

DEMOCRACIA Y DEBIDO PROCESO: UNA ACTUALIZACIÓN EN HOMENAJE AL MAESTRO FIX-ZAMUDIO

Arturo HOYOS*

SUMARIO: I. *La problemática cuestión de la democracia en nuestros días.* II. *Nuevamente las alternativas al debido proceso: los desarrollos recientes del proceso de la Comisión de la Verdad y la Ley de Justicia y Paz para desmovilizar a los grupos paramilitares.*

I. LA PROBLEMÁTICA CUESTIÓN DE LA DEMOCRACIA EN NUESTROS DÍAS

En 2006 publiqué la obra *Debido proceso y democracia*,¹ en la cual adopté la definición del profesor Kart Popper sobre la democracia. Ésta sería un sistema de gobierno en el que la mayoría puede mediante elecciones libres y competitivas causar un cambio de gobierno, sin derramamiento de sangre.

Mi enfoque se enmarca dentro de los que el profesor de la Universidad de Columbia de Nueva Cork, Charles Tilly, llama definición procesal de la democracia, que toma como punto de partida las elecciones libres, pero adiciona este criterio con otros elementos que lo complementan. Este autor, en una obra apenas publicada,² también entiende que al lado de ese tipo de definiciones existen las que él llama sustantivas, constitucionales y orientadas a procesos, según el énfasis que pongan en los diversos aspectos del régimen.

* Presidente del Capítulo Panameño del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

¹ México, Porrúa, 2006, introducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

² Tilly, Charles, *Democracy*, Cambridge University Press, 2007, p. 7.

En esa obra había yo avanzado algunas ideas que el tiempo tiende a confirmar: que el avance de la democracia en nuestra región trajo un fortalecimiento del Estado de derecho y específicamente del debido proceso como institución; que el debido proceso es una de las opciones, no la única, de los países que hacen una transición desde gobiernos autoritarios hacia gobiernos democráticos para lidiar con los delitos cometidos por los gobernantes dictatoriales del pasado régimen o por grupos armados que se desea insertar en el proceso político democrático, así como, también, con el futuro en democracia de los pertenecientes a partidos políticos totalitarios, aunque no hayan cometido delitos (leyes de lustración); que el terrorismo surgido desde el 2001 ha producido una erosión del debido proceso, y generado una reapertura del superado debate sobre la tortura judicial; y que el peligro para la libertad y el debido proceso en nuestro hemisferio occidental proviene ya no principalmente de las dictaduras, sino de las democracias plebiscitarias o meramente electorales, o, como yo las llamo, democracias sin Estado de derecho.

Lo cierto es que trazo una clara distinción entre el Estado de derecho y la democracia, pero señalo que para que aquélla perdure debe estar acompañada de éste, como lo demuestra la experiencia histórica.

La democracia es el gran tema de nuestro tiempo. John Dunne, profesor de Teoría política en la Universidad de Cambridge, ha señalado en una obra reciente³ que el impulso histórico del término democracia desde 1796 hasta el presente nos presenta dos elementos que debemos comprender: uno es la cuestión del destino de las instituciones políticas, consistente en la difusión de una serie de formas de gobierno ansiosas de autodescribirse como democracias y el triunfo ideológico de esta forma de gobierno sobre sus competidoras; y la difusión del término democracia, más que una cuestión terminológica, supone un intento por capturar los méritos no sólo de un grupo de instituciones políticas frente a otras, sino cualquier otro aspecto de nuestra vida en sociedad como desearíamos que estuviera organizada. Si mantenemos separados estos dos elementos, sostiene Dunn, veremos que el destino de las formas de gobierno descansará en buena medida en la capacidad de las instituciones de crear riqueza y aplicar la ley y mantener el orden, pero también en persuadir a los ciudadanos más que descansar en la coacción. La democracia como un térmi-

³ Dunne, John, *Setting the People Free: the Story of Democracy*, Londres, Atlantic Books, 2005, pp. 131 y 132.

no político moderno es “sobre todo el nombre que designa a la autoridad política ejercida solamente a través de la persuasión de la mayoría”.

Por otro lado, el politólogo francés Pierre Rosanvallon,⁴ profesor de Historia y Filosofía política del Collège de France, sostiene que:

La democracia representativa se impuso como principio en el momento en que se debilitó su funcionamiento. La caída del comunismo tocó la retirada de sus enemigos o de sus críticos más virulentos y desde entonces constituye el único horizonte reconocido del bien político. Pero aunque triunfó así como régimen, ahora se encuentra desestabilizada como en cuanto forma política. Si la democracia es definida con ligereza como la puesta en práctica de la soberanía del pueblo, hoy en día el contenido mismo de esta última parece disiparse. El avance de la globalización económica el crecimiento del papel del derecho basado en instancias de regulación no elegidas, el papel más activo del Consejo Constitucional: todas estas evoluciones convergen para socavar los objetos y los modos de expresión de la voluntad general. Mientras algunos se alegran por lo que interpretan como una muestra del progreso del Estado de derecho y de la creciente autonomía de la sociedad civil, otros se alarman ante lo que a sus ojos marca una preocupante decadencia de la voluntad general e incluso pronostican, escépticos el fin de la democracia.

La cuestión, pues, de la democracia y del Estado de derecho está en el ojo del debate que se ha atizado por el problema que ahora plantea el terrorismo.

Retomo, entonces, algunas de las ideas tratadas en *Debido proceso y democracia*.

La principal tarea de nuestro tiempo, ha sostenido el eminente politólogo Francis Fukuyama,⁵ es la construcción de Estados con instituciones fuertes, con verdadera capacidad para hacer efectivo un Estado de derecho, con respeto a los derechos fundamentales. Como sostiene Fukuyama, son

⁴ Rosanvallon, Pierre, *La democracia inconclusa*, Taurus-Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 11.

⁵ Fukuyama, Francis, *State Building. Governance and World Order in the 21st Century*, Nueva York, Cornell University Press, 2004, pp. 120 y 121. De hecho, el internacionalista Walter Russell Mead sostiene en su última obra, *Power, Terror, Peace and War*, Nueva York, Knopf, 2004, que el poder “pegajoso” de los Estados Unidos radica en sus instituciones más que en su poderío militar, lo cual puede atraer a más países hacia el sistema norteamericano que la fuerza o Hollywood aislados.

los Estados débiles o fallidos los que han presentado una amenaza al orden internacional, porque han sido una fuente de conflictos y de abusos a los derechos fundamentales, y además porque son el caldo de cultivo de una nueva clase de terrorismo que amenaza a los países desarrollados. Son los Estados los únicos capaces de desplegar la fuerza legítima y su poder es esencial para asegurar internamente el Estado de derecho. No se trata, pues, de debilitar al Estado, sino de reducir la amplitud de sus funciones, pero fortaleciendo sus instituciones que hagan posible el Estado de derecho. Aquí el debido proceso como institución es de vital importancia en esta nueva época.

Aunque a finales del siglo XX un destacado politólogo sostenía que vivíamos en una época “pos-utópica”, como la llamó Zbigniew Brzezinski,⁶ luego este mismo autor reconoció que a inicios del siglo XXI vivimos la era de la globalización.⁷ Aquella era una década de final del siglo marcada por el fracaso de las utopías que se quisieron imponer coactivamente entre ellas el fascismo y el comunismo, y en las cuales la separación de poderes, la independencia de los jueces y el debido proceso legal fueron instituciones despreciadas y condenadas “al basurero de la historia” y, por otra parte, también caracterizada por el renacimiento de nacionalismos beligerantes y xenófobos, y de viejos odios y rivalidades étnicas y religiosas. No cabe duda que tanto el comunismo soviético como el fascismo ofrecían verdaderas utopías, como lo ha puesto de manifiesto una obra de Richard Overly,⁸ en la que destaca que el primero ofreció una utopía sociológica, el de una sociedad sin clases, mientras que el segundo adelantó una utopía biológica, el de la limpieza y pureza de la raza aria.

⁶ *Out of Control. Global Turmoil on the Eve of the 21st. Century*, Nueva York, Scribner, Charles y Mcmillan, Maxwell, 1993, p. XV. También pueden consultarse dos ensayos de Isaiah Berlin, profesor de Filosofía de la Universidad de Oxford, sobre la decadencia de las ideas utópicas en el mundo occidental, sobre todo en esta parte de nuestro siglo que el autor considera como un siglo terrible para Europa, en muchos aspectos peor que la Edad Media. “The Decline of Utopian Ideas in the West” y “The Pursuit of the Ideal”, ambos en *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*, Nueva York, Knopf, 1991. El título de esta obra se inspira en una frase de Kant: “De la madera retorcida de que está hecha la humanidad no puede construirse nada recto”.

⁷ Brzezinski, Zbigniew, *The Choice*, Nueva York, Basic Books, 2004, p. 7.

⁸ *The Dictators: Hitler's Germany and Stalin's Russia*, Nueva York, W. W. Norton, 2004.

Hoy, el mismo Brzezinski tiene otras preocupaciones geopolíticas en cuanto al tema de la democracia, como lo expone en su más reciente obra.⁹ Allí sostiene que:

La idea de que la solución a los problemas que enfrenta Estados Unidos (en lo que él llama los Balcanes Globales zona que abarca desde Suez a Beijing) es la imposición acelerada de la democracia es desatinada. Históricamente la democracia, sostiene, ha emergido a través de un prolongado proceso de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales... Ese proceso entraña la aparición progresiva del Estado de derecho, y la gradual imposición de limitaciones legales y luego constitucionales sobre las estructuras de poder. En ese contexto la adopción de elecciones libres lleva progresivamente al surgimiento de un sistema de gobierno basado en nociones fundamentales de compromiso y acomodo con reglas del juego democrático respetadas por los opuestos políticos que conciben su competencia como un juego de suma cero.¹⁰

Es decir, que la ganancia de uno conlleva una pérdida igual que el otro. Agrega que cuando la democracia es impuesta en sociedades tradicionales no expuestas a esos procesos graduales lo que atiza es el conflicto violento entre extremos intolerantes y lo mejor que puede producir esa imposición es un ferviente e intolerante populismo, aparentemente democrático, pero realmente una tiranía de la mayoría.

Quizá aquella realidad “pos-utópica” de la cual hablaba a fines del siglo pasado este autor pareció difícil de aceptar en su plenitud en Latinoamérica porque, como lo ha señalado el escritor mexicano Carlos Fuentes, desde la llegada de Cristóbal Colón

El continente americano ha vivido entre el sueño y la realidad, ha vivido en divorcio entre la buena sociedad que deseamos y la sociedad imperfecta en la que realmente vivimos. Hemos persistido en la esperanza utópica porque fuimos fundados por la utopía, porque la memoria de la sociedad feliz está en el origen mismo de América, y también al final del camino, como meta y realización de nuestras esperanzas.¹¹

⁹ *Second Chance: Three Presidents and the Crisis of American Superpower*, Nueva York, Basic Books, 2007.

¹⁰ *Ibidem*, p. 155.

¹¹ *El espejo enterrado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 10.

Sin embargo, el derrumbe de las utopías totalitarias y de las formas de gobierno autoritarias fue real en nuestra región y ha ofrecido, salvo algunas variantes que empiezan a deslizarse hacia una democracia plebiscitaria o meramente electoral como la Venezuela del presidente Chávez,¹² oportunidades de consolidación de la democracia. Vivíamos lo que alguien denominó “el momento democrático”¹³ o lo que aún en nuestros días el historiador británico Timothy Garton Ash, de la Universidad de Oxford, ha llamado “nuestra edad democrática sin paralelo” en la historia.¹⁴

En ese nuevo contexto democrático, el debido proceso podía desarrollarse con mayor fuerza pero desde la irrupción en la escena mundial del terrorismo, con los terribles atentados del 11 de septiembre de 2001 y más recientemente con los execrables actos terroristas del 11 de marzo de 2004 en Madrid y de Londres el 7 de julio de 2005, esta institución ha experimentado cambios e incluso retrocesos en algunos países y aunque algunos parecen no haberlo notado¹⁵ otros de una manera más sincera y abierta, como el profesor Alan Dershowitz,¹⁶ han planteado un debate incluso sobre la admisibilidad de la tortura para prevenir actos terroristas. No es por cierto el único jurista que ha planteado el tema, pues el juez y profesor Richard Posner, de ideología contraria a la de Dershowitz, también lo hace en su última obra,¹⁷ en la que aplica el conocido análisis de costos-beneficios para determinar qué eventos catastróficos su país puede afrontar, y critica la perspectiva “cegada” de quienes se aferran al derecho constitucional y a las libertades públicas, con respecto de las cuales acepta diversas limitaciones como un necesario sacrificio para prevenir ataques terroristas y ofrece una amplia justificación de la tortura como una opción para ese fin.

Ante los terribles eventos terroristas de principios de este nuevo siglo, la reacción en algunas democracias, particularmente en los Estados Unidos de América, víctima principal de los actos de septiembre de 2001 (también

¹² Cfr. McCoy, Jennifer y Myers, David, *The Unraveling Representative Democracy in Venezuela*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2004.

¹³ Plattner, Marc, “The Democratic Moment”, *Journal of Democracy*, otoño de 1991, pp. 34-46.

¹⁴ *Free World: America, Europe and the Surprising Future of the West*, Nueva York, Random House, 2004, p. 229.

¹⁵ Cfr. Orth, John, *Due Proces of Law*, University of Kansas, 2003.

¹⁶ *Why Terrorism Works*, Yale University Press, 2002, pp.130 y ss.

¹⁷ *Catastrophe: Risk and Response*, Oxford University Press, 2004.

Gran Bretaña con los eventos de terrorismo en el sistema subterráneo de trenes en Londres en julio de 2005, el primer ministro, Tony Blair, logró en 2006 que el Parlamento aumentara el tiempo en que sospechosos de terrorismo pueden ser detenidos sin formularles cargos, pero en 2007 propuso endurecer más las leyes para combatir el terrorismo), ha sido restringir algunos aspectos del debido proceso para juzgar a las personas acusadas de actos terroristas. De particular trascendencia en este terreno es la constitución de “comisiones militares” por una orden ejecutiva del presidente Bush, 2001, modificada parcialmente en 2002, encargadas de juzgar en secreto a esas personas, sin la intervención de un jurado de conciencia, con la aceptación del testimonio de oídas, sin posibilidad de revisión judicial por tribunales ordinarios o no militares que sean independientes del Ejecutivo, con detención preventiva indefinida, y sin participación del Parlamento en la redacción de lo que evidentemente es una ley, han causado un gran debate en ese país e internacionalmente.¹⁸ Hay que destacar, sin embargo, que esos tribunales secretos tienen un antecedente en los creados en 1942 por el presidente Roosevelt para juzgar a ocho saboteadores nazis que desembarcaron en las costas norteamericanas enviados por Hitler para cometer actos terroristas en los Estados Unidos.¹⁹ Sin embargo, hace un par de años pareció percibirse una reacción judicial en los Estados Unidos de América ante los excesos de las detenciones indefinidas en la base de Guantánamo en Cuba, pues mediante varias sentencias expedidas el 28 de junio de 2004 la Corte Suprema declaró que “un estado de guerra no es un cheque en blanco para el presidente” y estimó que los detenidos en esa isla tienen el derecho de impugnar su detención ante un juez o ante otro “decisor (*decision maker*) neutral”, es decir, que deben respetarse elementos básicos del debido proceso, incluso en la guerra contra el terrorismo. Ese día se profirieron tres sentencias en los casos Hamdi, Padilla y Rasul, el de los detenidos en Guantánamo. El caso de Hamdi, ciudadano norteamericano capturado en una zona de combate en Afganistán, es interesante, pues allí la Corte sostuvo que a pesar de aquella circunstancia, “no se le había permitido hablar por

¹⁸ Cfr. “A travesty of Justice”, *New York Times*, 16 de noviembre de 2001; “Unjust, Unwise, Unamerican”, *The Economist*, 15 de julio de 2003, ambas editoriales sumamente críticas sobre estos tribunales secretos. También puede consultarse la reciente obra de Cole, David, *Enemy Aliens*, Nueva York, 2004.

¹⁹ Fisher, Louis, *Nazi Saboteurs on Trial: a Military Tribunal and American Law*, University of Kansas, 2003.

sí mismo o por intermedio de un abogado en relación a esas circunstancias”.²⁰ Todavía a finales de 2004 el diario norteamericano *The New York Times* reportaba que un informe de la Cruz Roja Internacional, basado en informes confidenciales, afirmaba que los militares de los Estados Unidos ha utilizado intencionalmente coerción psicológica y a veces física “equivalente a tortura”²¹ y además que la CIA dio a sus agentes en Irak instrucciones precisas de mantenerse alejados de los interrogatorios que efectuaban los militares en ese país en donde se sometía a los prisioneros a técnicas que rayaban con la tortura.²² Otro reportaje del mismo diario²³ describe memorandums del FBI, la Agencia Federal de Investigaciones, revelados en el curso de una demanda interpuesta por la Unión de Libertades Civiles (ACLU) en que acusa al gobierno de ser cómplice de tortura, en los cuales agentes de aquella institución, en un esfuerzo por desvincularla de los actos de los militares, describen el tratamiento otorgado por los interrogadores militares en Irak y Guantánamo, que según ellos han incluido golpizas, “estrangulamientos” y la “colocación de cigarrillos en los oídos” de los prisioneros, revelaciones que ciertamente mantienen vivo el debate, el cual a veces adquiere tonos estridentes como cuando Irene Khan, secretaria general de Amnistía Internacional calificó, en mayo de 2005, en la presentación de su informe anual, la situación de Guantánamo como el “Gulag de nuestros tiempos, oficializando la práctica de la detención arbitraria e indefinida en violación del derecho internacional”(mi traducción), según lo reportó el periódico inglés *The Guardian* el 25 de mayo de 2005. Por supuesto que esta aseveración fue enérgicamente rechazada por voceros del presidente Bush.

La legislación para juzgar secretamente a los acusados de terrorismo fue reformada en 2006 para ajustarse a lo mandado por la Corte Suprema en las sentencias citadas esta vez ya mediante una ley aprobada por el Congreso. Recientemente, según lo reporta un diario,²⁴ dos decisiones de

²⁰ Cfr. el artículo de Linda Greenhouse en el *New York Times* del 29 de junio de 2004 y los extractos de las tres sentencias que allí se publican.

²¹ Lewis, Neil A., “Red Cross Finds Detainee Abuse in Guantánamo”, *New York Times*, 30 de noviembre de 2004.

²² Jehl, Douglas, “C. I. A. Order on Detainees Shows its Role Was Curbed”, *New York Times*, 14 de diciembre de 2004.

²³ Lewis, Neil y Johnston, David, “New FBI Files Describe Abuse of Irak Inmates”, *New York Times*, 21 de diciembre de 2004.

²⁴ White, Josh, “Pentagon Terror Suspect Has Been Moved to Guatanamo”, *The Washington Post*, 7 de junio de 2007.

los jueces militares han desestimado cargos contra acusados de terrorismo en Guantánamo por faltas en la aplicación de la nueva ley, lo que quizás revele algún grado de autonomía de los jueces militares, aunque la estructura de estos tribunales y de su procedimiento dista de ajustarse a todos los elementos de un debido proceso. Todo parece indicar, sin embargo, que el gobierno de ese país continuará trasladando a algunos acusados de terrorismo a Guantánamo para su juzgamiento por las citadas comisiones militares, como lo ha hecho recientemente.²⁵

II. NUEVAMENTE LAS ALTERNATIVAS AL DEBIDO PROCESO: LOS DESARROLLOS RECIENTES DEL PROCESO DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ PARA DESMOVILIZAR A LOS GRUPOS PARAMILITARES

Tal como lo señalé en mi obra antes referida, existen democracias que emergen de gobiernos autoritarios, como es el caso de algunos gobiernos latinoamericanos, incluido el caso de Panamá después de la invasión norteamericana de 1989; racistas, como el caso de Sudáfrica, o totalitarios como los gobiernos democráticos que emergieron después de la caída del comunismo en Europa Central, que han preferido recurrir a comisiones de la verdad en vez de a procesos judiciales para enfrentar los retos de la transición y lidiar de alguna manera con los abusos de los viejos gobiernos dictatoriales. No obstante, viejas democracias, como es el caso de los Estados Unidos de América, han recurrido a este mecanismo para enfrentar ciertos problemas difíciles de resolver judicialmente. El caso de Colombia es más interesante porque combina las opciones de las comisiones de la verdad y de un debido proceso para los grupos paramilitares que pactaron con el presidente Álvaro Uribe su desmovilización en el 2005, como lo recuenta una excelente obra reciente²⁶ que hace un riguroso análisis del fenómeno no sólo paramilitar, sino de la violencia privada en Colombia.

Esta es una opción política que toman los gobernantes de una democracia en un momento dado y que reviste gran interés para nosotros por-

²⁵ Cfr. Liptak, Adam, "Tribunal System, Newly Righted, Stumbles Again", *The New York Times*, 5 de junio de 2007.

²⁶ *Los señores de la guerra: de paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*, Colombia, Planeta, 2006.

que representa una opción diversa al proceso judicial, aunque en algunos casos se ha recurrido a ambos, como es el caso de Panamá, en que primero se optó por someter a procesos judiciales a antiguos militares que cometieron abusos o delitos durante el gobierno autoritario (diversos militares habrían sido condenados a 380 años de prisión en su totalidad), pero posteriormente se constituyó una Comisión de la Verdad a principios de este siglo, la cual rindió un informe en 2003 el cual relata los eventos que llevaron a la muerte o desaparición de cerca de un centenar de personas durante el régimen militar, pero sin hacer imputaciones específicas a algunos de los posibles responsables.

En los Estados Unidos de América se aprobó en el Congreso, en 1957, una legislación sobre derechos civiles que previó la integración de la Comisión Americana sobre Derechos Civiles, encargada de investigar y luego rendir un informe al Congreso sobre todo lo referente al tema de los derechos civiles en ese país.²⁷ La Comisión visitó varios Estados del sur de la nación y concluyó en su informe que se daban frecuentes violaciones a los derechos civiles de los negros mediante su exclusión práctica de los procesos electorales de votación y encontró que también ocurrían frecuentes abusos policiales contra esa minoría racial. Ante esas imputaciones en el informe que se presentó al Congreso un grupo de policías de Luisiana presentó una demanda ante los tribunales de justicia alegando que se les había violado su derecho al debido proceso porque la Comisión mantuvo en confidencial los nombres de los testigos que comparecieron ante ella por la situación imperante y los policías sostuvieron que no se les permitió de antemano conocer las acusaciones contra ellos, ni el nombre de los testigos ni se les permitió impugnarlos o contrainterrogarlos. El caso llegó ante la Corte Suprema la que definió la controversia en 1960 (*Hannah vs. Larche*), bajo la ponencia del presidente de la Corte, Earl Warren, y sostuvo que no se había violado el debido proceso a los policías demandante porque la norma constitucional (quinta enmienda) no requería iguales procedimientos en todos los casos y que los elementos que debían asegurarse al justiciable variaban, de allí que los policías demandantes no tenían razón en sus objeciones porque la Comisión podía seguir procedimientos ajustados a la naturaleza de sus funciones.

²⁷ Levinson, Sanford, "Trials, Commissions and Investigating Committees: the Elusive Search for Norms of Due Process", *Truth vs. Justice: The Morality of Truth Commissions*, Princeton University Press, 2000, p. 212.

Es interesante resaltar que en el caso de la Comisión de la Verdad y Reconciliación constituida en 1994, en Sudáfrica, después de la caída del régimen segregacionista del Apartheid también se produjeron impugnaciones ante los tribunales de justicia con base en similares argumentos a los presentados a mediados del siglo XX en Estados Unidos y fueron resueltos en última instancia en favor de la Comisión (fallo del Tribunal de Apelaciones SA 204,234 de 1997) en el cual se reconoció el derecho de la Comisión de mantener en secreto la identidad de los testigos, aunque si ella pensaba hacer imputaciones personales, el individuo tenía derecho a ser notificado y a presentar argumentos escritos ante la Comisión.²⁸

Estas comisiones se han justificado por varias razones: en algunos contextos políticos los procesos judiciales se hacen imposibles porque la transición a la democracia se ha pactado y se produce un acuerdo entre los dictadores que entregan el poder y los demócratas, ganadores de facto, de que no se procesará judicialmente a los miembros del régimen anterior. Este fue el caso de Sudáfrica y también el de Uruguay, Argentina y Chile en los años ochenta del siglo XX, aunque en estos dos países años después de la transición se ha juzgado a gobernantes autoritarios por delitos no cubiertos por la amnistía o leyes de punto final. También se han justificado para difundir la verdad sobre actos represivos del régimen autoritario, que van de homicidios a torturas para que estos tratos aberrantes entren en la conciencia colectiva y no se repitan en el futuro. Además, se dice, los tribunales de justicia pueden tener grandes limitaciones ante grandes números de procesos, los jueces ordinarios pueden ser sobrevivientes del viejo régimen (caso de Alemania, según la obra de Ingo Muller)²⁹ o simplemente no tener la talla para hacer frente a un presidente. Finalmente, se alega que si estos ejercicios de recuperación de la dignidad de las víctimas no se hacen, pueden surgir tendencias a la venganza individual o colectiva.

La más reciente experiencia en Latinoamérica la constituye el caso de Colombia, país en el cual se instaló por el presidente Uribe, a inicios de octubre de 2005, una Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, cuyo principal desafío es, sin duda alguna, lograr una reparación a las víctimas de la violencia en Colombia. La Comisión tendrá ocho años a partir de su instalación para cumplir con las funciones que se le han asig-

²⁸ *Ibidem*, p. 229.

²⁹ *Hitler's Justice: The courts of the Third Reich*, Harvard University Press, 1991.

nado. Es interesante que la misma deberá administrar un fondo de reparación para las víctimas de la violencia, pero el monto del mismo es un poco incierto porque depende de los bienes ilegales que devuelvan los victimarios, ante todos los paramilitares, y además se constituirá con los aportes internacionales que provengan de organizaciones internacionales o de otros gobiernos. Las funciones de la Comisión, que derivan de la llamada Ley de Justicia y Paz, que pretende desmovilizar el poder paramilitar, son las siguientes: 1. garantizar a las víctimas su participación en procesos de esclarecimiento judicial y de reivindicación de sus derechos; 2. presentar un informe público sobre las razones para el surgimiento y evolución de los grupos armados ilegales; 3. hacer seguimiento y verificación de los procesos de reincorporación a la sociedad civil de los grupos armados ilegales y a las tareas que para esos efectos desarrollen las autoridades locales de Colombia; 4. presentar un informe acerca del proceso de reparación a las víctimas de la violencia; 5. coordinar la actividad de las Comisiones Regionales para la Restitución de Bienes. Según el autor Alfredo Rancel,³⁰ los grupos paramilitares en Colombia tienen cinco características que los distinguen de otros grupos armados: son contrainsurgentes, civiles, autónomos del Estado, están fuertemente por el narcotráfico y tienen estructuras organizativas de gran complejidad, lo que los hace diferentes de otros grupos paramilitares que se han visto en los conflictos bélicos de otros países de nuestra región. Esos grupos paramilitares, como queda dicho, decidieron entrar en negociaciones con el gobierno del presidente Uribe para su desmovilización como lo cual al parecer puede deberse a ciertas fatigas de guerra entre los dirigentes a pesar de que dichos grupos viven su momento de mayor fuerza, y no han sido derrotados por el Estado, pero tampoco han podido derrotar a la guerrilla colombiana y se equivocaron al creer que las políticas firmes del presidente Uribe a doblegar a las guerrillas en un corto plazo. La Ley de Justicia y Paz establece las condiciones legales para la desmovilización de los paramilitares y es un elemento importante del proceso de negociación que han sostenido con el gobierno el cual no pudo ganar la guerra, pero los grupos armados irregulares tampoco la han perdido. Según Rangel, la Ley de Justicia y Paz es la más dura que se haya aprobado en Colombia en cualquier proceso de paz, pues sus exigen-

³⁰ *El poder paramilitar*, Colombia, Planeta, 2005.

cias en términos de verdad, justicia y reparación son mucho más severas que las incluidas en las leyes que sirvieron de base para la desmovilización de los grupos guerrilleros y paramilitares a principios de la década de los noventa del siglo pasado.

Es el de Colombia un ejemplo de una opción de la democracia, distinta al estricto seguimiento del debido proceso para grupos armados a fin de lograr, por otro camino, una reparación para las víctimas de la violencia ilegal, averiguar la verdad sobre la comisión de una serie de delitos violentos para avanzar en la solución del conflicto armado colombiano y pacificar el país.

La solución colombiana, sin embargo, también implica el juzgamiento por tribunales especiales (salas de justicia y paz adscritas a tribunales ordinarios) de los líderes paramilitares quienes deben confesar la verdad de sus crímenes en una “versión libre”, pero estarían sujetos a penas reducidas. El proceso había logrado a mediados de 2007 la desmovilización de cerca de 30,000 paramilitares, de los cuales cerca de una cuarta parte enfrentarían procesos ante las salas de Justicia y Paz. Hay que tener presente la naturaleza de este fenómeno en Colombia, pues ejércitos privados que se iniciaron al servicio de los traficantes de drogas para darles protección y financiar sus luchas contra las guerrillas de las FARC terminaron ejerciendo un control político sobre partes del territorio nacional en las cuales ejercían las funciones del Estado, lograron infiltrar las instituciones y ejercer influencia notoria sobre algunos elementos de la clase política profesional. En los primeros meses de 2007 las declaraciones de algunos jefes paramilitares ante la justicia han desatado una verdadera tormenta política en Colombia que ha comprometido a congresistas, gobernadores, miembros del ejército, muchos de los cuales han perdido su libertad por su supuesta complicidad o colaboración con los paramilitares, y ha causado incluso la renuncia de la ministra de Relaciones Exteriores porque se ha dicho que miembros de su familia estaban dentro de esa extensa red de colaboración. La idea de que la verdad sobre los crímenes de los paramilitares ayudaría a la reconciliación, común a las comisiones de la verdad, a corto plazo ha traído un agravamiento de la situación política del país aunque a largo plazo quizá alcance sus cometidos.

No es fácil reconciliar la operación de las comisiones de la verdad y el debido proceso. Esto ha sido el objeto de un libro reciente de Mark Free-

man,³¹ destacado jurista internacional. Un aspecto de especial interés en esta materia es si las personas a quienes se endilgue responsabilidad individualizada por una comisión de la verdad por delitos que se le atribuyen puede tener acceso a un tribunal de justicia antes de que se publique el informe de la comisión. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado una respuesta negativa a esta cuestión en el caso *Fayed vs. Reino Unido de Gran Bretaña* (21 de septiembre de 1994) sobre la base que la potencial lesión al derecho del implicado no es de un peso superior tal que justifique la posposición indefinida del informe de la comisión lo que impediría a ésta incumplir con su función. Sin embargo, Freeman sostiene, en postura que comparto, que el afectado debe tener el derecho de acceso a la justicia a fin de que se le garantice un debido proceso después de que se publique el informe, aunque recomienda que las causales de impugnación del informe ante los tribunales sean limitadas.³²

³¹ *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.

³² *Ibidem*, p. 299.