

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO

JUSTICIA INSURGENTE EN COLOMBIA

Tesis para optar a Título de Abogado

YEISON ANDRES ROJAS LIEVANO

Director: Dr. Rosembert Ariza Santamaria

Bogotá 2008

JUSTICIA INSURGENTE EN COLOMBIA

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	5
-------------------	---

CAPÍTULO I

RESPUESTA A LA CRISIS COMO JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA

	Pág.
1. REFLEXIONES SOBRE LA JUSTICIA ESTATAL	9
1.1. Conflictos y litigios	10
1.2. Juridización y judicialización	11
1.3. Limitación al sistema judicial	12
2. NUEVO CONTEXTO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ..	12
2.1. Frente a la especialidad	12
2.2. Los recursos de la justicia	16
3. SOCIEDAD POLÍTICA Y JUSTICIA EN COLOMBIA	23
3.1. Tendencias estructurales de larga duración en Colombia	23
3.2. La coyuntura reciente: la crisis de gobernabilidad	25
3.3. Características históricas de la justicia en Colombia	28

CAPÍTULO II

PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL

1. INDEPENDENCIA JUDICIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN	36
2. INDEPENDENCIA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR	39
2.1. Procedimiento en la Justicia Penal Militar	44
a) Juicios Penales Militares	45
b) Consejo Verbal de Guerra	45
3. INDEPENDENCIA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA	51
3.1. Principio de diversidad étnica y cultural	56

3.2. Principio de dignidad humana del indígena.....	56
4. CUADRO COMPARATIVO No.1.....	58

CAPÍTULO III

PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL

1. HABEAS CORPUS	62
2. GENERALIDADES DEL PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL	63
3. EL PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL EN LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR	65
3.1. Elementos del fuero penal militar	67
a) La calidad de miembro de la Fuerza Pública del imputado ...	67
b) Que se encuentre en servicio activo	67
c) Que se trate de conductas relacionadas con el servicio	68
4. EL PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL EN LA JURISDICCIÓN INDÍGENA	69
4.1. Diferencias entre el derecho estatal y los pueblos indígenas colombianos	72
5. PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL Y EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN	77

CAPÍTULO IV

JUSTICIA GUERRILLERA EN COLOMBIA

1. JUSTICIA GUERRILLERA APLICADA EN LA POBLACIÓN CIVIL: 1964-1999	82
1.1. Primera fase de la justicia	82
a) Diferencias prácticas	84
b) La justicia comunitaria del EPL	86
1.2. Segunda fase de la justicia	87
1.3. Tercera fase de la justicia	88
2. LA JUSTICIA GUERRILLERA: UNA VIVENCIA TANGIBLE	89
3. JUSTICIA GUERRILLERA FRENTE AL SOCIALISMO	91
4. JUSTICIA GUERRILLERA UNA REALIDAD COMPLEJA	92

5. JUSTICIA GUERRILLERA CASO “EL PROFE”	93
5.1. “El Profe”	93
a) Estructura orgánica regional en el departamento de Arauca del Ejército de Liberación Nacional ELN	97
5.2. Justicia guerrillera en Arauca	98
6. CUADRO COMPARATIVO No. 2	105

CAPÍTULO V

JUSTICIA SOCIALISTA

1. REFERENTE TEÓRICO, JUSTICIA POPULAR DE LA EXPERIENCIA TEÓRICA A LA PRÁCTICA	108
2. LA JUSTICIA, EL DERECHO Y LA NORMA COMO CREADORES DE CATEGORÍAS LINGÜÍSTICAS	110
3. CONCEPTO DE PROPIEDAD SOCIALISTA	114
4. ELEMENTOS HACIA LA JUSTICIA SOCIAL	116
Conclusiones	123
Anexo N° 1. Entrevista	128
Bibliografía.....	137

INTRODUCCIÓN

Durante el desarrollo de la Carrera de Derecho y Ciencias Políticas en nuestra universidad, fue reincidente el tema de la construcción de la Justicia, sus formas y vertientes, así como el pluralismo jurídico. Al hacer un recorrido teórico e histórico logramos deshacernos de la idea de las normas naturales *per se*, y adentrarnos en el mundo de los intereses de clase y el poder.

Cuando comenzamos a reencontrarnos con las diferentes tendencias del derecho, vimos cómo la norma no puede ser vista más allá de sus contextos políticos, económicos y sociales, por lo cual encontramos en el pluralismo y en las formas alternativas de administrar justicia, una posibilidad jurídica, de hallar cambios estructurales que nos lleven a una Colombia más justa. Fue por esa razón que nos adentramos en los temas de la Justicia Socialista, Justicia Popular, Justicia Indígena, Justicia Oficial y Justicia Guerrillera, de la cual en Colombia tenemos variedad de ejemplos y posibilidades de análisis. Al introducirnos en este último tema encontramos que el ELN podría, por su historia y contexto político, brindarnos muchos ejemplos de alternatividad judicial que nos indique cómo el aparato oficial ha debido empezar a compartir sus espacios con otras formas propias de hacer justicia, que corresponde a otra clase de intereses.

En la presente Investigación encontrarán cinco capítulos diferenciados que pretenden, bajo un mismo patrón temático, abordar el tema de la Justicia Socialista. Quisimos que cada uno de ellos nos brindara algunos elementos que, al estudiarlos en su conjunto, nos permitan reconocer la posibilidad de un nuevo modelo de justicia basado en los principios de igualdad e inclusión.

El primer capítulo intenta hacer un reconocimiento teórico al tema de la justicia oficial, analizando profundamente la coyuntura reciente, la relación directa que existe entre el modelo de producción capitalista y la forma estatal de concebir

la justicia. Así mismo indica, históricamente, las tendencias estructurales de la justicia en Colombia.

El segundo capítulo pretende demostrar cómo el principio de Independencia Judicial, principio de obligatoria referencia de la actividad judicial en Colombia, es violado ya sea por las intervenciones del Ejecutivo, de la Fiscalía General de la Nación o de los superiores jerárquicos de los jueces en nuestro país.

El tercer capítulo describe el principio de Juez natural en las jurisdicciones en Colombia, realizando el análisis desde la jurisdicción oficial, pasando por la jurisdicción indígena y penal militar, tomando como punto de partida lo consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos y de la mano del instrumento de interpretación por excelencia, como lo es el bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico.

El cuarto capítulo, realizado luego de hacer un Trabajo de Campo, pretende acercarnos de forma más directa al planteamiento del problema. Allí encontramos dos tipos de estudio: el primero es la lectura teórica del tema, y el segundo, que por medio de entrevista realizada a alias ELPROFE (comandante de comisión del Ejército De Liberación Nacional, ELN) nos muestra una concepción menos académica y más práctica de la aplicación de la justicia guerrillera en el departamento de Arauca.

El quinto y último capítulo analiza, desde el punto de vista propositivo, la posibilidad de una nueva justicia basada en los principios de inclusión del modelo socialista que propenda por solucionar los problemas de la justicia oficial estudiados a lo largo de los capítulos anteriores.

Consideramos importante señalar que el contenido de este texto pretende ser descriptivo, con la intención de motivar nuevos y más profundos estudios sobre el tema, que nos permitan salir de lo puramente anecdótico para empezar no solamente a teorizar, sino acercar ese conocimiento a los estudiosos del derecho y, sobre todo, a la comunidad en general.

CAPÍTULO I

RESPUESTA A LA CRISIS COMO JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA

Para iniciar nuestro estudio, como propuesta de una nueva alternativa en materia de justicia, es necesario, en primer lugar, indicar que las nuevas propuestas tienen auge en una determinada situación de crisis de lo que se quiere cambiar, para efectos de nuestra investigación, una profunda crisis en la administración de justicia que remueve cada uno de los ejes del sistema: el aparato jurisdiccional y el sistema jurídico.

En el aparato jurisdiccional la crisis se manifiesta en su insuficiencia estructural para atender toda la conflictividad: se congestionan los tribunales, los procesos se hacen cada vez más lentos, el nivel de acceso a la justicia es precario y la impunidad se incrementa. En cuanto al sistema jurídico, la crisis se manifiesta, entre otras razones, en la insuficiencia del derecho para resolver muchos de los conflictos y el tratamiento excluyente de la normatividad. La ilegitimidad del aparato judicial y el sistema jurídico estatal se manifiesta en una creciente tendencia al uso de mecanismos ajenos a ellos en el manejo de la conflictividad, como por ejemplo el uso de jueces de paz, conciliadores en equidad y todos aquellos mecanismos que el Estado denomina vías para la descongestión judicial, lo que nos indica que ésta, la justicia comunitaria, siempre será vista en segundo plano, porque existirá una justicia estatal que llamaremos principal, lenta, con intereses de clase, y por otro lado una justicia comunitaria, que emerge realmente de la comunidad, que tiene toda la legitimidad del caso, pero que el Estado relega a un segundo plano y le da tratamiento de justicia para pobres. Todo esto para no hablar de la otra justicia, aquella justicia para ricos, los tribunales de arbitramento, a los cuales solo se puede llegar si se pertenece a cierta clase social y se cuenta con muy buenos y altos ingresos.

La crisis no solo se refleja en materia local. En materia internacional el Estado cede importantes porciones de soberanía a poderes transnacionales, como ocurre por ejemplo con organizaciones multilaterales, entiéndase por esto el

FMI, el BM y la OMC, quienes exigen mediante resoluciones, recomendaciones y estadísticas que la legislación colombiana se adecue a sus intereses. De igual forma el Estado se somete a otros Estados, como sucede con la certificación norteamericana a otros países, que tiene un carácter casi de obligatorio acatamiento por parte de Colombia, y lo mismo sucede con las empresas multinacionales, donde se les brindan regímenes de maquila o de zonas francas.

Lo crítico del sistema se refleja también en que el aparato judicial estatal se concentra en el manejo de cierto tipo de conflictos, en los cuales despliega con la mayor eficacia el potencial de su discurso jurídico, su poderosa capacidad operativa y la fuerza coercitiva de que dispone. Esto se ve claramente en la aplicación de justicia en los casos de guerrilleros extraditables, donde la celeridad reina y se enarbolan banderas de eficacia y eficiencia judicial; en capturas en flagrancia, en materia penal, donde se hace alarde de celeridad y lucha contra la impunidad, dejando a un lado delitos como peculado, que hoy se encuentran estancados con el nuevo sistema, ¿por qué? Porque el Estado protege intereses de clase, de la clase dominante. El estado despliega toda su fuerza en los procesos que le interesan para mantenerse y demostrar una imagen ilusoria de eficacia, pero deja a un lado otros intereses, los intereses de los de abajo, brindándole conciliaciones, jueces de paz que, ante la misma justicia, carecen de relevancia y esto es sabido por todos, que un juez ordinario no le respeta el carácter de título ejecutivo a un acta de conciliación en equidad, y nosotros como practicantes de consultorio jurídico somos fieles testigos de esta situación.

El análisis nos orienta acerca que el Estado tiende a concentrarse en aquellos temas y conflictos directamente relacionados con las necesidades de acumulación capitalista, mientras tolera, promueve o reconoce mecanismos de justicia no estatal, a los cuales les otorga un cierto valor jurídico ante el derecho estatal en asuntos que se consideran periféricos o intrascendentes para la acumulación capitalista. En tales casos el Estado se limita a controlar que esos mecanismos no desborden el orden político y no desestabilicen de ninguna forma su hegemonía, como es el caso de la justicia comunitaria.

Se trata, entonces, de una lucha verdadera no solo por reconocimientos, como sucedió hace un tiempo, donde se logró protección y reconocimiento puramente simbólico sobre asuntos de la mayor importancia para amplios sectores de la sociedad. Se trata de lograr un modelo incluyente, gratuito, que corresponda no con la estructura del pensamiento capitalista sino a una nueva propuesta que acuñe los principios de una sociedad justa, igualitaria, conforme a un pensamiento social equitativo. La propuesta hoy la estamos elaborando desde el socialismo como respuesta a la crisis por entender que este sistema reúne todos aquellos principios.

1. REFLEXIONES SOBRE LA JUSTICIA ESTATAL

La definición que se hace del contexto de administración de justicia tiene dos características centrales que deben considerarse aquí: de un lado, el monopolio de la administración de justicia por parte del Estado y, del otro, su definición como una función subalterna a la legislación. Ello supone que la administración de justicia, por la definición que se hace desde el ejemplo, se reduce a la gestión de un cierto tipo de conflictos y a ciertos procedimientos mediante los cuales se tramita.

Actualmente se puede sostener que existe una tendencia al desarrollo de prácticas de administración de justicia que no caben dentro de ese paradigma, y esas nuevas situaciones se explican, en buena medida, por los procesos de transformación que está viviendo el sistema de administración de justicia, procesos que se pueden agrupar en tres campos: los que tienen que ver con la forma en la que se relacionan entre sí los escenarios de regulación en la administración de justicia, los que relacionan las dinámicas de judicialización frente a las de juridización, y los que se generan en procesos sociales de individualización¹.

Frente al escenario de la ciudadanía, debe decirse que parece haber encontrado su límite tanto en contenido como en extensión. La dinámica de

¹ ARDILA AMAYA, EDGAR. *La Justicia comunitaria en la nueva etapa de la administración de justicia: ¿Respuesta a la crisis o reorganización de un campo de gestión social?* Bogotá, 2005.

atribución de derechos a los ciudadanos parece haber concluido con las experiencias particulares de Estado de bienestar. Al contrario, buena parte de las dinámicas políticas contemporáneas se explica a partir de los éxitos de tendencias que buscan reducir el ámbito de los derechos que corresponden a los ciudadanos. El proceso de expansión de los sujetos a los que se atribuye la condición de ciudadanía se detuvo y tiende a reducirse a través de dinámicas diversas como la marginalización de amplios sectores de la sociedad, del amparo estatal de los derechos y de la exclusión de los derechos ciudadanos a sectores crecientes de la población.

El sobrevenido desamparo estatal a amplios sectores de la sociedad genera una situación que trae como consecuencia la pérdida de la institucionalidad en la gestión de los conflictos, y cada vez se hace más difícil reconocer las normas que son aplicables a las conductas de las personas. Sin embargo, la necesidad de dotarse de reglas y de instrumentos de gestión de la conflictividad, hace que en este escenario se propicie el surgimiento, más o menos exitoso, de dinámicas de regulación y manejo de las controversias que propician la expansión del escenario de pluralismo jurídico, en la medida en que tales dinámicas de regulación se establecen.

El escenario de pluralidad jurídica también crece de manera directa en el escenario de ciudadanía, en la medida en que el ámbito de la regulación estatal se reduce, propiciando el desarrollo de ámbitos de relación más o menos autónomos frente a las reglas del derecho estatal.

1.1. CONFLICTOS Y LITIGIOS

Está claro que en el sistema moderno de administración de justicia hay una diferencia entre los dos conceptos. El concepto de litigio es más limitado que el de conflicto, y está comprendido por éste, que el litigio es un tipo de conflicto que cuenta con regulación por parte del sistema jurídico, lo cual significa que mientras hay una parte de los conflictos que no puede recibir tratamiento jurídico, hay otra parte que, aunque pueda recibirlo, no podrá dar plena cuenta del conflicto.

1.2. JURIDIZACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN

Se denomina juridización al proceso mediante el cual un cierto tipo de conflicto, considerado previamente extrajurídico, ingresa al campo jurídico estatal, en la medida en que alguno de los intereses que pueden pugnar en él entra a contar con el amparo del derecho. Se entiende por judicialización el proceso mediante el cual los conflictos que cuentan con regulación por parte del derecho estatal entran a ser manejados por los procedimientos previstos por esa normatividad ante las instancias judiciales. Entre uno y otro proceso se presume que debe haber proporcionalidad, ya que necesariamente una parte de los conflictos que entran a ser regulados por el aparato estatal puede reclamar tratamiento judicial en algún momento. Entonces, frente a la ampliación de la cobertura del derecho sobre la conflictividad, se hace necesaria una ampliación de la cobertura judicial, lo implicaría, en la medida que crece el ámbito del derecho estatal en la regulación de los conflictos, que creciera la capacidad de actuación judicial a fin de mantener un equilibrio relativo entre las dos dinámicas. Pero este equilibrio ha sido muy difícil de sostener, y una parte de los conflictos que reclaman actuación judicial no encuentra la respuesta en el aparato estatal².

1.3. LIMITACIÓN AL SISTEMA JUDICIAL

Otro problema es que el sistema judicial se ve tendencialmente limitado para gestionar de manera cualitativamente aceptable la conflictividad. Es claro que el sistema judicial no puede dar tratamiento integral a los conflictos. Si el litigio es igual que el conflicto, el aparato judicial es eficiente para resolver el conflicto, pero si el conflicto es sensiblemente mayor que el litigio, el aparato judicial no lo puede resolver, situación reconocible en los últimos siglos. Lo que cambia en la actual época es que hay una fuerte tendencia a que el sistema jurisdiccional estatal ya no pueda contar de manera tácita con la actuación de los otros órdenes sociales y la acción de instituciones extrajurídicas en el tratamiento de los mismos, y ello es así por el hecho de que se vienen

² ARDILA AMAYA EDGAR. *La justicia comunitaria en la nueva etapa de la administración de justicia: ¿Respuesta a la crisis o reorganización de un campo de gestión social?* Bogotá, 2005.

dilatando las más profundas dinámicas de regulación. Entonces la actuación estatal, de cara a los conflictos, se presenta desnuda de importantes elementos que complementan las actuaciones judiciales viabilizándolas y legitimándolas³.

2. NUEVO CONTEXTO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

2.1. FRENTE A LA ESPACIALIDAD

El momento actual está marcado por una profunda transformación de la espacialidad política y jurídica de la sociedad. Los nuevos escenarios se caracterizan por una tendencia hacia la reducción de la capacidad del Estado para actuar de manera efectiva sobre una creciente área de la conflictividad. La administración de justicia pareciera estar cambiando de manos. Nuevos actores irrumpen, en tanto los –otrora– viejos reaparecen remozados en el nuevo escenario. Las dinámicas sociales son cada vez menos articuladas en el espacio nacional, dándose como contrapartida un desplazamiento del poder y la producción del derecho hacia un nivel planetario, de un lado, y hacia los espacios locales, de otro.

Podemos decir, entonces, que los cambios en la espacialidad se resumen en dos tendencias: la globalización⁴ y la localización⁵. El espacio nacional de regulación se retrae de cara a dinámicas en las que entran a primar factores mundiales y locales de producción del poder. Hay procesos de regulación y gestión de la conflictividad, de carácter transnacional, junto a dinámicas que se presentan en los países, que cobran cada vez mayor importancia a expensas del espacio estatal. Tanto en lo global como en lo local se están rompiendo las dinámicas de soberanía nacional; el Estado cada vez tiene menos capacidad de monopolizar la administración de justicia. Correlativamente, la seguridad jurídica que ofrece el aparato judicial tiende a reducirse en su ámbito. Se ofrece seguridad jurídica respecto de cierto tipo de comportamientos sociales y sobre ciertos terrenos.

³ ARDILA AMAYA, EDGAR. Ob. cit.

⁴ BOAVENTURA DE SOUSA, SANTOS. *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, Bogotá, 2002.

⁵ *Ibídem*.

Los cambios en la espacialidad del poder se manifiestan en todos los países de Occidente como una profunda crisis en la administración de justicia que remueve cada uno de los ejes del sistema: el aparato jurisdiccional y el sistema jurídico. En el aparato jurisdiccional la crisis se manifiesta en su insuficiencia estructural para atender toda la conflictividad: se congestionan los tribunales, los procesos se hacen cada vez más lentos y la impunidad se incrementa. En cuanto al sistema jurídico, la crisis se manifiesta en la insuficiencia del derecho para resolver muchos de los conflictos. Debido a esa crisis, muchos de los asuntos tienden a ser tratados por el régimen como asuntos extrajurídicos. La ilegitimidad del aparato judicial y el sistema jurídico estatal se manifiesta en una creciente tendencia al uso de mecanismos ajenos a ellos en el manejo de la conflictividad. En esas condiciones, la reducción de la administración de justicia al aparato judicial estatal, y del derecho al del Estado, sería ir en contra de las evidencias y ya no se podría sostener con el más mínimo asomo de realidad.

En la nueva época el sistema judicial parece tender a cambiar de modelo. Ahora estamos en una etapa en la que parecieran converger dos necesidades contrapuestas: la globalización y la recuperación de lo local. En medio de la tensión derivada, la rama judicial tiende a ser desplazada como agente monopolístico, o al menos privilegiado, en la tarea de la producción de la verdad jurídica, por otras instancias del propio aparato estatal como el sector administrativo o las autoridades policiales. También se da un proceso de desplazamiento de las entidades comunitarias que ahora han encontrado formas de engranarse con el aparato estatal, por ejemplo, consultorios jurídicos de diferentes universidades, centros de conciliación, casas de justicia, entre otras. Más allá de una reforma en el ámbito de las competencias, el Estado está replanteando su declarado monopolio en la administración de justicia, y parece conformarse con una reducida centralidad, dejando que otros actores intervengan en el manejo de la conflictividad. En consecuencia, el aparato judicial restringe de manera ostensible las materias sobre las que actúa. En el ámbito penal, por ejemplo, el aparato de justicia estatal tiende a presentarse como una herramienta policíaca que se concentra principalmente en la persecución de ciertos delitos. Como correlato, vienen ganado espacio actores

infra y *supra* estatales que intervienen en la gestión de los conflictos de diferentes maneras, y que tienden a reducir la importancia del Estado en el manejo de los conflictos.

En tal sentido, podríamos decir que el aparato judicial no se está retirando, sino que, usando la terminología bélica, ante la pérdida del control de los terrenos ocupados, está replegándose para reagrupar sus fuerzas y concentrarse en objetivos más controlables. Ese repliegue corresponde a dinámicas tanto de carácter externo como de índole interna, lo que lleva a que se den de manera simultánea tres tipos de tendencias en cuanto al papel del Estado:

- El Estado cede importantes porciones de soberanía a poderes transnacionales, como ocurre con organizaciones multilaterales (OMC, BM, FMI), o con otros Estados (certificación norteamericana a otros países), o con empresas multinacionales (regímenes de maquila o de zonas francas).
- El Estado otorga reconocimiento jurídico a la actuación de mecanismos de justicia no estatales dentro de su territorio, en dinámicas que se conocen como de informalización, descentralización y alternatividad judicial.
- El aparato judicial estatal se concentra en el manejo de cierto tipo de conflictos en los cuales despliega, con la mayor eficacia, el potencial de su discurso jurídico, su poderosa capacidad operativa y la fuerza coercitiva de que dispone⁶.

Frente al segundo punto es preciso indicar que la administración de justicia, por parte de actores externos al aparato estatal, se viabiliza a partir de dos tipos de reformas legales: las que instituyen y posibilitan que, bajo control estatal, se desarrollen mecanismos de manejo de conflictos por fuera del aparato. Para el efecto, se establecen reglamentaciones muy versátiles que promueven el establecimiento de instancias “privadas” que ofrecen servicios de mediación, conciliación o arbitramento. Son empresas de servicios, asociaciones

⁶ ARDILA AMAYA, EDGAR. Ob. cit.

profesionales, dependencias universitarias, fundaciones e, incluso, dependencia de organizaciones sociales que actúan en la conflictividad cotidiana bajo la tutela del aparato estatal, medidas que van desde la permisividad administrativa hasta el reconocimiento constitucional de los mecanismos de manejo de conflictos existentes, principalmente en comunidades establecidas.

En tales casos, el Estado da vía libre para que los mecanismos de justicia propios de las comunidades actúen sobre sus conflictos a través de sus procedimientos y bajo sus criterios de decisión, pero se reserva el derecho de intervenir en ellos. Tal intervención se justificaría cuando, a su juicio, los mecanismos desborden los límites que el Estado les ha impuesto al permitirles actuar.

En el ámbito interno puede llegar a predicarse un mayor nivel relativo de protagonismo del Estado, ya que los Estados controlan los escenarios de toma de decisión en cuanto a las políticas judiciales internas, con mucha mayor realidad en los países centrales que en los periféricos.

Frente al tercer punto es preciso indicar, siguiendo al autor BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, quien nos orienta acerca que el Estado tiende a concentrarse en aquellos temas y conflictos directamente relacionados con las necesidades de acumulación capitalista, que varían de un país a otro, mientras se dirige a tolerar, promover o reconocer mecanismos de justicia no estatal, a los cuales les asigna valor jurídico ante el derecho estatal en asuntos que se consideran periféricos para la acumulación capitalista. El Estado, en tales casos, se limita a controlar que esos mecanismos no desborden el orden político.

El trabajo mencionado se refiere al Estado y no a la administración de justicia. Es necesario decir que, como lo hemos planteado a lo largo de este texto, los profundos cambios que sufren la administración de justicia y el derecho no se limitan a aquellos que se promueven en el Estado. Más bien, tenemos que sostener que es el propio Estado el que, a tono con una onda intensamente

transformadora de las relaciones de poder y regulación, viene cambiando sus modos de relacionarse con las dinámicas de administración de justicia.

Si partimos de considerar la globalización como el proceso proclive a la expansión de los ámbitos de las relaciones sociales hacia un nivel planetario, podemos identificar como parte de ella una tendencia en la cual el ámbito de regulación y dominación del poder y del derecho trasciende los límites del territorio nacional hacia dimensiones mundiales o, al menos, transnacionales. La globalización es un proceso complejo y un juego de lineamientos diversos. Para acercarnos a ella desde la perspectiva de la administración de justicia, podemos valernos de los conceptos propuestos por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS.

El autor portugués distingue cuatro tendencias en la globalización: el localismo globalizado, el globalismo localizado, el cosmopolitismo y la herencia común de la humanidad⁷. El primero se define con el posicionamiento exitoso de un proceso local como global y, en consecuencia, la condena de los demás procesos similares a la cual se adecuan las condiciones locales, desestructurándose y reestructurándose, a los imperativos globales. El cosmopolitismo se ve como la posibilidad de que diferentes actores nacionales y locales, estatales y no gubernamentales, se articulen para identificar sus intereses comunes y proponerlos como escenario de interacción global. La herencia común de la humanidad se define como el conjunto de relaciones sociales que son globales por sí mismas, como el medio ambiente o la biodiversidad⁸.

2.2. LOS RECURSOS DE LA JUSTICIA

Se habla de crisis de la administración de justicia como insuficiencia de recursos judiciales frente a las necesidades que surgen de la conflictividad que se pretende atender. En tal caso, pareciera que los análisis se centran en los efectos –el hecho de que el aparato judicial está desbordado por la

⁷ BOAVENTURA DE SOUSA, SANTOS. *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá. ILSA, 2002.

⁸ BOAVENTURA DE SOUSA, SANTOS. Ob. cit.

conflictividad— para derivar cambios que tienden a reducir los costos jurisdiccionales dentro de estrategias generales que se definen como de reducción del gasto público. Conviene detenerse un momento en las determinantes de esta tendencia. Desde nuestro punto de vista, la situación de crisis que hoy se enfrenta, pasa en buena medida por una disminución en la participación relativa que tienen ciertos sectores estatales, y en particular el judicial, en la distribución de los bienes y servicios socialmente producidos, algo que necesariamente remite a la manera como se reparte el ingreso entre Estado, capital y trabajo. Lo que ha pasado en la época reciente es que el capital ha ido desplazando al Estado como factor regulador de la distribución de la riqueza. Al mismo tiempo, también se ha ido quedando con una parte creciente del ingreso y ha desplazado parte de sus costos, tanto al Estado como al trabajo.

Sobre esta base tiene que relativizarse la afirmación de que estamos en una época de mayor pobreza, y ello es cierto, en tanto hay más gente pobre que hace unas décadas. El mundo se ha enriquecido en conjunto. Hoy el mundo tiene un ingreso mayor que hace veinte años o que hace diez; el mundo ha crecido en ingreso, pero hay mucha más pobreza, y esta situación en buena medida se explica por el hecho de que una parte creciente de la riqueza es apropiada por el capital, mientras los trabajadores tienden a reducir sus ingresos y ciertos sectores del Estado tienden a contraerse. El aparato judicial entra en esa dinámica. Los costos de la administración de justicia que cubre el Estado tienden a ser replanteados y se empiezan a mirar alternativas que permitan recortar rubros y así quitarle onerosidad a la atención de una zona amplia de la conflictividad.

Otro aspecto a considerar se relaciona con los rumbos que viene tomando la distribución geopolítica de la riqueza, que provoca un aceleramiento en la tendencia de un empobrecimiento de la periferia, en la medida en que se incrementan los niveles de concentración de la riqueza en el centro. Así, en la actualidad, la distancia entre los países ricos y los pobres, en cuanto a acceso a bienes y servicios, se ha incrementado escalonadamente a partir de los años setenta. Finalmente, es necesario tener en cuenta la manera como se

distribuye la riqueza entre los sectores capitales que participan en los procesos económicos. Si en la época clásica el factor determinante fue la producción en la cual el que se quedaba con la menor parte de la riqueza era el productor industrial, en la época actual los que se quedan con la riqueza son los que manejan la información, la parte financiera y los que poseen y gestionan la propiedad intelectual. Con el tiempo, los procesos económicos van cambiando el sector capitalista en el que se concentra la riqueza, hoy en día la propiedad intelectual define el poder económico más importante. La propiedad de la tierra y de las máquinas han pasado a un segundo lugar.

Desde allí puede entenderse en parte el empobrecimiento de un país como Colombia. Estamos en la periferia geopolítica y por fuera del círculo central en casi todos los ciclos económicos. Esta doble condición de periferia trae como consecuencia una reducción relativa del ingreso del Estado: de un lado, porque se bajan los aportes del capital debido a que, al recibir ingresos menores, el capital periférico tributa menos, pero además porque los impuestos al capital se bajan para favorecer que el sector central se aproxime a nuestro país. Se hace necesario que el Estado le sea menos costoso al capital, y eso exige que nuestra administración de justicia sea menos onerosa o, al menos, más rentable para él. Se tienen que buscar alternativas que posibiliten que esta reducción en el gasto se dé con las mínimas condiciones para garantizar el orden público.

Resulta pertinente, para efectos de alcanzar profundidad en nuestro trabajo de grado, desarrollar la idea del capitalismo y la justicia en el sentido de indicar que el capitalismo no ha sido siempre el mismo. Actualmente se considera que han existido fases o etapas relativamente diferenciables por las que ha transitado la organización social capitalista. Cada fase ha estructurado formas específicas de acumulación, de regulación económica de intervención del Estado en maneras diversas, mecanismos distintos de reproducción de la fuerza de trabajo y, al mismo tiempo, formas específicas de regulación jurídica.

En relación con el derecho y la justicia, podemos decir que han sido distintas sus formas de organización de acuerdo con las etapas por las que ha

transitado el capital. En la fase del capitalismo organizado o época del capitalismo fordista (1974) el Estado, el derecho y la justicia tuvieron expresiones muy distintas a las de la época del capitalismo liberal leseferista e, igualmente, en la nueva alborada del capital, que para muchos es considerada como la fase del capitalismo posfordista. De esta manera, podemos afirmar que para cada etapa del capitalismo han sido formas particulares de expresión del derecho y la justicia, de tal modo que se adecuen con las diversas modalidades de las relaciones de producción capitalista.

Dentro de la fase del capitalismo organizado, el Estado benefactor comanda la racionalización y formalización de la sociedad a través del sistema legal y la justicia, cuyas características más importantes serían:

- La organización de una burocracia estructurada a partir de una racionalidad instrumental orientada por el criterio ambivalente del servicio público y la racionalización paulatina de las funciones estatales.
- El desarrollo, constitución y reglamentación de las organizaciones de trabajadores de carácter estrictamente gremial. Así mismo, la reglamentación y universalización de los mecanismos de representación y participación política (por ejemplo, la universalización del sufragio), mediante la organización del sistema político de partidos.
- La construcción de la ciudadanía que pasa necesariamente por la reestructuración de las normas de consumo. La esfera de lo social pierde cada vez más sus posibilidades de dotarse de una organicidad privada para subordinarse a la lógica de lo público.
- La provisión, organización y reglamentación de los sistemas educativos, de salud y de vivienda, como una injerencia en las políticas de ordenamiento del territorio a través de las políticas de planificación urbana.

Estas transformaciones entre el individuo, el mercado y el Estado transfiguran la racionalidad del derecho privado y la justicia, que pasan a subordinarse a la lógica del derecho público.

Podríamos decir que, dentro del capitalismo liberal leseferista, la justicia se basa mayormente en el principio de equidad y de la justicia conmutativa, al velar más por la preponderancia del derecho privado y la justicia del contrato. Posteriormente, bajo la lógica del Estado benefactor, el derecho y la justicia pasan a operar bajo la lógica del derecho público y la justicia redistributiva. Esta última pretende ayudar a los desvalidos del sistema social que se han visto en condiciones de desigualdad social, política y económica debido a los procesos de concentración y centralización del capital⁹.

La denominada crisis de gobernabilidad, asociada con los procesos de desobediencia civil, la heterogeneidad cultural y jurídica, parecen inaugurar un nuevo proceso de organización social para efectos del manejo y redireccionalización de los conflictos. Las nuevas formas de la administración por objetivos, del enriquecimiento de las tareas, de la autonomía parcial en la toma de decisiones, del fortalecimiento del colectivo de trabajadores, entre otras, parecen señalar un camino de profundas transformaciones en lo que se refiere a la planeación de las políticas de gestión social, que no sólo vienen operando dentro del mundo de las fábricas. Estas transformaciones igualmente vienen impulsándose en la gestión pública y en sus relaciones con la sociedad civil. La sociedad fordista, que organizó en su seno al Estado benefactor viene encontrando sus límites en los excesos de centralización y escala de su organización productiva, lo que no significa que el radio de operación de la producción requiera disminuir. Por el contrario, es precisamente por la redimensión del área de influencia de la producción que se impone la revisión de los procedimientos relacionados tanto con la ejecución como con la gestión del proceso laboral. El camino emprendido parece dirigirse hacia una macro regulación descentralizadora como una nueva modalidad de la regulación global. Es un intento de fundar un neocorporativismo generalizado que implica tanto el reconocimiento de los actores participantes en la toma de decisiones de su propia existencia, como el compromiso con la concertación recíproca entre los diferentes actores estatales y no estatales¹⁰.

⁹ RODRÍGUEZ M., JOSÉ EDUARDO. *La justicia comunitaria y nuevo orden social: tendencias contemporáneas sobre el derecho y la teoría de la justicia*. Bogotá, 2005.

¹⁰ RODRÍGUEZ M., JOSÉ EDUARDO. Ob. cit.

Ahora bien, tratándose de la nueva fase posfordista, podríamos presentar como universales algunos principios de la justicia redistributiva, pero teniendo en cuenta la diversidad cultural del tejido social y, de manera sintética, las principales transformaciones por las que ha venido atravesando el derecho y la justicia, esto es:

- “Un acelerado proceso de obsolescencia del derecho privado con particulares efectos dentro de la esfera del derecho civil.
- “Una ampliación de la juridización de las relaciones sociales, al incorporar cada vez más la esfera del consumo dentro de la esfera de la reproducción ampliada del capital.
- “Un dinamismo creciente del derecho público a través del desarrollo del derecho administrativo.
- “Un proceso de transformación de las dinámicas de legitimación del derecho y la justicia, que tienden a conjugar e interrelacionar en una sola esfera los aspectos tanto de contenido como de forma. Es decir, la producción del derecho y la justicia pretenden adquirir una causalidad científico-técnica como instancia legitimadora. El pensamiento científico se abre un espacio importante en su papel de fuente del derecho, creando potencialmente un conflicto entre la legalidad y la legitimidad del sistema jurídico. La racionalidad científico-técnica que van adquiriendo el derecho y la justicia pretende recuperar la naturaleza neutral e inmanente de éstos dentro de las relaciones sociales. El derecho y la justicia pretenden reconstruirse como instrumento neutral de regulación social”¹¹.

De manera general, podemos decir que el derecho y la justicia de la nueva fase de acumulación capitalista se caracterizan muy globalmente por la

¹¹ RODRÍGUEZ M., JOSÉ EDUARDO. Ob. cit.

interiorización de una serie de principios que regulan su transformación, a saber:

- La democratización de la justicia a través del principio de participación.
- La descentralización de la justicia y su administración con la creación de nuevas jurisdicciones, y la desterritorialización de la misma sin tener en cuenta la división político-administrativa.
- La flexibilización de la justicia.
- La internacionalización de la justicia a través de la creación de tribunales internacionales, como en el caso de los derechos humanos o la Convención de Viena para el tráfico de drogas.
- El fortalecimiento de los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC), a través de las políticas de descentralización como forma de regulación y control del Estado sobre los nuevos movimientos sociales, especialmente mediante el reconocimiento del derecho de las comunidades y organizaciones populares a usar y disponer de parte de los recursos públicos en la implementación de los planes y programas de desarrollo.
- Una pérdida permanente de la importancia, dinamismo o significación del derecho interno de los países.
- Un papel cada vez más preponderante del derecho internacional sobre nuevas bases. Es decir, aquel que tiende a homogeneizar el espacio del derecho y la justicia reconociendo el derecho interno de los grupos, organizaciones y comunidades, más que la pretendida preponderancia del derecho estatal-nacional. Se reconoce la autonomía y autodeterminación de las comunidades como momento esencial para la validación del derecho y la justicia.

3. SOCIEDAD POLÍTICA Y JUSTICIA EN COLOMBIA

Para abordar adecuadamente el tema de la justicia oficial en Colombia, tenemos que enfocarnos, como primera medida, en el contexto socio político en el cual opera.

Para el desarrollo del presente tema, es necesario entender algunas de las tendencias estructurales de larga duración en la sociedad colombiana, para entonces explicar la coyuntura reciente expresada en la crisis de gobernabilidad y luego precisar algunas características históricas de la justicia en Colombia¹².

3.1. ALGUNAS TENDENCIAS ESTRUCTURALES DE LARGA DURACIÓN EN LA SOCIEDAD COLOMBIANA

Colombia, al contrario que el resto de los países de América del Sur, ha gozado de estabilidad en su sistema político e institucional, como nos lo ratifica ALAIN ROUQUIE (1984) al decirnos que *“el sistema bipartidista colombiano gozó a lo largo del siglo XX de una continuidad constitucional poco corriente en este continente”*¹³.

Esta estabilidad política estuvo acompañada de una gran estabilidad económica, bajo los parámetros del capitalismo latinoamericano, por lo cual, en momentos de mayor expansión económica en el continente, la tasa de crecimiento del PIB no ha sido elevada en exceso, pero de esta misma manera las recesiones no han sido muy fuertes.

Podríamos pensar que la estabilidad política y económica ha dado paso a una mayor democratización de la sociedad colombiana, pero en realidad no ha sido de esta manera sino que, por el contrario, ha propiciado desarrollo de la

¹² UPRIMNY RODRIGO, RODRÍGUEZ CESAR, GARCÍA MAURICIO. *Entre el protagonismo y la ruina: Análisis socio jurídico de la justicia en Colombia*. En: Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización. Coord. Por: Héctor Fix-Fierro, Lawrence M. Friedman, Rogelio Pérez Perdomo. México. 2003.

¹³ ROUQUIE, ALAN. *El Estado Militar en América Latina*. Bogotá. Siglo XXI, 1984.

exclusión y dominio de la oligarquía más fuerte que en los otros países de la región.

Esta estabilidad tampoco se ha representado en pacificación de las relaciones sociales; más bien la violencia y los conflictos armados han sido frecuentes.

En Colombia se han combinado la ausencia de militarismo, estabilidad política y económica, persistencia de desigualdad y pobreza, conflictos armados y violencia. Además de todo esto, también hemos visto la existencia de un Estado precario de perfil bajo a diferencia de los otros países de la región en los cuales se ha manifestado el fenómeno del sobredesarrollo de las estructuras estatales.

Debido a la poca intervención del Estado en los asuntos sociales y la falta de modernización política, este no ha podido diferenciarse de los intereses de los grupos dominantes y mucho menos presentarse como mediador de los conflictos sociales, ya que no representa intereses generales, sino más bien particulares. Por ello, según TOURAINE, *“la debilidad estatal en Colombia es extrema, al punto que la idea misma de Estado parece ausente, pues, debido a la larga hegemonía oligárquica”*¹⁴.

De la misma manera, los movimientos sociales en Colombia han mostrado una gran debilidad que al parecer se ha manifestado por la capacidad del bipartidismo para coartar los movimientos populares. El papel del bipartidismo en el encuadramiento de las clases subalternas fue central, además de que impidió la formación de un Estado moderno capaz de mediar los conflictos sociales.

La burguesía colombiana no necesitó del Estado para ratificar su dominio, a diferencia de otros países de América Latina, y sustrajo la defensa de sus

¹⁴ TOURAINE, ALAIN. *La parole et le sang. politique et societe en Amerique Latine*. Paris. Odile Jacob, 1988.

intereses de los conflictos partidistas. Esto quiere decir que la política partidista no fue el mecanismo para la burguesía para hacer valer sus intereses¹⁵.

Entonces, ¿cómo entender la confluencia de estabilidad política e institucional con un Estado débil y precario? Esto lo explican claramente los profesores RODRIGO UPRIMNY, CESAR RODRÍGUEZ y MAURICIO GARCÍA VILLEGAS en su trabajo diciéndonos: “Tres elementos confluyen entonces para explicar simultáneamente la estabilidad institucional colombiana y la precaria constitución de un Estado nacional: de un lado, efectivos, aunque descentralizados, mecanismos de control de la población, representados de manera paradigmática en la institucionalización del bipartidismo entre finales de los años cincuenta y principios de los años setenta bajo el llamado Frente Nacional; de otro lado, una gran homogeneidad social de las clases dominantes, a pesar de su división partidista; finalmente, unos mecanismos de entendimiento entre los agentes dominantes, en los cuales el Estado –como poder independiente y autónomo– juega un rol mínimo. Esto permite que la existencia de un Estado precario –en cuanto directamente influido y controlado por los intereses privados de los agentes dominantes– no se acompañe de una inestabilidad política grande, siempre y cuando se mantengan los marcos de entendimiento entre los sectores dominantes y la lealtad de las clases subalternas”¹⁶.

3.2. LA COYUNTURA RECIENTE: LA CRISIS DE GOBERNABILIDAD

La estabilidad política e institucional que ha caracterizado a Colombia, a diferencia de los otros países de la región, se ha visto afectada desde finales de los años setenta por múltiples factores, entre los que podemos encontrar el debilitamiento del poder ideológico de la Iglesia Católica y de la sumisión y lealtad de la población a los partidos tradicionales. Así, también, la urbanización y la escolarización debilitaron la eficacia de los mecanismos de dominación utilizados sobre la población.

¹⁵ UPRIMNY, RODRIGO. RODRÍGUEZ, CESAR. GARCÍA MAURICIO. Ob. cit.

¹⁶ *Ibídem*.

También a finales de los años setenta fueron entregadas atribuciones al aparato militar, lo cual les dio cierta autonomía en cuanto al manejo del orden público, lo que provocó fragmentación del poder, y por ende del régimen político. En efecto, una de las razones por las cuales se mantuvo durante un periodo realmente considerable la estabilidad política fue la *“repartición del Estado entre agentes dominantes”* en el conocido periodo del Frente Nacional que inició en 1958¹⁷, que buscaba atenuar la confrontación entre los factores de poder repartiéndose entre sí el Estado por parcelas, de la siguiente manera: *“la administración pública a los partidos liberal y conservador, la economía, a los gremios empresariales en forma diferenciada según su peso y el orden público a los militares”*¹⁸. De esta manera se produjo un fraccionamiento cada vez mayor del poder estatal.

Por otro lado, para los años ochenta y noventa los grupos guerrilleros cobraron auge (a diferencia de los años setenta, donde se presentó un reflujo en cuanto a su operatividad), como consecuencia del fenómeno llamado la “guerra sucia”, que consiste en el “resurgimiento” de grupos paramilitares financiados por sectores de terratenientes y narcotraficantes, acompañado también del apoyo brindado por sectores del Ejército Nacional y de los gobiernos de turno, con el único objetivo de exterminar por completo la oposición al régimen y cometiendo de esta manera toda clase de crímenes en contra de la población civil, entre los cuales se encuentran asesinatos selectivos a líderes políticos, sociales y sindicales, además de masacres efectuadas en comunidades campesinas, cometiendo graves atentados en contra del goce de los derechos humanos. Por lo anterior, la justicia guerrillera cobra legitimación en los sectores menos favorecidos de la población colombiana, principalmente en zonas rurales, en defensa de sus intereses y como mecanismo de retaliación a las constates masacres paramilitares, efectuadas en lugares olvidados por el Estado colombiano. De esta manera el Estado demuestra su debilidad, puesto que desde siempre ha sido imposible para él monopolizar el ejercicio de la fuerza, y más ahora con la acción de grupos ilegales, unos de talla insurgente actuando

¹⁷ GALLÓN, GUSTAVO. *La arbitrariedad medida*. Bogotá. Mimeo, 1989.

¹⁸ UPRIMNY, RODRIGO. RODRÍGUEZ, CESAR. GARCÍA MAURICIO. Ob. cit.

directamente en contra de éste, y otros (los paramilitares) en apoyo a los intereses del Estado con el único propósito de sostener su poder de coacción sobre la población civil y aniquilar cualquier forma de oposición.

Seguido de lo anterior, el contexto internacional da un giro llevando a Colombia a insertarse en la dinámica mundial, manifestándose internamente en la modificación del modelo colombiano, por medio de políticas de desarrollo de corte neoliberal, motivado por la fuerte presión de la globalización capitalista. Estos cambios son respaldados e impulsados por el gobierno de Barco (1986-1990) y consolidados por el de Gaviria (1990-1994), sin hablar, claro está, del apoyo incondicional del gobierno de Andrés Pastrana y Álvaro Uribe Vélez a las políticas neoliberales, quienes continúan con el legado, dando así más fuerza a la clase económicamente dominante de Colombia.

Por otro lado, en las últimas décadas, el intervencionismo de los Estados Unidos sobre Colombia ha tomado fuerza, cubriéndose con intereses falsos como son la lucha contra las drogas y la criminalidad organizada, lo que impulsa a los Estados Unidos a replantear sus relaciones con Sur América, consolidando políticas como el Plan Colombia y el Plan Patriota (en el caso de Colombia), con el único y verdadero fin de intervenir en el conflicto social y político interno para favorecer a grandes transnacionales del petróleo y del carbón, y además de esto facilitar la privatización de empresas estatales principalmente en los sectores de la educación, la salud y las comunicaciones, y por otro lado proteger un pequeño sector de terratenientes empeñados en el desarrollo agroindustrial y ganadero, y principalmente apoderarse de grandes riquezas de la amazonía.

Además de esto, la ingerencia norteamericana en Colombia busca amedrentar los pueblos de América Latina y reposicionarse geoestratégicamente en la región, ante la pérdida de dominio en pueblos como Venezuela, Ecuador, Perú,

Bolivia, Brasil y Argentina, derivados del descontento popular a causa de la implementación de sus políticas neoliberales¹⁹.

Todos estos aspectos han provocado en Colombia el incremento de la inestabilidad institucional y económica, por lo cual el país, desde los años ochenta, atraviesa por una fuerte crisis de gobernabilidad. A esto se le han buscado distintas alternativas, desde la negociación con un sector de la insurgencia hasta la implementación de políticas de control autoritario, dando con estas ilimitadas facultades a la fuerza pública (Policía y Ejército Nacional), lo que ha afectado en gran manera el goce de los derechos humanos.

3.3. CARACTERÍSTICAS HISTÓRICAS DE LA JUSTICIA EN COLOMBIA

Los intentos por reformar el sistema judicial colombiano comienzan a mediados de los años setenta sin éxito, pero en la segunda parte de los años ochenta comienzan a tomar forma los procesos de transformación, esto es, en el gobierno de Barco (1986-1990), y se concentran dentro de la administración de Gaviria (1990-1994) no solo como consecuencia de la expedición de la Constitución Política de 1991, sino también debido a innovaciones procesales introducidas por medio de decretos originados en el poder ejecutivo y fundados en la declaratoria de estados de excepción constitucional²⁰. A mediados de la década de los ochenta se aceleraron los cambios en materia de justicia, por lo cual haremos un breve resumen de la situación de la rama judicial en la época.

Principalmente, y a grandes rasgos, son dos las manifestaciones que muestran la situación de la justicia colombiana a mediados de la década de los ochenta. La primera es la autonomía e independencia orgánica y la dependencia administrativa de la rama judicial, esto quiere decir que la rama contaba con independencia orgánica absoluta, pero al mismo tiempo con dependencia total del ejecutivo, en su nivel administrativo y financiero.

¹⁹ MATTA, LUIS ALBERTO. "El Plan Colombia: Desafío neoliberal contra América Latina. Foro alternativo contra la globalización y el neoliberalismo. El Otro Davos". En: *Revista Rebelión*, 31 de enero de 2001.

²⁰ GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá, Universidad de Los Andes, 1993.

El poder judicial contaba con independencia y autonomía orgánicas absolutas, desde el plebiscito de 1957, ya que desde allí los integrantes de las altas cortes eran elegidos por la misma entidad, se presentaba un caso de cooptación²¹. Los magistrados del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia designaban los magistrados de los tribunales y estos, a su vez, a los jueces, de manera que no existía ninguna clase de intervención de la rama ejecutiva o de la clase política para la conformación de la rama; era un caso de autonomía e independencia absoluta casi único en el mundo²².

Ahora es necesario saber de qué manera se llegó a un punto tal de autonomía e independencia de la rama judicial, lo que no tuvo que ver en lo absoluto con ningún tipo de presión del activismo político, ni tampoco de los jueces, y mucho menos de grupos sociales en defensa del Estado de derecho. En realidad esto fue obra de la llamada Junta Militar de 1957, ya que los partidos políticos en sus negociaciones no previeron nada referente a la rama judicial, puesto que para esta época tenía gran influencia de la clase política y no era necesario un cambio para la defensa de sus intereses. Dado lo anterior, la Junta Militar propuso que se añadiera al texto un artículo que consagrara que los magistrados de la Corte Suprema eran vitalicios y de elección por la misma Corte (cooptación). Según la Junta Militar esto era necesario para la independencia y autonomía de la rama judicial, con el poder ejecutivo, legislativo y la clase política.

Ahora bien, los verdaderos intereses de la Junta Militar, obviamente, no consistían en brindar al país una independencia judicial notable, sino más bien, evitar un probable juicio en su contra, por el apoyo a la dictadura de Rojas Pinilla, ya que los magistrados de la época eran elegidos por el Congreso, por lo cual tenían gran influencia de los partidos políticos y estos podían motivar un juicio en contra de la Junta Militar. Para esto la Junta Militar motiva la propuesta agregando que los primeros magistrados tenían que ser elegidos por la Junta,

²¹ Artículo 12 del plebiscito de 1957 y los artículos 156-158 de la Constitución derogada.

²² UPRIMNY, RODRIGO. RODRÍGUEZ, CESAR. GARCÍA, MAURICIO. Ob. cit.

salvándose así de cualquier ofensiva en su contra por parte de la clase política. De esta manera los militares dieron al país una absoluta autonomía e independencia judicial orgánica, sin siquiera pensarlo, ya que no era éste el verdadero propósito de la Junta Militar, por lo que no es extraño que la rama judicial estuviera subordinada presupuestamente al poder ejecutivo por medio del Fondo Rotatorio de justicia adscrito a éste, lo que se debió a que no se pensó en la autonomía e independencia judicial, sino en la defensa de los intereses de la Junta Militar. La independencia orgánica absoluta de la rama generó un gran inconveniente, el cual fue la consolidación de una élite judicial, ya que los magistrados de las altas cortes controlaban el nombramiento de los magistrados de los tribunales, y estos a su vez la de los jueces²³.

La segunda manifestación que nos muestra la situación de la rama judicial, para la época, es la persistencia del estado de excepción y el impacto que este tuvo en la justicia. A partir de 1949 hasta la Constitución de 1991, el país se encontró en un permanente estado de excepción constitucional. De esos 42 años, más de 32 transcurrieron en estas condiciones. La permanente injerencia del ejecutivo en la legislación condujo a la rama judicial a continuos cambios de normatividad, basados en la política criminal de cada gobierno, por lo que se vieron manifestados con más fuerza en el área penal.

El estado de sitio permite a su vez la creación de delitos para el control del orden público, estableciendo medidas en contra de la libertad de expresión, de circulación, de reunión, además de restricciones a las libertades sindicales y sobre todo la detención y juicio de sindicalistas y opositores políticos, por medio de tribunales militares, con pocos visos de imparcialidad.

Al ser el ejecutivo quien dicta las directrices de la rama judicial, por medio de la legislación excepcional, lleva a ésta a la defensa de su política criminal y la inclina al desarrollo del área penal, desestimando así las otras áreas de la justicia, necesarias para resolver conflictos sociales de gran envergadura. De esta manera es reprimida cualquier clase de oposición política, como sucedió

²³ UPRIMNY, RODRIGO. RODRÍGUEZ, CESAR. GARCÍA, MAURICIO. Ob. cit.

por ejemplo con la aplicación del estatuto antiterrorista a huelgas o pedreas estudiantiles, el cual fue presentado en un principio como instrumento para combatir la criminalidad organizada²⁴.

La insistencia en los estados de excepción constitucional y la permanencia de grupos armados en el territorio nacional se ha manifestado poco a poco en la formación de pluralismo jurídico. Dentro de la justicia estatal encontramos dos tipos de orientaciones con respecto a la aplicación de la justicia: el primero es la aplicación de un derecho ordinario, dirigido a regular las contradicciones sociales que no ponen en peligro el *statu quo*; este no sale de las garantías constitucionales, y el segundo es reducido a una “legalidad marcial” aplicado a opositores políticos, con el fin de coartar cualquier clase de reivindicación de los sectores populares; este sale en muchas ocasiones de las garantías constitucionales, desconociendo derechos políticos y sindicales.

Ahora bien, fuera de la justicia aplicada por el Estado, existen otras formas de justicia ejercida por parte de grupos insurgentes como los son las FARC-EP y el ELN, en zonas determinadas del país, en donde tienen un control casi absoluto sobre las relaciones sociales, entre las cuales podemos encontrar el departamento de Arauca, marcado en su historia por la presencia de grupos insurgentes y en donde la población ha decidido confiar más en la justicia guerrillera que en la justicia proporcionada por el Estado u oficial. Este caso lo analizaremos de manera más profunda posteriormente. Podemos encontrar también la justicia ejercida por parte de los grupos paramilitares que, en coordinación con la fuerza pública, administran justicia a su modo en favor del Estado y lejos de llevar a cabo un procedimiento justo.

Es necesario mencionar que desde los años setenta se producen varias manifestaciones de independencia política de la judicatura, que parecía ser efecto tanto de la autonomía orgánica como de la fuerte conciencia reivindicativa de los funcionarios de la rama, frente al ejecutivo. De esta

²⁴ UPRIMNY, RODRIGO. RODRÍGUEZ, CESAR. GARCÍA, MAURICIO. Ob. cit.

manera algunos funcionarios judiciales se agruparon en ASONAL JUDICIAL, una organización gremial independiente de los partidos²⁵.

Creemos pertinente y de alta relevancia profundizar acerca del tema de la Independencia Judicial, a fin de lograr una comprensión lo más completa posible del tema que abordamos en nuestro trabajo de grado, lo que realizaremos tomando como base lo escrito por el Doctor GERMÁN BURGOS, informes presentados por ASONAL JUDICIAL, entre otros documentos de vital importancia. De igual forma analizaremos *El principio de Independencia Judicial* en tres clases de jurisdicciones, a saber: jurisdicción estatal ordinaria, jurisdicción penal militar y jurisdicción indígena.

Cualquier análisis que se haga sobre *El principio de Independencia Judicial* sería incompleto de no incluirse modularmente el estudio de un principio rector de la actividad judicial como lo es el principio de juez natural, estudio que realizaremos en el siguiente capítulo, el cual abordaremos desde el punto de vista jurídico y constituye la columna vertebral de nuestro trabajo de grado ya que, de omitirse, todo análisis político que deseemos realizar de la administración de justicia, sus vertientes y una posible propuesta de justicia socialista no tendría ningún fundamento y quedaría aislado de su base fundante en nuestro Estado de derecho.

²⁵ UPRIMNY, RODRIGO. RODRÍGUEZ, CESAR. GARCÍA, MAURICIO. Ob. cit.

CAPÍTULO II

PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL

“Una de las tres facultades y funciones primordiales del Estado (junto con el poder ejecutivo y el poder legislativo)”. Según la tradicional doctrina de la separación de poderes (formulada por CHARLES-LOUIS DE MONTESQUIEU y GOTTFRIED WILHELM LEIBNIZ), la expresión poder judicial designa el complejo institucional (integrado por jueces y magistrados fundamentalmente) al que se otorga la potestad de administrar justicia en un Estado. Ni MONTESQUIEU ni LEIBNIZ dedicaron mayor atención a analizar las implicaciones que tal conceptualización presentaba. Dieron por supuesto que los procedimientos establecidos para la selección de sus componentes eran suficiente garantía frente a la posible injerencia de los otros poderes. En *El espíritu de las leyes* (1748) se llega a afirmar que el poder judicial es, en realidad, un poder nulo. El desarrollo del moderno Derecho Constitucional, que intenta dar respuesta a los conflictos, problemas y necesidades que los distintos pueblos y naciones han presentado en su devenir histórico, ha mostrado claramente que tal parecer no era acertado. Cada vez más el poder judicial se configura como un poder. La necesidad de interpretar la ley no ha reducido a los jueces a meros aplicadores de silogismos jurídicos, sino que los ha convertido en creadores del derecho. En los Estados democráticos más desarrollados el poder judicial, a través de sus resoluciones de constitucionalidad y de su acción jurisdiccional ordinaria, ha generado un complejo entramado que condiciona y orienta las acciones de gobierno y legislativa, de modo que cada vez se habla más de la necesidad de coordinación de los distintos poderes del Estado que de su separación.

Lo que caracteriza al poder judicial es la potestad jurisdiccional, entendida ésta como la capacidad de resolver litigios y todo tipo de procesos (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado). En el plano práctico esto se traduce en las siguientes funciones: a) ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular; b) someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la ley; c) controlar la legalidad de la actuación administrativa, y d) ofrecer a todas

las personas la tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e interés legítimos.

Para el desempeño de las funciones que actualmente y en los Estados democráticos más avanzados tiene asignadas el poder judicial, ha sido necesario que una serie de principios lo configuren. Estos principios básicos configuradores son:

“A) **Sumisión del juez a la Constitución y a la ley.** Este principio es consecuencia directa de la teoría de separación de poderes propia del Estado de Derecho. El juez está sometido a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, con absoluto respeto al principio de jerarquía normativa.

”B) **Independencia judicial.** Debe ser entendida como independencia ante los otros poderes del Estado y como independencia frente a los demás órganos jurisdiccionales y frente a sus propios órganos de gobierno. Clásicamente se distinguen dos aspectos de la independencia: la orgánica y la funcional. La primera hace referencia a la inamovilidad de los jueces frente al poder ejecutivo (salvo en los casos previstos por ley) y al autogobierno de la institución. La segunda dice de la independencia del acto de juzgar.

”C) **Responsabilidad judicial.** Este principio se ha desarrollado de forma reciente en algunos de sus aspectos y su presencia en los ordenamientos jurídicos sólo aparece en los Estados más avanzados. Habla de la responsabilidad penal (la primera en aparecer), civil y disciplinaria (la más reciente). Tratan de fijar en qué condiciones los jueces son responsables penal, civil o disciplinariamente en algunas de las funciones que les son propias.

”D) **Exclusividad y unidad de la jurisdicción.** Estos principios, que tienen su origen en la teoría de la separación de poderes, no son independientes entre sí, sino que mantienen una íntima conexión. Por exclusividad se entiende que ningún otro poder del Estado, ni ninguna otra institución, puede ejercer

funciones jurisdiccionales y, por ello, la potestad jurisdiccional reside en un único cuerpo de jueces y magistrados”²⁶.

La independencia es ante todo un medio para un conjunto amplio de fines. Su objetivo inmediato es permitir el imperio de la ley y su aplicación de manera imparcial a los casos concretos. Sólo si las órdenes y decisiones producidas por un juez se realizan al margen de la intervención indebida del gobierno, las partes o los actores sociales, se puede garantizar que solo se aplicará la ley y que tal aplicación será en principio neutral. La defensa de la Constitución es el segundo objetivo normativo de la independencia judicial. Los jueces y las cortes deben contar con un nivel adecuado de independencia, a fin de poder declarar inconstitucionales aquellas leyes o decretos que, producidos por el ejecutivo o el legislativo, riñan con la norma superior. Para cumplir este objetivo se deben reconocer constitucionalmente de manera específica poderes de revisión judicial, los cuales son una expresión de la independencia. Finalmente, la independencia judicial es un medio dirigido a permitir una mejor garantía de los derechos humanos. Se asume que un juez, al margen de presiones indebidas de los poderes públicos o de determinados actores poderosos, aplicará la ley donde se garantiza el marco de derechos, aun en contra de los agentes gubernamentales o de actores estratégicos en una sociedad.

Se está poniendo en tela de juicio la posibilidad de contar con una de las condiciones básicas para la existencia de una justicia imparcial, defensora del Estado de derecho y garante, en última instancia, de los derechos frente a los abusos públicos o privados. Los problemas en torno a la limitada independencia judicial expresan uno de los rasgos dominantes de la estructura institucional colombiana, y por lo tanto constituyen una constante histórica de nuestra historia republicana²⁷.

²⁶ Introducción al estudio del derecho. Teoría del derecho. Ramas Jurídicas. Normas. Jurisprudencia en México. División de Poderes. Administración pública. Delitos. Proceso Mexicano (<http://www.apuntesjuridicos.com/contenidos2/introduccion-al-estudio-del-derecho.html>)

²⁷ BURGOS, GERMÁN. *La independencia judicial en inseguridad antidemocrática*. Bogotá. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA. Mimeo.

A nivel del sistema universal de protección, son varios los instrumentos que garantizan la independencia de la función judicial. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.1, declara que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. ***Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley,*** en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”.

La Convención Americana de Derechos Humanos²⁸ tiene como Preámbulo: “*el propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*”.

Dentro del texto de la Convención, podemos encontrar lo siguiente respecto a la independencia Judicial:

Artículo 8. “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, **por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial,** establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de cualquier otro carácter*”.

En el artículo 29 la Convención prohíbe la interpretación de cualquiera de sus disposiciones en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

1. INDEPENDENCIA JUDICIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Ahora bien, partiendo de la legislación nacional y de la realidad que se encuentra cada día en Colombia en cada estrado judicial, es conveniente

²⁸ Convención Americana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, artículo 8, N° 8.

referirnos primero que todo a nuestra Constitución Política, que en el Capítulo Primero del Título Octavo, artículo 228, dice: “La administración de Justicia es una función pública. Sus decisiones son independientes...”. Al parecer constitucionalmente se habla del principio de independencia judicial en general.

La Fiscalía General de la Nación, entidad a que se refiere el mismo ordenamiento en su artículo 249, inciso final, al decir: “... *La fiscalía general de la nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal*”, en cuanto a este punto, se entiende, por los significados de independencia y autonomía, que se da aplicación a lo dispuesto en el artículo 228 de la misma norma.

El mayor de los inconvenientes que se presenta en materia de Independencia Judicial en la Fiscalía, es la falta de permanencia en un cargo y con unas funciones determinadas de los fiscales, es decir, no hay una estabilidad laboral en este organismo de investigación. De los aproximadamente 25.000 funcionarios que hacen parte de la Fiscalía General de la Nación, solo 7.000 se encuentran en carrera judicial, situación que incide de manera negativa en su estabilidad en los cargos, siendo a su vez fuente para presiones indebidas y quebrantamiento del derecho a ser investigado por tribunales independientes e imparciales. A pesar de que desde el año 2002 la Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos viene haciendo recomendaciones en el sentido de instar al Fiscal General de la Nación a presentar un proyecto de ley sobre carrera para funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación, dicha acción no se ha producido, a pesar de que una decisión judicial, en el marco de una acción de cumplimiento conocida por el Consejo de Estado con ponencia del magistrado Carlos Mario Isaza, le otorgó al Fiscal General el plazo de un año para implementarla²⁹.

En los últimos dos años el fiscal Orlando Pacheco ha sido impropriamente destituido y Los Fiscales Isaías Hincapié de Cartagena, Elsidia Molina de Cúcuta y Jorge Abelardo Duica, de Medellín están siendo

²⁹ BURGOS, GERMÁN. *Independencia judicial en Colombia: ¿Obstáculo para la seguridad democrática?* En: *Actualidad Colombiana*. N° 376.

investigados por prevaricato ante denuncias de sus superiores, por haber tomado decisiones que, sujetas a la ley, contrariaban determinadas políticas en materia de seguridad. Como se ha visto, con mayor énfasis en los últimos meses, esta situación además de vulnerar los derechos laborales de los servidores de la Fiscalía, ha permitido que el Fiscal General desconozca principios esenciales del Estado de derecho, como la doble instancia, la presunción de inocencia y el debido proceso, al destituir o reemplazar funcionarios delegados en todo el país, que han tomado decisiones judiciales que no son de su agrado o que no concuerdan con la posición del ejecutivo o de las Fuerzas Militares. En todos estos casos se cuestionó, por el poder ejecutivo o el Fiscal General de la Nación, el contenido de decisiones judiciales que, sujetas al marco legal vigente, no se correspondían con las políticas económicas y de seguridad del actual gobierno. Lo que se pone en juego en estos eventos es el principio de independencia judicial, que está en la base de una mejor garantía de los derechos humanos y del desempeño mismo del régimen democrático³⁰.

Como resultado de la intervención de los superiores en las decisiones de los inferiores, incluso hasta el punto de llegar a tratar de alterar su pensamiento, nos vemos avocados constantemente a situaciones en las que por una interpretación contradictoria sobre las decisiones tomadas, o tal vez por cuestión de “favorabilidad”, los funcionarios se ven avocados a situaciones como las que se describen a continuación, que son encontradas comúnmente en las comunicaciones que ASONAL JUDICIAL emite a sus miembros, para que estos se enteren de lo que ocurre en el medio, en el que día a día tratan de hacer lo mejor por el país:

ELCIDA MOLINA. Fiscal delegada ante el tribunal de Cúcuta, cometió supuestamente prevaricato por acción, al dejar en libertad a un empleado de la Fiscalía (Técnico judicial) al revocar la resolución que resolvía la situación jurídica de éste y otros implicados que, en primera instancia, había sido proferida. Estuvo con detención domiciliaria durante 11 meses. En sentencia

³⁰ BURGOS, GERMÁN. Ob. cit.

emitida por la Corte Suprema de Justicia el día 25 de agosto de 2004 fue absuelta de estos cargos. Pendiente otra investigación, sindicada de prevaricato por acción al ordenar la entrega de un automotor y ordenar la preclusión al tenedor. Hasta la fecha no ha sido calificada su actuación. Vale la pena resaltar que las investigaciones son coincidentes en el tiempo.

LEDY DEL CARMEN PARADA. Fiscal seccional delegada ante la Unidad de Reacción Inmediata “URI” de la ciudad de Cúcuta, judicializada por prevaricato por acción al haber dejado en libertad a los ocupantes de avionetas colombiana y venezolana.

CARLOS ARTURO ARÉVALO. Fiscal delegado ante el tribunal de Cúcuta, sindicado de prevaricato por acción al precluir la investigación contra un periodista de la ciudad de Cúcuta, quien había sido denunciado por un senador de la República de Norte de Santander por injuria y calumnia. Se encuentra actualmente con detención domiciliaria, en espera de que se señale fecha para su audiencia.

ORLANDO RAFAEL PACHECO CARRASCAL. Fiscal 16 delegado ante el Tribunal Superior de Sincelejo (Sucre), en razón a que el Fiscal General de la Nación no estuvo de acuerdo con la decisión tomada en ejercicio de sus funciones como Fiscal de Segunda Instancia, en un proceso por rebelión. Dejó en libertad a 128 personas privadas de ella en un operativo que se conoce popularmente como detención masiva. Sindicado de prevaricato, oído en indagatoria, resuelta su situación jurídica imponiendo medida de aseguramiento sustituida por detención domiciliaria, previa caución de tres salarios mínimos legales, decisión que no ha quedado en firme por cuanto fue interpuesto el recurso de reposición. Declarado insubsistente³¹.

Por lo anteriormente dicho, encontrado en las fuentes que hemos consultado, concluimos que la Fiscalía General de la Nación, como ente investigador y acusador tiene una independencia, a la que se puede tildar con abierta claridad “De papel”.

³¹ Asonal Judicial. Octubre de 2004.

2. INDEPENDENCIA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

Una concepción estrecha del proceso penal militar y una prohibición infundada consistía en que los profesionales del derecho no podían actuar en los juicios penales militares, lo que llevó a consagrar dentro del Código de Justicia Penal Militar de 1958 la imposibilidad de que los abogados titulados actuaran en los Consejos de Guerra Verbales si no habían desempeñado el cargo de Magistrados o Fiscales del Tribunal Superior Militar por más de tres años.

Con la Constitución Política de 1991 y la Ley 583 de 2000 entró a fugar la defensa técnica por abogados titulados, a excepción de aquellos que en práctica con tarjeta provisional pueden hacerlo, pero solo en la etapa de instrucción.

Sin discusión, se podría aceptar que un oficial entiende a la perfección lo que es un delito militar como el abandono del puesto, irrespeto al superior, etc. El oficial puede conocer a fondo la razón para que esas conductas humanas sean erigidas en delitos, y pueden entender mejor el comportamiento adoptado por el militar o miembro de la Policía sindicado. Se acepta esto como cierto. Pero, ¿qué decir de un homicidio, de las lesiones personales, del secuestro o cualquier otra infracción no clasificable como delito típicamente militar? Se necesita el argumento jurídico antes que buena voluntad, el análisis probatorio y el conocimiento jurídico antes que un buen discurso. Afortunadamente el art. 29 de la Carta Política exige para todo proceso, sin excepción alguna, la presencia de una defensa técnica, la cual ha sido una exigencia de nuestra jurisprudencia constitucional en diferentes fallos (verse, por ejemplo, la Sentencia C-037 de 1996 sobre la Ley 270 o Estatutaria de la Administración de Justicia)³².

³² CHINCHILLA H., TULIO ELÍ. "Conceptos fundamentales de derecho constitucional". En: *Revista Ciencias Humanas*. N° 14. Medellín. Universidad de Medellín, 1990, pp. 31, 32, 33.

Los actos judiciales, para que tengan validez, sean observados y nazcan con efectos a la vida jurídica, deben tener como presupuesto esencial el estar ajustados a las exigencias que la Constitución y las Leyes demandan.

Cuando un acto judicial o una providencia adolecen de inobservancia del debido proceso por determinadas formalidades, pueden ocurrir que sean revocadas o acusadas de nulas, todo lo cual, además de constituir un descuido reprochable del funcionario que lo dictó, viene a ser un factor perturbador de la correcta marcha del órgano jurisdiccional del poder público que se traduce en inconstitucional por morosidad y perjuicios notorios para los sindicatos, al tiempo que se hace nugatoria la misión ejemplarizante de la pena, pues con juicios prolongados innecesariamente cunde la inseguridad y hace carrera la sensación de impunidad ante un conglomerado que quiere ver solucionados con rapidez los problemas planteados en el proceso penal: inocencia o responsabilidad del sindicado, existencia o inexistencia del delito, sanción de los responsables, cuestiones estas en que están interesados no solo las partes, sino también, como queda dicho, la sociedad, porque de la correcta administración de justicia depende en grado sumo la seguridad del núcleo social en que el delito se agota³³.

Desde su inicio, el proceso penal militar no cumple con todas las exigencias constitucionales y legales, que en el sistema democrático colombiano implican las garantías al debido proceso de los inculcados y una independencia absoluta de los jueces y fiscales con respecto al poder legislativo y ejecutivo.

La Ley 522 de 1999 incluye de nuevo los fiscales para la justicia castrense en su articulado (260 al 262).

³³ VALENCIA VILLA, ALEJANDRO. "Ordenanzas para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de la guardia colombiana. La legislación militar colombiana ante el derecho de gentes". En: *Revista de las Fuerzas Armadas*. Enero-Febrero-Marzo. Vol. XLV. N° 134. Bogotá, D.E., 1994.

Con pocas variaciones, las causales de nulidad del Derecho Penal Militar son las mismas del Derecho Penal ordinario (C. de P.P., arts. 305 a 308), de tal suerte que si el error procedimental en que se incurre en un juicio se halla previsto en las normas citadas, es procedente decretar la nulidad de lo actuado, pero si dicho error o vicio no está expresamente establecido en dichas normas, entonces la nulidad no puede decretarse.

Existen algunas irregularidades que, a pesar de constituir inobservancia de normas legales, no constituyen nulidad de lo actuado:

- Omitir el funcionario de instrucción el nombre de la oficina, el lugar y la fecha en el auto cabeza de proceso.
- No firmar el defensor el acta de la audiencia pública o del Consejo de Guerra Verbal.
- Tampoco es causal de nulidad la falta de firma de un jurado de un Consejo de Guerra Verbal en el acta de audiencias porque, al igual que en el caso anterior, lo que la Ley quiere no es que los jueces firmen el resumen de lo ocurrido en la audiencia (acta), sino que asistan a ella.

No puede pasarse por alto que el acta de un Consejo de Guerra Verbal viene a ser un documento (ni siquiera una providencia) facturado *a posteriori* de la tramitación jurídica del juicio. Filosóficamente el acta no es un presupuesto de la existencia del juicio sino una consecuencia de él, y en estas condiciones, una falla en el acta solo puede afectarla a ella; Jamás el proceso, cuando éste se ha incoado, tramitado y finiquitado con todas las formalidades legales y constitucionales reguladoras del proceso penal en nuestro país.

Lo anterior muestra cómo, en ocasiones, se incurre en inobservancia o informalidades, sin que por ello lo actuado sea susceptible de anulación. Esas

inobservancias, desde luego, ocurren con frecuencia y deben evitarse en procura de hacer más rápida y eficaz la administración de justicia.

La organización de la Justicia Penal Militar, o ejercicio de esta jurisdicción, se manifiesta en el artículo 263 del Código punitivo castrense.

El ejercicio de dicha función se hace en forma permanente por la Corte Suprema de Justicia, por el Tribunal Superior Militar, por los Jueces de Primera Instancia y por los Jueces de Instrucción Penal Militar.

A la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, corresponde la revisión de los fallos proferidos por la Justicia Penal Militar (artículo 234) del Código Penal Militar.

El Tribunal Superior Militar es la única entidad, dentro de nuestra organización penal militar, que revisa en segunda instancia las actuaciones judiciales de los diferentes jueces militares.

Para iniciar el proceso, para facilitar la labor que debe cumplir el Ministerio Público en el proceso penal militar, y para hacer efectiva la tarea disciplinaria y de control que deben ejercer los superiores jerárquicos sobre los sindicados, el Código Penal Militar, en su artículo 464, tipifica la forma de hacerlo.

Esta norma debe ser modificada en el Código en cuanto a las personas que se da aviso. En efecto, el aviso se da a las Procuradurías delegadas que corresponda según el proceso sea contra miembros de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional. Además, si el sumario es contra un miembro de la Policía Nacional, no se avisa al Director General de la Institución, sino al

Inspector General, funcionario éste que en el campo penal militar tiene algunas funciones de vigilancia y cuya legalidad debería ser objeto de revisión³⁴.

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo al artículo 315 del C. de P.P., al iniciarse investigación debe darse aviso a la unidad de Fiscalía correspondiente, lo mismo que al darse suspensión de la investigación previa (artículo 326) y resolución inhibitoria por parte de la Fiscalía (artículo 327) y no cesar procedimiento sin concepto fiscal, como lo mencionaba el artículo 316 del C.P.M anterior. La Ley 522 en su articulado (71 a 94) ni siquiera describe ésta figura jurídica³⁵.

La falta de aviso por parte del funcionario instructor acarrea sanciones, y se justifica tal sanción porque si el Ministerio Público representa los intereses de la sociedad, y si quienes lo integran deben buscar la sanción de los responsables y la defensa de los inocentes (C. de P.P., art. 131), pedir la práctica de las pruebas necesarias e intervenir en las diligencias y actuaciones del proceso, entonces la ley debe facilitar el ejercicio de esas atribuciones haciéndole saber o poniendo en conocimiento de dicho Ministerio, la iniciación de todas las investigaciones penales.

2.1. PROCEDIMIENTOS EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR

a) Juicios Penales Militares

Dos clases de juicios o procedimientos contempla la Ley Penal Militar colombiana para fallar los procesos de su competencia. Cada uno de ellos está sujeto a ritos substancialmente distintos uno de otro, cuya inobservancia acarrea nulidad de lo actuado, pues escoger una situación procesal distinta a la

³⁴ DUARTE CASTILLO, GUSTAVO. "Aspectos sobre justicia penal militar". En: *Revista Policía Nacional*. Bogotá, 1986.

³⁵ Código de Procedimiento Penal, arts. 315, 316, 326 y 327; Código Penal Militar, art. 316; Ley 522 de 1999.

establecida por la Ley, constituye omisión o inobservancia de las formas propias del juicio.

Estos dos procedimientos o juicios militares son: el del Consejo de Guerra Verbal (C.P.M., art. 559) y el Especial (C.P.M., art. 578), el cual fue declarado inexecutable. Éste se utilizaba teniendo en cuenta la clase de infracción. Se eliminó un denominador común en estos dos procedimientos que era la BREVEDAD, pues teóricamente debían rituarse en 20 días. El art. 465 de la Ley 522 ya estipula como término para perfeccionar sumario 60 días, ampliándose hasta 180 cuando sean más de 2 los procesados o los delitos³⁶.

En los Consejos de Guerra Verbales la Ley 522 de 1999, en su articulado, solo hace relación al procedimiento en su art. 580.

En el Procedimiento Especial no había audiencia pública, lo que lo distinguía del juicio del Consejo Verbal de Guerra.

b) Consejo Verbal de Guerra

El trámite en esta clase de juzgamiento la regula el Código Penal Militar en su art. 559, el cual señala qué delitos están sometidos a este procedimiento y, aunque no los enumera, debe ceñirse al Código anterior (art. 683).

Cuando no hay investigación previa, el procedimiento es igual, salvo la siguiente aclaración: en la resolución de convocatoria debe indicarse el funcionario de instrucción que debe investigar los hechos, quien rendirá cuenta verbal de sus actuaciones al Consejo y pondrá a disposición los testigos y los elementos probatorios recogidos.

³⁶ DUARTE P., HERNANDO. *Procedimiento Penal Militar*. Medellín. Editorial Beta, 1988.

En Sentencia C-145 de abril 22 de 1998 se declaró inexecutable la regulación de los vocales contenida en el Código Penal Militar, por ser contraria al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Debido proceso: Las sentencias judiciales deben ser motivadas jurídicamente.

Procedimiento Especial

Este procedimiento no era contemplado como legítimo entre los juristas del derecho, y consistía en que, a excepción del procedimiento del Consejo Verbal de Guerra sin investigación previa, era el más rápido de los procedimientos contemplados por la Ley Penal Militar y se hallaba establecido para el juzgamiento de los delitos, a saber: abandono del puesto, abandono del servicio, desertión y delito del centinela (Código Punitivo Castrense, arts. 121 a 134).

La Sentencia 178 de marzo 12 de 2002 declaró inexecutables los artículos 578 y 579 que estipulaban esta clase de procedimiento, ya que su demandante consideró que éstos vulneraban el derecho al debido proceso y a la defensa, situación respaldada por la Corte Constitucional al considerarse violado el derecho a la igualdad para con aquellos que cometen delitos consagrados en la ley penal común.

Estudiando el procedimiento especial, en lo que al abandono del puesto, abandono del servicio y desertión respecta, el procedimiento especial se hallaba instituido, por cuanto dichas infracciones solo requerían para su consumación abandonar los deberes, cargos o misiones militares por un tiempo determinado. Ese evento, si se quería, era demasiado simple y bien podría ser acreditado sin mucho esfuerzo investigativo, porque estos delitos atentan contra el servicio, o sea es el bien jurídico tutelado y otros, que pertenecen a esta misma rama de trámite por los bienes jurídicos violados, requieren de sanciones rápidas y eficientes, porque en últimas lo que se está protegiendo es la disciplina de las instituciones armadas y también el Estado de derecho, que

tiende a ser menoscabado o disminuido con la comisión de estos reatos o delitos.

Es de influencia que la prueba se tiene más a la mano, se trata de material probatorio que no exige prueba científica, que el sindicado se tiene a la mano, que los testigos, el lugar, la inspección se tienen dentro de la misma jurisdicción.

La carencia de unidad para juzgar los delitos militares contra el servicio hace parte de las grandes anormalidades de la justicia castrense. Esa falta de unidad se refiere también a la parte sustantiva, pues el delito de desertión tiene pena de 6 meses a 2 años, en época de normalidad institucional, pero en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, dicha pena se aumenta hasta el doble, y en lugar de arresto se impone prisión. El art. 129 del Código Penal Militar aumentó dicha pena a la mitad y no al doble como estaba estipulada.

Se pone así de presente una falta de unidad, a todas las luces inconveniente. En efecto, bien es sabido que las penas de arresto traen consigo la separación temporal de la Fuerza Pública (artículo 45), en tanto que la prisión comporta la separación definitiva como accesoria. Esto quiere decir que los separados temporalmente siguen prestando el servicio militar obligatorio si son soldados, o continúan en filas con sus grados respectivos, si son oficiales o suboficiales, tan pronto purguen la pena impuesta. En cambio, el condenado a prisión, si es soldado, abandona definitivamente el cuartel tan pronto purgue la pena. Lo mismo ocurre con respecto al personal de oficiales y suboficiales: dejan de ser militares y se incorporan a la vida civil por mandato de la ley.

En el Código Penal Militar la pena de prisión está instituida sólo para sancionar delitos graves y con la finalidad de que el condenado pierda su carácter militar, en tanto que el arresto sólo es una sanción menor, purgable dentro del cuartel y que no incide en el proceso haciéndole perder grados o calidades militares.

Por lo tanto no se justifica esa dualidad criteriológica del Código al establecer arresto y prisión para una misma categoría de ilícitos.

En la práctica ocurren estas dos situaciones contradictorias: el soldado XX deserta, y el soldado ZZ comete delito del centinela. Suponiendo que los hechos sucedieron en estado de conmoción interior, el primero, o sea, el soldado XX terminará de pagar la pena impuesta con un (1) año más de arresto y sale desacuartelado, y el segundo con dos (2) años más de arresto y será nuevamente incorporado al servicio para que termine de pagar el servicio militar obligatorio. En los dos casos no será computable el tiempo que dura el arresto con el tiempo exigido para prestar el servicio militar³⁷.

Es pertinente anotar, frente a la norma en mención, otro defecto, puesto que no contempla dónde se pagará ese arresto, pues la prisión se paga en cárcel, ¿pero qué cuartel o comando tendrá arrestado un soldado por tres años? Por lo tanto es criticable la falta de armonía y unidad en el estatuto penal castrense.

La norma transcrita es defectuosa, puesto que no contempla los eventos gravísimos en que la violación de los deberes concernientes al centinela se comete frente al enemigo, en circunstancias de alteración del orden público o de conmoción interior.

Principios violados por la justicia penal militar

Como se puede observar, en dicha regulación militar se presenta gran cantidad de principios violados para la ejecución y efectividad tanto de las sanciones como en el campo procedimental para dar un verdadero enfoque a las normas sustanciales y procesales en la justicia castrense. También vemos la

³⁷ RENDÓN G., GUSTAVO. "Curso de Procedimiento Penal Colombiano". En: *Revista de las FF.AA.* N° 134, Bogotá, 1973.

irregularidad al quebrantar las normas vigentes dentro de la Constitución Política de Colombia.

Vemos cómo se viola el principio a la igualdad en la pena impuesta en lo que hace referencia a los delitos del centinela, deserción, abandono del puesto y abandono del servicio, dándosele mayor condena al delito del centinela, a sabiendas de ser un abandono más a las funciones inherentes al cargo.

Un principio fundamental violado en la legalidad procesal es el presentado en el artículo 235 del C.P.M., donde se da al Comandante de las Fuerzas Militares las funciones de presidente de dicho Tribunal solo por ser el oficial más antiguo de las Fuerzas Armadas, siendo esto un temible mal jurídico. Puede analizarse como un pacto aristocrático con el cual se mata el derecho legalmente constituido.

¿Cómo hablar de democracia si se prohíbe expresamente la legitimidad procesal, perdiéndose todo un pensamiento ideológico, institucionalizándose un fenómeno curioso con el cual se coarta una democracia real y una madurez jurídica, dándose una dictadura jurídico-castrense y el libre ejercicio de la jurisdicción, pues el Estado no está institucionalizado para algunos privilegios, como es el de dejar en manos del operativo militar el control de la justicia, ya que los fusiles y las balas son de los militares y las leyes de la jurisprudencia, pues esto es digno de una dictadura castrista o pinocheresca? Desafortunadamente no es un problema militar; es un problema político, de inoperancia de Estado.

Se viola el derecho a la educación (Constitución Política, arts. 27, 67 y 69). ¿Un abogado cómo va realizar la defensa técnica de un miembro de la Fuerza Pública, sin tener conocimiento de las Leyes castrenses?

Los artículos 215, 235 y 267 del C.P.M siguen amañadamente burocratizando la Justicia Penal Militar³⁸.

El artículo 235 del C.P.M. sigue siendo un absurdo jurídico por competencia, pues se pone a un magistrado como vicepresidente, a órdenes de un oficial como presidente del Tribunal Superior Militar.

Si para la justicia penal militar son fuentes la Constitución y la Ley, se resalta la falta de armonía entre estas, pues vemos cómo en muchos de sus disposiciones se contradicen.

Como se puede observar, la justicia castrense no es una norma de carácter general sino excepcional; no es objetiva sino subjetiva, debido a su limitación por alcances jurídicos como lo determina el artículo 221 de la Constitución Política, pues consagra la naturaleza del delito, sujeto activo del mismo, relación de causalidad entre éste y el hecho criminoso y la competencia para su juzgamiento, o sea un derecho especializado que se aplica ordinariamente a determinadas personas.

Creo importante abordar la temática del derecho de los conflictos armados frente a nuestra legislación militar, en búsqueda de una normatividad más coherente y que procure un ámbito de aplicación temporal y espacial, ya que todas las legislaciones son susceptibles de variaciones para todo el territorio nacional y bajo cualquier circunstancia.

Lamentablemente es notorio el retroceso de la Justicia Penal Militar colombiana, pues de 608 artículos de un Código reformado y en vigencia a partir del año 1999, muestra la desaplicación de casi todas sus disposiciones ya que los principios de procedimiento, tribunal competente y formas propias de cada juicio, incorporadas en dicho Código, deben ser analizadas y

³⁸ Código Penal Militar.

reestructuradas para que no continúe con las mismas irregularidades y burocratizando más dicha justicia castrense.

3. INDEPENDENCIA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

“Desde que entró en vigencia la nueva Constitución, se ha evidenciado que la protección a la diversidad étnica y cultural, así como el reconocimiento de la jurisdicción indígena plantea contradicciones y tensiones con la jurisdicción ordinaria. El nuevo modelo de Estado, consagrado a partir de la Carta Política de 1991, exige la coordinación y coexistencia pacífica de diversas concepciones del mundo que pueden ser antagónicas. Existen muchos ejemplos de estas contradicciones: los derechos humanos, como presupuestos universales, frente a las particulares concepciones de los pueblos indígenas; la autonomía los pueblos indígenas frente al carácter unitario de la nación; el reconocimiento de los indígenas como miembros de comunidades específicas y al mismo tiempo como ciudadanos colombianos.

”Por otra parte, el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto, por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que cada individuo es un sujeto único y singular, que puede hacer posible su propio proyecto de vida.

”En este orden de ideas, el presente proyecto de ley estatutaria parte de la base de un reconocimiento a la diversidad existente dentro del territorio colombiano, y de esta forma busca promover la descentralización y autonomía de las autoridades indígenas con el fin de que éstas tengan la capacidad de dirigir la vida de sus semejantes, en concordancia con las particularidades que las caracterizan. Así mismo, la propuesta tiende a favorecer una idea de

libertad y autonomía de las comunidades, materializando más efectivamente el principio de igualdad, asegurando que el proceso de administración de justicia no pase por encima de las particularidades de cada comunidad, protegiendo así de una mejor manera los derechos individuales de los ciudadanos.

”Específicamente, el proyecto tiene los siguientes fundamentos constitucionales y legales: artículos 1º, 2º, 4º, 7º, 10, 13, 29, 70, 92, 116 y 246 de la Constitución Política de Colombia, el Convenio Internacional 169 de la OIT, la Ley 21 de 1991 y la Ley 270 de 1996, orgánica de la administración de justicia.

”La Corte Constitucional, a falta de legislación explícita, se ha encargado de garantizar la coexistencia pacífica de las diferentes culturas en Colombia, resolviendo los conflictos entre éstas y la sociedad mayoritaria con criterios abiertos, estudios antropológicos y, en general, haciendo el intento por generar un diálogo intercultural que logre dar respuestas satisfactorias al problema de la diversidad cultural en Colombia. En este orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha situado la interpretación de las relaciones interculturales dentro del principio de maximización de autonomía y minimización de restricciones”³⁹.

“La Constitución de 1991, atendiendo para ello la realidad sociológica existente en Colombia, que muestra, sin lugar a discusión alguna, la existencia de diversos grupos étnicos y culturales, de manera expresa define al Estado colombiano como pluralista (artículo 2) y, acorde con ello, protector de la diversidad étnica y cultural existente (artículo 7).

”En desarrollo de tales postulados jurídico-políticos, la Constitución Nacional, en el artículo 246, de manera expresa, al regular las jurisdicciones especiales, autorizó el ejercicio de funciones jurisdiccionales por las «autoridades de los pueblos indígenas», con dos condiciones, a saber: la primera, que dichas

³⁹ Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley Estatutaria 35 de 2003, Senado. Por medio de la cual se desarrolla el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones. (www.etniasdecolombia.org/lonuevo.asp).

funciones se ejerzan en el ámbito territorial de la respectiva comunidad; y la segunda, que las normas y procedimientos que se utilicen para el efecto, no sean «contrarios a la Constitución y leyes de la república», razón ésta por la cual el Constituyente dejó al legislador el establecer, con posterioridad «las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional»⁴⁰.

“El ejercicio de la jurisdicción indígena, cuya validez se reconoce por la Constitución, no queda sin embargo sujeto a una ley específica que le de entrada al ordenamiento jurídico, pues, es claro que, esa jurisdicción no puede quedar sin efecto por la circunstancia accidental de que no exista una ley que así lo dispusiere”⁴¹.

En cuanto al ejercicio de esta jurisdicción, la Corte Constitucional, en Sentencia T-496 de 1996, precisó que:

“Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora, debemos señalar, que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-344 de 1998. Jurisdicción Indígena. M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia T-344 de 1998.

competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso”⁴².

“En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

”A. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-667 de 1998. Principio de diversidad étnica y cultural-Función jurisdiccional/Fuero indígena-Límites. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

”En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos”⁴³.

“El análisis del artículo 246 de la Constitución muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas –que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo–, en cuanto incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. En la misma estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad”⁴⁴.

Las comunidades indígenas reclaman la protección de su derecho colectivo a mantener su singularidad cultural, derecho que puede ser limitado sólo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 1996, M.P.: Doctor Carlos Gaviria Díaz. C-139.

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-667 de 1998. Principio de diversidad étnica y cultural-Función jurisdiccional/Fuero indígena-Límites. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

3.1. PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL

La sopesación de los principios de diversidad étnica y cultural vs. unidad política y protección de los derechos fundamentales, conforme con la directriz establecida por la Corte Constitucional y otros organismos, puede ser hecha sólo frente a casos concretos. Si bien el legislador tiene competencia para establecer las directivas de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural, y el valor del pluralismo pueden ser logrados satisfactoriamente sólo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas, y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas a mecanismos de solución de conflictos específicos, como las acciones ordinarias o la acción de tutela.

También, en otro aspecto a tratar, la potestad otorgada al gobierno y a las autoridades eclesiásticas para intervenir en el gobierno de los pueblos indígenas contraría el artículo 330 de la Constitución Política, que nos dice: “de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades...”. En este precepto se consagra el autogobierno indígena, cuyo ejercicio puede ser limitado sólo por las disposiciones de la Carta y las expedidas por el legislador, que a su vez deben ser conformes a aquéllas. Ni el gobierno nacional ni las autoridades eclesiásticas están autorizados por la Constitución para intervenir en la esfera del gobierno indígena.

3.2. PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA DEL INDÍGENA

Una concepción pluralista de las relaciones interculturales, como la adoptada por la Constitución de 1991, rechaza la idea de dominación implícita en las tendencias integracionistas. Las normas internacionales se pronuncian sobre el tema (v.gr. Convenio 169 de la OIT, que habla de “pueblos indígenas y tribales”) y, sobre todo, por la Constitución de 1991⁴⁵.

⁴⁵ OIT. Convenio N° 169, Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989.

Cabe señalar que las sanciones por faltas contra la moral, entendida ésta como el conjunto de usos y costumbres de la comunidad, no contraría las disposiciones de la Constitución Política. Por el contrario, es un desarrollo del campo de autonomía amplio otorgado a las comunidades por los artículos 7º y 246 de la Carta con el fin de preservar los usos y costumbres de éstas. Los desbordamientos de ese campo de autonomía y la afectación de derechos y principios constitucionales prevalentes, como se afirmó anteriormente, deben ser solucionados a través de las directrices generales establecidas por él.

Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como “salvajes”, son considerados por la actual Constitución como comunidades culturales diferentes y las personas que las constituyen, en consecuencia, tratadas como portadoras de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de occidente. No son ya candidatos a sufrir el proceso benévolo de reducción a la cultura y a la civilización, sino sujetos culturales plenos, en función de la humanidad que encarnan, con derecho a vivir a tono con sus creencias y a perseguir las metas que juzgan como convenientes, dentro del marco ético mínimo que la propia Constitución señala.

CUADRO COMPARATIVO N° 1

JUSTICIA OFICIAL	JUSTICIA INDÍGENA	JUSTICIA GUERRILLERA
En el derecho moderno el Estado separa formalmente la función de producción de normas y adjudicación de derechos (a través del poder legislativo) y la administración, aplicación y ejecución de los mecanismos para dirimir los conflictos a través del poder judicial.	En los pueblos indígenas la producción de normas socioculturales (equivalentes a las jurídicas en el derecho estatal), no proviene de una instancia específica sino de la cosmovisión mítica, la costumbre, la tradición ancestral, el sentido de la pertenencia, el origen cultural común y los acuerdos comunales de cabildos.	El producido normativo que deviene de un largo proceso de estructuración y reacomodamiento se aplica inexorablemente bajo criterios claros, estipulados en normas de índole político-militar. Sin embargo, encontramos que para la comunidad es común la imposición de modelos de comportamiento que poco a poco han venido siendo reemplazados tras un cambio de óptica política por un proceso de construcción normativa conjunta y participativa con las comunidades interesadas.
En el derecho estatal, el control social y la regulación de las normas compete a un grupo especializado o grupo de personas que representan el resto de la sociedad. La administración del derecho moderno requiere un sistema democrático (juzgados, tribunales, Cortes) cuyo funcionamiento compete a un estrato profesional especializado (abogados, jueces, fiscales, magistrados, procuradores) y a un cuerpo de agentes coercitivos	En los pueblos indígenas su cultura está construida por la existencia de seis espacios complementarios y articulados entre sí: a) el <i>Tul</i> , espacio de socialización de normas y de la lengua; b) el cabildo, autoridad y espacio centralizado de coerción y sanción; c) la <i>Nasa Wala</i> , espacio de decisión comunal; d) el <i>Te'Wala</i> , autoridad espiritual y espacio de restablecimiento espiritual y de restitución de los sujetos transgresores al orden	Existe un evento máximo denominado "la asamblea", espacio que tiene lugar cada cuatro años en donde participa la mayoría de la militancia del frente de guerra. Ese espacio es el punto de partida de la actividad judicial insurgente, toda vez que allí se "legislan" las normas y procesos, la conducta disciplinaria internamente y hacia la población civil. Corresponde a los militantes aplicar lo legislado en la asamblea. No obstante lo anterior, existe un determinado

administradores de la fuerza o de la violencia (ejército, policía, organismos de seguridad).	cultural; e) el <i>Nasa Kiwe</i> o territorio, espacio donde se recrea la cosmovisión.	grado de consulta ante el superior inmediato, circunstancia que depende directamente del caso en concreto por factores de relevancia social.
En el derecho moderno la administración de justicia penal se produce sobre la combinación de cinco factores: la norma escrita o normatividad jurídica; la profesionalización y burocratización; la administración de la fuerza o la de la violencia. El tribunal o juez, y la prisión como castigo punitivo por excelencia, en teoría es el mecanismo de punición, rehabilitación y readaptación del infractor.	Para la justicia indígena la sanción represiva de la cárcel es ineficaz, es castigo propio de las relaciones de dominio. Entre los grupos indígenas se aplica el principio que la sanción debe ser un correctivo, pero no alejado de las causas que trastornan la conducta y no debe aislar sino reintroducir al sujeto trasgresor al sistema cultural del que se ha desviado. estas sanciones no buscan castigar sino desarrollar formas de integración y solidaridad para enfrentar colectivamente todo aquello que atenta contra la tradición y la convivencia social.	Existe el concepto de sanción, proporcionalmente relacionado con la clase de delito y atendiendo a criterios políticos. Se manejan sanciones que van desde el destierro, la pena máxima (pena de muerte) y el trabajo. Existe el concepto de cárcel productiva, que propende por la representación simbólica de la retribución justa hacia la víctima y de retribución general para la comunidad, por cuanto el trabajo realizado y sus frutos son para la población, y además es provechosa para el sindicado en términos de readaptación y de garantía del derecho a la dignidad humana, porque no se entiende el hacinamiento como presupuesto de la reinserción.
El derecho moderno piensa el conflicto como la disputa entre dos partes (individuales o grupales) que reclaman un derecho, por lo que es necesaria la figura de un árbitro neutral (Juez o Tribunal), paradigma para dirimir jurídicamente los conflictos de la sociedad. El Juez o Tribunal se	La cultura indígena utiliza la mediación y la conciliación como mecanismos primarios de solución de conflictos. En el derecho indígena la validez, legitimidad y aplicación de las normas no se fundamenta en el carácter escrito, sino en la tradición oral o memoria colectiva	Los parámetros generales de las normas insurgentes como tal, en términos de presupuestos procesales, mantienen en cierto modo los procedimientos del derecho institucional-estatal. La diferencia radica en los contenidos políticos de cada uno de estos derechos, así como los procedimientos

impuso en la modernidad como modelo dominante y hegemónico, por encima de la conciliación y la mediación, que son mecanismos alternativos de segundo orden. La norma escrita, no obstante las recientes reformas procesales hacia la oralidad, es preponderante en la actividad judicial.	étnica, componentes que se adoptan a cada situación o circunstancia. Aunque es importante el valor de la norma cultural que ha sido transgredida y se reprocha al sujeto infractor, lo que más interesa es la eficacia simbólica empleada por el grupo para rehabilitar al sujeto y reincorporarlo rápidamente al orden cultural.	específicos implementados para su aplicación. La justicia guerrillera propende por una revaloración de los medios de prueba, otorgándole un valor preponderante a la prueba testimonial y restándole importancia a los tecnicismos judiciales. La oralidad orienta todo procedimiento judicial posiblemente por términos de celeridad y emancipación de la tradición española.
--	--	---

CAPÍTULO III

PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL

La independencia judicial, como elemento primordial del principio de juez natural, es la garantía más relevante de un Estado de derecho. Este principio se ha desarrollado tanto en las legislaciones internas como internacionales.

La Convención Americana de Derechos Humanos lo trata como garantías judiciales al establecer que a toda persona le asiste el derecho a ser oída, con las debidas garantías “por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley”⁴⁶. Aquí es claro ver cómo se da cumplimiento a los 2 elementos del principio de juez natural, tanto el positivo como el negativo: el positivo al exigir el juzgamiento de un juez o tribunal competente, y el negativo al preceptuar que dicho juez debe haberse establecido con anterioridad en la ley, prohibiendo tácitamente el juzgamiento por parte de tribunales *ad-hoc*. La Convención también es enfática al no permitir la suspensión de este derecho en estados de excepción.

Bajando al plano interno, nuestra Carta Política desarrolla este principio en lo atinente al debido proceso, donde se establece que las personas deben ser juzgadas conforme a leyes preexistentes al acto que se les imputa, ante un juez o tribunal competente⁴⁷. También da cabal cumplimiento a dicho principio los artículos 113 y 228, cuando se refieren a la administración de justicia como una rama independiente, librando sus decisiones de cualquier intromisión por parte de funcionarios de otras ramas del poder. Es claro que nuestra Carta se compagina perfectamente con los tratados internacionales mediante el bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Constitución⁴⁸,

⁴⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, artículo 8, N° 8.

⁴⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 29.

⁴⁸ Constitución Política, art. 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estado de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

instrumento de obligatoria observancia al momento de interpretar las normas jurídicas en nuestro ordenamiento.

1. HABEAS CORPUS

Algunos estados en situaciones de emergencia han optado por suspender el derecho a la protección judicial a través del *habeas corpus* porque, de un lado, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 27 permite el arresto temporal a una persona cuando ésta puede poner en peligro la independencia y seguridad del Estado, y por el otro preceptúa que el derecho al *habeas corpus*, aún en estados de emergencia, no puede suspenderse debido a que ésta es la única garantía que tiene el detenido de que su arresto será revisado por un juez de la república para así determinar si éste se sustenta en un criterio de razonabilidad y justicia, pues de lo contrario se estarían violentado sobre manera las bases del derecho. Por ende, la Convención, en su artículo 27⁴⁹, sólo permite suspender las garantías judiciales que no atentan contra las bases del Estado de derecho, así toda decisión del ejecutivo en estados de excepción tendrá un control efectivo por parte de las autoridades judiciales. El *habeas corpus* es una de las bases del Estado de derecho, su suspensión implicaría la deslegitimación del Estado desconociendo el derecho que le asiste a toda persona a que su situación jurídica sea decidida por juez o tribunal competente, y que por ningún motivo se suspendan aquellas garantías judiciales indispensables para proteger los derechos y libertades de toda persona. Dichas garantías deben ejercitarse en el marco del debido proceso legal (Convención americana, art. 8). También quedan protegidos de la suspensión aquellos procedimientos judiciales, propios de la forma democrática y representativa del gobierno; con éstas el derecho interno garantiza el pleno ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 27 de la Convención.

⁴⁹ Convención Americana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, artículo 27, "Sobre las suspensión de las garantías".

2. GENERALIDADES DEL PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL

El principio del juez natural consagra el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, independiente y competente. Está regulado de manera positiva, cuando consagra el derecho que tiene el ciudadano a ser juzgado por una autoridad judicial competente, y está regulado de manera negativa cuando se estipula por ley la creación de tribunales de excepción, *ad hoc*, o *ex post facto*. Sin embargo, para esta regulación negativa existe una excepción, cual es la creación de estos tribunales para juzgar determinados delitos o determinadas personas. El juez debe estar previamente estipulado y determinado por la ley, y debe pertenecer a la jurisdicción ordinaria.

Relacionado con el principio del juez natural, se encuentran el Principio de la Independencia Judicial, que se aplica a los funcionarios para que cuando decidan al interior de los procesos, lo hagan con libertad, imparcialidad, basándose en los hechos y sin intromisión de otras ramas del poder público. Las personas que forman parte de la administración del Estado deben ser nombradas por sus conocimientos y experiencia, y no por su influencia política u otros factores.

El tratadista LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO⁵⁰ observa que el principio del juez natural busca proteger el derecho que tiene una persona a un juez ordinario predeterminado por la ley, prohibiéndose así los tribunales de excepción. Estos dos preceptos son una garantía tradicional del Estado de derecho⁵¹.

Esta garantía tiende a asegurar la imparcialidad e independencia del órgano judicial que ha de conocer de la causa, poniendo así a la justicia al abrigo de posibles arbitrariedades, manipulaciones o maniobras. Esta garantía consiste en la predeterminación o preconstitución del órgano que haya de enjuiciar cada

⁵⁰ DíEZ PICAZO, LUIS MARÍA. *Régimen Constitucional del Poder Judicial*. Madrid. Editorial Civitas, S.A., 1991, pp. 69 a 79.

⁵¹ En la historia jurídica del liberalismo el principio del juez natural se remonta hasta la lucha del Juez COKE contra las pretensiones absolutistas de la Corona, comprendida la de hacer de la administración de justicia una mera prerrogativa regia.

asunto, determinación que debe ser *a priori* de los distintos órdenes jurisdiccionales⁵².

El principio del juez natural se encuentra consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 8.1.: “8. **Garantías Judiciales.** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo consagra en su art. 14.: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 10, estipula: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la

⁵² DÍEZ PICAZO, LUIS MARÍA. Ob. cit.

determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

La Constitución Política de Colombia consagra el principio del juez natural en su artículo 116: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

”El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

”Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administración justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”⁵³.

De igual manera, la Ley 906 de 2004, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal, estipula el principio del juez natural en su artículo 19: “**Juez Natural.** Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal *ad hoc* o especial, instituido con posterioridad a la comisión de un delito por fuera de la estructura judicial ordinaria”.

3. EL PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL EN LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

Según el Doctor en Derecho y Brigadier General, EDGARD PEÑA VELÁSQUEZ⁵⁴, “Para el caso de los juzgamientos de militares por razón del ejercicio de sus funciones, nada más natural que sean otros militares, superiores en jerarquía y

⁵³ Constitución Política de Colombia, artículo 116.

⁵⁴ PEÑA VELÁSQUEZ, EDGARD. *Comentarios al Nuevo Código Penal Militar*. Bogotá, D.C. Ediciones Librería del Profesional, 2001, pp. 13 a 18.

experiencia, quienes puedan dar la medida de lo justo al momento de fallar. Ningún otro juez por muy docto o juicioso que sea en su análisis, podría, desde la tranquilidad de su despacho, ubicarse hipotéticamente en el escenario de la guerra y de las angustias que determina la necesidad del restablecimiento del orden público material turbado. Y es igualmente comprensible, con base en estos razonamientos, que el fuero no puede alcanzar dimensión mayor que la anotada, para situaciones jurídicas que escapen a los actos propios del servicio. En este último evento será juez natural el que corresponda al sindicado por la naturaleza del hecho y por los demás factores determinantes de la competencia”.

Esta opinión, que tiene que ver con el principio del juez natural, puede ser debatible, toda vez que da como razones justificativas del juez natural, y aún de la competencia, a la jerarquía y a la experiencia dentro de las filas de las fuerzas armadas, criticando la posible intromisión de cualquier otro juez. Para nosotros es la razón, general a todos los seres humanos, superior aún a cualquier jerarquía castrense y aún a la experiencia militar, razones que pueden llegar a justificar acciones que, sin bien es cierto son realizadas en la guerra, no están acordes con la recta razón. Tenemos los ejemplos suscitados antes del establecimiento de la omisión del deber de obediencia, en que los militares de menor rango jerárquico y experiencia militar debían cumplir órdenes que iban en contra de su conciencia y recto actuar, matar, por ejemplo, sólo en razón de que era una orden militar. Así, la responsabilidad de estos actos quedaba en los militares que habían dado las órdenes y no en quienes las habían ejecutado, aunque éstos últimos tuvieran conciencia de que estaban actuando mal⁵⁵.

Por lo anterior, es discutible la objetividad e imparcialidad que tienen los jueces militares en el juzgamiento de acciones de los mismos militares, teniendo en cuenta que actos atroces se pueden tapar con el velo de la guerra, y por lo tanto un acto inhumano se tiene por bien hecho sólo porque fue cometido en la persona de un enemigo, no considerado como ser humano. Si las cosas son

⁵⁵ PEÑA VELÁSQUEZ, EDGARD. Ob. cit.

así, es posible que se aplique el juez natural en la Jurisdicción Penal Militar, pero esto no quiere decir que la justicia se aplique cabalmente.

En el nuevo Código Militar⁵⁶ aparece consagrado el principio del juez natural en su artículo 16: “**Juez Natural.** Los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos contemplados en este código u otros en relación con el servicio, sólo podrán ser juzgados por los jueces y tribunales establecidos en este Código e instituidos con anterioridad a la comisión del hecho punible”.

3.1. ELEMENTOS DEL FUERO PENAL MILITAR⁵⁷

a) La calidad de miembro de la Fuerza Pública del imputado

Debe entenderse por miembro de la Fuerza Pública a todo uniformado que se encuentre en las filas del Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea o la Policía Nacional. Se entiende por uniformado a los oficiales, suboficiales, alumnos, soldados, agentes y miembros del nivel ejecutivo de la Policía en sus diferentes niveles.

b) Que se encuentre en servicio activo

En las Fuerzas Armadas de Colombia se distingue al personal en actividad, a las reservas y al personal retirado. Se entiende que un uniformado está en servicio al momento posterior a la posesión de su cargo, que ha sido decretada previamente por acto administrativo, decreto ejecutivo, resolución ministerial o resolución de la Dirección General de la Policía. Esta actividad termina cuando se realiza un acto administrativo que le autoriza el retiro o baja del servicio activo.

⁵⁶ Ley 522 de 1999, Diario Oficial N° 43.665 de 13 de agosto de 1999, “Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar”.

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-358 de agosto de 1997. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, “Sobre el elemento subjetivo y el elemento funcional del fuero penal militar”.

c) Que se trate de conductas relacionadas con el servicio

Se dice que hay relación con el servicio cuando entre el comportamiento que se presume ilícito, del procesado o imputado, y el resultado dañoso, se estructura una directa relación de causalidad., La Corte Constitucional ha dicho que “...el término servicio alude a las actividades concretas que se orientan a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares (defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional) y de la policía nacional (mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica)...”. “Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública”⁵⁸.

Es posible que se de una aplicación formal del principio del juez natural en el momento en que un uniformado de las Fuerzas Armadas, en servicio activo, realice una acción ilícita en relación con sus funciones, se le juzgue por un tribunal militar o una corte marcial imparcial, independiente y competente, organismos estipulados por ley anterior al hecho que juzga. Pero entendemos que es posible que la imparcialidad a la que hace referencia el principio del juez natural y su aplicación a la jurisdicción penal militar se refiere se refiere a la protección hacia el imputado de cualquier arbitrariedad, pero ¿qué podemos decir cuando esa imparcialidad se rompe en favor del imputado, es decir, cuando es la corte marcial o el tribunal militar quien juzga favorablemente al imputado, en total dependencia con (y no independencia, como debería ser) de conceptos tan abstractos y elásticos, como la soberanía nacional, la independencia, la integridad del territorio nacional, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional?

Para dar claridad a la idea, damos el ejemplo de unos militares que, patrullando cierta zona rural de difícil acceso, combaten y logran dar de baja a unos guerrilleros y hacer rendir a otros tantos, quitándoles las armas. A pesar de

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-878 de 12 de julio de 2000. M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

estar desarmados, el comandante de la tropa de las fuerzas armadas ordena ejecutar a los guerrilleros rendidos, a tal distancia que parezca que fue en combate y no a quemarropa y desarmados. Posteriormente ordena que se dejen cerca de sus cuerpos las armas y que dejen en dichas armas las huellas de los guerrilleros muertos. Si existe alguna sospecha o algún indicio de lo que pasó en realidad en el informe presentado, se inicia una investigación. Pero tanto la investigación como el tribunal que posiblemente juzgue están viciados, por entender que existe una política de seguridad estatal que establece que el enemigo debe ser exterminado, que es un logro acabar con él y que por lo tanto, aunque los hechos fueron realizados por uniformados activos, en ejercicio de sus funciones, estos no hicieron mal. También se puede justificar la acción bajo una protección de la soberanía, lucha contra el narcotráfico, contra la insurgencia o cualquier otra disculpa que esgrima el gobierno de turno.

Vemos cómo no se da imparcialidad en el juzgamiento. Sin embargo, ante la posible pasividad o falta de investigación y enjuiciamiento del Estado, representado por la justicia penal militar, es posible que se de otro juez natural, como la Convención Americana de los Derechos Humanos, y posteriormente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quienes pasarían a juzgar estos hechos, con base a la violación del Derecho Internacional Humanitario, aplicable a la situación de conflicto y que regula las relaciones de los Estados con sus súbditos enemigos (explicación del Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU)⁵⁹. El Estado tendría que someterse a esta corte porque ha firmado los acuerdos que hacen parte del bloque de constitucionalidad de nuestro país. Este otro juez natural no solo garantizaría el debido proceso del imputado, sino que, por tener la imparcialidad por carecer de interés político, garantizaría la materialización de la justicia.

4. EL PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL EN LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Se podría pensar que hay una sombra, un reflejo del principio del juez natural en la jurisdicción indígena en lo tocante a la regulación de la Constitución

⁵⁹ Dr. Gómez Gallego Jorge Aníbal, Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Nacional en lo referente a sus artículos: “**246.** Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

“**Art. 247.** La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular”.

“**Art. 248.** Únicamente las sentencias proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes personales y contravenciones de todos los órdenes legales”.

“**Art. 116.** (...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

A pesar de esta consideración constitucional acerca de la jurisdicción indígena, es indispensable, para entender cómo se materializa el principio del juez natural en la jurisdicción indígena, dar una mirada general a su forma de tratar el conflicto y a la forma en que ejercen la justicia, así como la diferencia entre el sistema estatal de justicia y el sistema indígena de justicia, aspectos que nos darán una luz en la comprensión de su mundo y nos podrían ayudar a tratar de definir un concepto de juez natural en esa jurisdicción especial.

En lo tocante al tratamiento y al ejercicio de la justicia y el manejo de conflictos, debemos tener en cuenta tres estamentos: el poder comunal, el saber de los consejeros y la autoridad central del cabildo abierto⁶⁰. Toda la comunidad debe

⁶⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, MINISTERIO DEL INTERIOR Y DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS INDÍGENAS, CONSEJO REGIONAL INDÍGENA DEL CAUCA (CRIC). *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La Jurisdicción Especial Indígena*. Bogotá, 1997.

pasar por el cabildo como una obligación, un deber y un servicio que le presta a sus semejantes. Como es natural, este sistema como cualquier otro adolece de ciertas carencias: los delitos llegan, en su mayoría, al cabildo; se han dado altos niveles de conflictividad; el cabildo solo sirve para la defensa del territorio, adjudicación de tierras y representación civil y administrativa ante el Estado.

Los juicios tienen las siguientes características: son públicos, existe investigación de los problemas, una deliberación comunal, y unas decisiones y sanciones con legitimidad y poder coercitivo. En lo que tiene que ver con las sanciones y su legitimidad, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en Sentencia T-349, ha establecido que el cepo, una de las sanciones posibles dentro de la comunidad indígena, “no constituye un trato cruel, inhumano o degradante”⁶¹.

En el sistema de justicia indígena ha influido el crecimiento de los factores y actores de violencia en sus territorios, los cultivos ilícitos, la guerrilla y los paramilitares. Estos problemas a la larga comprometen las posibilidades de desarrollo y aplicación de la jurisdicción especial indígena en Colombia, consagrada en nuestra Carta Política en los artículos 7º, 8º y 10:

“Art. 7º. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”.

“Art. 8º. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación”.

“Art. 10. El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y los dialectos étnicos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.

⁶¹ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, MINISTERIO DEL INTERIOR Y DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS INDÍGENAS, CONSEJO REGIONAL INDÍGENA DEL CAUCA (CRIC). Ob. cit.

Resaltamos esta protección constitucional, que si bien es un poco general, todavía presenta problemas en su aplicación, por ejemplo, en la realización de indagatorias a procesados que tienen un deficiente manejo del español, lo que produce el resultado de que el procesado no entienda las preguntas de la indagatoria. Las traducciones del idioma nativo al español resultan en cambios de sentido y significación que realizan los secretarios de los juzgados, acerca de las narraciones de los hechos y las declaraciones del procesado indígena. Todavía hoy se desconoce la jurisdicción indígena y la jurisprudencia que la avala, reconoce y protege, y en este desconocimiento caen los operadores jurídicos del sistema estatal, como los jueces, fiscales y magistrados del distrito superior, que llegan a tomar, como la mayoría de la sociedad, a la comunidad indígena con un sentido folklórico y exótico acerca de su forma de vida y de pensamiento, y sobre sus prácticas de justicia. Por ejemplo, el hecho que los medios de comunicación hayan mostrado cómo se le daba latigazos a un delincuente por parte de la justicia indígena, fue suficiente para que dicha justicia indígena quedara asociada a la utilización de dicho instrumento, y sobre todo a un trato cruel e inhumano, lo que constituye una visión sesgada y poco profunda de lo que es en realidad la justicia indígena. Este tipo de propaganda plantea un problema de legitimidad frente a los organismos internacionales y a los tratados de derechos humanos firmados por Colombia. También es curioso que no exista una correspondencia real entre lo que expresa formalmente la Constitución y las prácticas sociales nacionales.

4.1. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO ESTATAL Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS COLOMBIANOS

a) El derecho moderno del Estado separa formalmente la función de producción de normas y adjudicación de derechos (a través del poder legislativo), y la función de administración, aplicación y ejecución de los mecanismos para dirimir los conflictos (a través del poder judicial).

En los pueblos indígenas la producción de normas socioculturales (equivalentes a las jurídicas en el derecho estatal) no proviene de una instancia específica sino de la cosmovisión mítica, la costumbre, la tradición ancestral, el

sentido de la pertenencia, el origen cultural común y los acuerdos comunales de cabildos.

b) En el derecho estatal el control social y la regulación de las normas compete a un grupo especializado o a un grupo de personas que representan el resto de la sociedad.

En los pueblos indígenas la cultura indígena está construida por la existencia de seis espacios complementarios y articulados entre sí: 1) el Tul, espacio de socialización de normas y de la lengua; 2) el Cabildo, autoridad y espacio centralizado, de coerción y de sanción; 3) la Nasa Wala, espacio de decisión comunal; 4) el Te'Wala, autoridad espiritual y espacio de restablecimiento espiritual y de restitución de los sujetos transgresores al orden cultural; 5) el Nasa Kiwe o territorio, espacio donde se recrea la cosmovisión.

c) En el derecho moderno la administración de justicia penal se produce sobre la combinación de 5 factores: la norma escrita o normatividad jurídica; la profesionalización y burocratización; la administración de la fuerza o de la violencia; el tribunal o juez; y la prisión como castigo punitivo por excelencia. Esto conforma un modelo paradigmático, en donde la norma escrita es consustancial.

En el derecho indígena la validez, legitimidad y aplicación de las normas no se fundamenta en el carácter escrito sino en la tradición oral o memoria colectiva étnica, a la experiencia vivida, componentes que se adaptan a cada situación o circunstancia. Aunque es importante el valor de la norma cultural que ha sido transgredida y se reprocha al sujeto transgresor, lo que más interesa es la eficacia simbólica empleada por el grupo para rehabilitar al sujeto y reincorporarlo rápidamente al orden cultural.

d) El derecho moderno piensa el conflicto como la disputa entre dos partes (individuales o grupales) que reclaman un derecho, por lo que es necesaria la figura de un árbitro neutral (juez o tribunal), paradigma para dirimir jurídicamente los conflictos de la sociedad.

El derecho indígena no busca el castigo o la sanción, sino la armonía y la restitución de las partes en conflicto al orden cultural y societal, acudiendo a la conciliación entre las partes o familias directamente afectadas (reparando en parte el daño causado), al consejo espiritual del Te'Wala y a la orientación de los ancianos mayores.

e) El juez o tribunal se impuso en la modernidad como modelo dominante y hegemónico, por encima de la conciliación y la mediación, que son mecanismos alternativos de segundo orden. La cultura indígena utiliza la mediación y la conciliación como mecanismos primarios de solución de conflictos.

f) La administración del derecho moderno requiere un sistema democrático (juzgados, tribunales, cortes) cuyo funcionamiento compete a un estrato profesional especializado (abogados, jueces, fiscales, magistrados, procuradores) y a un cuerpo de agentes coercitivos administradores de la fuerza o de la violencia (ejército, policía, organismos de seguridad), de ser necesarias.

Aunque el derecho indígena posee una autoridad central y permanente en el cabildo, el funcionamiento y el ejercicio de la justicia no depende exclusivamente de él sino que requieren o están ligados a la Nasa Wala y al Te'Wala, es decir, a la participación comunal del conjunto de saberes tradicionales colectivizados. Así, el acto de hacer justicia emana del conjunto de prácticas discursivas propias del saber que da la experiencia y no del poder de una autoridad o cargo.

g) Siguiendo a BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, "El derecho estatal moderno se caracteriza por una fuerte presencia en burocracia y violencia, y por una débil presencia de retórica. Por el contrario, los niveles de legalidad específicos de

los pueblos indígenas están caracterizados estructuralmente por una elevada retórica y por una violencia y burocracia bajas”⁶².

h) Entre las culturas indígenas no existe una taxonomía que distinga entre normas jurídicas y culturales. La base cultural es la tradición oral, ajena a códigos escritos, lo que da como resultado la experiencia socializada en la tradición oral. Por el contrario, el derecho estatal se fundamenta en una separación, fundamentación, delimitación y especificación de lo jurídico y lo cultural, cuya base son los códigos escritos, lo que da como resultado la individualización.

i) Para el derecho moderno el mecanismo de sanción por excelencia es la prisión; es el mecanismo de punición, rehabilitación y readaptación del infractor. Para la justicia indígena, la sanción represiva de la cárcel es ineficaz, es castigo propio de las relaciones de dominio. Los indígenas no se explican cómo la cárcel es el mismo castigo para delitos diferentes y de diferente gravedad, siendo lo único que varía el tiempo de permanencia en la misma. Entre los indígenas se aplica el principio de que la sanción debe ser un correctivo, pero no alejado de las causas que trastornan la conducta y no debe aislar sino reintroducir al sujeto trasgresor al sistema cultural del que se ha desviado: devolver lo hurtado o el doble de lo hurtado, suspensión de derechos civiles y políticos, compensación en trabajo comunal y familiar para reponer los daños a otras personas y a la comunidad, expiación espiritual de las faltas contra la naturaleza o la sociedad mediante prácticas rituales chamánicas, compromiso público ante la comunidad o en privado ante los consejeros espirituales de no continuar desviándose del orden cultural, sentir vergüenza y pedir perdón por los hechos cometidos. Estos compromisos y sanciones no buscan castigar sino desarrollar formas de integración y solidaridad para enfrentar colectivamente todo aquello que atenta contra la tradición y la convivencia social.

⁶² BOAVENTURA DE SOUSA, SANTOS. *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá. ILSA, 2002.

Como conclusión podemos decir que es obvia la existencia de la diferencia cultural entre los indígenas y los demás colombianos, razón que no ha sido suficientemente estudiada ni respetada. En lo tocante al juez natural, es indudable que éste se determina según el respectivo territorio de la tribu indígena y según la autoridad que tengan allí, por ejemplo, un consejo tribal, un Te, Wala, unos consejeros mayores o la convocación de la comunidad para que decida.

Es imposible tratar de igualar el juez natural de la jurisdicción ordinaria del derecho estatal con el juez natural de la jurisdicción indígena, porque no son dados por los mismos referentes culturales. El primero es estipulado por escrito en una ley, mientras que el juez natural en una comunidad indígena es aquél que, por su larga experiencia, receptor de una larga tradición oral, puede dar algún consejo para mejorar determinada situación, no castigarla.

Así, podemos decir que todo aquél que ha sido educado, formado y que ha convivido de acuerdo a un determinado conjunto de valores sociales y de justicia, para nuestro caso, se deberá acoger necesariamente a él, aceptando y acatando tanto la jurisdicción como el juez natural, de tal suerte que sea entendible el por qué los indígenas aceptan las sanciones del cepo, la juetiada y los latigazos, si bien para nuestra cultura no sea lo más apropiado o sea inhumano y cruel.

Es tan importante entender el juez natural enmarcado en los valores culturales, porque el poder coercitivo, la competencia, la imparcialidad y las características sustanciales del principio al juez natural se cumplen dependiendo de lo que los indígenas creen en sí mismos que es una autoridad, a la que se someten y que decide lo mejor para ellos. Es posible que el principio del juez natural no se cumpla en lo tocante a su parte formal, en lo que se refiere a que tiene que estar regulado y estipulado por la ley con anterioridad al delito que juzga, puesto que los indígenas no manejan leyes escritas, ni tampoco podemos decir que el principio del juez natural se cumpla en lo referente a no conformar jueces o tribunales *ad hoc*, *ex post facto* o especiales, posteriores al acto, ya

que es precisamente la comunidad indígena la que se reúne, en algunos casos, para debatir y decidir sobre un delito después de cometido. Esto quiere decir que no hay, en la justicia indígena, previa estipulación del juez natural y que, dado el caso, se conforma el juez o el tribunal⁶³.

5. PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL Y EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA EN LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El principio del juez natural aplicado a la Fiscalía General de la Nación se referiría al derecho a ser acusado por un Fiscal independiente y competente. Por ley, se da la creación de Unidades Especiales de la Fiscalía para investigar y acusar determinados delitos.

No podríamos decir que el Fiscal tiene que ser un acusador imparcial porque él tiene la función de buscar pruebas contra el imputado, es decir, es una de las partes controversiales en el proceso penal. Lo que sí se espera es que el Fiscal que toma un caso sea competente en lo referente a que sea el Fiscal que corresponde al caso, dependiendo ante qué juez de conocimiento deba acusar. En lo referente a la independencia, la Fiscalía General de la Nación adolece de ciertas atribuciones que pueden verse como arbitrarias, según la Ley 938 de 2004.

Según la Ley 938 de 2004⁶⁴, por la cual se expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, en su parágrafo del art. 1º, estipula: “La estructura no definida en el presente estatuto orgánico, será desarrollada por el Fiscal General de la Nación...”.

“Art. 2º. Las funciones de la Fiscalía General de la Nación se realizan a través del Fiscal General, Vicefiscal y Fiscales Delegados, para lo cual se conformarán Unidades de Fiscalías Delegadas”.

⁶³ GÓMEZ VALENCIA, HERINALDY. *De la justicia y el poder indígena*. Popayán. Editorial Universidad del Cauca, 2000, pp. 124 a 139.

⁶⁴ Ley 938 de 2004. Diario Oficial N° 45.778 de diciembre de 2004, “Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”.

“Art. 4º. Las Unidades Delegadas de Fiscalías del nivel nacional, están adscritas al Despacho del Fiscal General de la Nación o al despacho del Director Nacional de Fiscalías, según lo determine el Fiscal General de la Nación, las demás Unidades Delegadas de Fiscalías, están adscritas a las Direcciones Seccionales.

”El número de Fiscales y demás cargos de cada Unidad, así como sus sedes de operación y especialidad, son determinados por el Fiscal General de la Nación”.

“Art. 5º. Corresponde al Fiscal General de la Nación determinar la conformación y localización de las Direcciones Seccionales y las Unidades Nacionales y Seccionales de acuerdo con las necesidades del servicio”.

“Art. 6º. Los Fiscales Delegados actúan siempre en representación de la Fiscalía General de la Nación bajo la dependencia del Fiscal General y de sus superiores jerárquicos, sin perjuicio de la autonomía de los Fiscales Delegados en los términos y condiciones fijados por la ley Estatutaria de Administración de Justicia”.

“Art. 7º. Para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, corresponde al Fiscal General de la Nación, los Directores de Fiscalías y los Fiscales a quienes se les asigne la función de Jefes de Unidad:

”1. Dirimir los conflictos administrativos entre las Unidades de Fiscalías bajo su autoridad y las de sus inferiores jerárquicos en el ámbito de su competencia.

”2. Dirimir los conflictos de competencia que se presenten entre la Fiscalía General de la Nación y los demás organismos que desempeñen funciones de Policía Judicial, en el ámbito de su competencia.

”3. Efectuar el seguimiento y evaluar los resultados de las investigaciones adelantadas por las distintas Unidades de Fiscalías y Fiscales”.

¿Es posible que en una institución tan importante como la Fiscalía General de la Nación, encargada de investigar y acusar, pueda existir alguna parte de su estructura que no esté previamente estipulada por la ley y, lo que es peor aún, que pueda ser estipulada al arbitrio del Fiscal General de la Nación? ¿El Fiscal General de la Nación puede crear estructura orgánica en la Fiscalía según le parezca? ¿Qué facultad extraordinaria tiene el Fiscal General de la Nación en quien se concentra a más no poder la función de designar a sus inferiores jerárquicos, así como de evaluarlos, y dirimir los conflictos entre ellos? Su poder discrecional es impresionante y peligroso, teniendo en cuenta que preside el Consejo de Policía Nacional y el Consejo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de manera que puede llegar a influir de manera radical en una investigación, no sólo en la manera como se investiga sino también en las pruebas a realizar.

Sobre las funciones del Fiscal General de la Nación, el artículo 11 de la nombrada Ley estipula⁶⁵:

“(...) 2. Designar al Vicefiscal y a los Fiscales de las Unidades como Fiscales Delegados Especiales cuando la necesidad del servicio lo exija o la gravedad o complejidad del asunto lo requiera. (...).

”8. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público.

”19. Expedir el manual de requisitos y funciones de cada uno de los empleos de la Fiscalía.

⁶⁵ Ver Ley 938 de 2004. Diario Oficial N° 45.778 de diciembre de 2004, “Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, artículo 11.

"20. Nombrar y remover a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación.

"21. Definir las situaciones administrativas de los servidores de la entidad.

"22. Diseñar e implementar un sistema de control interno que permita conocer y evaluar oportunamente la gestión de la Fiscalía General de la Nación y de sus servidores. (...).

"26. Nombrar, remover y definir las situaciones administrativas del Director del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (...).

"32. Crear Comisiones Especiales de Fiscales Delegados designando un coordinador, cuando la gravedad, importancia o trascendencia pública del hecho lo ameriten, para lo cual podrá desplazar al funcionario del conocimiento. En este evento el coordinador de la comisión será quien actúe ante el juez de garantías y el juez de conocimiento".

En lo referente al retiro y a las causales de retiro de un funcionario de la Fiscalía, el art. 76 estipula: "**Retiro.** Es una situación de carácter administrativo, que pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y desvincula al servidor de la entidad en los eventos previstos como causales para tal efecto.

"Los demás servidores serán objeto de la facultad discrecional del nominador.

"El retiro de la carrera tendrá lugar mediante acto motivado, contra el cual procederán los recursos de la vía gubernativa.

"**Art. 77. Causales.** El retiro de los servidores inscritos en el régimen de carrera, se producirá en los siguientes eventos:

"1. Declaratoria de insubsistencia del nombramiento como consecuencia de calificación del desempeño no satisfactoria.

"2. Declaratoria de insubsistencia cuando el servidor se niegue a cumplir traslado ordenado por necesidades del servicio o motivos de seguridad. (...).

"10. Supresión del cargo. (...).

"12. Desvinculación como consecuencia de sanción disciplinaria que así lo determine.

"13. Desvinculación a causa de responsabilidad fiscal.

"14. Cuando exista estudio de seguridad que permita establecer razonablemente la inconveniencia de la permanencia del servidor en la carrera y en el servicio, por razones de seguridad, institucionalidad o reserva de las investigaciones".

En caso de controversia o de no adherencia de un funcionario de la Fiscalía con las políticas de la Institución, instituidas por el Fiscal o de las presiones e influencias políticas de que sea objeto para que deje o prosiga determinada investigación, de acuerdo a estas causales el funcionario no puede hacer nada.

El anterior análisis demuestra una preocupante realidad, esto es, las facultades extraordinarias de la Fiscalía General de la Nación, ajenas a la facultad principal de ser un organismo de investigación del Estado, función en la cual debería concentrarse su actuar principal, pero vemos cómo la Ley ha revestido a esta entidad de facultades administrativas y judiciales haciendo desvirtuar su naturaleza constitucional de ser un órgano de la rama judicial con autonomía administrativa y presupuestal⁶⁶.

⁶⁶ Ver Constitución Política de Colombia, art. 249: "La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el fiscal general, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley. El fiscal general de la nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el presidente de la república y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. **La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial** y tendrá autonomía administrativa y presupuestal".

CAPÍTULO IV JUSTICIA GUERRILLERA EN COLOMBIA

*“El pueblo debe de aplicar justicia, pero no la envejecida y gastada justicia que,
como limosna, nos concede el burgués”*

M-19

1. JUSTICIA GUERRILLERA APLICADA EN LA POBLACIÓN CIVIL: 1964-1999

1.1. PRIMERA FASE DE LA JUSTICIA

La primera forma de justicia se dio entre 1964 y 1976, durante los orígenes mismos de la insurgencia. Su proceso inicial de penetración en diferentes lugares del país se caracterizó por su preocupación en querer proyectar ante la población civil la existencia de un orden que debía asegurar la supervivencia y el crecimiento de los aparatos armados.

Si bien el modelo revolucionario que adoptó cada grupo guerrillero contribuyó a delinear claramente las prácticas de justicia, posteriormente pareció prevalecer en la finalidad de las tres agrupaciones guerrilleras (ELN; FARC-EP; EPL) el afán de supervivencia y crecimiento militar. De ello resultó una práctica judicial que buscaba la intimidación y la aceptación de los grupos armados por medio del uso de la pena de muerte frente a los infractores de ciertas normas que afectaban a la guerrilla, como los delatores o informantes, y la seguridad o tranquilidad de las zonas campesinas frente a pequeños delincuentes y cuatrer⁶⁷.

El autor define que las prácticas guerrilleras, en cuanto a su funcionamiento externo, respondieron a tres criterios: a) las prácticas judiciales son un instrumento para hacer más efectiva la guerra; b) la vida de la vanguardia guerrillera o, en sus palabras, la vida de esa primera “semilla revolucionaria”, no tenía equivalencias lo cual justificaba, en su lógica, la muerte de todo aquel

⁶⁷ AGUILERA, MARIO. *Justicia guerrillera y población civil: 1964-1999. En: De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas, Mauricio. El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. T.2 Bogotá. 2001*

que la pusiera en peligro, y c) el pequeño delincuente que asolaba las propiedades de los campesinos se convirtió en una especie de chivo expiatorio, la muerte del pequeño delincuente era tanto la demostración de autoridad y eficacia, como la insinuación del proyecto futuro de una sociedad del proyecto futuro de una sociedad sin delincuencia.

En este punto vale la pena hacer un parangón entre los fines de las imposiciones de una pena entre ese proyecto inicial de la guerrilla y el fin de la pena que acoge el Estado colombiano en su estatuto penal, el cual nos dice que la imposición de la pena responde a principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y que el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan, esto es, la Fiscalía General, sus delegadas y los juzgados en sus diferentes competencias. De igual forma el ordenamiento jurídico colombiano estatuye la pena bajo las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

Es necesario indicar que los tres grupos insurgentes tuvieron diferentes inspiraciones teóricas y prácticas, entre ellas la revolución soviética, la revolución china y cubana, para hablar de fuentes prácticas. Entre las fuentes teóricas se destaca la corriente marxista-leninista, sin olvidar la fuente más vehemente de las FARC-EP que lo fue las guerrillas liberales y comunistas surgidas más como un grupo de autodefensa que un grupo insurgente. En este sentido la adopción de un modelo de lucha revolucionario contribuyó a definir una forma de relación de las guerrillas con las llamadas masas populares, y una asignación de funciones a los sujetos destinados a adelantar el proceso revolucionario en el desarrollo de relaciones con las masas populares. Las guerrillas buscan establecer una base social fuerte con fines a saber, como lo dice MARIO AGUILERA, “En el ámbito político, las prácticas de justicia pretenden la configuración de una base social, probablemente en búsqueda de obtener

legitimidad del pueblo, al ofrecer solución a los conflictos de intereses que se presentan entre miembros de la población civil”⁶⁸.

El tipo de relación con las bases sociales y de la cual se desprendieron unas formas tuvo importantes diferencias.

a) Diferencias prácticas

Para el ELN lo fundamental fue la supervivencia y el crecimiento del aparato armado, de tal forma que no consideraban la división del trabajo revolucionario entre guerrilla y partido, por lo que defendió la vía armada como la única forma para acceder al poder del Estado.

Respecto de las FARC, es necesario comprender el esquema del Partido Comunista que consideraba a la clase obrera como la vanguardia de las demás clases y capas sociales en la lucha por el socialismo. Para él las FARC eran una especie de reserva para enfrentar la violencia y las agresiones que realizaban los militares o paramilitares, y un respaldo a la existencia de las organizaciones de masas y al trabajo del Partido Comunista. Su relación con la comunidad dependía del grado de compenetración con el territorio que ocupaban.

En la concepción del EPL, la lucha armada como objetivo a corto plazo debía crear “bases de apoyo o bases liberadas”. El trabajo político del PC-ML en la ciudad se entendió como complementario de la guerra popular que se debía desarrollar en el campo, y su fuerza llevaría a que los obreros fueran arrastrados hacia el combate.

Las guerrillas en la práctica tendieron a ser muy parecidas y a convertirse en guerrillas militaristas, lo cual definió las prácticas judiciales que adquirieron un matiz esencialmente penal. “La justicia guerrillera que surge con el control

⁶⁸ AGUILERA, MARIO. *Justicia guerrillera y población civil: 1964-1999. En: De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas, Mauricio. El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. T.2 Bogotá. 2001*

militar de un espacio determinado es esencialmente penal, esto es, una justicia de castigo. Lo que pretende, entonces, es sustituir con alguna eficacia a las agencias del Estado simplificando el procedimiento judicial al intervenir en pleitos que en la lógica del derecho estatal pertenecerían a diversos campos como el policivo, el penal, laboral, civil, familiar, entre otros”⁶⁹.

Este tipo de justicia el autor⁷⁰ lo define como justicia ejemplarizante, porque antepone el interés de la guerrilla sobre los intereses de los campesinos al predominar en sus acciones la búsqueda de seguridad, de aceptación de los grupos guerrilleros, y debido a que impone un orden para la guerra su fin último busca la penetración y el avance militar en las zonas consideradas como estratégicas para su existencia y expansión.

Es importante destacar que después de analizar las diferencias prácticas y teorías de cada grupo insurgente, es preciso indicar que se vislumbran prácticas judiciales radicalmente diferentes en los tres grupos, dependiendo del grado de cercanía que se tuviera con la comunidad, de tal suerte que para el ELN esta distancia fue mayor respecto del EPL, quienes procuraron una mayor cercanía con la comunidad y alcanzaron una mayor incursión en las prácticas judiciales con la población, logrando incursionar en la resolución de conflictos en materia civil y familiar, y dejando a un lado la resolución de conflictos en materia penal, práctica adoptada por el ELN y en un gran número por las FARC⁷¹.

El autor define la práctica judicial del ELN en sus comienzos como justicia defensiva de un aspecto militarista, alejada de la comunidad, en donde no hubo códigos escritos de conducta y se ignoraba la particularidad del campesino como sujeto de derechos, y se le asemejaba al combatiente.

⁶⁹ AGUILERA, MARIO. *Justicia guerrillera y población civil: 1964-1999. En: De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas, Mauricio. El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. T.2 Bogotá. 2001.*

⁷⁰ *Ibídem.*

⁷¹ *Ibídem.*

De igual forma se define la práctica del EPL considerada por el autor como Justicia Comunitaria, la cual analizaremos más en detalle por referenciar el tema de lo comunitario en la práctica, tema que constituye el núcleo de nuestro trabajo de tesis.

b) La justicia comunitaria del EPL

La idea central del EPL en su comienzo se encaminó a emular el proceso revolucionario chino y a construir un nuevo Estado de “dictadura popular” denominado “República Popular de Colombia”. En un comienzo se pensaba aprovechar el antagonismo de clase entre campesinos y terratenientes con el argumento de “la tierra es para el que la trabaja”. Con el fundamento de una reforma agraria se incursionó en el castigo para los especuladores, la cancelación de hipotecas, el reparto de los bienes muebles confiscados, temas poco tratados por los otros grupos guerrilleros y de vital importancia por tratarse de temas de la justicia ordinaria.

Un elemento que consideramos trascendente en la práctica del EPL lo constituye la configuración de los gobiernos locales como elemento fundamental de ese proceso, tal como lo define el autor: “...*en ese aparato de poder local debían estar representados organismos militares como el EPL, políticos como el «frente patriótico» y esencialmente los obreros y peones agrícolas. El desarrollo de ese poder local no debía seguir un modelo determinado ni estar supeditado a una teoría especial, sino que había que construirlo sobre las bases de experiencias concretas, de las particularidades regionales y de su racionalización por parte de «la dirección del partido» y de las bases sociales*”⁷².

En los planes del EPL estuvo el propósito de establecer 22 zonas campesinas en varias regiones del país, pero solo se concretaron dos en zonas del alto Sinú y del alto San Jorge en la región del nordeste antioqueño.

⁷² AGUILERA, MARIO. Ob. cit.

Según el autor la estrategia revolucionaria del EPL implicó una mayor integración con la población campesina, y por ello mostró una variada práctica judicial que desbordó el ámbito estrictamente penal. El vínculo entre guerrilla y comunidad permitió el surgimiento de una instancia de gobierno conocida como la Junta Patriótica Regional del Sinú, San Jorge y Cauca, conformada por guerrilleros y campesinos que funcionaba como una instancia superior de las juntas patrióticas locales. Las juntas organizaron la producción económica, la defensa del territorio, regularon precios y actuaron como tribunales de justicia, lo cual consideramos de vital importancia porque se creó un organismo del pueblo que juzgara al pueblo y permitió la vinculación de la comunidad en el proceso revolucionario y de justicia comunitaria.

Asuntos como problemas de ventas y obligaciones, infidelidad conyugal y violencia intrafamiliar, entre otros, resueltos en equidad y conciliación, conformaron tal vez la primera utilización de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en Colombia, mucho antes que los avances de la Ley 640 de 2001 y obviamente del Decreto 1818 de 1998, referentes legales de obligatoria consulta en nuestro ordenamiento jurídico.

Un punto intermedio en la relación con la comunidad, el autor lo evidencia en las prácticas judiciales de las FARC, quienes lograron relaciones con la población a partir del ajusticiamiento de delitos menores y cierto número de delitos como homicidio, hurto y abusos sexuales. A cambio de esas tareas el grupo insurgente exigía silencio, colaboración e impuestos⁷³.

A manera de conclusión del tema Justicia Ejemplarizante, se podría indicar que esta es el resultado o el híbrido entre la justicia defensiva y expedicionaria que identifica el autor en las prácticas judiciales de los grupos insurgentes, como quiera que la intención es, en primer lugar asegurar al grupo guerrillero, y en segundo lugar busca la aceptación de la comunidad a través de la ejecución de delincuentes. Es de destacar que el tipo de justicia del EPL fue marginal y muy

⁷³ AGUILERA, MARIO. Ob. cit.

particular, debido a la existencia de pequeños aparatos de poder local y al sentido comunitario de la misma.

1.2. SEGUNDA FASE DE LA JUSTICIA

Este segundo tipo de justicia se ubica temporalmente entre los años 1976 y 1985. Este tipo de justicia fue motivado por un ánimo revanchista y clasista, pues determinó enemigos en dos ámbitos: se era enemigo del pueblo cuando se violaban sus derechos, y se podía ser enemigo de la revolución si se pertenecía a la política tradicional y se hacía parte de los grupos de seguridad del Estado.

El asumir este papel pareciera vislumbrarse un afán en buscar puentes de comunicación con los grupos sindicalistas, estudiantiles y protestas cívicas, empero esa influencia tuvo limitantes puesto que los grupos de izquierda trataron de instrumentalizar los movimientos sociales en función de los intereses partidistas o de la lucha armada.

A este punto deberá agregársele que esta ansiosa búsqueda de interlocución con grupos sociales corresponde, obviamente, a que es imprescindible la legitimación no por la vía armada sino por el apoyo popular, como por ejemplo lo realizado por el Movimiento 19 de abril (M-19), quienes se apoyaron en el imaginario político del país (probablemente en búsqueda de invocar la conciencia colectiva) recuperando a los héroes nacionales y las luchas históricas contra la oligarquía y un marco más amplio que concibiera los derechos individuales y sociales plasmados en un espacio democrático con más inclusión.

El autor identifica que este grupo realizó una práctica de la semiótica en su actuar como, por ejemplo, el robo de la espada de Simón Bolívar y el robo del arsenal militar del Cantón Norte. De igual forma en su práctica judicial se evidencia la Justicia Retaliadora, al intentar juicios como el realizado contra José Raquel Mercado, presidente de la Confederación de trabajadores de Colombia, o el intento de procesar al mismo presidente de Colombia de aquel

entonces, Belisario Betancur. Todos estos símbolos procuraron demostrarle al pueblo que existía, por lo menos en el propósito, un grupo encaminado a aplicar, patrocinar y desarrollar una justicia de clase con el fin de favorecer a los sectores populares, probablemente en búsqueda de reivindicaciones sociales⁷⁴.

1.3. TERCERA FASE DE LA JUSTICIA

La ubicación temporal de este tipo de justicia la comprende los años de 1985 y 1999, que constituye sin lugar a dudas una conexión totalmente actual, toda vez que se invocan nuevamente las prácticas del EPL como justicia comunitaria y un debate político, económico y social de total actualidad, al proponer el tipo de lucha desde lo local.

El autor indica que la guerrilla se abrogó la veeduría en el manejo de las inversiones públicas, el control electoral, la exigencia de rendimiento de cuentas de las autoridades administrativas locales, todo esto sin dejar de lado lo preceptuado en el Código Penal sobre los delitos que cometen los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, como sujetos activos de peculado, cohecho, entre otros.

MARIO AGUILERA define lo anterior de la siguiente forma: “...la acentuación de las prácticas judiciales en esas direcciones coincidía con la idea guerrillera de desarrollar formas de poder local o popular para poner a las masas al frente de sus aspiraciones y preparar el terreno para la construcción del nuevo poder que se supone surgirá con la victoria de la guerrilla. Tal eje estratégico no solo reorganizó la acción de la justicia guerrillera, sino muchas de sus actividades políticas y de combate. Acciones como el asalto y destrucción de la Caja Agraria o el apoyo a las marchas campesinas que protestaban por la fumigación de los cultivos de coca... responden a objetivos muy precisos de atraer el apoyo del campesino...”⁷⁵.

⁷⁴ AGUILERA, MARIO. Ob. cit.

⁷⁵ AGUILERA, MARIO. Ob. cit.

2. LA JUSTICIA GUERRILLERA: UNA VIVENCIA TANGIBLE

El autor en la parte final de su análisis sobre justicia guerrillera resalta algunos ejemplos prácticos de este modelo de justicia, denominando su análisis como “diversificación de la justicia”. Frente a esto, es pertinente esbozar algunos comentarios:

Un elemento indispensable, si se quiere pensar en un nuevo modelo de justicia, es sin lugar a dudas el territorio, lugar donde las prácticas judiciales cobrarán su desarrollo. Es necesario indicar que las nuevas prácticas se desenvolverán mediante la estrategia del poder local, en territorios donde los grupos guerrilleros ejercen una influencia más o menos estable, incluso en zonas urbanas con presencia de agencias del Estado. La guerrilla media como árbitro en los conflictos entre los pobladores y como actor regulador de ciertas relaciones sociales y económicas de la comunidad, principalmente en el ámbito penal y civil, sin olvidar la intervención que desarrollan estos grupos en materia de medio ambiente, administración de los recursos públicos y medidas de tipo policivo.

En el campo penal tanto las FARC como el ELN reprimen con penas que van desde la pena capital, indemnizaciones por daño emergente y lucro cesante, delitos como el homicidio, las lesiones personales y el hurto, este último con un trato diferencial respecto de otros tipos penales de apropiación, como el peculado, ya que se castiga con la pena capital al autor de la conducta con el beneplácito del sujeto pasivo. Pese a que podría considerarse esta pena como desproporcionada, debemos cuestionar si representa esta imposición una salida rápida al problema de seguridad del campesino⁷⁶.

En materia civil se aprecia la solución de conflictos en equidad en diferentes temas, por ejemplo, en diferencias frente a linderos, servidumbres, uso de aguas, liquidación de herencias, entre otros. Los funcionarios judiciales de varias zonas del país reconocen en tribunales guerrilleros a sus competidores y

⁷⁶ AGUILERA, MARIO. Ob. cit.

reconocen que el campesino acude a estos mecanismos de solución de conflictos atendiendo a términos de celeridad y economía.

Un tema que parecería incongruente es el sentido que se le da al manejo de los cultivos ilícitos, porque si bien es cierto que las guerrillas contribuyen a la explotación de este tipo de cultivos, no es menos cierto que prohíben la distribución y el consumo de drogas en las zonas bajo su influencia.

A lo anterior debe agregársele que temas como las restricciones al consumo y venta de drogas son apreciables en barrios periféricos de las ciudades mediante las milicias urbanas, quienes confrontan a bandas delincuenciales locales, y de igual forma la mediación en conflictos diarios, casos en los cuales la intervención de las guerrillas es clara por un común denominador: el difícil, por no decir imposible, acceso a la justicia estatal.

3. LA JUSTICIA GUERRILLERA FRENTE AL SOCIALISMO

Se deduce tras el análisis que la práctica de justicia guerrillera, el interés de los grupos guerrilleros en ordenar la vida social y económica de la comunidad en donde tienen influencia, va de la mano con el interés de encontrar reivindicaciones sociales, mediar entre la relación de propietarios y trabajadores, comerciantes, productores y consumidores, frenar tal vez los abusos del capitalismo desenfrenado, más no se orienta hacia la construcción de un nuevo orden social, sino a limitar las relaciones de explotación.

Lo anterior se puede notar en que pareciera que la justicia guerrillera comulgara con la justicia estatal al complementarla, al forzar su cumplimiento, al ejecutar penas frente a los mismos delitos que la sociedad burguesa ha establecido para fomentar y defender la propiedad privada. Frente a esto habrá que decir que, si se quiere indicar una concepción socialista en el actuar guerrillero, si se defiende la propiedad socialista, aquella que definió LENIN al decir que *“el socialismo es la organización de la sociedad en que las riquezas creadas por el trabajo común benefician a todos los trabajadores y campesinos*

*ya que en el capitalismo los trabajadores trabajan para el propietario y a diferencia en el socialismo el trabajador trabaja para sí mismo y para la sociedad*⁷⁷. Solo si se defiende la propiedad socialista se puede antagonizar la propuesta hegemónica del Estado burgués que defiende la propiedad privada con una supuesta función social.

Frente a la relación que cada grupo guerrillero tiene con un movimiento político, habrá que decir que, aparte de ser necesaria si se tiene realmente el altruista propósito de encaminar su actuar hacia la consecución del poder para cambiar estructuralmente la concepción del modelo económico y estatal, se debe recordar que el primer paso para la aplicación del sistema socialista en un país es la toma del poder por el partido comunista y la organización de las instituciones jurídicas en beneficio de la clase de obreros y campesinos, para no hablar del proceso de nacionalización de los medios de producción social y de las grandes empresas. Actualmente se ven disímiles los comportamientos de grupos guerrilleros como las FARC, quienes por un lado carecen realmente de un brazo político fuerte, y por otro la desvinculación del devenir político del partido comunista, solo por mencionar un ejemplo.

4. JUSTICIA GUERRILLERA: UNA REALIDAD COMPLEJA

El análisis igualmente muestra que las prácticas de justicia por parte de los grupos guerrilleros fue, es y seguirá siendo una compleja realidad. No obstante el reconocimiento que estos grupos tengan, la legitimidad de sus decisiones, sus regulaciones externas e internas, su búsqueda de plataformas reivindicativas, pareciera estar condenada al fracaso por la incongruencia de las prácticas de estos tres grupos guerrilleros analizados por el Profesor AGUILERA, como lo reseñado hacia la protección de los bienes jurídicos, la precaria protección a los derechos humanos, la falta de garantías al procesado y porque al parecer su práctica está permeada de muchas de las instituciones y principios de la justicia estatal, corriendo el riesgo de instrumentalizarse.

⁷⁷ V.I. LENIN. *El Estado y la revolución*. Barcelona: DeBaris (2001)

Probablemente el esfuerzo al tomar el tema de la viabilidad de una nueva justicia, una justicia socialista, coadyuve a redefinir y replantear muchos puntos de vista frente al socialismo y sus prácticas, frente a la justicia comunitaria y otros temas de altísimo interés. Creemos que el análisis del Profesor MARIO AGUILERA PEÑA es pertinente por abrir un marco espacio-temporal hacia una propuesta innovadora de justicia, no obstante haber reconstruido la historia de los tres primeros grupos guerrilleros que, al fin de cuentas, es nuestra historia, de ahí la pertinencia como punto de partida en nuestro trabajo.

5. JUSTICIA GUERRILLERA: CASO “EL PROFE”

Una vez realizado el referente teórico de la justicia guerrillera con base en el estudio realizado por el profesor MARIO AGUILERA, proponemos incorporar a este estudio el trabajo de campo realizado por nosotros en el mes de junio de 2007, con el objeto profundizar en el tema de la justicia guerrillera, investigación que está basada en una entrevista realizada con alias “El profe”, documentada en escrito que se anexa al cuerpo del presente.

5.1. “EL PROFE”

Partimos de la ciudad de Bogotá el día jueves 07 de junio de 2007, a las 12:00 de la media noche, con destino a la ciudad de Tame en el Departamento de Arauca. Nos esperaban aproximadamente 13 horas de viaje; llegamos a la ciudad de Tame el viernes alrededor de la 1:00 p.m. En esa ciudad se respiraba un extraño aire de calma que se reflejaba en la mirada extraña que se percibía hacia nosotros por parte de sus habitantes. Ese día pasamos la noche en la ciudad.

Al día siguiente nos encontramos con nuestro contacto, una persona de muy alta gratitud y generosidad, en el corregimiento de Corozito, aproximadamente a media hora de la ciudad de TAME. Allí tuvimos oportunidad de conversar con él sobre cómo sería nuestra entrevista y de la coyuntura que se estaba viviendo en ese momento entre los dos grupos insurgentes, las FARC y el ELN, situación por mucho compleja para los habitantes de la zona ya que de la conversación

pudimos deducir que la gente no estaba de acuerdo con una confrontación de ese tipo entre las dos organizaciones, ya que ellas están formadas por coterráneos y, en palabras de nuestro contacto, “es una pelea entre hermanos que está cobrando mucha sangre”. Posteriormente, con todas las expectativas, partimos de Corozito hacia la vereda Gaitán; nos esperaba un camino de aproximadamente hora y media por caminos de trocha.

Llegamos a Gaitán aproximadamente a las 11:00 de la mañana; corría por nuestro cuerpo toda clase de sensaciones, concientes del peligro que significaba que un par de extraños estuviera en ese lugar en pleno conflicto entre dos grupos armados y de la importancia que representaba para nosotros lograr una buena entrevista. Esperamos en Gaitán hasta las 2:00 de la tarde, cuando de repente, sin que sospecháramos, llegó a la vereda una camioneta de doble cabina con aproximadamente 6 ó 7 hombres de la organización. Nuestra primera reacción fue de asombro al ver tangiblemente la insurgencia de nuestro país y, más aún, ver la reacción de plena tranquilidad de los habitantes de la vereda, como si llegase un vecino más.

Por fin ese día teníamos frente a nosotros la posibilidad de vivir de primera mano una experiencia de ese tipo, nos entrevistamos por primera vez con “El profe”, comandante de comisión (posteriormente explicaremos la estructura orgánica de la organización). Tras unos saludos cordiales le explicamos la importancia que la entrevista representaba para nosotros, y acto seguido leímos el cuestionario que teníamos preparado explicando los alcances de cada una de las preguntas. “El profe” asintió a responder la entrevista, pero, no obstante que las respuestas que él nos ofrecería representaría la voz de la organización, nos sugirió que esperáramos a que él le consultara a un mando superior para que fuera autorizado a responder sobre las preguntas en mención.

En seguida fuimos a un cruce entre la vereda de Gaitán y la Vereda La Paz, en donde esperaríamos la respuesta por parte de “El profe”. Tras una larga espera, aproximadamente de cuatro horas, se acercó hacia la camioneta en que nos movilizamos un grupo de insurgentes en otra camioneta, entre ellos “El

profe”, quien muy amablemente nos indicó que la entrevista será el día siguiente por razones de seguridad, por cuanto se tenían que movilizar y que para la entrevista no podríamos usar ningún tipo de registro fílmico, noticia que tomamos a buen término. Sabiendo eso nos dirigimos hacia la ciudad de Saravena para pasar la noche, ya que Saravena y Tame son equidistantes del punto en el que nos encontrábamos.

El domingo 10 de junio era el gran día. Partimos de Saravena a las 7:00 de la mañana con destino a la Vereda de La Paz, sitio que se había fijado para la entrevista. Tras hora y media de viaje en trocha, en donde tuvimos que pasar varios retenes del ejército, por fin llegamos. Ese día el nombre de la vereda no era el apropiado, toda vez que cuando llegamos el paisaje no podría ser más aterrador. Un silencio sepulcral acompañaba la cara de todos los militantes y habitantes de la vereda; la noche anterior había sido una noche de intensos combates entre miembros de las FARC y el ELN, combates que dejaron como cruel resultado bajas importantes para las FARC y un grupo significativo de heridos para el ELN. Concientes de lo extremo de ese momento simplemente aguardamos, cuando de repente “El profe” llamó aparte al contacto que nos llevó hasta la vereda, y le dijo que urgía usar la camioneta en la que nos movilizamos para el traslado de los heridos en combate, a lo cual nuestro contacto asintió con algo de entendible temor. Nosotros quedamos completamente a la expectativa, concientes del peligro que representaba que la camioneta que ya había sido vista por varios retenes del ejército fuera vista otra vez a tan pocas horas de haber pasado por el mismo lugar. No obstante lo anterior, nuestro contacto partió en la camioneta con un grupo de heridos rumbo a Saravena. Mucho después nos enteramos de todas las travesías y peripecias que nuestro contacto tuvo que pasar para lograr el fin propuesto.

Nos encontrábamos solos en la Vereda, siendo testigos de primera mano de una situación extrema, sin conocer a nadie, pero con todas las expectativas que se puedan tener, concientes que una palabra mal empleada en esos momentos podría hacer estallar toda la tensión que reposaba en cabeza de los militantes, por lo que apelamos al silencio como apoyo a la situación. De repente se acerca a nosotros un exmilitiano que por razones del conflicto tuvo

que dejar la milicia e incorporarse a la fuerza; fue herido en un combate anterior y se encontraba en plena recuperación en el puesto de salud de la vereda, con una herida de fusil en su pie derecho; no tuvo reparo en acercarse a nosotros para conversar, y fue precisamente allí, en ese momento, en donde comprendimos la magnitud de la coyuntura. Las palabras de este hombre reposan en nuestra cabeza como fiel testimonio de la convicción que rodea la actividad insurgente, la responsabilidad de la lucha, la estrategia de guerra, en fin, tantas cosas que solo reposarán en nuestras mentes, pues su relato no es pertinente para nuestro trabajo, por cuanto nos llevaría de analizar temas de suma complejidad que no es nuestro objeto.

Finalmente ese mismo día, aproximadamente a las 12:00 del día, una camioneta doble cabina de color rojo nos recogió y nos llevó a una escuela abandonada, triste panorama pero real. El gobierno se preocupa por llenar los pueblos de retenes, pero es convidado de piedra ante el abandono de las escuelas. Llegamos a la escuela y conocimos al mando superior de “El profe”, alias “Jorge”, un campesino de fuerte convicción, a quien le comentamos sobre las preguntas, y quien a su vez nos indagó sobre nuestra procedencia y la utilización que le daríamos a la entrevista. Acto seguido, con la aprobación de las preguntas por parte de “Jorge”, comenzamos a realizar la entrevista con “El profe”, quien absolvió de manera muy profunda, amable, veraz y sin reparos todas y cada una de nuestras inquietudes, respuestas que a continuación serán analizadas.

Posteriormente, una vez lograda la entrevista, fuimos invitados a un succulento almuerzo por parte de “Jorge” y “El profe”, quienes nos indicaron que, una vez terminado el almuerzo, nos dirigiéramos a la vía principal de La Paz, para que allí esperáramos a nuestro contacto para recogernos.

La emoción se apoderó de nosotros, por cuanto habíamos logrado algo sin precedentes en nuestra corta historia de vida. No obstante lo anterior, esa hermosa sensación se fue desvaneciendo hasta convertirse en un temor sin igual derivado de la preocupación que suscitaba el hecho que nuestro contacto no había llegado a la vereda. Todas las situaciones se plantearon en nuestras

cabezas, entre ellas, el hecho que la camioneta, junto con sus ocupantes, hubiese sido detenida en algún retén del ejército o del otro grupo insurgente. Esperamos desde las 2:00 de la tarde hasta las 5:30, situación por más apremiante, por cuanto existe un toque de queda que rige desde las 6:00 de la tarde por seguridad del grupo y por los combates que se suscitan, además que nos encontrábamos completamente a la deriva sin apoyo del grupo por cuanto ellos se habían movilizado y abandonado la vereda. Nos quedamos solos en un lugar completamente desconocido, hasta que finalmente vimos a lo lejos la camioneta que nos llevaría de regreso a Tame. Nuestro contacto nos relató minuciosamente todas las barreras que tuvo que pasar, pero que al fin de cuentas le había permitido estar de vuelta.

Salimos de la vereda rumbo a la ciudad de Tame. Nuestro contacto nos dejó en Corozito, sitio en donde inicialmente nos había recogido, y de allí partimos a Tame, pasando por otro inevitable y numeroso retén del Ejército.

Partimos el día siguiente rumbo a Bogotá, con la satisfacción que brinda el deber cumplido, la tarea realizada, con muchas más expectativas de las que nos fuimos y pensando en la forma de utilizar en su totalidad la experiencia vivida para nuestro trabajo de tesis, experiencia que comentaremos a continuación.

a) Estructura orgánica regional en el departamento de Arauca del Ejército de Liberación Nacional, ELN

Para comenzar el análisis es pertinente tener clara la estructura orgánica regional en el Departamento de Arauca del Ejército de Liberación Nacional, ELN. “Actualmente nuestra estructura lleva por nombre Frente de Guerra Oriental y está conformada por 4 frentes guerrilleros rurales, un batallón con 5 compañías, una columna guerrillera urbana, una especialidad en industria militar y otra especialidad en lo ideológico.

"Frentes Guerrilleros:

- "Frente Domingo Laín Sáenz. Conformado por ocho comisiones: Ernesto Che Guevara, Martha Elena Barón, Camilo Cien Fuegos, Luis Orlando Velandia, Verkeley, Omaira Montoya Henao, Rafael Villamizar.
- "Frente Efraín Pabón Pabón. Martha Cecilia Pabón, Jorge Eliécer Jurado Mogollón, Mario Ramírez Ortiz, 18 de junio.
- "Frente José David Suárez. Jaime Ramírez, Quiliam, Víctor Manuel Díaz, Cesar Augusto Sandino, Dumar León Gonzáles.
- "Frente Adonai Ardila Pinilla. Estrella, José Antonio Galán, José Orlando Alarcón.
- "Batallón Héroes y Mártires del Frente de Guerra Oriental. Conformado por 5 compañías: Simacota, Capitán Pomares, José Alfredo Arrigui, Héroes de García Rovira, Elacio Barón.
- "Especialidad de industria militar. Juan Rubio Bermúdez (Runga).
- "Especialidad en lo ideológico. Emisora Voz de la Libertad (dos).
- "Columna urbana Compañero Diego"⁷⁸.

Alias "El profe", quien muy gustosamente concedió la entrevista, es un comandante de Comisión de la cual nos reservamos el nombre, por orden estricta del comandante.

5.2. JUSTICIA GUERRILLERA EN ARAUCA

Entrando en materia, lo primero por lo que indagamos fue sobre el concepto que se tenía sobre justicia. La respuesta que encontramos es la respuesta al parecer, y siguiendo al profesor AGUILERA, un tipo de justicia retaliadora o revanchista, acompañada de criterios unificados y generalizados por la organización frente a los delitos y las penas. Pareciera existir un modelo de justicia casuística o basada en precedentes, en palabras de "El profe": "el concepto de justicia... A ver, primero partimos nosotros de que el Estado ha sido muy injusto con el pueblo, de que todos los procesos que se manejan han

⁷⁸ www.patrialibre.org. Bloque Oriental del ELN.

sido por el lucro personal del aparato ejecutivo mas no pensando en el bienestar del pueblo, si no pensando el lucro personal, entonces nosotros acá aplicamos la justicia dependiendo del caso como tal. Nosotros acá tenemos unas normas internas para la aplicación de esa justicia revolucionaria, entonces hay varios casos: por decir nosotros no le damos el mismo tratamiento a un ladrón que a un violador, que nosotros dentro de las normas dentro de los criterios como organización creemos y pensamos que es más dañino el violador que el ladrón y que se puede dentro del tiempo regenerar un ladrón mas no un violador, entonces de acuerdo al caso está el tratamiento, es lo que nosotros llamamos el debido proceso, o sea cada caso tiene su debido proceso que en lo ultimo nosotros lo contemplamos bien sea con un correctivo o una sanción, con la pena de muerte, con el destierro de la zona, entonces hay casos en los que, por decir, por ejemplo, el caso de un ladrón, se agarra la persona, se le comprueba primero todos los hechos y se le aplica la sanción, que puede ser bueno ponerse a trabajar en una finca, recuperar la plata o el bien que se robó y devolverlo, eso como a manera de ejemplo para ir diferenciando las clases de justicia”⁷⁹.

De lo anterior se deriva ya una forma de aplicar justicia, con unas penas acordes a cada tipo de trasgresión. Es importante recalcar el concepto de “debido proceso”, ya que la Justicia Oficial tiene este mismo concepto como principio fundamental de la actividad procedimental, concepto de vital importancia ya que su inobservancia acarrea nulidades procesales. El concepto utilizado por el ELN indica más la especificación o, mejor, la asignación de un tipo de sanción y procedimiento a un tipo de conducta, criterio que “El profe” reafirma cuando le preguntamos sobre si existía o no, clases de juicios preestablecidos, a lo que nos respondió: “Clases no, nosotros tenemos unas normas acá pero es para aplicación más bien interna, o sea frente a la población civil lo que manejamos es lo que llamamos un debido proceso, lo que estábamos diciendo ahorita; no tenemos regularizado por decir, a determinada clase de población o a determinada persona, el juicio va a ser así o así, o sea no está, cómo le dijera yo, establecido, normativizado, sino lo que manejamos

⁷⁹ Ver anexo, entrevista realizada a alias “El Profe”, Arauca de 2007.

acá de acuerdo a las normas que tenemos, lo fundamentamos también dentro de la población civil”⁸⁰.

Teniendo en cuenta los fundamentos políticos de las organizaciones insurgentes, esto es, el socialismo para el caso específico, quisimos indagar sobre la aplicación de principios socialistas en la actividad judicial insurgente, a lo cual “El profe” nos indicó: “sí lo aplicamos a manera de socialismo porque permitimos pues que la investigación se haga lo más justo posible empezando por ese concepto. El segundo concepto lo hacemos frente al pueblo más no a la espalda del pueblo, entonces si nosotros vemos que una persona está para aplicarle la norma, por decir darle destierro o aplicarle el artículo 14 que es la pena de muerte, la pena máxima que nosotros llamamos, lo hacemos frente al pueblo. Si es alguien del pueblo, o sea estamos hablando de un civil, entonces lo más correcto es que nosotros reunamos la comunidad del pueblo y ya con todo el debido proceso, digamos al pueblo: tenemos esta persona por esto, robó esto, se le acusa de esto, se le comprobó esto, si sale verídico las pruebas de lo que se le acusa, pues ahí mismo se le aplica lo que esté estipulado, la pena establecida para eso; no todos los casos son iguales. Entonces tenemos por ejemplo para un violador la pena máxima, para un traidor, un delator, la pena máxima, porque son ya hechos que van en contra del proceso revolucionario, que van en contra de lo que el ELN está construyendo que es la transformación social, cierto, que es en sí el socialismo en el pueblo colombiano”⁸¹.

De lo anterior se derivan varias cosas: una aplicación singular del socialismo, dándole al pueblo un papel sin precedentes en la aplicación de justicia, si se quiere pensar, de Jurado de Conciencia, muy al estilo acusatorio anglosajón. De otro lado, la tipificación de ciertos delitos como graves, para los cuales la pena máxima es la pena a aplicar, Lo cual nos lleva a afirmar que se utilizan probablemente, sin saberlo, criterios como tipo penal, dosificación de la pena, conductas preestablecidas (principio de legalidad), entre otros.

⁸⁰ Ver anexo, entrevista realizada a alias “El Profe”, Arauca de 2007.

⁸¹ Ver anexo, entrevista realizada a alias “El Profe”, Arauca de 2007.

En el transcurso de la entrevista uno de nuestros cuestionamientos fue si existe una autoridad específica que legisle, que estipule la sanción para ciertas conductas o si, por el contrario, se podría hablar de algo arbitrario, por no decir pasional, en la toma de decisiones, y la respuesta con la que nos encontramos es que existe una autorización expresa, dada a cada militante, de aplicar justicia de conformidad con lo establecido en un evento máximo de legislación que se denomina “la asamblea”, en donde participa la mayoría de la militancia del frente de guerra oriental, evento que tiene lugar cada cuatro años y en donde se “legisla” en torno a los tipos penales, sanciones y demás indicaciones de obligatorio acatamiento por parte de sus miembros. Lo más sorprendente es que a ese evento de tan alta envergadura para los miembros del ELN puede asistir la comunidad organizada y no solo tiene voz sino voto, situación que no existe en la jurisdicción oficial, mucho menos en el Congreso, donde “nuestros padres” se sientan en cómodas sillas durante cuatro años para desangrar al país y legislar a favor del gobierno de turno.

En el evento antes mencionado, “El profe” nos comentaba que él había tenido la posibilidad de proponer la existencia de cárceles productivas para que los delincuentes purgaran su pena. Es importante resaltar el concepto de cárcel productiva, por cuanto el concepto que se maneja de estas a nivel de la organización dista mucho del manejo en nuestra sociedad capitalista; por el contrario, lo que se pretende es una verdadera resocialización. Consideramos que el término escarmiento es muy pobre para describir lo que se quiere con el condenado, digamos más bien que se evidencia el concepto de reparación a las víctimas, de prevención general, retribución justa, reinserción social y protección al condenado, acompañado de principios rectores como el principio de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, principios que están consagrados en nuestro ordenamiento jurídico penal, pero que en realidad para nadie es un secreto que no existe, o nos gustaría que alguien demostrara la equidad que existe al interponerle una medida de aseguramiento a una madre que roba unos pañales de un supermercado para sus hijos, y las penas que se imponen a los paramilitares supuestamente desmovilizados determinadores de un sinnúmero de homicidios agravados, secuestros y, en fin, todo tipo de

crímenes de lesa humanidad; eso no corresponde con proporcionalidad y ninguna razonabilidad. Pese a que suene como una contradicción, un grupo en contra del Estado da aplicación cabal a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, y el propio Estado no lo hace: Solo basta con mirar el hacinamiento en el que se encuentran nuestros presos (¿quiénes serán los insurgentes?). Lo anterior lo clarificamos al escuchar a “El profe” relatarnos un caso específico, en donde queda claro el papel mediador de la insurgencia cuando dos civiles entran en conflicto⁸².

Por la imperante necesidad de realizar un parangón entre la justicia oficial y la guerrillera, le preguntamos a “El profe” sobre la existencia de principios rectores del procedimiento de la actividad judicial, como el principio de doble instancia, el derecho de defensa, a lo cual nos respondió que es la organización quien adelanta toda la investigación, se podría decir, que de oficio o a petición de parte. Ellos recaudan las pruebas y le dan una relevancia sin igual a la prueba testimonial, por cuanto se cree fielmente en la palabra, y en la reputación de la gente. Él reconoce que no tiene los medios de prueba utilizados por la Fiscalía, por ejemplo los dactiloscopistas, grafólogos, químicos,

⁸² “A ver, está el caso de un muchacho que en una borrachera de cantina mató a otro muchacho, nosotros hemos dicho acá que el que mate a otro también se muere, o sea a manera de expresión en algunos casos no lo aplicamos por tener en cuenta algunos factores secundarios, por decir la familia que de pronto es un familia allegada a la organización, que de pronto fue un accidente entonces hay factores secundarios que interfieren en la decisión que nosotros tomamos, o sea nosotros tenemos legislado que el que mate a otro se muere pero no en todos los casos se puede aplicar eso, entonces le cuento la historia de ese muchacho, en una cantina salieron de pelea con otro muchacho, y este cargaba un arma y disparó, y lo mató. El muchacho se nos presenta y nos dice maté a fulano de tal por una agresión que tuvimos, no me pude controlar, tenía trago encima y pasó esto y esto. Se presentó voluntariamente junto con la familia, los papás, es una familia muy allegada a la organización; la otra familia del muchacho muerto también es muy allegada a la organización, entonces nosotros qué hicimos, reunimos las dos familias con el muchacho culpable ahí en frente, le hicimos ver que nosotros teníamos una norma establecida, que el que matara a otro también se moría, las dos familias también son muy amigas, entonces la familia del muerto qué dijo, no lo vayan a matar, no lo maten es un muchacho que hasta ahora está empezando a vivir, pero sí queremos que se haga justicia y se sancione, entonces ya con esa autorización que tiene uno de la familia que es la damnificada, pues entonces uno ya tiene los argumentos para determinar otra sanción sin que sea la pena máxima, entonces nosotros determinamos darle cinco años de cárcel productiva, entonces lo trasladamos a un sitio a trabajar a una finca, cinco años sin salir, solamente tiene visita de la familia, de la novia, la mujer, si tiene y más nada, solamente una visita al mes no más, eso es lo que quedó establecido en ese caso, la familia damnificada quedó satisfecha de la sanción que nosotros le pusimos, es más, nosotros hicimos de que el muchacho se autocriticara delante de la familia, o sea del error que cometió, eso como un caso”.

en fin, pero nos parece que más que ser medios de prueba de antaño, es volver a la base, y a lo actual; solamente, por ejemplo, vale decir, que si el testimonio y la acreditación que en un proceso se haga del testigo es arcaica por qué es tan de vital importancia en los procesos orales llevados a cabo en los procesos acusatorios del sistema anglosajón. Pero si en un juicio la población observa que se cometen errores de procedimiento por quien adelanta la investigación, estos tienen la posibilidad de apelar ante un superior que observará lo adelantado en el caso y tomará las medidas que considere pertinentes. De todo lo dicho en este análisis se puede concluir que la relación con la población civil se maneja en un plano horizontal, que existe un respeto mutuo, que existe independencia y colaboración.

Otro cuestionamiento estuvo dirigido a las imbricaciones de las justicias, sobre el efecto que produce la decisión de un juez ordinario, o una decisión del otro grupo insurgente. Frente a lo primero existe una sensación de rechazo hacia la justicia oficial por considerarla “injusticia”, por considerarla hasta cierto punto una justicia comprada que favorece al que posee dinero, empero también existe una especie de radicación de competencias por celeridad por cuanto si es más rápido, por ejemplo, en el caso de alimentos, que se demande a través de la justicia ordinaria para que le embarguen el sueldo al deudor, la organización autoriza a la demandante a que la interponga ante la jurisdicción ordinaria⁸³. En el otro sentido, es decir, la reacción frente a las decisiones que la otra organización tome, concluimos que la situación es, en el caso concreto, coyuntural, debido a los enfrentamientos. No existe en este momento la cooperación que en materia de justicia existió antes de los combates, lo actual es un desconocimiento frontal de las decisiones que tome la otra organización⁸⁴.

Es importante destacar la simplicidad con la que se manejan las penas. Para todas las conductas existe una pena, no obstante teniendo en cuenta la multiplicidad de conductas que un ser humano puede realizar. En la mayoría de

⁸³ Ver anexo, entrevista realizada a alias “El Profe”, Arauca de 2007.

⁸⁴ Ver anexo, entrevista realizada a alias “El Profe”, Arauca de 2007.

casos son solo tres las penas que se imponen: trabajo, destierro y la pena máxima; no existe la pena de multas por cuanto desvirtuarían la naturaleza misma de la justicia, de ser una justicia gratuita.

El análisis está dirigido a reflexionar sobre esta clase de justicia, en términos de acceso a la justicia, a que la justicia es de libre acceso. No se requiere de un abogado para iniciar una acción, no hay que cobrar honorarios, fotocopias, es una justicia en su mayoría oral, de obligatorio acatamiento no porque el guerrillero haya estudiado derecho, haya hecho carrera judicial, pertenezca a ASONAL, sino por la legitimidad de la que está revestido, porque la población civil acude a ello en forma voluntaria por términos de respeto y celeridad. Empero la justicia guerrillera adolece de un defecto muy grande y es el hecho de requerir para su aplicación de un territorio. Pese a que esto resulte obvio, es la verdad: sin un territorio en donde la organización se pueda mover libremente, donde no haya Ejército, no es posible la aplicación de justicia.

Lo anterior no quiere decir que los esfuerzos son en vano. Se debe reconocer la justicia guerrillera como una realidad tangible, como un referente hacia una nueva justicia; ninguna persona puede ocultar la existencia de este tipo de justicia amparándose en una ilusoria cobertura estatal; creemos que existen muchas cosas rescatables de este tipo de justicia, y que su relevancia solo será posible si todos conociéramos esta realidad, o en una posible toma del poder. Por lo pronto nosotros hemos querido comenzar con lo primero.

CUADRO COMPARATIVO N° 2

	JUSTICIA GUERRILLERA SEGÚN MARIO AGUILERA	JUSTICIA DE “EL PROFE”
Relación con la población civil	Práctica judicial que buscaba la intimidación y la aceptación de los grupos armados por medio del uso de la pena de muerte frente a los infractores de ciertas normas que afectaban a la guerrilla, como los delatores o informantes, y la seguridad o tranquilidad de las zonas campesinas frente a pequeños delincuentes y cuatreritos. Un grupo encaminado a aplicar, patrocinar y desarrollar una justicia de clase con el propósito de favorecer a los sectores populares, probablemente en búsqueda de reivindicaciones sociales.	La relación entre el civil y la guerrilla es de respeto mutuo, primero debido a su convivencia larga y continua en el área de control, y segundo a la necesidad de protección y de justicia rápida y justa que demanda la población, así como la necesidad de bases sociales para la guerrilla ya que esta subsiste solo con el apoyo de la comunidad.
Prácticas guerrilleras judiciales externas	1. Las prácticas judiciales son un instrumento para hacer más efectiva la guerra. 2. La vida de la vanguardia guerrillera o en sus palabras, la vida de esa primera “semilla revolucionaria”, no tenía equivalencias, lo cual justificaba, en su lógica, la muerte de todo aquel que la pusiera en	La justicia guerrillera se encuentra afianzada en la zona de control y totalmente legitimadas sus prácticas debido a la participación de la comunidad, primero en la creación de normas y segundo dentro del juicio. La relación de la guerrilla con la comunidad se maneja

	peligro. 3. El pequeño delincuente que asolaba las propiedades de los campesinos se convirtió en una especie de chivo expiatorio. La muerte del pequeño delincuente era tanto la demostración de autoridad y eficacia, como la insinuación del proyecto futuro de una sociedad sin delincuencia.	en un plano horizontal, es decir, de respeto y apoyo mutuo a las decisiones del uno u otro. La ejecución de la pena se debe a un conjunto de normas preestablecidas por la comunidad y la guerrilla, no a un propósito arrogante de mostrar dominio y sembrar temor en la población.
Propósito de las prácticas de justicia	Las prácticas de justicia pretenden la configuración de una base social, probablemente en búsqueda de obtener legitimidad del pueblo, al ofrecer solución a los conflictos de intereses que se presentan entre miembros de la población civil.	Las prácticas de justicia son manifestación del apoyo y aceptación de la población a la insurgencia, y de allí se deriva la configuración de una base social fuerte que perjudica la estructura estatal y beneficia al movimiento guerrillero en el propósito revolucionario. La justicia guerrillera suple la necesidad de justicia que demanda la población, ante un abandono total del Estado.
Sustitución del Estado. Especialidades de la justicia guerrillera	La justicia guerrillera que surge con el control militar de un espacio determinado es esencialmente penal, esto es, una justicia de castigo. Lo que pretende, entonces, es sustituir con alguna eficacia a las agencias del Estado simplificando el procedimiento judicial	La justicia que administra el ELN en Arauca es producto de un control militar que lleva más de dos décadas, y esto ha contribuido al perfeccionamiento de las prácticas de justicia, por lo cual se han hecho extensivas a la mayoría de los campos

	al intervenir en pleitos que en la lógica del derecho estatal pertenecerían a diversos campos.	del derecho como lo son el civil y de familia, laboral y penal.
Intereses y prioridades	Justicia que antepone el interés de la guerrilla sobre los intereses de los campesinos, al predominar en sus acciones la búsqueda de seguridad, de aceptación de los grupos guerrilleros, y debido a que impone un orden para la guerra su fin ultimo busca la penetración y el avance militar en las zonas consideradas como estratégicas para su existencia y expansión.	Justicia de respeto mutuo porque no antepone ni el interés de la guerrilla ni tampoco el de la comunidad, si no que caminan conjuntamente hacia el fin último común, lo cual es una Colombia con justicia social sin explotadores ni explotados, una Colombia socialista, por lo que vemos apoyo directo de la población a la insurgencia en su propósito de avance militar y toma del poder para la transformación social de nuestra Colombia.

CAPÍTULO V

JUSTICIA SOCIALISTA

1. REFERENTE TEÓRICO, JUSTICIA POPULAR DE LA EXPERIENCIA TEÓRICA A LA PRÁCTICA

La pregunta central bajo la cual se desarrolla el debate en el primer libro que tomaremos como referencia teórica⁸⁵, es qué formas debe adoptar la justicia bajo la dictadura del proletariado, pregunta que se va resolviendo a lo largo del texto tomando como ejemplo los casos del tribunal de Lens en Francia como experimento, y por otro lado las prácticas judiciales en China en cabeza del Ejército Rojo⁸⁶.

Este debate se acompaña de conceptos de manejo común en los intervinientes en el debate, por ejemplo, las contradicciones en el seno de las masas proletarias, la función de la justicia penal, entre otros.

Lo primero que debemos denotar en el análisis es que el autor difiere del concepto y la estructura de tribunal tomado de la experiencia burguesa, es decir, la estructura que ha manejado nuestra civilización que se caracteriza principalmente por tres elementos: un elemento intermediario, la referencia a una regla universal de justicia y una decisión con poder ejecutivo. Con base en lo anterior, FOUCAULT cuestiona la práctica del Ejército Rojo en China como tribunal⁸⁷.

⁸⁵ Ver MICHEL FOUCAULT. "Microfísica del poder". En: *Sobre justicia popular, debate con los Maos*, y *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona. Editorial Gedisa, 2003.

⁸⁶ "Me parece que no hay que partir de la forma tribunal para preguntarse luego cómo y bajo qué condición puede existir un tribunal popular, sino más bien partir de la justicia popular, y preguntarse qué lugar ocupa aquí un tribunal... Hay que preguntarse si estos actos de justicia popular pueden ordenarse o no a la forma de Tribunal... Mi hipótesis es que el tribunal no es algo así como la expresión natural de la justicia popular, sino que más bien tiene por función histórica recuperarla, dominarla, yugularla, inscribiéndola en el interior de instituciones características del aparato de Estado... Tengo toda la impresión de que la organización, en todo caso occidental, del tribunal debe ser extraña a lo que es la práctica de justicia popular".

⁸⁷ "He aquí por qué la revolución tiene que pasar por la eliminación radical del aparato de justicia y por todo lo que pueda recordar el aparato penal; debe ser destruido todo lo que pueda recordar su ideología y permitirle introducirse subrepticamente en las prácticas populares. Por esta razón el tribunal, en tanto que forma perfectamente ejemplar de esta justicia, me parece

Tomando como referencia los dos libros⁸⁸, FOUCAULT nos ofrece un extenso recuento histórico de las prácticas judiciales en Francia e Inglaterra en particular, para hablar de un referente espacial y general del nacimiento de la Justicia y sus prácticas desde la edad media hasta el siglo XX con la llamada “sociedad disciplinaria y la exclusión” como referente temporal.

En ese sentido debemos anotar lo que, a criterio del autor, se menciona como la función de la justicia, penal en este caso. Lo primero que encontramos es que el sistema penal ha tenido por función introducir un cierto número de contradicciones en el interior de las masas, entre las cuales se destaca principalmente la de oponer entre sí a los plebeyos proletarizados y los plebeyos no proletarizados.

El sistema penal ha tenido una función antisediciosa, postulando el esquema justicia-policía-prisión como dique retenedor de revueltas populares. Este sistema tiene varios matices: por una parte, es un factor de proletarianización donde tiene por función obligar al pueblo a aceptar su estatuto o naturaleza de proletario y las condiciones de explotación del proletariado. Por otra, este sistema penal se dirigía de forma directa a los más violentos de la plebe, a los más inquietos, porque se trataba de gente “peligrosa” que era preciso apartar de la sociedad para que no pudieran servir de punta de lanza en los movimientos de resistencia popular.

Un tercer papel que menciona el autor⁸⁹ es el de hacer aparecer, a los ojos del proletariado, la plebe no proletarizada como algo marginal, peligroso, inmoral, amenazante para toda la sociedad, lo que en el fondo significa el esfuerzo burgués de imponer al proletariado ciertas categorías morales para que sirvieran de barrera ideológica entre el proletariado y la plebe no proletarizada. Este enfoque burgués permite a la burguesía utilizar algunos de los elementos

que es una ocasión para la ideología del sistema penal de reproducirse en la práctica popular. Por eso pienso que no hay que apoyarse en semejante modelo”.

⁸⁸ Ver MICHEL FOUCAULT. “Microfísica del poder”. En: *Sobre justicia popular, debate con los Maos, y La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona. Editorial Gedisa, 2003.

⁸⁹ MICHEL FOUCAULT. Ob. cit.

plebeyos contra el proletariado, empleando estos elementos como soldados, policías, traficantes, paramilitares y para la vigilancia y represión del proletariado.

Al anterior recuento habrá que agregársele la idea que la justicia, el derecho, el Estado están instituidos para proteger intereses de clase. Solo por nombrar un ejemplo de la veracidad de esta idea, el autor lo referencia diciendo que el nacimiento del capitalismo, la transformación y aceleración de su proceso de asentamiento se traduce en un nuevo modo en el que la burguesía invierte su riqueza, dice que sus fortunas compuestas de *stocks*, materias primas, objetos importados, máquinas, oficinas, están directamente expuestas a la depredación, y el problema reside en instaurar mecanismos de control que permitan la protección de esta nueva forma material de la fortuna y que brinden seguridad a la propiedad privada⁹⁰.

Finalmente, el autor afirma que la justicia penal no ha sido producida ni por la plebe, ni por el campesinado, ni por el proletariado, sino por la burguesía, como un instrumento táctico importante en el juego de las divisiones que al interior del proletariado quiso introducir.

De los dos textos hay muchas cosas que mencionar, pero creemos pertinente dejar el análisis textual hasta este punto por creer que existe suficiente ilustración para motivar la realización de una propuesta a partir de MICHEL FOUCAULT y para no caer en una transcripción de su pensamiento y legado.

2. LA JUSTICIA, EL DERECHO Y LA NORMA COMO CREADORES DE CATEGORÍAS LINGÜÍSTICAS

Una conclusión derivada del análisis anteriormente realizado es el presupuesto que la norma, la justicia y el derecho son creadores de situaciones reales que definen, desarrollan y modifican el actuar subjetivo de los asociados al conglomerado social, además de atribuirle un rol específico, el cual se debe

⁹⁰ MICHEL FOUCAULT. Ob. cit.

desarrollar so pena de la exclusión y denominación de asocial, subversivo y sedicioso.

Es así como el Estado se atribuye la facultad de determinar cuándo se es persona, ciudadano, cuándo se tiene capacidad de ejercicio en los derechos, determina a su vez qué bienes deben ser tutelados frente a posibles agresiones, qué tipo de justicia se debe aplicar a ciertos casos frente a las agresiones que se presenten dependiendo del bien que se afecta, en el ejemplo de fueros de juzgamiento y todo tipo de medidas de trato inequitativo y desigual, y se abroga la facultad de crear categorías lingüísticas al definir un determinado contorno y abarcar todo el devenir social, económico, jurídico y político.

Presumiendo lo anterior como verdad, y de inevitable aplicación, es menester cuestionarnos qué principios, pilares o fundamentos sirven de base a esa facultad llamada por nosotros *Creación de Categorías Lingüísticas*. La respuesta con la que nos encontramos nos invita a desarrollar un silogismo: si el derecho y la justicia sirven para proteger intereses de clase, si la clase burguesa en el modo de producción capitalista es quien hace el derecho, consecuentemente la justicia y las categorías procurarán proteger y salvaguardar los intereses de clase conforme al modelo de Estado que se adopte, y rechazará lingüísticamente todo aquello que a su criterio genere una posible ruptura estructural de concepciones tipificando la sedición y la rebelión como delitos contra el Estado, por una parte, y por otra parte delitos como el hurto que lo que busca es proteger y mantener vigente el concepto de la propiedad privada, solo por nombrar un ejemplo.

Es preciso indicar que si para la conciencia popular el concepto más presente es el ideal ético de la justicia, a esta conciencia se sobreponen borrándola, opacándola, y finalmente sustituyendo el concepto, la norma o el derecho objetivo, la facultad o derecho subjetivo, y la ciencia, todos con la misma denominación: el Derecho.

La creación de categorías lingüísticas a través del derecho no es más que el resultado de una conquista de aparatos ideológicos de dominación, en donde se legisla para unos y para otros quitando el carácter abstracto y general de la norma, normativizando aquellas coyunturas de carácter político plasmando en ellas la voluntad de la clase dominante en perjuicio de la mayoría de los asociados. No obstante lo anterior, no podemos olvidarnos de los formalismos legales heredados de la conquista española que, según MIGUEL PRESSBURGUER⁹¹: “no podemos olvidarnos de la elevación de lo ritual a la categoría de Derecho: el derecho procesal, que consigue el extraño poder de suprimir derechos materiales, objetivos o positivos, por la simple ausencia de determinado rito o uso defectuoso de algún ceremonial burocrático”.

Tras el análisis anterior se vislumbra la necesidad de optar por la destrucción del sistema burgués de justicia para la construcción de una justicia popular, lo cual implica intrínsecamente una revaloración de las categorías lingüísticas que la norma crea, una redefinición de los principios judiciales y un rotundo giro del concepto de propiedad que, al acuñarse en el conglomerado, permita una revolución conceptual. Concientes que la revolución en primer término empieza por dentro y desde adentro, debemos abrirnos paso a la deconstrucción etimológica y conceptual, una revolución cultural que abrirá el camino hacia una propuesta seria de cambio en el Estado, considerando que nosotros somos una microestructura reflejo de la superestructura estatal, y en la medida que los conceptos subjetivos cambien se reflejará automáticamente en el Estado y sus prácticas, nos adentraremos en el intento de redefinir, recategorizar lingüísticamente los pilares de nuestra nueva justicia, la justicia socialista.

No obstante lo anterior, es preciso profundizar en el tema de la redefinición de las categorías, adentrándonos en el estudio del concepto elaborado históricamente de justicia a fin de encontrar el punto de inflexión de la justicia capitalista, y al tiempo la puerta de la propuesta social de justicia.

⁹¹ PRESSBURGUER, MIGUEL. “Derecho insurgente: el derecho de los oprimidos”. En: *Revista El Otro Derecho*. Nº 6, Bogotá, agosto de 1990.

¿Qué es la Justicia? ¿Qué es el derecho? PROUDHON⁹² dio respuesta a estas preguntas diciendo: “El derecho es el conjunto de los principios que regulan la sociedad; la justicia, en el hombre, es el respeto y la observación de esos principios. Practicar la justicia es hacer un acto de sociedad. Por tanto, si observamos la conducta de los hombres entre sí en un determinado número de circunstancias diferentes, nos será fácil conocer cuándo viven en sociedad y cuándo no; el resultado nos dará por inducción, la ley”.

Ahora bien, una sociedad no puede concebirse fuera de la igualdad; la igualdad es la condición necesaria de su existencia, de tal suerte que en todas las cosas que a la sociedad conciernen, faltar a la sociedad o a la justicia, o a la igualdad, son actos equivalentes. No es posible pensar en una sociedad desigual, en una justicia desigual, en acceso a la justicia en unas condiciones para unos y en otras para otros, en tratamientos preferentes por razones de estirpe y poder.

Proponemos aquí la redefinición de la categoría sociedad, derecho, norma y justicia, con base en el principio de igualdad, sin tratos preferentes. Si todos los hombres somos asociados, todos nos debemos la misma justicia, todos somos iguales.

Redefiniendo el concepto de justicia, encontramos que: “Hacer justicia es por tanto, dar a cada uno parte igual de bienes, bajo la condición igual del trabajo; es obrar societariamente. En vano murmura nuestro egoísmo; no hay subterfugio posible contra la evidencia y la necesidad”⁹³. De ahí que la propuesta la queramos esbozar cambiando nuestro modelo de Estado hacia un modelo de inclusión social que refleje realmente el principio de igualdad como pilar central de la actividad judicial, repetimos, en términos de acceso a la justicia, y la abolición de preferencias legislativas y judiciales, reflejo del interés político del momento; posiblemente siendo osados atrevernos a proponer la redefinición con base en el principio de igualdad del concepto de propiedad, sabemos de antemano que la relación entre Economía y Estado es

⁹² PROUDHON PIERRE-JOSEPH. *¿Qué es la propiedad?* Barcelona. Ediciones Orbis, S.A., 1983.

⁹³ PROUDHON PIERRE-JOSEPH. *¿Qué es la propiedad?* Barcelona. Ediciones Orbis, S.A., 1983, p. 192.

fundamental en la construcción de este último, de tal suerte que es preciso que hablemos del concepto y modelo de propiedad, tema que será abordado a continuación.

3. CONCEPTO DE PROPIEDAD SOCIALISTA

Las doctrinas socialistas, cuyos representantes principales han sido MARX, ENGELS y LENIN, critican los regímenes jurídicos de propiedad capitalista y proponen un nuevo sistema en el que se eliminan las dos clases antagónicas de explotadores y explotados, mediante la socialización de los medios de producción social y grandes capitales. “El fin último de la doctrina socialista es la sustitución de la propiedad privada sobre los medios de producción por la propiedad social y la supresión de toda explotación del hombre por el hombre”⁹⁴.

Como lo dijimos anteriormente, la propiedad socialista recae especialmente sobre los medios sociales de producción: la tierra, el subsuelo, las aguas, los bosques, los medios básicos de producción en la industria, la construcción y la agricultura, los bancos, los servicios públicos y otras empresas organizadas por el Estado y bienes necesarios para el cumplimiento de sus fines, entre otros⁹⁵.

Una definición del sentido de la propiedad socialista la encontramos con LENIN, quien nos dice que el socialismo es la organización de la sociedad en que las riquezas creadas por el trabajo común benefician a todos los trabajadores, y que en el socialismo el trabajador trabaja para sí mismo y para la sociedad⁹⁶, a diferencia del capitalismo, en donde los trabajadores lo hacen para el propietario o capitalista, obteniendo este último una ganancia.

La propiedad socialista contiene dos formas principales: las empresas del Estado por un lado, y por otro la economía de cooperativas.

⁹⁴ VALENCIA ZEA, ARTURO. ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho Civil Tomo I Parte General y Personas*. Bogotá. Edit. Temis, S.A., 1996, p. 334. Academia de Ciencias de la URSS.

⁹⁵ CAMARGO. PEDRO PABLO. “La Nueva Constitución de la URSS”. En: VALENCIA ZEA, ARTURO. ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho Civil Tomo I Parte General y Personas*. Bogotá. Edit. Temis, S.A., 1996.

⁹⁶ VALENCIA ZEA, ARTURO. ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho Civil Tomo I Parte General y Personas*. Bogotá. Edit. Temis, S.A., 1996, p. 334. Academia de Ciencias de la URSS.

Las empresas del Estado o propiedad socialista estatal es la propiedad de todo el pueblo, encabezado o personificado en el Estado socialista de obreros y campesinos. La propiedad socialista de las cooperativas es la propiedad de agrupación cooperativa. La propiedad socialista reconoce como origen la expropiación de las grandes propiedades capitalistas, es decir las que recaen sobre los medios de producción; la de las cooperativas son las propiedades privadas de obreros y campesinos basadas en su trabajo personal, que no es objeto de apropiación pero que, por términos de productividad y planes programáticos, se agrupan en cooperativas de producción⁹⁷

Las dos formas de propiedad socialista, la estatal y la de las cooperativas, son formas de propiedad del mismo tipo que tienen puntos convergentes: se basan en los medios socialistas de producción y en el trabajo colectivo, excluyen toda posibilidad de explotación del hombre por el hombre, funcionan con arreglo a un proyecto, un propósito teniendo en cuenta la satisfacción de las crecientes demandas de los trabajadores, aplican el principio socialista de la distribución con relación al trabajo⁹⁸.

No obstante lo anterior, entre una y otra forma de producción existen ciertas diferencias: la propiedad estatal es patrimonio de todo el pueblo y se encuentran socializados todos los medios de producción sin ninguna excepción; la propiedad de cooperativas es propiedad socialista de las agrupaciones de trabajadores, agrupaciones gremiales de cada ramo.

Contrario a lo que pudiera pensarse, un modelo socialista de producción da cabida a un esquema de propiedad privada muy distinta de la concebida en nuestra sociedad capitalista, este tipo de propiedad privada se denomina propiedad personalista. Este tipo de propiedad individual es posible sobre objetos que no constituyen medios sociales de producción y sobre alguna parte del producto que corresponde al trabajador y que puede convertirla en

⁹⁷ VALENCIA ZEA, ARTURO. ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho Civil Tomo I Parte General y Personas*. Bogotá. Edit. Temis, S.A., 1996, p. 95

⁹⁸ VALENCIA ZEA, ARTURO. ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho Civil Tomo I Parte General y Personas*. Bogotá. Edit. Temis, S.A., 1996, p. 455. Academia de Ciencias de la URSS.

propiedad particular. La diferencia radical con la propiedad privada del capitalismo, según el Doctor VALENCIA ZEA⁹⁹, reside en que se destruye el carácter de esa clase de apropiación en que el obrero vive exclusivamente para acrecentar el capital de la clase dominante y se garantiza la libre apropiación de los medios de producción del colectivo en manos de unos pocos, por no hablar de la apropiación de tierras por los terratenientes. Aquí se acuña el concepto de que la tierra es para quien la trabaja. La propiedad individual o personalista se extiende a los objetos de la economía doméstica, a los de uso y satisfacción personal y a los ingresos y ahorros provenientes del trabajo; la única fuente de propiedad individual es el trabajo. Estos objetos anteriormente nombrados carecen de la facultad de generar capital acumulativo y no se utilizan como medios de explotación.

El estudio realizado es pertinente, por cuanto la propuesta de justicia socialista nos obliga a redefinir el marco estatal en donde ésta cobrará vigencia, además de ofrecer un punto de partida hacia la redefinición de las categorías denominadas por el Estado.

4. ELEMENTOS HACIA LA JUSTICIA SOCIALISTA

Descifrar la naturaleza del Estado, ya no como institución fundante de la democracia, sino como obstáculo referente al cambio, como la última barrera que hay que sobrepasar para lograr el cambio de modelo, probablemente constituya la idea central de este escrito, esto es, proponer cómo será el fin del Estado, o quizá este sea una herramienta de vital importancia para lo que se pretende; solo se conocerá esta respuesta con el tiempo. Si es necesaria una revolución como las desarrolladas en la Unión Soviética, o si el contexto coyuntural nos permite pensar otra forma de transformación, reiteramos que

⁹⁹ VALENCIA ZEA, ARTURO. ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho Civil Tomo I Parte General y Personas*. Bogotá. Edit. Temis, S.A., 1996, p. 96.

solo se conocerá esta respuesta con el tiempo, pero por ahora agotemos las posibilidades.

La más cercana y concreta respuesta a la pregunta ¿qué es una revolución?, la ofrece ENGELS cuando nos dice que “Una revolución es, indudablemente la cosa más autoritaria que existe; es el acto mediante el cual una parte de la población impone su voluntad a la otra parte por medio de fusiles, bayonetas y cañones, medios autoritarios si los hay, y el partido victorioso, si no quiere haber luchado en vano tiene que mantener este dominio por el terror que sus armas inspiran a los reaccionarios”¹⁰⁰,

Sobre el cambio de modelo, la transición del Capitalismo al Comunismo, según MARX, entre la sociedad capitalista y la sociedad comunista media el periodo de la transformación revolucionaria de la primera en la segunda. A este periodo corresponde también un periodo político de transición, cuyo Estado no puede ser otro que la dictadura revolucionaria del proletario¹⁰¹.

Según LENIN, esta conclusión de MARX se basa en el análisis del papel que el proletario desempeña en la sociedad capitalista actual, en los datos sobre el desarrollo de esta sociedad y en el carácter irreconciliable de los intereses antagónicos del proletariado y la burguesía¹⁰².

Es de anotar algo de significativa relevancia para lo que posiblemente serán nuestras conclusiones de la mano de LENIN: “la transición de la sociedad capitalista –que se desenvuelve hacia el comunismo– a la sociedad comunista es imposible sin un «periodo político de transición», y el Estado de este periodo no puede ser otro que la dictadura revolucionaria del proletariado”¹⁰³. Vale la pena profundizar sobre ese Estado transición en los siguientes términos, continuando de la mano de LENIN al decir que la expresión “el Estado se extingue” está muy bien empleada para ese periodo, pues señala el carácter gradual del proceso y su espontaneidad. “Solo la fuerza de la costumbre puede

¹⁰⁰ V. I. LENIN. *El Estado y la revolución*. Barcelona. Editorial Progreso, p. 59.

¹⁰¹ V. I. LENIN. Ob. cit., p. 81.

¹⁰² V. I. LENIN. Ob. cit., p. 81.

¹⁰³ V. I. LENIN. Ob. cit., p. 82.

ejerger y ejercerá indudablemente esa influencia, pues en torno nuestro vemos millones de veces con qué facilidad se habitúa la gente a observar las reglas de convivencia que necesita, si no hay explotación, si no hay nada que la indigne, provoque protestas y sublevaciones y haga imprescindible la represión. Por tanto, en la sociedad capitalista, tenemos una democracia amputada, mezquina, falsa, una democracia solamente para los ricos, para la minoría. La dictadura del proletariado, el periodo de transición al comunismo, aportará por vez primera la democracia para el pueblo, para la mayoría, a la par con la necesaria represión de la minoría, de los explotadores. Solo el comunismo puede proporcionar una democracia verdadera completa; y cuanto más completa sea antes dejará de ser necesaria y se extinguirá por sí misma”¹⁰⁴.

Dicho en otros términos, bajo el capitalismo tenemos un Estado en el sentido estricto de la palabra, una máquina de la mayoría por la minoría. Es evidente que, para que pueda prosperar una empresa como la represión sistemática de la mayoría de los explotados por una minoría de explotadores, hace falta una crueldad extraordinaria, una represión bestial, hacen falta mares de sangre, a través de las cuales marcha la humanidad en estado de esclavitud, de servidumbre, de trabajo asalariado¹⁰⁵.

Más adelante, durante la transición del capitalismo al comunismo, la represión es todavía necesaria, pero es ya la represión de una minoría de explotadores por la mayoría de los explotados. Es necesario todavía un aparato especial, una máquina especial para la represión: el “Estado”. Pero es ya un Estado de transición, no es ya un Estado en el sentido estricto de la palabra, pues la represión de una minoría de explotadores por la mayoría de los esclavos asalariados de ayer es algo tan relativamente fácil, sencillo y natural, que será muchísimo menos sangrienta que la represión de las sublevaciones de los esclavos, de los siervos y de los obreros asalariados, y costará mucho menos a la humanidad. Ello es compatible con la extensión de la democracia a una mayoría tan aplastante de la población, que la necesidad de una máquina especial para la represión comienza a desaparecer. Como es natural, los

¹⁰⁴ V. I. LENIN. Ob. cit., p. 85.

¹⁰⁵ V. I. LENIN. Ob. cit., p. 85.

explotadores no pueden reprimir al pueblo sin una máquina complicadísima que les permita cumplir este cometido, pero el pueblo puede reprimir a los explotadores con una “máquina” muy sencilla, casi sin “máquina”, sin aparato especial, con la simple organización de las masas armadas”¹⁰⁶.

Contextualizando lo anteriormente anotado, se pone de antemano un análisis casi obligatorio, y sin ser redundantes queremos indagar cómo debe ser la transformación del sistema de justicia, si es necesario acudir a todos los procesos que van de la mano con el cambio de modelo de Estado, es decir, todo aquello sugerido por el manifiesto comunista:

- “Expropiación de la propiedad territorial y empleo de la renta de la tierra para los gastos del Estado.
- “Fuerte impuesto progresivo.
- “Abolición del derecho de herencia.
- “Confiscación de la propiedad de todos los emigrados y sediciosos.
- “Centralización del crédito en manos del Estado por medio de un banco nacional con capital del Estado y monopolio exclusivo.
- “Centralización en manos del Estado de todos los medios de transporte.
- “Multiplicación de las empresas fabriles pertenecientes al Estado y de los instrumentos de producción, roturación de los terrenos incultos y mejoramiento de las tierras, según un plan general.
- “Obligación de trabajar para todos; organización de ejércitos industriales, particularmente para la agricultura.
- “Combinación de la agricultura y la industria; medidas encaminadas a hacer desaparecer gradualmente la diferencia entre la ciudad y el campo.
- “Educación pública y gratuita de todos los niños; abolición del trabajo de éstos en las fábricas tal como se practica hoy, régimen de educación combinado con la producción material, etc., etc.”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ V. I. LENIN. Ob. cit., p. 85.

¹⁰⁷ C. MARX, F. ENGELS. *Manifiesto del Partido Comunista*. Quito. Editorial Libresa, 2002, p. 48.

Creemos que de no mediar un triunfo de alguna revolución, la implementación de estas políticas se verá muy difícil de aplicar, porque requieren de un Estado fuerte, y no nos referimos a un Estado fuerte militarmente, sino más exactamente a la cobertura estatal, a que el Estado ocupe lo que por la Constitución y la Ley le obliga, situación por mucho distante de ser realizada teniendo en cuenta la desmantelación que el Estado está sufriendo en estos momentos víctima del modelo económico reinante. Cada día vemos cómo el Estado cede partes de vital importancia para el cambio de modelo, la salud, el régimen prestacional, y hasta la misma justicia hoy se encuentran en manos de particulares, privatizaciones de empresas bajo la supuesta democratización con la venta de acciones, condiciones impuestas por agentes transnacionales que poco a poco han ido sometiendo al Estado y vulnerando nuestra soberanía.

Creemos en el cambio, pero este debe ser de manera progresiva, sin temor a pecar por reformistas. Somos conscientes que la única forma de implementar un modelo de justicia socialista es a través de fuertes reformas que deben surgir en el Estado; probablemente las reformas tengan cabida en un real Estado de Derecho. Lastimosamente en nuestro país los gobiernos parecen determinar el modelo de Estado que tendrá una nación por cuatro años, olvidando que existe una Constitución Nacional que indica que Colombia es un **Estado Social de Derecho**, que incorpora taxativamente las obligaciones que tiene la administración con los administrados.

Creemos que es necesario frenar las privatizaciones. Urge que el Estado retome la administración de los sistemas de salud, educación, transporte, pensiones, y que de manera gratuita sean suministrados a los administrados. De no ser así, todos los esfuerzos incorporados a la realización de la Constitución serían en vano.

Partiendo de fuertes reformas, una vez posicionado el Estado en el papel que le compete, es posible una nueva justicia. Es difícil, por no decir imposible, proyectar cada una de ellas, pero apelando al sentido común, con plena observancia de la Constitución dichas reformas tendrán cabida, hablamos de reformas que incorporen a los Estatutos procedimentales la gratuidad de la

justicia, la revaloración de los medios de prueba dándole a las personas que carecen de recursos la posibilidad de incorporar a los juicios las pruebas que sin mayores tecnicismos desee hacer valer como medio de prueba. Eso en el plano subjetivo, porque en el plano objetivo o general de la Justicia podemos hablar de una reforma que separe totalmente al Ejecutivo de organismos jurisdiccionales como la Fiscalía General de la Nación, porque es inconcebible que quien postule al Fiscal General de la Nación sea el ejecutivo y que el Fiscal, en cumplimiento de sus funciones, sea el encargado de plantear la política criminal del Estado, determinando sobre qué clases de delitos desplegará toda la fuerza de su aparato investigativo y sobre cuáles no.

De igual forma y solo por citar un ejemplo práctico, urge una reforma al sistema acusatorio vigente, reforma que lo torne más garantista referente al procesado, porque la excusa que se dio para justificar el cambio de modelo fue la búsqueda de mayores garantías hacia el procesado, pero ¿qué tiene de garantista un sistema acusatorio sin jurado de conciencia?, ¿qué tiene de garantista un sistema acusatorio en donde en la etapa de investigación, la Fiscalía tiene acceso a todos los medios técnicos de investigación y el procesado no?, ¿qué tiene de garantista un sistema que tiene inmerso el principio de oportunidad que faculta al fiscal para precluir el delito que considere? Esto no tendría mucho de negativo si no fuera el ejecutivo quien postule al fiscal, ya que sobra decir que el fiscal precluirá los delitos que sean acordes a las intenciones del Ejecutivo. Como resalta, urge una verdadera reforma en el sistema acusatorio colombiano que lo torne realmente acusatorio y garantista en referencia al procesado.

Por otra parte, debe existir una reforma que simplifique los trámites engorrosos que limitan el acceso a la justicia, ya que la gente teme denunciar, teme iniciar cualquier clase de proceso no solo porque el resultado se conocerá en varios años, sino porque para poder iniciar un proceso se debe cumplir con los requisitos de la demanda: el poder otorgado en debida forma al apoderado judicial, el señalamiento específico del procedimiento que se requiere y, en fin, un sin número de requisitos que no son imprescindibles para que se declare la responsabilidad de un sujeto o el resultado que se pretenda. Proponemos

volver a lo básico, a que un testimonio tenga la misma connotación que un peritaje, que se crea realmente en lo sustancial y no se repare en lo procedimental.

Un paso obligatorio y necesario es la revaloración de la justicia comunitaria, esa justicia que para los eruditos del derecho es una justicia para pobres, pero que ha sido la que ha hecho volver a creer a los asociados que otra justicia es posible. ¿Qué puede ser más socialista en esta coyuntura que este tipo de justicia, una justicia en donde el Juez, por hablar de los jueces de paz, es elegido por la comunidad no por proselitismo sino por legitimidad, y en donde concurren las partes a exponer sus argumentos de manera libre, gratuita y con la certeza de una decisión de obligatorio acatamiento, pronta y eficaz? A este tipo de justicia se le debe dar el valor que le corresponde y otorgarle mayores competencias y responsabilidades, dotarla de recursos que estimulen su desarrollo y brindarle la promoción necesaria para que los ciudadanos accedamos a ella en un mayor número.

Creemos que otra justicia es posible, que la justicia oficial no es el único camino, que las experiencias analizadas de la justicia indígena, comunitaria, insurgente son experiencias válidas para creer que existe otra vía para la solución de conflictos.

Hoy hemos abordado el estudio de una justicia socialista porque creemos fielmente en que un cambio hacia lo social, hacia lo de todos es necesario, que el modelo por más que se critique y se objete está vivo no solo en los corazones y bibliotecas, sino que su práctica es una realidad tangible. Lo hemos abordado por el concepto “Justicia Socialista”, que no solo hace referencia al modelo socialista; lo consideramos de la forma más amplia posible como el generador de inclusiones, no lo utilizamos en términos revanchistas, por el contrario, apelamos a su utilización para generar situaciones entre iguales como única salida hacia la materialización de la verdadera justicia.

CONCLUSIONES

A través del desarrollo del estudio realizado en el presente trabajo hemos podido observar cómo las políticas institucionales son aplicadas de acuerdo a los intereses de las clases dominantes.

Es así como la justicia oficial en la actual coyuntura nacional e internacional es fiel reflejo de las exigencias de la oligarquía nacional y de las órdenes emitidas por los agentes transnacionales. En este orden de ideas, el Estado tiende a concentrarse en aquellos temas y conflictos directamente relacionados con las necesidades de acumulación capitalista, mientras tolera, promueve o reconoce y falsamente reivindica mecanismos de justicia no estatal, a los cuales les otorga un cierto valor jurídico ante el derecho estatal en asuntos que se consideran periféricos o intrascendentes para la acumulación capitalista, y en tales casos el Estado se limita a controlar que esos mecanismos no desborden el orden político y no desestabilicen de ninguna forma su hegemonía, como el caso de la justicia comunitaria y la jurisdicción indígena.

Frente a la jurisdicción indígena se puede concluir que el papel del Estado, no obstante ser sabido por todos que antropológicamente los grupos indígenas, su cultura y por ende sus formas propias de administrar justicia se remontan a muchos años atrás, cuando existiera la concepción occidental de definición de la administración de justicia, queda en un simple reconocimiento y no se le da la importancia que en términos de lucha desde lo local podría representar. Vemos actualmente cómo el Estado, los medios de comunicación ven en esta forma de administrar justicia algo exótico, y se escandalizan cuando se ve la materialización de esa justicia otorgándole el nombre de inhumanas a sus prácticas, ignorando que la lucha de esos pueblos consiste en la búsqueda de la autodeterminación y el derecho a ser gobernados libremente por ellos mismos, además de ignorar la policromía de la que están revestidas todas y cada una de sus prácticas culturales y judiciales.

Según lo analizado, se observa cómo el principio de independencia judicial, principio rector de nuestro Estado de Derecho, es vilmente vulnerado por un sin número de factores, entre ellos la intromisión del ejecutivo en sus decisiones.

En todos los casos analizados se puso en cuestión por el poder ejecutivo o por el Fiscal General de la Nación el contenido de decisiones judiciales que, sujetas al marco legal vigente, no se correspondían con las políticas económicas y de seguridad del actual gobierno, situación que en la actual coyuntura roba todos los titulares de prensa, basados en la intransigente intromisión del actual presidente y la empecinada, atrevida e irrespetuosa relación que pretende mantener con la Corte Suprema de Justicia que ocasiona un justificado malestar al interior de todas las personas que conforman la Rama Judicial del Estado colombiano. Resulta insólito pensar que la Justicia en Colombia quiera ser politizada como lo pretende el Ejecutivo, de tal suerte que éste pone en tela de juicio y somete al escarnio público a la Rama Judicial si las decisiones tomadas por esta no corresponden con los intereses del gobierno de turno.

Del estudio realizado sobre la justicia guerrillera en el presente trabajo es preciso indicar que las diferencias sociales y los desequilibrios en la repartición de los recursos han originado respuestas de diferentes tipos en las bases sociales. Es por ello que la configuración de movimientos como el guerrillero son el resultado del inconformismo ante estas políticas. Su constitución conlleva a que se establezcan dinámicas de control al interior y exterior de estas organizaciones. Una de estas expresiones se observa en la creación y aplicación de referentes normativos y judiciales que, para el presente trabajo, hemos denominado Justicia Guerrillera.

Según lo analizado, se observa cómo a partir de la evolución histórica una de las organizaciones guerrillera como el ELN han establecido una serie de representaciones y posiciones frente a las políticas del Estado colombiano. Las movilizaciones sociales que han girado en torno a esta organización han permitido que las medidas de control planteadas, como los toques de queda, tengan diferentes grados de legitimidad y aceptación. En este sentido, la

resolución de los conflictos en ciertas zonas de influencia guerrillera son abordados por esta organización, la cual suple la ausencia del Estado o su baja participación en aplicar modelos de justicia, por no hablar de la carencia de legitimidad de la justicia oficial, ilegitimidad motivada por la insatisfacción que produce la justicia estatal en términos de acceso a la justicia, celeridad en los fallos y demás factores que hacen que la población gire su vista hacia otras formas de justicia de mayor coherencia social.

De otro lado, existe un proceso autónomo y consciente por parte de esta organización guerrillera de ir tomando el poder de forma escalonada y paciente, sustituyendo poco a poco al Estado para conformar uno nuevo dentro de él, hasta derrocar completamente a su antecesor.

Otro aspecto para resaltar, como conclusión de este importante tema, es lo concerniente a la producción de las normas que conforman el derecho insurgente y la justicia guerrillera. En este sentido, al interior de la organización guerrillera la producción judicial deviene de un largo proceso de estructuración y reacomodamiento que se aplica inexorablemente bajo criterios claros de índole político-militar, criterios que se plasman en el evento denominado como asamblea, realizada cada cuatro años con la participación de la comunidad; sin embargo encontramos que para la comunidad es común la imposición de modelos de comportamiento que poco a poco han venido siendo remplazados tras un cambio de óptica política por un proceso de construcción conjunta y participativa con las comunidades interesadas.

Es preciso manifestar que las formas y pasos de la justicia guerrillera, como tal, mantienen de cierto modo los procedimientos del derecho estatal. La diferencia radica en los contenidos políticos de cada una de sus prácticas, así como los procedimientos implementados para su aplicación. Es así como resulta de vital importancia la revaloración de conceptos estatales como el de cárcel. Según lo evidenciado la justicia guerrillera concibe un concepto de cárcel productiva, respetando la integridad del sindicado y propendiendo porque, a partir del escarmiento, del trabajo hacia la comunidad, sea “resocializado”. Es preciso decir que esta idea cumple realmente con el presupuesto de la finalidad de la

pena ya que, según la teoría de retribución justa, esta busca que la comunidad se vea retribuida con la encarcelación del individuo que ha quebrantado el orden social y que por consiguiente se ha burlado de la sociedad irrespetándola. De allí que podamos concluir que la práctica que realmente corresponde con los principios penales que debería cumplir la justicia estatal sea la justicia guerrillera.

Con la presente investigación se pudo identificar diferentes sistemas judiciales en nuestro país, entre ellos la Justicia Guerrillera. El debate en torno a lo legal e ilegal se maneja de acuerdo a los intereses del discurso político. Cuando se habla de jurisdicciones paralelas se evidencia una dicotomía en el desarrollo de esta idea: en primer lugar, la visión institucional manejada por el Estado, el cual a partir de autoritarismos legales reconoce y avala la pluralidad, basados teóricamente en conceptos democráticos. En segundo lugar, la idea de lo alternativo se desprende directamente de los contextos donde se procrean estos sistemas judiciales, con lo cual difiere de los campos rígidos que estatalmente se manejan.

Todo lo anterior conlleva inexorablemente la revaloración de la justicia, cuestión que fue abordada bajo la denominación de justicia socialista, por considerar que el modelo socialista de concepción del Estado y por ende su Justicia es un modelo incluyente, reivindicativo y realmente justo.

Frente al tema de justicia socialista o justicia popular, es preciso indicar que se desprende como base para la lucha que se anhela desde lo local, se concluye que las prácticas judiciales basadas en lo social corresponden realmente con las expectativas que la población pueda tener en torno a la justicia. Se propuso el tema de justicia socialista para, intrínsecamente, hablar de la revaloración de categorías lingüísticas que correspondan fielmente con los intereses de la mayoría y que dejen de corresponder con los intereses de la clase dominante. Es prioritaria la redefinición de los conceptos fundantes de nuestro Estado, conceptos como el de propiedad privada; valdría la pena indicar si realmente en un país como este es justo mantener un modelo económico como el actual a

sabiendas de toda la problemática que, en términos de desigualdad, ha conllevado.

Se concluye que solo la justicia es un acto de igualdad y solo un modelo de inclusión social que refleje realmente el principio de igualdad como pilar central de la actividad Judicial, en términos de acceso a la justicia, y la abolición de preferencias legislativas y judiciales reflejo del interés político del momento, será la materialización de la verdadera justicia.

Por último, y sin pretender un organigrama terminado, se proponen los siguientes cuadros como esquemas básicos de interpretación del trabajo esbozado en la presente investigación.

ANEXO N° 1

ENTREVISTA

P: ¿Podría contarnos algo brevemente sobre la historia y la estructura de la organización? ¿Cómo nace? ¿Cuáles fueron las causas de su origen?

R: Bueno, partiendo de lo regional a lo nacional, a nosotros nos rigen acá, bueno, la estructuración regional está basada entonces por una asamblea, ya después viene la dirección del frente de guerra, después viene la dirección de los frentes guerrilleros como tal, y después está la dirección del batallón y viene la dirección de los frentes urbanos, que dentro de estas estructuras, entonces, el frente de guerra oriental, cuenta con cuatro frentes urbanos, perdón cuatro frentes rurales, que son: el Domingo Lain, el Efraín Pavón Pavón, el José David Suárez y el Adonai Ardila Pinilla, y cuenta con un batallón que se llama Héroes y Mártires del frente de guerra oriental, cuenta con un frente urbano también, que ese ya está es en la capital de Bogotá, eso en cuanto la estructura acá regional, obviamente por ejemplo el batallón junto con el frente de guerra oriental tienen lo que llamamos nosotros el estado mayor militar, que esa es otra estructura ya como del mismo nivel, del frente de guerra. Ya los frentes rurales entonces tienen sus respectivas comisiones, por zonas, a ver el frente Domingo Lain cuenta con siete comisiones, que están distribuidas en todo el departamento de Arauca, ese es el trabajo ya estructural del frente Domingo Lain.

P: ¿Podría contarnos algo brevemente sobre la historia de la organización? ¿Cómo nace? ¿Cuáles fueron las causas de su origen?

R: A ver el ELN nace a raíz de todo el inconformismo social que había en los años 60, a raíz de la guerra del 48 del 54, por las guerras entre los partidos liberal y conservador, lo que llamaban las guerrillas liberales y conservadoras, entonces después de que se terminan esas guerras se crean el espacio como de guerra fría, donde todo mundo se pone a la expectativa de qué es lo que va a pasar ahí, debido a eso pues el estado para la guerra si pero no le mete mano a la parte social, eso comienza a crear una serie de inconformidades en toda la zona, entonces es así como en Marquetalia se comienza a gestar el movimiento de FARC y ya en Santander se comienza a gestar el movimiento del ELN en 1964. A partir de ahí se comienza a armar la carta magna de la lucha del ELN, y es el manifiesto de Simacota que ya ustedes lo pueden conseguir en la página Internet de la organización; ahí está toda esa información al día, en el manifiesto de Simacota se dan las razones del porqué nos hemos alzado en armas.

P: Ya para entrar en materia quisiéramos preguntarle ¿qué concepto de justicia se maneja en la organización del ELN?

R: A ver, el concepto de justicia. A ver, primero partimos nosotros de que el Estado ha sido muy injusto con el pueblo, de que todos los procesos que se manejan han sido por el lucro personal del aparato ejecutivo mas no pensando en el bienestar del pueblo sino pensando el lucro personal, entonces nosotros acá aplicamos la justicia dependiendo del caso como tal, nosotros acá tenemos unas normas internas para la aplicación de esa justicia revolucionaria, entonces hay varios casos, por decir, nosotros no le damos el mismo tratamiento a un ladrón que a un violador, que nosotros dentro de las normas, dentro de los criterios como organización creemos y pensamos que es más dañino el violador que el ladrón y que se puede dentro del tiempo regenerar un ladrón mas no un violador, entonces de acuerdo al caso está el tratamiento, es lo que nosotros llamamos el debido proceso, o sea cada caso tiene su debido proceso que en lo último nosotros lo contemplamos bien sea con un correctivo o una sanción, con la pena de muerte, con el destierro de la zona, entonces hay casos en los que, por decir, por ejemplo el caso de un ladrón, se agarra la persona, se le comprueban primero que todos los hechos y se le aplica la sanción, que puede ser bueno ponerse a trabajar en una finca, recuperar la plata o el bien que se robó y devolverlo, eso como a manera de ejemplo para ir diferenciando las clases de justicia.

P: ¿Existen clases de juicios preestablecidas de la organización hacia la sociedad civil?

R: Clases no, nosotros tenemos unas normas acá pero es para aplicación mas bien interna, o sea frente a la población civil lo que manejamos es lo que llamamos un debido proceso, lo que estábamos diciendo ahorita, no tenemos regularizado, por decir, a determinada clase de población o a determinada persona, el juicio va a ser así o así, o sea no está... cómo le dijera yo, establecido, normativizado, sino lo que manejamos acá de acuerdo a las normas que tenemos, lo fundamentamos también dentro de la población civil.

P: ¿Frente a un juicio hay algo de socialista en el desarrollo de este? o más bien ¿qué hay de socialista en el desarrollo de un juicio o en la manera de aplicar justicia?

R: A ver, sí lo aplicamos a manera de socialismo porque permitimos pues que la investigación se haga lo más justo posible, empezando por ese concepto. El segundo concepto lo hacemos frente al pueblo más no a la espalda del pueblo, entonces si nosotros vemos que una persona está para aplicarle la norma, por decir, darle destierro o aplicarle el artículo 14 que es la pena de muerte, la pena máxima que nosotros llamamos, lo hacemos frente al pueblo, si es alguien del pueblo o sea estamos hablando de un civil, entonces lo más correcto es que nosotros reunamos la comunidad del pueblo y ya con todo el debido proceso digamos al pueblo tenemos esta persona por esto, robó esto, se le acusa de esto, se le comprobó esto, si sale verídico las pruebas de lo que se le acusa, pues ahí mismo se le aplica lo que esté estipulado, la pena establecida para eso, no todos los casos son iguales. Entonces tenemos por ejemplo para un violador la pena máxima, para un traidor, un delator la pena máxima, porque son ya hechos que van en contra del proceso revolucionario, que van en contra

de lo que el ELN está construyendo que es la transformación social, cierto, que es en sí el socialismo en el pueblo colombiano.

P: ¿Qué autoridad es la encargada de impartir ese tipo de justicia, es decir, de medir la sanción para cada caso? ¿En cabeza de quién se encuentra la decisión final?

R: A ver, primero que todo nosotros acá tenemos un evento máximo que es la asamblea, en la asamblea participamos la mayoría de la militancia del frente de guerra, esa militancia es la que legislamos allá, las normas y los procesos, la conducta disciplinaria internamente y hacia lo civil. Nos corresponde a nosotros los militantes aplicar eso que nosotros legislamos en ese evento, ya cualquier militante después de que en el evento se apruebe eso lo puede practicar a cualquier persona, nosotros tenemos el evento cada 4 años, entonces lo que se estipule en ese evento, lo que se legisle rige para los siguientes 4 años. Entonces nosotros decimos: listo, para tal hecho vamos a aplicar la pena de muerte, entonces si yo ya lo sé, porque yo lo ayude a legislar allá y lo aprobé, entonces si a mi se me presenta en la zona donde esté un caso de esos pues ya se lo que tengo que hacer, obviamente nosotros consultamos al mando superior, tenemos una jerarquía, yo soy mando de una estructura pequeña de comisión, tenemos el mando del frente Domingo Lain que es el superior inmediato de nosotros, y de ahí tenemos entonces la dirección del frente de guerra que es el mando superior de todos los frentes guerrilleros, entonces claro, yo le consulto al mando inmediato que es el del frente Domingo Lain le digo pasó este caso en esta zona, qué me dice él: bueno, haga el debido proceso, entonces el debido proceso es hacer la investigación, mirar si da o no da para determinada sanción.

P: ¿El pueblo tiene algún tipo de influencia en la legislación, directamente? ¿Se reúnen con personas de la población civil?

R: Sí, nosotros le damos el espacio a la población civil organizada, para que entre a ese evento.

P: Bueno, en el momento de la toma de una decisión, es decir, hay que aplicar el debido proceso en una vereda y la población se levanta en contra de esa decisión, ¿se respeta la opinión de esa población o se aplica el debido proceso?

R: A ver, nosotros hemos sido muy respetuosos con la población civil, primero porque los hemos tenido en cuenta en la toma de decisiones, segundo la población civil también tiene un respeto hacia nosotros, porque nosotros no hemos sido tan extremistas con la población civil, sino más bien hemos sido como del sentido humanitario, como de que acá ojalá nosotros no tuviéramos que aplicar la pena máxima, que eso es lo que le hemos querido dar a entender a la población civil, que ojalá el ELN no llegara a aplicar la pena máxima, nosotros incluso en los eventos anteriores hemos planteado que ojalá el Estado no fuera tan agresivo con nosotros y nos permitiera en algunas zonas tener cárceles, y en vez de aplicarle el artículo 14 o la pena máxima, se pudiera tenerlo en la cárcel por un determinado tiempo, en una cárcel productiva donde

vaya a trabajar, no una cárcel capitalista allá encerrado en cuatro paredes y unas rejas no, una cárcel donde vaya es a regenerarse, ese es el concepto que nosotros tenemos.

P. Una vez tomada una decisión ¿qué tipo de seguimiento se le hace a este tipo de decisión?

R: Tenemos los mecanismos para hacerlo, claro aquí hay tipo de sanciones que van en lo productivo, por decir vamos a meter a alguien que está sancionado a una finca a trabajar, se le llama a la familia, se le llama a él y se le dice, póngase a trabajar determinado tiempo, no tiene derecho a salir al caserío o al pueblo por determinado tiempo, tendrá derecho a recibir la visita familiar común y corriente, hasta que no cumpla la sanción; una vez cumplida la sanción lo llamamos otra vez y le decimos su sanción ha sido cumplida satisfactoriamente, entonces la sanción se le levanta, se le da una charlita de mora, se le dan unos consejos para que no vuelva a reincidir en esos casos. Ese seguimiento lo hacemos nosotros por intermedio de la milicia, o lo hacemos ya personalmente, donde lo podamos hacer.

P. ¿Usted conoce algún caso especial donde se le haya aplicado ese debido proceso a alguien de la población civil?

R: Sí, sí lo hemos aplicado, sí lo hemos hecho, solo que aquí no voy a narrar es pero nombres, a ver, está el caso de un muchacho que en una borrachera de cantina mató a otro muchacho, nosotros hemos dicho acá que el que mate a otro también se muere, o sea a manera de expresión en algunos casos no lo aplicamos por tener en cuenta algunos factores secundarios, por decir la familia que de pronto es un familia allegada a la organización, que de pronto fue un accidente, entonces hay factores secundarios que interfieren en la decisión que nosotros tomamos, o sea nosotros tenemos legislado que el que mate a otro se muere, pero no en todos los casos se puede aplicar eso, entonces le cuento la historia de ese muchacho, en una cantina salieron de pelea con otro muchacho, y este cargaba un arma y disparó y lo mató. El muchacho se nos presenta y nos dice maté a fulano de tal por una agresión que tuvimos, no me pude controlar, tenía trago encima y pasó esto y esto, se presentó voluntariamente junto con la familia, los papás es una familia muy allegada a la organización, la otra familia del muchacho muerto también es muy allegada a la organización, entonces nosotros qué hicimos: reunimos las dos familias con el muchacho culpable ahí en frente, le hicimos ver que nosotros teníamos una norma establecida, que el que matara a otro también se moría, las dos familias también son muy amigas, entonces la familia del muerto qué dijo: no lo vayan a matar, no lo maten es un muchacho que hasta ahora está empezando a vivir, pero sí queremos que se haga justicia y se sancione, entonces ya con esa autorización que tiene uno de la familia que es la damnificada, pues entonces uno ya tiene los argumentos para determinar otra sanción sin que sea la pena máxima, entonces nosotros determinamos darle cinco años de cárcel productiva, entonces lo trasladamos a un sitio a trabajar a una finca, cinco años sin salir, solamente tiene visita de la familia, de la novia, la mujer si tiene y más nada, solamente una visita al mes no más, eso es lo que quedó establecido en ese caso, la familia damnificada quedó satisfecha de la sanción que nosotros le

pusimos, es más, nosotros hicimos de que el muchacho se autocriticara delante de la familia, o sea del error que cometió, eso como un caso.

P: Aparte del debido proceso ¿qué otros principios si los hay se basa la acción judicial? ¿Qué principios se manejan en un juicio determinado aparte del debido proceso, como de segunda instancia, derecho de defensa, así como se maneja el procedimiento en el derecho colombiano?

R: Sí vea, es que dentro del debido proceso nosotros tenemos marginado todo eso, qué es el debido proceso, es nosotros hacer la investigación, es escuchar los defensores del acusado que puede ser la familia, los amigos, las personas que lo conocen, es recoger los testigos, o sea ese el debido proceso, ir como quemando esas etapas, hay que recoger las pruebas, los testigos, todo eso, nosotros no tenemos los medios técnicos para decir como una huella digital, pero lo más viable acá son los testigos presenciales y que además la credibilidad de la gente ayuda mucho a que nosotros tomemos una determinación.

P: En el momento de aplicar una pena, ¿el perjudicado puede apelar a una segunda instancia, ante un superior esa pena?

R: Sí, si por decir yo lo estoy investigando a él, si yo estoy en el debido proceso con él y si la familia mira de que yo no estoy haciendo lo correcto, la investigación correcta, si no estoy llevando el debido proceso correctamente, él puede apelar a una instancia superior, claro que sí, entonces ya el mando superior retoma el caso, verifica qué es lo que he hecho yo, en qué he fallado, me harán los correctivos necesarios, y simplemente él dirá, continúe o yo tomo el caso, eso también ha pasado.

P: Bueno ¿la relación que tiene la organización se maneja en un plano vertical u horizontal?, es decir, ¿es un trato entre iguales?, ¿la sociedad somete a la organización o es la organización quien somete a la población civil?

R: A ver, en primera instancia nosotros no sometemos a nadie, si nosotros hemos dicho de que somos concientes, voluntarios de pertenecer a la organización, es porque así ha sido, sin ningún sometimiento. A ver, la población ha sido muy respetuosa con la organización, aquí la población no ha dicho o ha impuesto algo que la organización tenga que hacer, y nosotros pues tampoco lo hemos permitido, porque eso sería entonces un debilitamiento dentro de la contextura de dirección como tal, el acondicionamiento, el Eleno no se deja condicionar simplemente una frase así por encimita, entre nosotros no podemos dejarnos acondicionar por los civiles, claro respetando también la opinión de ellos, pero así como decir que tengan que hacerlo, no, o sea como una imposición, no, de por sí que no se ha presentado por acá, por eso le digo dentro de la población civil y la organización existe un respeto mutuo y sí, nosotros los hemos tenido en cuenta a ellos para muchas cosas y ellos también nos han tenido en cuenta para tomar decisiones.

P: Cuando ustedes realizan un juicio en la sociedad civil, o cuando se dan determinadas normas de conducta a la sociedad civil, ¿qué se percibe de la sociedad civil, apoyo? ¿Se percibe algo de respeto? ¿Qué emociones se perciben: miedo, respeto o apoyo a la decisión que se ha tomado?

R: A ver, lo decía anteriormente dentro de la población civil y el ELN lo que ha existido acá es respeto, la palabra miedo con el ELN no funciona, por qué, porque nosotros hemos sido respetuosos, las decisiones que se han tomado se han hecho conscientemente, y basadas en una realidad, entonces no ha habido casos en los que la población civil haya dicho le tenemos miedo al ELN porque tomó esta decisión, sino más bien ha habido un respeto y la han acatado, por decir aquí tenemos unas normas de convivencia civil, está el horario de cantinas, que ese lo hemos estipulado en varias reuniones anteriores con la población civil, es que después de las 10 de la noche las cantinas se deben cerrar, entonces qué ha habido ante eso, respeto, no miedo sino respeto, por qué, porque nosotros hemos fundamentado esa norma, con hechos concretos, es decir, es que ya después de las 10 de la noche lo que quedan son borrachos y van a haber problemas, van a haber muertos, coñasos, entonces no queremos que donde estemos nosotros se generen esos tipos de desórdenes, porque entonces el objetivo de nosotros es ir construyendo una transformación social y resulta y pasa que está pasando otra cosa, entonces es como ir generando un orden en ese sentido, bueno, frente al horario de transporte de carros, vehículos en la noche, les hemos dicho a la población civil, no se transporte después de las 7 de la noche y antes de las 5 de la mañana, por qué, porque ya ha ocurrido que el ejército entra en la noche en carros, prácticamente al centro de la zona donde estamos nosotros, entonces cualquier día nosotros podemos estar en la carretera haciendo un retén y entonces si es un civil, qué tal que nosotros lo levantemos equivocadamente, y lo salgamos dañando por ahí el cuero no, entonces para evitar eso se le ha dicho a la población civil, no lo hagan, sin embargo pues ha habido casos, sí donde han violentado esa norma, y ha habido casos en donde nosotros hemos aplicado correctivos para la violación de esa norma.

P: ¿Qué produce la decisión de un juez ordinario, de un juez civil o penal del Estado? ¿Qué efectos produce en la organización?

R: A ver, primero que todo nosotros no compartimos con la justicia estatal, nosotros no la llamamos justicia sino injusticia, porque en muchos de los casos, los jueces se dejan es comprar, entonces el que tiene plata puede ganar el caso, puede quedar libre, y el que no la tiene y sí lo están acusando de algo injusto, entonces simplemente le toca ir a la cárcel, haber que hemos nosotros acá como educado a la población civil en este caso, más o menos el 80 por ciento de la población de acá del departamento de Arauca, nos conoce a nosotros bien, ha venido consultando en las buenas o en las malas, para bien o para mal a la organización, hasta para hacer un negocio, entonces cuando han sucedido casos así, entonces lo que se hace es que se llaman a las personas, y se les arregla el caso acá, cuando las personas acuden a los jueces ya por un demanda y esto, nosotros llamamos a la persona que está demandando para que levante la demanda, y el caso lo tratamos acá, se han dado casos así, en otros hemos permitido también, que entonces sea el juez el que determine,

les voy a colocar un ejemplo, es muy cansón nosotros decir estar llamando a un compa y decirle vea mi viejo, pongase al día con lo de la ayuda familiar a su señora, mire que tiene un niño, tiene dos niños, y usted toca decirle todas las veces, todos los meses vea ayúdele ayúdele, o sea eso se vuelve cansón, para la señora también es mamón estar viniendo acá a decir mire que es que fulano de tal no me pasó o me debe tantos meses, mire que mis hijos están enfermos y tal cosa, entonces cuando eso sucede, cuando esa persona es del pueblo, nosotros autorizamos a la señora para que vaya al Bienestar Familiar y ponga una demanda, porque allá en el pueblo le queda más fácil que lo llamen allá a cuentas, mientras que nosotros si lo podemos llamar, él viene, pero nos sigue mamando gallo, a lo último toca ya aplicarle algo más duro, claro porque nosotros permitimos, hacemos hasta tres veces un solo llamado, pasó esto viejo corrijáse, pasa esto o tal cosa, pero ya cuando lo agarran a uno de cajito también es fastidioso, entonces si nosotros sabemos que es un empleado público allá, pues que le descuenten por nómina, para que no sea irresponsable en ese sentido, eso si ha pasado, pero en primera instancia nosotros desconocemos la justicia estatal como tal, entonces cuando ha habido casos, nosotros mandamos a que la persona retire la demanda allá y tratamos el caso nosotros, con justicia como es, tratando a las partes como iguales, y el que tenga la razón gana y el que no pierde.

P: Bueno, y ya mirando un poco el plano el contexto político y militar aquí en el departamento de Arauca, cuando la otra organización, las FARC, toman una decisión que afecte directamente a la población civil, en la que ambos tienen cierto dominio, ¿qué se hace respecto de esa decisión?

R: A ver, con las FARC nosotros hemos tenido ciertos acuerdos, dentro de esos acuerdos reza el respeto a las masas, entonces ellos no respetan las masas nuestras y nosotros les respetamos las masas de ellos, entonces si hay un problema, un caso, por una masa de ellos, entonces yo cojo el expediente y se lo paso a un mando de FARC, eso es lo que veníamos haciendo, ahorita, pues ustedes ya conocen el problema que hay entre las FARC y el ELN, entonces ahorita no existen esos acuerdos, ahorita si nosotros agarramos una persona, una masa de ellos, pues simplemente le aplicamos la justicia de nosotros, le aplicamos el debido proceso, como lo vemos nosotros, a como está establecido en la norma de nosotros, desconociendo a las FARC, y lo mismo pasa con las masas nuestras, pues eso en cuanto a las FARC, cuando las cosa venían bien con ellos, entonces existía el acuerdo y el respeto, si ellos conocían un caso de una masa nuestra, ellos nos pasaban el caso a nosotros, e igualmente nosotros con ellos, bueno apliquen su justicia allá, y se le respeta, claro si esa persona vuelve y reincide y nosotros nos damos cuenta, y volvemos y le informamos a la FARC, y si las FARC no toman de pronto medidas frente a eso, entonces nos tocas entrar a tomar también decisiones.

P: Bueno a esta altura nos gustaría clarificar sobre el punto de las sanciones ¿cuáles son las que se aplican?

R: Las más comunes son el trabajo, lo del destierro, lo de la pena máxima, esas son como las tres más comunes.

P: ¿penas de multas, dinero?

R: No, esas no las aplicamos, porque por el comentario, entonces lo que van a decir es que queríamos plata y más nada, no entonces por decir trabajo social, limpie la escuela, limpie el puesto de salud, limpie el cementerio, o barra las calles del pueblo, por ejemplo, las que les gusta, las barbaritas, si porque hay casos de esos también, limpiar un tramo de la vía, o sea hay muchas cosas de cómo sancionar, sembrar una huerta, una hectárea de plátano, una hectárea de yuca, o dos o tres, sembrar comida, o sea el tipo de sanción tiene que generar una enseñanza, y tiene que dejar algo productivo, tiene que dejarse un precedente, que no pase desapercibido, y ojalá donde la gente vea que esa persona está ejecutando eso, para que digan sí se hizo justicia.

P: Nos gustaría no dejar pasar esta oportunidad y preguntarles sobre el contexto político actual, ¿qué impresión les deja a ustedes un proceso de justicia como el que se está adelantando a través de la Ley de Justicia y Paz? ¿Todo este contexto de la parapolítica?

R: A ver, los procesos que adelanta el Estado han sido maquinados o han sido el molde de lo que el neoliberalismo ha traído a Colombia, que prácticamente todo eso va basado es a unas políticas, que el presidente Uribe prometió con Estados Unidos a ir cumpliendo paulatinamente, como es el caso de Justicia y Paz, que prácticamente con esta Ley, va salir beneficiado una cantidad de pícaros, por decir así, de paramilitares, de mafiosos, que lo que dicen que el que se acoja a esa ley, tendrá unos beneficios, como por decir, salvándose de la extradición, en algunos casos, y por eso todos esos que están retenidos ahí, no están gratis o están porque quisieron, porque armaron el modelo, el molde, para quedar beneficiados y no irse para Estado Unidos, sin embrago, lo que está pasando con la parapolítica, ha puesto al descubierto todo lo que el Estado ha venido haciendo, a espaldas del pueblo, y entonces como se están destapando las ollas podridas, del Senado, de las administraciones locales, e incluso de la Presidencia, porque ya hasta el vicepresidente está vinculado a lo de la parapolítica, algunos senadores, algunos alcaldes, algunos gobernadores, concejales, bueno hay cualquier cantidad de políticos enrolados con la parapolítica, y que todavía faltan muchos, falta el departamento de Arauca todavía, que tiene que ver mucho en eso, ahí está el gobernador, el alcalde de Arauca, el alcalde de Saravena, el alcalde de Tame, que esos están directamente empapados con lo de la parapolítica, y bueno seguiremos escuchando noticias y viendo en qué termina eso, ahí es cuando vamos a necesitar de verdad una verdadera justicia, que se aplique una verdadera justicia a todos estos corruptos que lo que han hecho es haber ensangrentado la patria, en búsqueda de eso estamos.

P: Muchas gracias por esta oportunidad, por permitirnos ver las cosas desde adentro, y conocer directamente la opinión de la organización.

R: A ver, de parte del Frente Domingo Lain del ELN, pues también que ustedes lleven un mensaje o sea con la visión real, de qué es el Ejército de Liberación Nacional, porque muchas veces se dice lo contrario, y los medio de comunicación que son manipulados por la burguesía, pues, trasgiversan la información, entonces ahí es donde la mayoría del pueblo colombiano le tiene miedo a la organización, o resurge ese temor a las guerrillas de Colombia es precisamente porque el Estado se ha encargado de sembrar ese terror, mas no es porque nosotros actuemos de esa forma, y ustedes que van a ser futuros abogados entonces vayan pensando es en cómo hacer justicia de verdad, no en cómo hacer reales de verdad, claro porque es que esa carrera si es lucrativa, en el sentido como se tome, yo conozco abogados que son buenos abogados, y que poco les importa la plata, dicen denme para los viáticos y más nada, mientras que hay otros que van pidiendo anticipadamente cualquier cantidad, y claro con esa cantidad se van, resulta que el juez también es corrupto, y entonces como ellos determinan que el implicado es inocente, entonces lo que el juez dice es, tráigame tanto y lo soltamos, entonces ese es el que es buen abogado, porque saca al pelado en corto tiempo, pero resulta que el pelado, o la persona implicada no presenta los argumentos valederos para ser juzgado, entonces esa es la injusticia, y lo que está reinando en estos momentos con la parte judicial, es la corrupción, la mayoría de jueces son corruptos, solo les importa la plata, porque nosotros estamos seguros que aquí hay una cantidad de gente que es inocente, y está en las cárceles, pero ellos sí se están lucrando de ese negocio, solamente esperamos que ustedes no agarren ese camino y se haga justicia social de verdad, bueno viejos...

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA, MARIO. *Justicia guerrillera población civil, 1964-1999, El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, 2001.

ARDILA AMAYA, EDGAR. "La Justicia comunitaria en la nueva etapa de la administración de justicia: ¿Respuesta a la crisis o reorganización de un campo de gestión social?". Bogotá, 2005.

ASONAL JUDICIAL. Informe octubre de 2004.

BURGOS, GERMÁN. "La independencia judicial en inseguridad antidemocrática". Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA. Mimeo.

_____. "Independencia judicial en Colombia: ¿Obstáculo para la seguridad democrática?". En: *Actualidad Colombiana*. N° 376.

Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

Código Penal Militar, Ley 522 de 1999.

Código Penitenciario y Carcelario de Colombia.

Constitución Política de Colombia. Bogotá. Editorial Panamericana.

Convención Americana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, noviembre de 1969.

CHINCHILLA H., TULIO ELÍ. "Conceptos fundamentales de derecho constitucional". En: *Revista Ciencias Humanas*. N° 14. Medellín. Universidad de Medellín. 1990.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-358 de agosto de 1997, M.P.: Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-878 de julio de 2000, M. P.: Doctor Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-667 de 1998. Principio de diversidad étnica y cultural-Función jurisdiccional/Fuero indígena-Límites. M. P.: Doctor Antonio Barreara Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-344 de 1998. Jurisdicción indígena. M.P.: Doctor Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal, Sentencia T-349.

DÍEZ PICAZO, LUIS MARÍA. *Régimen constitucional del poder judicial*. Madrid. Editorial Civitas, S.A., 1991.

DUARTE CASTILLO, GUSTAVO. "Aspectos sobre justicia penal militar". En: *Revista Policía Nacional*. Bogotá. 1986.

DUARTE P., HERNANDO. *Procedimiento Penal Militar*. Medellín. Editorial Beta, 1988.

FOUCAULT, MICHEL. *Microfísica del poder, justicia popular, debate con los maos*. Madrid. Ediciones La Piqueta, 1992.

_____. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona. Editorial Gedisa, 2003.

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá, Universidad de Los Andes, 1993.

GALLÓN, GUSTAVO. *La arbitrariedad medida*. Bogotá. Mimeo, 1989.

GÓMEZ VALENCIA, HERINALDY. *De la justicia y el poder indígena*. Popayán. Editorial Universidad del Cauca, 2000.

Ley 938 de 2004, "Por medio de la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

LENIN, V. I. *El Estado y la revolución*. Barcelona. Editorial Progreso.

MARX, C., F. ENGELS. *Manifiesto del Partido Comunista*. Quito. Editorial Libresa, 2002.

MATTA ALDANA, LUIS ALBERTO. El Plan Colombia: Desafío neoliberal contra América Latina. Foro alternativo contra la globalización y el neoliberalismo. El Otro Davos". En: *Revista Rebelión*, 31 de enero del 2001.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, MINISTERIO DEL INTERIOR, DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS INDÍGENAS, CONSEJO REGIONAL INDÍGENA DEL CAUCA. "Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas". a Jurisdicción Especial Indígena. Bogotá, 1997.

OIT. Convenio N° 169, Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PEÑA VELÁSQUEZ, EDGAR. *Comentarios al Nuevo Código Penal Militar*. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional, 2001.

Plebiscito de 1957, artículo 12. Artículos 156-158 de la Constitución derogada.

PRESSBURGUER, MIGUEL. "Derecho insurgente: el derecho de los oprimidos". En: *Revista el Otro Derecho*. N° 6. Bogotá. ILSA, 1990.

PROUDHON, PIERRE JOSEPH. *¿Qué es la Propiedad?* Barcelona. Ediciones Orbis, S.A. 1983.

RECH, DANIEL. "Derecho insurgente: el derecho de los oprimidos". En: *Revista El Otro Derecho*. N° 6. Bogotá. ILSA, 1990.

RENDÓN G., GUSTAVO. "Curso de Procedimiento Penal colombiano". En: *Revista de las FF.AA.* N° 134. Bogotá. 1973.

RODRÍGUEZ M., JOSÉ EDUARDO. *La justicia comunitaria y nuevo orden social: tendencias contemporáneas sobre el derecho y la teoría de la justicia*. Bogotá, 2005.

ROUQUIE, ALAN. *El Estado Militar en América Latina*. Bogotá, Siglo XXI, 1984.

SAMUDIO REYES, VERA XIOMARA. Trabajo de Grado para optar por el título de Especialista en Instituciones Jurídico Penales. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia, 2001.

SANTOS BOAVENTURA DE SOUSA. *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá. ILSA, 2002.

TOURAINE, ALAIN. *La Parole et le sang. politique et societe en Amerique Latine*, Paris. Odile Jacob, 1988.

UPRIMNY, RODRIGO. RODRÍGUEZ, CESAR. GARCÍA V., MAURICIO. *Entre el protagonismo y la ruina: análisis sociojurídico de la justicia en Colombia*. Falta información.

VALENCIA VILLA, ALEJANDRO. "Ordenanzas para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de la guardia colombiana. La legislación militar colombiana ante el derecho de gentes". En: *Revista de las Fuerzas Armadas*. Enero-Febrero-Marzo. Vol. XLV. N° 134. Bogotá, D.E., 1994.

VALENCIA ZEA, ARTURO. ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho Civil. Parte General y Personas*. Bogotá. Editorial Temis, S.A., 1996.

www.patrialibre.org. Bloque Oriental del ELN.

<http://www.apuntesjuridicos.com/contenidos2/introduccion-al-estudio-del-derecho.html> (Introducción al estudio del Derecho. Teoría del Derecho. Ramas jurídicas. Normas. Jurisprudencia en México. División de poderes. Administración pública. Delitos. Proceso mexicano.)