas históricamente deficitarias no son efectivas por cuanto desconocen las problemáticas reales de la creación, desarrollo e implementación de las instituciones que solo pueden ser aportadas por la historia. Es por esto que en cualquier caso es necesaria la racionalización de la democracia participativa en América Latina que desconoce un modelo de demanda de las instituciones democráticas.

Por último, BARBOSA señala la importancia de los resultados del plebiscito y el respeto de los mismos. Sin embargo, ello no quiere decir que esos resultados se tradujeran en la elección de un Presidente o en la aprobación de una norma jurídica, razón por la cual, a diferencia de lo que plantea UPRIMNY, si es necesario buscar una salida jurídica para el acuerdo. En consecuencia, aplaude lo que ha realizado el Presidente posterior a los resultados, en particular la prórroga del cese al fuego bilateral y reconoce sus facultades contempladas en la ley 418 de 1997.

Por otra parte, refuerza la idea de entender los resultados del plebiscito como un mandato de corrección y en ese sentido buscar la forma de conciliar con los promotores del no. Pero a su vez mantiene la necesidad de buscar salidas constitucionales para el proceso de paz y concuerda con GARGARELLA en que una opción podrían ser los cabildos abiertos, partiendo de la idea que ese mandato de corrección es un hecho político determinante.

5. PREGUNTAS REALIZADAS POR EL PÚBLICO

- A. *¿Cómo se debe entender en esencia el concepto del plebiscito en Colombia, teniendo en cuenta que tiene una doble naturaleza como derecho fundamental y mecanismo de participación que está regulado por tres leyes estatutarias diferentes?*

CRIADO señala que en Colombia hay actualmente dos plebiscitos diferentes. El primero es el que se denomina como ordinario y se contempla en el Artículo 103 de la Constitución y se regula por las leyes estatutarias de participación ciudadana. Pero además existe uno especial, el plebiscito para la Paz que está regulado en la ley estatutaria y tiene como objeto reducido, someter a refrendación popular acuerdos firmados con grupos armados ilegales. Sin embargo, es importante aclarar que este no está condicionado únicamente a este acuerdo, sino que podría ser aplicado para cualquier otro acuerdo que se firme con las FARC u otros grupos armados ilegales.

Por su parte GARGARELLA recuerda que GUALDRON plantea que el derecho de participación tiene que ver con algo fundamental para la vida democrática, pero no hay que olvidar que también es un derecho, según él, el primer derecho porque es un derecho que tiene una carga especial. Es un derecho que se nos ofrece para resolver diferencias por lo que invoca un autogobierno. Es a partir de allí que se realiza la necesidad de claridad en los puntos para los que se va a convocar un plebiscito y en especial, prestar atención a la forma en la que se implementaría, cosa que no ocurrió en el caso colombiano.

- B. *¿Cómo ven ustedes, en términos reales, el planteamiento de una nueva suerte de refrendación para lo que sería un nuevo acuerdo y frente a la implementación parcial del acuerdo con respecto a las condiciones económicas, sociales y políticas del país?*

Para BARBOSA, el efecto político del plebiscito fue real y el Presidente tiene que asumir ese resultado negativo respecto de su política. Es por esto que se debe analizar desde dos puntos de vista. En primer lugar, desde lo práctico, debe resolverse con rapidez. Pero desde el segundo, es necesario buscar un camino jurídico perfecto para el acuerdo.

A pesar de lo anterior, es necesario buscar salidas racionales que en realidad sean perfectas. La propuesta de los cabildos abiertos es

bastante peligrosa, en especial, porque tal y como lo resalta BARBOSA, se trata de una figurada diseñada para lo local que sería utilizada para una decisión de carácter nacional y por tanto se podría incluso conducir a una desintegración territorial. Es por esto que él propone que debería irse al Congreso tras el logro de un verdadero acuerdo político y plantear la posibilidad de hacer una consulta sobre el mecanismo de implementación del acuerdo que fuese aplicada para temas determinados que no constituyan parte del núcleo esencial del mismo.

Para GARGARELLA, esto debería ser entendido como una *conversación extendida* que ha tenido varias etapas y se ha ido expandiendo para incluir nuevas voces y nuevas opiniones. Si bien es una conversación que se ha venido frustrando, igual ha sido una conversación que se ha ido extendiendo en el tiempo y que ha permitido que se den pasos importantes. Uno de ellos es que la ciudadanía con el plebiscito quiso manifestar su deseo de participar y que ha manifestado que quiere la paz, pero no así. Esto abre la puerta a las voces y matices que hasta el momento no han podido participar.

Para CRIADO el problema no está en trocear el acuerdo, sino que el problema es de índole temporal. Y es un problema que se riñe con el factor de la calidad de la implementación. La implementación de la paz necesita de unos pasos muy contundentes para que un grupo de entorno que están paralizados puedan ver avances significativos para la normalización de su situación. Pero por otra parte existe un problema de garantías a las FARC pues ellos han venido exigiendo una seguridad más allá de lo político de su situación que en el futuro exista un ejecutivo que no sea tan favorable respecto de ellos, lo que ha dificultado mucho la negociación final del acuerdo y vemos que esto implica que no se pueda resolver a través de un simple pacto político.

Finalmente, FRANCO agrega que el tiempo tiene una consecuencia adicional y es que la estabilidad de las filas de las FARC pueda empezar a desmoronarse lo que implicaría una falta de seguridad para el acuerdo por el otro lado.

C. La ciencia política mundial cuestiona la legitimidad del referendo y/o plebiscito como mecanismo de participación política y como herramienta de referendación. ¿El derecho también lo hace?

CRIADO destaca lo que dice GARGARELLA sobre la necesidad de definir una serie de criterios normativos que permitan hacer valiosas las

decisiones que se toman a través de estos mecanismos. Sin embargo, para él, estas decisiones son valiosas aun cuando no estén esos criterios y esto es una demostración que está en discusión este tipo de cuestiones, al menos desde el derecho constitucional local de cada país.

Sin embargo, GARGARELLA pregunta sobre la forma en la que se puede determinar si plebiscitos como los de Pinochet y Fujimori fueron problemáticos. La respuesta para ello es la existencia de una serie de criterios de condiciones mínimas para la convocatoria del plebiscito y la forma en la que se ejecuta. Es por esto que lo que se necesita es traerlos a colación.

D. ¿Cuál es la posibilidad que prosperen y los efectos que tendrán las demandas que se han presentado ante el Consejo Nacional Electoral respecto de las maquinaciones y maniobras engañosas que fueron utilizadas por los promotores el no en la campaña?

Para empezar, BARBOSA considera que ese supuesto no es posible puesto que no tiene sentido el triunfo de la refrendación en esos términos. Esto especialmente, teniendo en cuenta, que tal como lo señalaba el presidente MUJICA, fue una semana esquizofrénica pues fue un periodo lleno de mentiras por parte de ambos sectores. Esto además llevaría un efecto político adverso, en especial teniendo en cuenta que la implementación estaría en cabeza de personas que no son quienes lo han firmado y en realidad lo que se debe buscar es la paz estable y duradera. No pueden buscarse salidas extra constitucionales.

GARGARELLA concuerda con lo que señala BARBOSA en el entendido que no sería plausible que prosperaran esas demandas. Además, sería una falta de respeto grosera con la ciudadanía que participó. Lo que se debe hacerse es mejorar el proceso de convocatoria y mejorar las condiciones de la discusión pública.

E. Efectivamente el plebiscito tiene una historia autoritaria, precisamente porque era una manera de luchar contra la representación y de reivindicar la participación directa. Entonces, no queda por definir qué tipo de representación es dentro de un esquema representativo. En el caso colombiano había un poco más del 62% de abstención y ganó un 15% del electorado por diferencia de un estadio de fútbol. Actualmente existe la figura del pueblo irresponsable en la discusión constitucional alemana. Es así como desde la perspectiva política tenemos la figura del pueblo no interesado por la cosa

política y la figura de un pueblo ausente. ¿Frente a la situación actual, cuál es la perspectiva? El ejecutivo buscaba una legitimidad popular.

BARBOSA considera que es el nuevo acuerdo que se va a modificar es el que tenemos que ver cuál es la salida que se va a establecer, incluida la salida de los cabildos abiertos. Por su parte CRIADO dice que habría que cambiar el AL para permitir un método más veloz que no esté directamente relacionado con el vigor, porque ese es el problema actual para que funcione el fast-track. Valdría la pena entrar a revisar el procedimiento legislativo colombiano que es extremadamente lento y por tanto proponer un nuevo procedimiento.

F. ¿Es viable establecer el voto obligatorio como mecanismo para profundización y mejoramiento de la democracia?

Para GARGARELLA resulta perfectamente viable hacerlo puesto que podría justificarse desde una perspectiva paternalista en la que se busque a ayudar a la opción colectiva en áreas en las que por distintas razones como debilidad de la voluntad o desconocimiento la ciudadanía pueda tener un desincentivo. Es una intromisión aceptable para contribuir a la democracia. Son medidas que no son perfeccionistas, sino que buscan honrar la libertad colectiva. Al respecto NINO defiende la idea de las medidas paternalistas en uno de sus textos. En este caso, el Estado dé un empujón para que una decisión sea el reflejo de la voluntad general sin garantizar la perfección de la democracia. El voto obligatorio sería uno de los muchos pasos que son necesarios para que el proceso democrático sea de interés.

G. Suponiendo que es un activista del no es quién pregunta. ¿Cómo vincula el plebiscito? ¿Si no se dieron las condiciones que señala Gargarella, cuánto vale de cara a esas condiciones y de cara a los bienes constitucionales que están en juego dentro de los que se encuentra la Paz? ¿Qué porcentaje de la respuesta del plebiscito puede entenderse vinculante?

Para CRIADO es claro que el único efecto del plebiscito es que limita las facultades del Presidente salvo en lo que respecta a las competencias atribuidas con anterioridad al plebiscito. Esto quiere decir que cerca del 90% del acuerdo es implementarle por el Presidente o a través del

Congreso y no está inhibido. El otro 10% dependen de una renegociación política.

BARBOSA señala que lo que cumplió el plebiscito el dos de octubre fue realizar un tipo de veto político al Presidente diciéndole que no podría implementar los acuerdos, sin embargo, ello no quiere decir que haya perdido las facultades reconocidas en el artículo 189. El efecto es político y se subsana a través de un acuerdo político que se logrará tras oír a los promotores del no y cierre una nueva negociación con las FARC. Es a partir de allí que podrá surgir un camino institucional para la implementación.

Finalmente, GARGARELLA considera que el plebiscito es jurídicamente vinculante. Así es necesario entender que el pueblo dijo que no quería la paz en esos términos y lo que está pidiendo es que se siga trabajando en el acuerdo. Esto además se refuerza en el entendido que la convocatoria fue realizada de manera indebida. Sin embargo, no por ello deja de ser vinculante. Es por esto que subraya la necesidad de entender esto a través de la metáfora de la conversación extendida.

H. Imaginándose que es un guerrillero quien pregunta ¿Cómo y cuándo se puede esperar que se vaya a resolver esta situación? ¿Será en el tiempo que lo permita la financiación de la cooperación internacional o será en un tiempo indeterminado que conduzca a un reverdecimiento del conflicto armado?

Según CRIADO, esta es la pregunta fundamental y depende de dos factores determinantes. En primer lugar, depende del nivel de sacrificio que el ejecutivo esté dispuesto a asumir respecto de los ciudadanos y que empiece a implementar lo que pueda. Pero, por otra parte, depende de los tiempos de aprobación de leyes en Colombia. Por ejemplo, el tema de la dejación de armas podría hacerse desde ya, en cambio, la parte de penas podría demorar toda la legislatura porque debe tramitarse a través de ley estatutaria.

6. CONCLUSIONES GENERALES:

Para terminar, FRANCO resalta la importancia del espacio que ha generado el Departamento de Derecho Constitucional por cuanto permite abrazar al movimiento social. Adicionalmente, con relación a lo comentado por los profesores invitados se permite resaltar varias ideas.

En primer lugar, la idea de la *conversación extendida* de GARGARELLA sirve para pensar que se cayó en un error al no reconocer al interlocutor y permite la posibilidad de conciliar las posiciones del sí y el no.

No se puede perder de vista que el resultado del plebiscito no produce ninguna transformación en el Acuerdo de Paz por lo que sigue siendo lo que era desde el principio, es decir, un acuerdo de naturaleza política entre representantes del Estado colombiano y las FARC, tal y como lo señala CRIADO. Sin embargo, no se puede desconocer, que tal y como lo plantea BARBOSA, los resultados del plebiscito deben ser tenidos como un mandato de corrección dirigido al Presidente, quien, a pesar de tener un veto para la implementación, mantiene sus facultades constitucionales.

Por otra parte, retomar la idea de la existencia de herramientas jurídicas que permiten la implementación de partes del acuerdo sobre las que no había controversia y que pertenecen incluso al Derecho Internacional Humanitario, tales como las de desminado, desmovilización de niñas, niños y adolescentes y el cese al fuego bilateral.

Todo lo que suceda en adelante para la implementación debe estar respaldado por la ciudadanía lo que se ve respaldado por el ideal regulatorio que señalaba GARGARELLA, dando un especial énfasis al elemento de la deliberación.

Finalmente, hay que contemplar que, tras el proceso de renegociación, el nuevo acuerdo puede estar sometido a un nuevo mecanismo de participación. Sin embargo, esa renegociación tiene una serie de límites tal y como lo plantea CRIADO.

