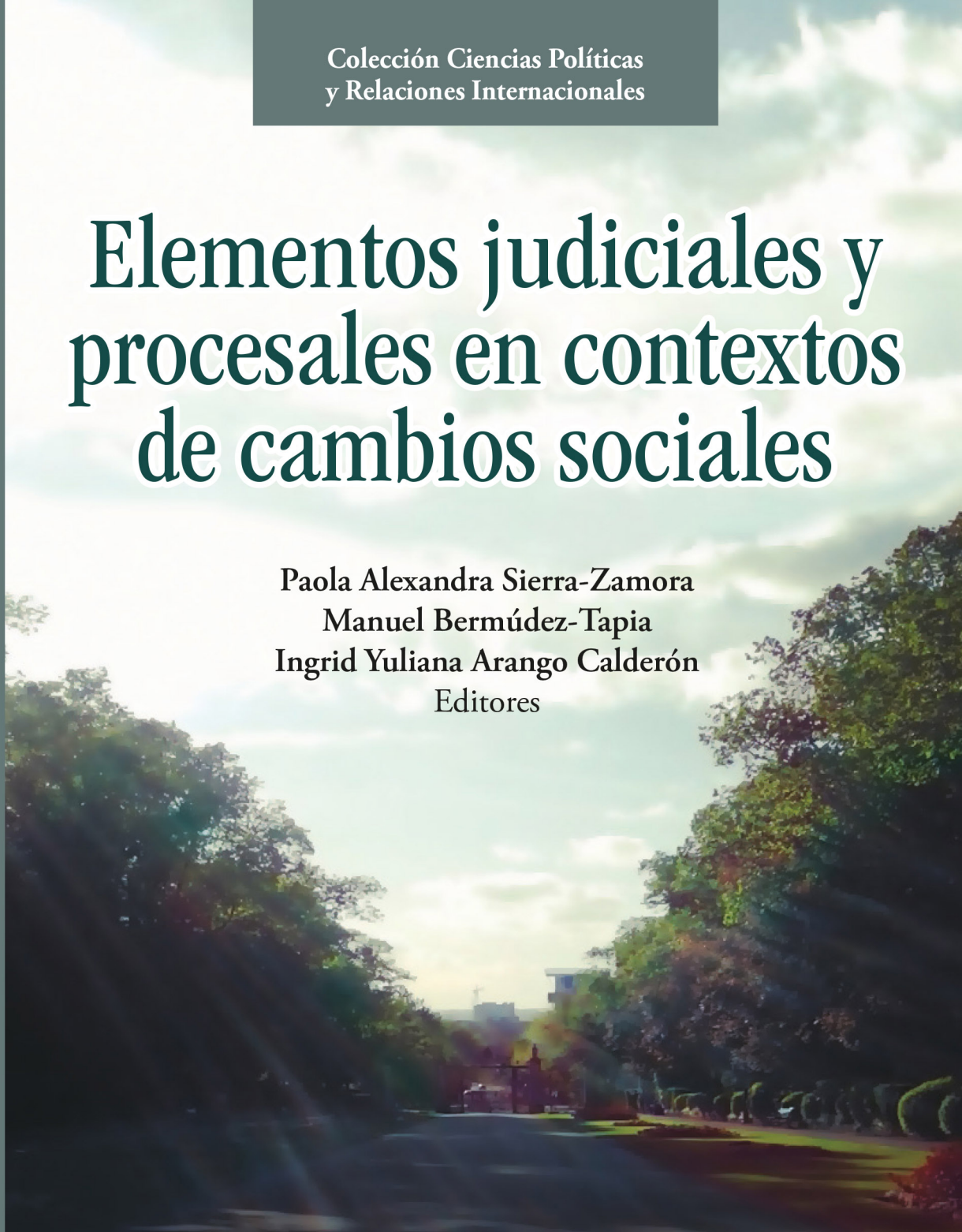
Colección Ciencias Políticas
y Relaciones Internacionales

# Elementos judiciales y procesales en contextos de cambios sociales

Paola Alexandra Sierra-Zamora
Manuel Bermúdez-Tapia
Ingrid Yuliana Arango Calderón
Editores



ESMIC
SELLO EDITORIAL

Miles Doctus

# Elementos judiciales y procesales en contextos de cambios sociales

ESCUELA MILITAR DE CADETES
"General José María Córdova"

**Colección Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales**

El objetivo central de esta colección es profundizar en la discusión sobre los temas geopolíticos de mayor incidencia hoy en el mundo y los canales diplomáticos hasta ahora dispuestos para buscar una pronta solución a los problemas de carácter social más acuciantes en Colombia, América Latina y el mundo. De ahí la necesidad de ubicar estas diversas aristas de las relaciones entre Estados según su contexto local, regional e internacional.

# Elementos judiciales y procesales en contextos de cambios sociales

**Paola Alexandra Sierra-Zamora**
**Manuel Bermúdez-Tapia**
**Ingrid Yuliana Arango Calderón**

Editores

ESMIC
SELLO EDITORIAL

Bogotá, D. C., 2020

Catalogación en la publicación - Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova"

Elementos judiciales y procesales en contextos de cambios sociales / Editores Paola Alexandra Sierra -Zamora, Manuel Bermúdez-Tapia e Ingrid Yuliana Arango Calderón. -- Bogotá: Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", 2020.

148 páginas : ilustraciones, mapas, gráficos y cuadros ; 22 cm.
Incluye bibliografía al final de cada capítulo

ISBN: 978-958-52848-7-6
E-ISBN: 978-958-52848-8-3

(Colección Ciencia Política y Relaciones Internacionales ; Miles Doctus)

1.Jurisprudencia -- Aspectos sociales -- Colombia 2.Drogas -- Cultivo -- Aspectos jurídicos -- Aspectos sociales – Colombia 3.Castigos corporales -- Aspectos jurídicos -- Aspectos sociales – Colombia 4.Derecho comparado -- Colombia -- Perú i.Sierra-Zamora, Paola Alexandra, (editor – autor) ii.Bermúdez-Tapia, Manuel, (editor – autor) iii.Arango Calderón, Ingrid Yuliana, Capitán, (editor – autor) iv.Díaz Ireño, Carlos Andrés, Teniente Coronel (prólogo) v.Arcos Cortés, Vivian Lizbeth, (autor) vi.Cardona Espinosa, Julián Alberto, Coronel (autor) vii.Carreño Sua, Lucas Joel, Teniente Coronel (autor) viii. Fernández-Osorio, Andrés Eduardo, Teniente Coronel (autor) ix.Fonseca Ortiz, Tania Lucía, (autor) xi.Gómez Vargas, Óscar Edilson, Mayor (autor) x.Jaramillo Perez, Yarbey Arles, Sargento Mayor (autor) xi.Pedraza Mariño, Carolina, Capitán (autor) xii.Sierra Aponte, Sara Gabriela, (autor) xiii.Colombia. Ejército Nacional.

KHH327 .E44 2020 Registro Catálogo SIBFA 114710
349.861 -- 23

Archivo descargable en formato MARC en: https://tinyurl.com/esmic114710

Título: Elementos judiciales y procesales en contextos de cambios sociales

Primera edición, 2020

Editores:
Paola Alexandra Sierra-Zamora
Manuel Bermúdez-Tapia
Ingrid Yuliana Arango Calderón

Cubierta: fotografía de María Antonieta Corcione Nieto

Autores:
Paola Alexandra Sierra-Zamora
Sara Gabriela Sierra Aponte
Andrés Eduardo Fernández-Osorio
Tania Lucía Fonseca Ortiz
Vivian Lizbeth Arcos Cortés
Manuel Bermúdez-Tapia
Lucas Joel Carreño Sua
Julián Alberto Cardona Espinosa
Yarbey Arles Jaramillo Pérez
Carolina Pedraza Mariño
Ingrid Yuliana Arango Calderón
Óscar Edilson Gómez Vargas

Libro electrónico publicado a través de la plataforma Open Monograph Press.
Tiraje de 100 ejemplares
Impreso en Colombia - *Printed in Colombia*
Impreso por Multi Impresos S. A. S.

ISBN impreso 978-958-52848-7-6
ISBN digital 978-958-52848-8-3

https://doi.org/10.21830/9789585284883

2020 Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova"
Departamento de Investigación, Desarrollo Tecnológico e Innovación
Calle 80 N.º 38-00. Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: +57 (1) 3770850 ext. 1104
Correo electrónico: selloeditorial@esmic.edu.co

El contenido de este libro corresponde exclusivamente al pensamiento de los autores y es de su absoluta responsabilidad. Las posturas y aseveraciones aquí presentadas son resultado de un ejercicio académico e investigativo que no representa la posición oficial ni institucional de la Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova".

Los libros publicados por el Sello Editorial ESMIC son de acceso abierto bajo una licencia Creative Commons: Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas.
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.esr

ESCUELA MILITAR DE CADETES
"General José María Córdova"

DIRECTIVOS

Director Escuela Militar de Cadetes
Brigadier General **Arnulfo Traslaviña Sáchica**

Subdirector Escuela Militar de Cadetes
Coronel **Jorge Alberto Galindo Cárdenas**

Vicerrector Académico Escuela Militar de Cadetes
Coronel **Milton Mauricio Lozada Andrade**

DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIÓN,
DESARROLLO TECNOLÓGICO E INNOVACIÓN

Jefe del Departamento de I + D + i
Teniente Coronel Carlos Andrés Díaz Irreño

Coordinador del Sello Editorial Esmic
William Castaño Marulanda

Corrección de Estilo
Jorge Enrique Beltrán Vargas

Asesora de Traducción
Gypsy Bonny Español Vega

Diseño y Diagramación
Rubén Alberto Urriago Gutiérrez

# *Contenido*

Prólogo / 9

Introducción / 13

**Capítulo 1**
El control de cultivos ilícitos en zonas donde se han registrado desplazamientos forzados / 19
*Paola Alexandra Sierra-Zamora, Sara Gabriela Sierra Aponte, Andrés Eduardo Fernández-Osorio y Tania Lucía Fonseca Ortiz*

**Capítulo 2**
La flagelación como mecanismo punitivo en la jurisdicción especial indígena en Colombia / 53

*Paola Alexandra Sierra-Zamora, Vivian Lizbeth Arcos Cortés, Manuel Bermúdez-Tapia y Lucas Joel Carreño Sua*

**Capítulo 3**
La humanización del proceso en el trámite en la Jurisdicción Especial de Paz: un factor de legitimidad de la justicia / 87
*Manuel Bermúdez-Tapia, Paola Alexandra Sierra-Zamora y Julián Alberto Cardona Espinosa*

**Capítulo 4**
La viabilidad de la ejecución de las reparaciones a favor de las víctimas en las sentencias de la Jurisdicción Especial de Paz / 99
*Manuel Bermúdez-Tapia, Paola Alexandra Sierra-Zamora y Yarbey Arles Jaramillo Pérez*

**Capítulo 5**

La legitimidad de la actividad jurisdiccional después de la emisión de una sentencia / 111
*Manuel Bermúdez-Tapia, Carolina Pedraza Mariño e Ingrid Yuliana Arango Calderón*

**Capítulo 6**
El ejercicio de la magistratura y su fiscalización administrativa y jurisdiccional en el ámbito comparado / 131
*Manuel Bermúdez-Tapia, Carolina Pedraza Mariño y Óscar Edilson Gómez Vargas*

# *Prólogo*

*Teniente Coronel Carlos Andrés Díaz Irreño*
Jefe del Departamento de I+D+I
Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova"

Para el Estado colombiano los desafíos de la participación social, el impacto del conflicto armado en las comunidades y la urgente protección de la población han marcado las hojas de ruta de las agendas gubernamentales en la actualidad. Así mismo, han conducido los estudios e investigaciones académicos con el fin de determinar cómo los cambios sociales inciden en el desarrollo de la nación y en la garantía de los derechos de sus habitantes. Con toda seguridad, este contexto no resulta desligado de los intereses y dificultades de otros Estados latinoamericanos, así como tampoco del resto de países alrededor del mundo, razón por la cual la categorización y distinción de cada fenómeno que atañe a la colectividad debe ir acompañado de una visualización nacional, y del examen de experiencias y resultados internacionales al respecto.

Así, este libro resultado de investigación se presenta como una apuesta académica e interdisciplinar que evalúa las dinámicas existentes en el panorama social colombiano, desde la perspectiva de aquellas situaciones que de modos distintos se relacionan con el orden jurídico y el estatus constitucional en la búsqueda de resolución de conflictos y de justicia. Estos análisis se desarrollan sin dejar de lado la observación prospectiva de cada uno de los retos que se presentan y los que se avecinan. Bajo esta premisa, la intención que encierra

cada uno de los apartados de esta obra se centra en la visibilización y detallada exploración de los alcances doctrinales, jurisprudenciales, así como en la enunciación de los instrumentos jurídicos nacionales y supranacionales que guardan una directa relación con el tema investigado, con el fin de estructurar una posición crítica e incluso propositiva frente a las trasformaciones actuales.

En el primer capítulo, *El control de cultivos ilícitos en zonas donde se han registrado desplazamientos forzados*, se expone uno de los escenarios más complejos que se han presentado en estrecha relación con el conflicto armado en Colombia: el tráfico de drogas o, más específicamente, los cultivos de uso ilícito, que son una de las fuentes principales de financiamiento de los actores de la guerra. Es por ello que su mantenimiento y existencia en distintas zonas del país (en especial, en aquellas que han sufrido todos los embates del accionar delictivo de los grupos armados, como el desplazamiento forzado) ha generado un fraccionamiento social de tal nivel que la superación del conflicto resulta muy difícil, mientras el accionar del Estado y la fuerza pública se centra en su eliminación.

El segundo capítulo, *La flagelación como mecanismo punitivo en la jurisdicción especial indígena en Colombia*, se fundamenta en delimitar uno de los medios que ha sido utilizado ancestralmente por las comunidades indígenas para castigar a sus integrantes por circunstancias graves. Se presenta allí un análisis detallado de su origen y repercusión como instrumento correctivo en Colombia, así como de su compleja relación con los pilares constitucionales que obligan a unos mínimos de respeto con la dignidad humana, en contraposición con la jurisdicción indígena y sus lineamientos básicos.

En el tercer capítulo, *La humanización del proceso en el trámite en la Jurisdicción Especial de Paz: un factor de legitimidad de la justicia*, se plantea un pormenorizado estudio de los procesos desarrollados por la Jurisdicción Especial de Paz y que, en numerosas ocasiones, están permeados por circunstancias que imposibilitan su debido avance: tiempos indeterminados o plazos poco razonables. En consecuencia, los autores evalúan y proponen la vinculación del factor humano en tales procesos, partiendo desde los cimientos constitucionales y su legitimidad al aplicarlos.

El cuarto capítulo, *La viabilidad de la ejecución de las reparaciones a favor de las víctimas en las sentencias de la Jurisdicción Especial de Paz*, se fundamenta

en determinar el papel de las víctimas en los procesos que se adelantan en el marco de la justicia transicional y su componente judicial. Se evalúa especialmente la reparación y las condiciones que existen para su materialización en torno a las sentencias judiciales, en el marco del respeto de todos los derechos reconocidos a los individuos perjudicados por el conflicto armado.

En el quinto capítulo, *La legitimidad de la actividad jurisdiccional después de la emisión de una sentencia*, el autor presenta una apreciación crítica de la actividad de los funcionarios públicos en la materialización de las sentencias judiciales, ligando el estudio a los conflictos familiares. Su punto de partida es la comparación de la actividad judicial entre Perú y Colombia, con lo cual logra demostrar la necesidad del control, pues el proceso judicial no acaba con una decisión, sino que esta debe ir ligada a elementos como la actividad administrativa.

En el capítulo final, *El ejercicio de la magistratura y su fiscalización administrativa y jurisdiccional en el ámbito comparado*, se describe la función del juez en el ámbito peruano. En especial, se muestra cómo esta actividad está relacionada paralelamente con la actividad administrativa y, en general, con un amplio conglomerado de elementos que, sin excepción, son necesarios para la adecuada prestación de este servicio público. Con ello, se hace evidente que, en el cumplimiento de parámetros procedimentales, probatorios o del propio ejercicio judicial, actos como la corrupción no se escapan de las posibilidades, y se constituyen como un aspecto a combatir desde los más profundos cimientos y lineamientos expuestos por el autor.

En definitiva, los temas abordados en esta obra presentan un contexto lo suficientemente amplio para poder evaluar la transformación social, vinculada no solo a los acontecimientos propios de Colombia, sino también al entorno jurídico y social del Perú. Por lo tanto, la riqueza investigativa aquí consignada está encaminada a que los lectores reconozcan diversas posturas, críticas y propuestas, gestadas a partir de la necesidad de exponer y analizar la complejidad de los fenómenos, como tarea obligada de la investigación académica e institucional para aportar a la superación de situaciones de interés nacional.

Esta obra es el resultado del trabajo conjunto y de la colaboración académica entre el Grupo de Investigación en Ciencias Militares, de la

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”, categorizado en B por Minciencias y registrado bajo el código COL0082556, y el Grupo de Investigación en Aviación Militar del Centro de Educación Militar – Escuela de Aviación del Ejército, categorizado en C por Minciencias y registrado bajo el código COL0077618. Su contenido fue validado a través de un procedimiento de evaluación de pares externos tipo doble ciego.

# *Introducción*

https://doi.org/10.21830/9789585284883.00

*Coronel Julián Alberto Cardona Espinosa*
Director Escuela de Aviación del Ejército

Con el paso de los años, el cambio de los gobiernos y la trasformación de la sociedad colombiana, las comunidades se ven obligadas a reestructurarse de acuerdo con las necesidades que van emergiendo. Por tal razón, el derecho, la justicia, la academia, la fuerza pública y el Estado se encuentran facultados y, en casos específicos, obligados a generar soluciones o materializar acciones que permitan el adecuado tránsito de un contexto al otro. A primera vista, puede creerse que cuan dinámico sea el cambio social así mismo debe ser el cambio, por ejemplo, en materia legislativa; sin embargo, la rapidez con la que el derecho atiende la exigencia social depende no solo de su percepción de la actualidad, sino también de su estudio o análisis de esta a la luz de la integración multidisciplinar de perspectivas.

Esto se debe en principio, a que el derecho es permanente en sus principios pero cambiante en sus aportaciones (Serrano Villafañe, 1973, p. 461), por tanto, las bases consolidadas no imposibilitan el dinamismo necesario en función de los cambios sociales. Así, el derecho cambia sustancial y procedimentalmente integrando nuevos avatares a las relaciones colectivas, junto a la relación estatal con la población. Tales modificaciones se reflejan en cambios judiciales, políticos y culturales, con lo cual se crea una actuación mancomunada que se adecúe, pero ante todo que sea posible de realizar, puesto que de

nada sirve una amplia gama de leyes o políticas de gobierno si estas son incompatibles con la actualidad.

De tal manera, el derecho está encaminado a los avances y transformaciones de la sociedad, eliminando la mayoría de vicisitudes que puedan existir en la consolidación de las diversas modificaciones. A pesar de este armónico escenario, expone Rodríguez-Arias (1973) que las transformaciones sociales no llegan siempre por este suave camino de armonía entre los hombres por la existencia de una justa interdependencia entre la vida y el derecho (p. 446). Por el contrario, la mayoría de cambios se producen a raíz de situaciones conflictivas que generan un problema imposible de desconocer; para el caso colombiano, el conflicto armado, observado desde el surgimiento de los grupos guerrilleros y paramilitares que lograron consolidar sus actividades al margen de la ley.

En efecto, los cambios y las transformaciones, aunque necesarios, no siempre surgen de manera pacífica o persiguen un fin beneficioso. Esto impide una adecuación inocua de la trasmutación del contexto en los ordenamientos jurídicos y, así mismo, la actuación inmediata del Estado con el fin de contrarrestar el impacto negativo que produce el ataque y la desestabilización de la población. Con ello, se establece que la evolución jurídica atiende a diversos panoramas siempre y cuando estos puedan ser contrarrestados por medio de leyes, decretos y demás instrumentos jurídicos, pero, en aquellas situaciones en las que el derecho no basta, el accionar gubernamental por medio de la fuerza pública será primordial como respuesta y ante todo como protección.

Frente a la integración de la fuerza pública, es importante destacar que su accionar armado y estratégico ha salvaguardado a las comunidades vulnerables y ha impedido que los grupos armados ilegales se adueñen de cada territorio existente. Desde luego, la protección no posee la misma fuerza o adquiere el mismo valor cuando existe abandono estatal (Pérez, 2013) o se carece de ayuda para las poblaciones que no cuentan con las herramientas suficientes para su desarrollo, pues esto propicia la desconfianza en las instituciones y el rechazo de su presencia, lo que, a su vez, habilita el paso de los actores delincuenciales.

Puede evaluarse, de igual manera, que la atmósfera cambiante regular en cualquier sociedad permite que los dogmas incompatibles con el avance de esta puedan repensarse, modificarse o eliminarse si en definitiva su utilización es

ineficaz y no constituye una herramienta fundamental. Por ende, la vinculación académica especializada visibiliza aquellas circunstancias que el legislador desconoce y el entorno en el que se produce un nuevo funcionamiento social, lo cual evita a toda costa que el rumbo que siga o se le obligue a tomar a la población colombiana sea el errado o reducido a márgenes que no corresponden.

Con todo, la multiplicidad de participantes en la construcción del país es desde cualquier perspectiva beneficioso, dado que, al unir todas las instituciones y estamentos, junto con el análisis internacional del desarrollo social en países de diversas características, se posibilita una debida estructura orientada a minimizar los efectos nocivos de las nuevas respuestas del derecho y a maximizar la oportunidad de construir una nueva mirada al ordenamiento jurídico interno, a los ciudadanos y a la nación en general.

Sin duda, el planteamiento inicial respecto a la actuación unida de distintos sectores es plausible e importante, pero no puede tomarse como un evento aislado de la realidad compleja, de la observación del posacuerdo, y de la diversidad de desafíos que subyacen luego de una salida negociada del conflicto. Colombia, luego de varios años de negociación y concreción de un Acuerdo de Paz, se encuentra en una fase de transición (Cubides-Cárdenas et al., 2018, p. 11), en la que la integración de las víctimas, las minorías étnicas, las poblaciones abandonadas y las instituciones estatales actúa en procura de reconocer cada uno de los eventos acaecidos durante más de sesenta años de conflicto, con el fin de que estos no vuelvan a repetirse en el futuro.

Así, a pesar del nefasto pasado de la historia de Colombia, las dinámicas sociales que evolucionan día a día son la apuesta perfecta para que la población tenga un nuevo escenario propicio, orientado a reducir la invisibilidad histórica (Villa Holguín & Insuasty Rodríguez, 2014, p. 427) de los problemas y a la oportuna atención de los pormenores para el avance de la comunidad y su proceso de transición; todo ello, mediante los pilares planteados por la Jurisdicción Especial para la Paz, en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

En suma, las modificaciones que sufre la colectividad precisan de un accionar próximo y eficaz, integrado por todos los ciudadanos, en especial, por aquellas partes de la población que hasta ahora han sido reconocidas, pero

precariamente protegidas. De igual manera, tal vinculación no basta si no existe una armonía que abarque desde las disposiciones legislativas hasta el desarrollo de la función de los operadores jurídicos.

Junto a ello, el respeto por los derechos humanos de los individuos y la garantía de su ejercicio son el punto apical para que la percepción y costumbre social se modifiquen y se consoliden los cambios positivos a que esto conduce. Como es natural, no debe olvidarse que, a pesar de un expedito estudio de la actualidad, sus efectos no serán inmediatos, es decir, el nacimiento de un fenómeno social de cualquier índole requiere de un tiempo de surgimiento y consolidación y, así mismo, el examen de cada elemento que hace parte de una serie de hechos, costumbres o actuaciones requiere de un tiempo prudente para examinar sus alcances y su repercusión.

Después de este estudio, viene la concreción de las posturas que determinan cuál es el mejor camino o solución para hacer frente a las situaciones que aparecen. Mientras tanto, puede avanzar el fenómeno de manera negativa aumentando el problema social, por lo que, en este contexto expuesto, las dificultades se acrecientan y deben ser atacadas en un primer momento, sin ningún tipo de estudio previo más allá de la observación, para luego sí edificar una adecuada respuesta.

En definitiva, aunque las dinámicas sociales se reproducen de igual manera en cada país o continente, no puede olvidarse que el especial contexto colombiano obliga a una categorización distinta de las herramientas para contrarrestar las cuestiones que generan conflicto, por ejemplo, los grupos armados y su actuar, las revueltas sociales, los ataques indiscriminados a la población, la materialización del derecho y el adecuado actuar de los operadores jurídicos, entre otros escenarios que actualmente se evidencian.

## Referencias

Cubides-Cárdenas, J., Sierra-Zamora, P., & Mejía, J. (2018). Reflexiones en torno a la Justicia Transicional en Colombia: Fuerzas Armadas, víctimas y posacuerdo. *Utopía y Praxis Latinoamericana, 2*(23), 11-24. https://doi.org/10.5281/zenodo.1797876

Pérez, A. (2013). Ineficacia, creencia y confianza en el estado colombiano. Los tres fundamentos para el surgimiento de un país pluriestatal. *Revista Forum, 1*(4), 113- 120.

Rodríguez-Arias, L. (1973). El derecho y el cambio social. *Anuario de filosofía del derecho, 17*, 445-450.

Serrano Villafañe, E. (1973). Funciones del derecho en la sociedad cambiante de nuestros días. *Anuario de filosofía del derecho, 17*, 461-472.

Villa Holguín, E., & Insuasty Rodríguez, A. (2014). Conflictos sociales y coyuntura de paz en Colombia. decadencia occidental y potencialidad del latinoamericanismo. *El Agora USB, 12*(2), 311-703. https://doi.org/10.21500/16578031.22

Esta página queda intencionalmente en blanco

# El control de cultivos ilícitos en zonas donde se han registrado desplazamientos forzados[1]

1

https://doi.org/10.21830/9789585284883.01

*Paola Alexandra Sierra-Zamora*[2]
*Sara Gabriela Sierra Aponte*[3]
Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto"
*Andrés Eduardo Fernández-Osorio*[4]
Escuela de Aviación del Ejército
*Tania Lucía Fonseca Ortiz*[5]
Universidad Católica de Colombia

1 Este capítulo hace parte del trabajo colaborativo de dos proyectos de investigación: 1) "Estrategia nacional: por una Política de Seguridad y Defensa a la vanguardia de las amenazas contemporáneas" del Grupo de Investigación Masa Crítica de la Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto", registrado con el código COL0123247 y categorizado en B por Minciencias, y 2) "Perspectivas en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario para el Ejército Nacional de Colombia" del Grupo de Investigación en Aviación Militar de la Escuela de Aviación del Ejército, registrado con el código COL0077618 y categorizado en C por Minciencias. Los puntos de vista pertenecen a los autores y no reflejan necesariamente los de las instituciones participantes.

2 Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de València, España, y PhD (c) en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la misma casa de estudios. Gestora de investigación del Departamento de Estrategia de la Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto". Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3146-7418 - Contacto: paola.sierra@esdegue.edu.co

3 Internacionalista (en curso) de la Universidad de La Salle. Pasante del Departamento de Estrategia de la Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto". Orcid: https://orcid.org/0000-0002-1784-8687 - Contacto: sara.sierra@esdegue.edu.co

4 Teniente Coronel del Ejército Nacional de Colombia. PhD en Derecho y Ciencia Política, Universidad de Barcelona, España. Magíster en Economía, Estado y Sociedad: Política y Seguridad, University College London, Reino Unido. Magíster en Relaciones Internacionales, Higher School of Economics, Moscow, Federación de Rusia. Investigador del Grupo de Investigación en Ciencias Militares, de la Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova" y del Grupo de Investigación en Aviación Militar de la Escuela de Aviación del Ejército. Orcid: https://orcid.org/0000-0003-0643-0258 - Contacto: andres.fernandez@buzonejercito.mil.co

5 Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Auxiliar de Investigación del semillero de investigación Observatorio de Justicia Constitucional y de Derechos Humanos del grupo de investigación "Persona, instituciones y exigencias de justicia" de la Universidad Católica de Colombia, registrado con el código COL120899 de Minciencias. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5089-3562 - Contacto: tlfonseca64@ucatolica.edu.co

## Introducción

El problema de los *cultivos ilícitos* ha tenido diversas repercusiones en Colombia en términos económicos, sociales, políticos y ambientales. Esta problemática ha estado presente en el país por muchas décadas, y es posible relacionarla en distintos momentos con la presencia de organizaciones contrarias a la ley y alzadas en armas contra el Estado. Sin embargo, se tomará en cuenta como fecha de inicio el año de 1998, para llevar a cabo una evaluación de un lapso específico de este problema.

Colombia es un país que se encuentra en el radar de los narcotraficantes por la proyección que implica su ubicación geográfica, tanto a nivel continental como internacional. Además de este factor, la biodiversidad existente permite la ampliación de espacios que permiten el cultivo de productos que pueden tener fines ilícitos. Consecuentemente, esta situación hace que el narcotráfico tenga una fuerte presencia en el territorio patrio.

Dadas estas condiciones, los cultivos ilícitos se vuelven la fuente primaria de financiación de los grupos al margen de la ley por medio del narcotráfico. Dichos grupos, en efecto, fuerzan a campesinos a cultivar plantas ilícitas o abandonar sus tierras para cultivarlas con productos no admitidos en el tráfico comercial nacional. Frente a estas circunstancias, el Estado busca estrategias para la erradicación de dichos cultivos y del tráfico de drogas ilícitas.

Es de anotar que, durante 1998, la existencia de carteles de drogas en Medellín y Cali que controlaban el 70 % de la cocaína que se trasladaba de Colombia a Estados Unidos promovió la cooperación internacional entre los dos países con el fin de dar de baja o de encarcelar a los principales jefes de los carteles existentes (Páez, 2012). Con esto es evidente que Colombia se encontraba entre los temas centrales de la Agenda de Estados Unidos, que busca ganar la lucha contra el narcotráfico.

A partir de esto, surge el Plan Colombia entre 1999 y el 2000, época en la que se presentó uno de los más altos índices de cultivos de coca en la historia del país, con reportes de áreas de cultivo entre 160.119 y 163.289 hectáreas (Ramírez, 2014, p. 14). Tal crecimiento acelerado, demostrado entonces por las cifras en cuestiones de cultivos, hacía evidente la falta de mano dura del Estado colombiano para el respectivo manejo de esta situación. No obstante, desde el 2000 hasta el 2006 se intensificaron las fumigaciones aéreas con glifo-

sato, que llegaron a 172.000 hectáreas —con una disminución de cultivos ilícitos de un 11 % para el 2001— (Ramírez, 2014).

En la historia de Colombia, las fumigaciones con glifosato fueron las primeras medidas usadas para combatir el narcotráfico (Cubides-Cárdenas et al., 2019), pero, a pesar de los esfuerzos realizados por Colombia y Estados Unidos, veremos cómo estas resultaron ineficientes. Durante el 2003 y el 2004, las técnicas de erradicación de cultivos ilícitos más utilizadas fueron la fumigación aérea de glifosato y la erradicación manual forzosa, relacionadas con los procesos de negociación y desmovilización de los paramilitares (Ramírez, 2014). Estas dos técnicas se emplean dependiendo del terreno en el que se encuentren los cultivos, ya que, para esa época, el país se ve acorralado por el conflicto armado interno que busca apoderarse del territorio nacional.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante, UNODC) ha hecho su propio registro del aumento de los cultivos ilícitos en Colombia, en especial, del cultivo de coca, que en 2003 reportó 113.850 hectáreas; en 2004, 114.100; en 2005, 144.200; y en 2006, 157.200 (Ramírez, 2014). Como se comentó anteriormente, a pesar de las medidas utilizadas por el Gobierno colombiano para la erradicación de este tipo de cultivos, fue más fuerte el dominio violento de las fuerzas armadas al margen de la ley sobre los campesinos que el poder del Estado.

Después de seis años de trabajo con el Plan Colombia, en el 2006 se evalúan las fumigaciones aéreas con glifosato desde el Gobierno nacional y el Congreso de los Estados Unidos, pues este último se ve afectado por los altos gastos generados por la guerra en Irak (Serrano Álvarez, 2018). Con respecto a lo anterior, Ramírez afirma:

> Como resultado del debate en el Congreso, el 21 de junio de 2007 la Cámara de Representantes redujo la financiación militar a Colombia en US$168 millones, cambió los porcentajes destinados a ayuda militar que durante los seis años del Plan Colombia se había mantenido en un 80 % frente a un 20 % destinado a programas sociales, económicos y de promoción a la justicia y se acordó el 55 % para ayuda militar y 45 % para desarrollo social y económico. (2014, p. 17)

A partir de lo anterior, Colombia anunció que iba trabajar con menos recursos económicos y tácticos pero con mayor eficiencia, y que el país cubriría los recursos que hicieran falta, con lo cual se inició la erradicación manual de

manera privilegiada sobre la fumigación aérea (Ramírez, 2014). Tal decisión les dio a las comunidades rurales colombianas un descanso frente a su salud, ya que la erradicación manual es menos contaminante que la fumigación aérea realizada con glifosato; además, este químico, al no contener compuestos con un pH balanceado para los ecosistemas colombianos, provoca una alteración en la tierra que afecta negativamente el medioambiente donde sea rociado (Macías Montoya & Corcione Nieto, 2020).

El Plan Colombia constó de tres etapas: 1) "Plan para la paz, la prosperidad y el fortalecimiento del Estado" (2000 -2006), enfocado en fortalecer las capacidades de la Fuerza Pública, los mecanismos de interdicción y la erradicación de cultivos ilícitos; 2) la segunda etapa se focalizó en el fortalecimiento de la democracia y el desarrollo social (2007-2009): se orientaron los recursos hacia la lucha contra el terrorismo y el narcotráfico, se reforzó la justicia y la promoción de los derechos humanos (en adelante, DD. HH.), se dio apertura a los mercados, al desarrollo integral social y a la atención integral para la población desplazada; 3) en la tercera etapa, "Iniciativa de desarrollo estratégico para Colombia" (2010-2015), continúa la lucha contra el terrorismo y el narcotráfico, se crean programas económicos y sociales para comunidades vulnerables, se promueve la gobernabilidad democrática y el respeto por los DD. HH. (Departamento Nacional de Planeación, 2016). En la figura 1 se muestra la evolución de los recursos del Plan Colombia.

**Figura 1.** Evolución de los recursos del Plan Colombia.
Fuente: Ministerio de Defensa y Security Assistance Monitor (Center for International Policy), citados por Departamento Nacional de Planeación (2016)

De acuerdo con la figura 1, la inversión económica hecha por Estados Unidos y Colombia para el Plan Colombia fue más significativa en la primera fase, lo cual quiere decir que la erradicación de cultivos ilícitos ha sido un punto focal para la lucha contra el narcotráfico y los grupos al margen de la ley, mientras que el apoyo a las comunidades vulnerables y el fortalecimiento a la democracia y la gobernabilidad han quedado de lado, lo que ha provocado la fragilidad y la desconfianza en las instituciones del Estado.

En el 2016, la Cámara de Representantes de Colombia decidió legalizar la marihuana de uso medicinal, terapéutico y científico, lo que convirtió a Colombia en el cuarto[6] país en Latinoamérica en tomar esta decisión (Ardila Castro & Rodríguez, 2018); sin embargo, los cultivos y la distribución estarán bajo el monopolio del Gobierno colombiano, que establece las condiciones para expedir licencias de cultivo con tarifas supervisadas, así como duras sanciones a quienes hagan tráfico ilícito de estupefacientes.

> Entre 2016 y 2017 Colombia alcanzó un récord mundial en área sembrada de hoja de coca: 171.000 hectáreas, según un informe de Naciones Unidas publicado el 26 de junio. Estados Unidos, principal destino de la cocaína, ha exigido a Duque mayores resultados en la lucha antidrogas. ("Las cifras del gobierno colombiano sobre erradicación", 2019)

Esto quiere decir que, para entonces, hubo un auge en los cultivos ilícitos en Colombia. Si bien esta es una situación que venía en aumento históricamente, en dicho periodo se esperaba la disminución de los cultivos de uso ilícito a consecuencia de la firma del Acuerdo Final de Paz y su implementación (Sierra-Zamora & Cubides-Cárdenas, 2018). Es evidente que el proceso de implementación por parte del Estado colombiano ha sido lento y lleno de dificultades, en parte, por los procesos de legalización que se deben llevar a cabo y las revisiones que deben hacer las diferentes instituciones gubernamentales[7] antes de asignar fondos del presupuesto nacional a esta causa.

En el 2018, la atención se centró en las elecciones presidenciales, lo que llevó al país a enfocarse en el próximo mandatario que llevaría a cabo la imple-

6 Chile, Puerto Rico y Uruguay dieron el paso antes.

7 Congreso de la República y Cámara de Representantes.

mentación del Acuerdo Final de Paz y sus garantías para las víctimas y los victimarios, proceso que culminó con la llegada al poder de Iván Duque ("Iván Duque es el nuevo presidente", 2018).

El actual presidente Iván Duque, en su primer año, consiguió liderar la cruzada en contra de Nicolás Maduro, prohibir el porte de la dosis mínima, reactivar la aspersión aérea con glifosato, hacer objeciones a la JEP y promulgar la economía naranja con un lema de equidad, legalidad y emprendimiento. Para que el gobierno sea aún más eficiente, el presidente debe lograr gobernabilidad, destrabar la implementación del Acuerdo Final de Paz, reactivar la economía, reducir los cultivos de uso ilícito y mejorar el problema venezolano ("Año de aprendizaje", 2019).

No obstante, en cuestión de erradicación de cultivos ilícitos el presidente Duque aseguró:

a. Durante los primeros cuatro meses de gobierno se erradicaron 60.000 hectáreas de hoja de coca, conforme se pudo registrar en la reunión con el presidente Donald Trump el 13 de febrero de 2019 ("Las cifras del gobierno colombiano sobre erradicación", 2019). Por su parte, el Ministerio de Defensa informó que en los primeros cinco meses fueron erradicadas de modo forzado 30.435 hectáreas de hoja de coca, a las cuales se adicionan 8.549 hectáreas sustituidas de manera voluntaria por campesinos integrantes del PNIS según el Informe de Naciones Unidas ("Las cifras del gobierno colombiano sobre erradicación", 2019).
b. Erradicación de más de 80.000 hectáreas de cultivos ilícitos. Esta afirmación la hizo en Audiencia Pública en la que solicitó a la Corte Constitucional la modificación de la sentencia de 2015, que suspendió las fumigaciones aéreas con glifosato ante posibles afectaciones a la salud y el ambiente, el 7 de marzo de 2019 ("Las cifras del gobierno colombiano sobre erradicación", 2019). Esta referencia permite el cotejo con la información del Ministerio de Defensa, que indicó que entre el 7 de agosto del 2018 y el 1.º de mayo del 2019 fueron erradicadas de manera forzosa 61.737 hectáreas de cultivos de coca ("Las cifras del gobierno colombiano sobre erradicación", 2019).

El AFP concluye que desde la posesión del presidente Duque se han erradicado de manera forzosa y bajo el marco del PNIS 70.836 hectáreas de cultivos ilícitos, en especial, coca, según los informes de Naciones Unidas y el Ministerio de Defensa ("Las cifras del gobierno colombiano sobre erradicación", 2019). En conclusión, ni los consejeros del presidente ni la Oficina de Prensa han detenido al presidente Duque antes de los pronunciamientos para corregir las cifras, hecho que hace quedar mal al país ante el mundo y crea incertidumbres respecto al progreso de la implementación del Acuerdo Final de Paz firmado en 2016.

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace el planteamiento de la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál ha sido el rol del Ejército Nacional en la erradicación de los cultivos ilícitos en Colombia después de la firma del Acuerdo Final de Paz? Para resolverla, se acude al método mixto de tipo deductivo, descriptivo y analítico, ya que se requiere inspeccionar la historia de los cultivos ilícitos desde 1998 hasta la participación del Ejército Nacional en la erradicación de estos, después del 2016, con el Acuerdo Final de Paz vigente. Esto quiere decir que se hará un rastreo de la historia de los cultivos ilícitos en Colombia con el fin de determinar el estado actual de estos y la población afectada, teniendo en cuenta la participación activa del Ejército Nacional en la erradicación de los cultivos de uso ilícito.

Este capítulo desarrolla los temas siguientes:

a. En primer lugar, se hace una breve reseña histórica de los cultivos ilícitos en Colombia y las técnicas de erradicación implementadas por el gobierno colombiano desde 1998 hasta hoy, con el fin de conocer los antecedentes frente a las actuaciones del Ejército Nacional durante esta lucha contra las sustancias psicoactivas consideradas ilícitas.
b. A continuación, se hace el análisis del problema que generan los cultivos ilícitos en Colombia, se define su alcance y sus características; además, se explican las técnicas de erradicación usadas por el gobierno nacional. El estudio de este tema está directamente relacionado con el punto cuatro del Acuerdo Final de Paz firmado en

2016 y con lo que ha sucedido con los cultivos ilícitos después de la firma de dicho documento.

c. En tercer lugar, se analiza el rol del Ejército Nacional en la erradicación de cultivos ilícitos: las estrategias desarrolladas para este fin, el enfrentamiento con el mercado de las drogas ilícitas y su participación en la atención al problema del desplazamiento forzado.

d. Finalmente se analizan las apreciaciones actuales sobre los cultivos ilícitos en relación con los puntos dos y tres, para dar finalmente respuesta a la pregunta-problema en el apartado de las conclusiones.

## 1. Los cultivos ilícitos en Colombia

De acuerdo con la definición de la Real Academia Española (2019), *cultivo* es la acción y efecto de cría y explotación de seres vivos para fines científicos, económicos o industriales; y se define como *ilícito* aquello no permitido moral o legalmente dentro de un Estado. Según lo anterior, en Colombia se consideran *cultivos ilícitos* aquellos llevados a cabo por personas naturales con plantas como la coca[8], la marihuana[9] y la amapola[10] dentro del territorio nacional. Por esta razón, el Gobierno colombiano ha desarrollado históricamente estrategias en contra de tales actividades, en consecuencia, los campesinos cultivadores se ven afectados por la normatividad en curso para la erradicación de cultivos ilícitos: erradicación forzosa, aspersión aérea con glifosato y erradicación manual, que son las estrategias mayormente implementadas por el Gobierno.

La erradicación forzosa, según Vargas (2004), es un procedimiento que "consiste en esparcir dosis adecuadas de un herbicida sobre el follaje del cultivo

8 La coca es una planta con un complejo conjunto de nutrientes minerales, aceites esenciales y varios componentes con mayores o menores efectos farmacológicos, uno de los cuales resulta ser el alcaloide cocaína, que, en su forma concentrada o sintetizada es un estimulante con propiedades potencialmente adictivas (Transnational Institute, 2011).

9 La marihuana es una mezcla de hojas, tallos, semillas y flores secas y picadas de la planta conocida como cannabis, que puede ser de color verde, café o gris y recibe varios nombres. La marihuana afecta la mente, es decir, afecta la función normal del cerebro porque contiene THC (delta-9-tetrahidrocannabinol) y otras 400 sustancias químicas adicionales (National Institute on Drug Abuse, 2019).

10 La amapola es una planta a la cual se le realiza un corte en las paredes de la cápsula para extraer el látex, secarlo y hacerle un proceso químico con el fin de obtener opio. Por medio de otros procedimientos se extrae la morfina, la heroína y la codeína ("Qué es el opio", 2005).

con la finalidad que el ingrediente activo penetre en las hojas de la planta, afecte sus partes vitales y ocasione su muerte prematura". Esta fue una de las primeras estrategias utilizadas por el Gobierno colombiano a finales de los años setenta del siglo pasado (Vargas, 2004) para combatir los cultivos ilícitos y, de esta manera, afectar la oferta de narcóticos. Es de anotar que, al inicio de la implementación de estas acciones, las zonas en las que estos cultivos se encontraban eran pequeñas comparadas con las actuales, razón por la cual fueron efectivas por un tiempo.

En cuanto a la aspersión aérea con glifosato, a pesar de no ser el primer plaguicida[11] utilizado para este fin desde 1984, sí ha sido uno de los más efectivos hasta el momento. A pesar de su aplicación, la expansión del narcotráfico no ha disminuido en Colombia (Vargas, 2004), en cambio, volver a aprobar su utilización ha generado polémica, puesto que varios países lo han prohibido por considerarlo cancerígeno:

> El 20 de marzo de 2015 la Agencia Internacional de Investigación sobre Cáncer (IARC), filial de la Organización Mundial de la Salud, declaró como potencialmente cancerígeno al glifosato, lo que llevó a que se repensara el uso del plaguicida en la erradicación de cultivos ilícitos en el país. Sin embargo, en el terreno científico sigue la discusión porque existen conclusiones diferentes, que deberán explorarse a la luz de los conflictos de intereses que pueden tener los autores. Tras discusiones, incluso dentro del gobierno nacional, la decisión de no usarlo quedó en firme el 14 de mayo, algo más de tres décadas después de haber sido iniciado su uso. De esta manera el plaguicida fue erradicado del uso en las fumigaciones contra cultivos ilícitos, sin haber logrado su objetivo de erradicar o por lo menos disminuir la extensión cultivada. (Idrovo, 2015)

Esto quiere decir que, así como el paraquat, el glifosato tampoco es seguro para la salud de la comunidad ni de los cultivadores que se encuentran cerca a los cultivos ilícitos, por lo tanto, el Estado debe seguir en la búsqueda de nuevas estrategias para una erradicación segura, que garantice que no haya lugar para la resiembra, que genere bienestar para la gente, y que tenga el visto bueno de entidades internacionales protectoras de la salud pública.

---

11 Paraquat fue el primer plaguicida utilizado, pero dejaba consecuencias perjudiciales para la salud, por eso su retiro de las fumigaciones.

Ahora bien, en cuanto a la erradicación manual, para el 2004 se crearon los Grupos Móviles de Erradicación (en adelante, GME), encargados de ir a las zonas cultivadas para ejercer el poder del Estado colombiano en compañía del Ejército Nacional. Esto ocasionó molestias en la guerrilla, que aseguró enfrentarlos y no responder por las vidas de aquellos campesinos que se quedaran, con lo cual se incrementó el número de heridos y muertos, se dio lugar a los bombardeos en las zonas por parte del Gobierno colombiano, y se aumentó el desplazamiento forzoso de la población. Finalmente, los GME siguieron con sus labores en compañía del Ejército Nacional y a la población se le hizo la oferta de denunciar los cultivos y hacer parte de la erradicación con el fin de obtener beneficios de los proyectos de desarrollo alternativo que empezaron en el 2006 (Tobón & Restrepo, 2009).

Luego, en 2016, se publica el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, firmado entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP. En su cuarto punto, titulado "Solución al problema de las drogas ilícitas", este tiene en cuenta factores sociales y económicos importantes, como lo menciona el Observatorio de Drogas de Colombia (s. f.): "la persistencia de los cultivos está ligada en parte a la existencia de condiciones de pobreza, marginalidad, débil presencia institucional, además de la existencia de organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico". Esto quiere decir que el narcotráfico en Colombia ha aumentado los problemas internos del país: el conflicto interno armado y su financiación, la pobreza, la violencia, el expendio y consumo de drogas ilícitas, y la vulnerabilidad de ciertos sectores de la población[12].

Asimismo, el punto cuatro del Acuerdo Final habla del "Programa nacional integral de sustitución de cultivos de uso ilícito" (en adelante, PNIS), que tiene como finalidad generar condiciones de bienestar y buen vivir para las poblaciones campesinas afectadas por los cultivos ilícitos. Dichas comunidades son, a la fecha, campesinos en condición de pobreza que basan su sustento económico en dichos cultivos, razón por la cual el PNIS representa la responsabilidad de la Presidencia de la República para crear soluciones sostenibles y

12 Comunidad LGBTIQ, líderes sociales, grupos de mujeres y jóvenes.

definitivas para solucionar el problema de los cultivos ilícitos, en coordinación con autoridades departamentales y municipales.

En efecto, el PNIS se rige por los siguientes principios:

a. Integración a la Reforma Rural Integral (en adelante, RRI): Hay que tener presente que el PNIS es un componente de la RRI y que, además, este solo atiende comunidades y territorios rurales con características específicas. Aquellas zonas afectadas por los cultivos ilícitos pueden coincidir con territorios en los que se implementan Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (en adelante, PDET). De ser así, las acciones deben ser llevadas a cabo bajo el Plan de Acción para la Transformación Regional de dicho territorio. En los casos de no coincidencia, los planes a llevar a cabo serán los acordados con las comunidades teniendo como enfoque el tema agrícola.
b. Construcción conjunta participativa y concertada: La restauración de los territorios y las comunidades afectadas por los cultivos de uso ilícito se hará de la mano con las autoridades nacionales, departamentales y nacionales con el fin de darle solución a este problema y superar la pobreza. Para esto es necesario que las comunidades abandonen los cultivos ilícitos y empiecen la transición hacia otras actividades económicas.
c. Enfoque diferencial de acuerdo con las condiciones de cada territorio: El PNIS debe reconocer y tener en cuenta las características, necesidades y particularidades económicas, culturales y sociales de las comunidades y territorios rurales, sobre todo, en comunidades indígenas, afrodescendientes y con presencia de mujeres, siempre tratando de garantizar la sostenibilidad socioambiental.
d. Respecto a la aplicación de los principios y las normas del Estado social de derecho y convivencia ciudadana, el PNIS establece que, para que las comunidades afectadas por los cultivos ilícitos gocen de bienestar y buen vivir, es necesario que las personas, las instituciones y las comunidades se comprometan a respetar las normas del Estado

social de derecho, a fortalecer los valores democráticos, la convivencia ciudadana y la observancia de los derechos humanos.

e. Sustitución voluntaria: Los campesinos y campesinas que estén decididos y comprometidos a renunciar a los cultivos ilícitos de forma voluntaria obtendrán un apoyo de parte del Estado colombiano en los términos acordados con las comunidades para crear condiciones de sostenibilidad económica, social y ambiental. (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016).

Lo anterior quiere decir que el cuarto punto del Acuerdo Final se encuentra fuertemente ligado a garantizar la sostenibilidad social, económica y ambiental en las comunidades donde los cultivos de uso ilícito han tenido presencia. Es aquí donde se encuentra la relevancia del PNIS y sus principios regulatorios enfocados en comunidades y territorios rurales con características especiales que ayudan a regular la aplicación del programa (Sierra-Zamora, 2018).

## 2. El control de los cultivos ilícitos después de la firma del Acuerdo Final

En Colombia, los cultivos ilícitos están en proceso de erradicación. Esto quiere decir que el Gobierno nacional está disponiendo de recursos económicos y humanos para esta labor, sin embargo, como se dijo anteriormente, se requiere de la colaboración voluntaria de las comunidades campesinas que trabajan los cultivos ilícitos en los diferentes territorios afectados por el conflicto armado y el narcotráfico, por lo que el proceso debe ser un trabajo en equipo por parte de los colombianos.

Respecto a lo anterior, Llorente et al. (2018) escribieron que el Gobierno Nacional esgrime como Plan de Acción la erradicación de 100 mil hectáreas de coca, el 50 % de ellas por erradicación forzada y el otro 50 % por erradicación voluntaria. A esto se añade que el PNIS se implementó inicialmente en 36 municipios que concentraban alrededor del 52 % de hectáreas cultivadas con coca para el 2016, ahora un 70 % de estos municipios han acce-

dido a mejoras de vías terciarias y construcciones de infraestructura, además, el 67 % de las familias beneficiadas por el PNIS cultivaban coca, con lo cual se nota un compromiso del 90 % por parte de estas. Según datos verificados por UNODC (2018), para el 2017, 28.660 familias empezaron a recibir $12 millones al año, repartidos en asignaciones mensuales. Las familias restantes están en proceso de validación, con lo cual se considera que, para el primer trimestre del 2018, se completaría el total de ellas, sin embargo, no hay registro contundente de esto.

Garzón et al. (2019) publicaron un informe según el cual las cifras más destacadas, a dos años de la implementación del PNIS, son las siguientes:

a. Aproximadamente 130.000 familias firmaron acuerdos colectivos para la sustitución voluntaria, el 76 % de las cuales han sido vinculadas al PNIS.
b. En 2019, el PNIS requirió una inversión de $1,6 billones para cumplir los compromisos que hoy hacen parte del Programa. Actualmente, cuenta con aproximadamente $1 billón.
c. Con el PNIS se han erradicado de forma voluntaria y asistida un total de 34.767 hectáreas de cultivos de coca: 29.393 de manera voluntaria y 5.374 con apoyo de la Fuerza Pública.
d. El nivel de cumplimiento de las familias que se han comprometido a erradicar voluntariamente los cultivos es del 94 %; la resiembra, verificada por UNODC, ha sido del 0,6 %.
e. La vinculación de las 33.119 familias que se encuentran en acuerdos colectivos necesitaría $1,3 billones adicionales, que no están presupuestados.
f. El 67,5 % de las familias recibió al menos el primer pago bimestral, el 40 % cuenta con asistencia técnica y el 17 % se ha beneficiado del componente de seguridad alimentaria y autosostenimiento.
g. Los rezagos en la implementación de los componentes del PNIS son evidentes. El plan inicial era que se comenzaran a desarrollar a partir del segundo pago, es decir, desde el tercer mes. Sin embargo, la asistencia técnica comenzó, en promedio, con cinco meses de retraso,

mientras que el autosostenimiento ha tenido diez meses de retraso, y los proyectos de ciclo corto, 16 meses.

h. 13.351 familias se encuentran suspendidas del PNIS. Siete municipios concentran el 62 % de los casos.
i. Solo el 10 % de los recolectores inscritos en el PNIS se están beneficiando del plan de atención diseñado para esta población.
j. De los 88 núcleos veredales que hacen parte del PNIS, solo dos iniciaron proyectos de ciclo corto: Briceño, en Antioquia, y Guerima en Vichada.
k. De las 23.500 familias que ya habrían identificado líneas productivas, alrededor del 72 % priorizaron la ganadería.
l. El PNIS vinculó aproximadamente 3.000 familias, cuyos predios se encuentran en Parques Nacionales Naturales, sin tener en claro cuáles son las alternativas económicas que se pueden desarrollar en estos territorios.
m. En 2018 los homicidios en los municipios PNIS se incrementaron en un 38 % respecto a 2017. La variación estadística pasó de 933 a 1283 muertes, y la tasa por cada 100.000 habitantes aumentó 16 puntos porcentuales.
n. Con respecto a las agresiones a líderes sociales en los municipios que hacen parte del PNIS, durante el 2018 disminuyeron las amenazas en un 68 %, pero aumentaron los homicidios en un 165 %.

Respecto a lo anterior, podemos decir que el PNIS está planteado para ser eficiente en la erradicación y sustitución de cultivos ilícitos, sin embargo, es evidente que tiene fallas, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de resiembra, la protección de los líderes sociales de los territorios, la integración de las familias en el proceso de erradicación voluntaria, el compromiso de parte de las familias para mejorar la eficiencia del proceso y el alcance del programa a otros territorios que no solo sean cultivadores de coca.

En el sexto informe de la Fundación Ideas para la Paz (2019), se encuentra que la erradicación de cultivos ilícitos tiene problemas que comienzan con el planteamiento del PNIS. Primero, no hay claridad en la implementación del

PNIS en la RRI, ya que el PNIS es un componente de esta última, pero no hay aclaraciones sobre su intervención en la transformación territorial. Segundo, para medir la eficiencia del PNIS se basan en las hectáreas erradicadas, por lo tanto, hay una ausencia de indicadores y de metas enfocados en la transformación de territorios. Tercero, no hay criterios claros de priorización y focalización de territorios. Cuarto, a pesar de la entrega de recursos de emergencia a los campesinos por la erradicación de cultivos de uso ilícito, hubo una evidente ausencia en el cubrimiento de los bienes y servicios públicos a estas familias (Sierra-Zamora et al., 2016). Quinto, no hubo claridad de dónde se iban a obtener los recursos para la implementación del PNIS, después de la firma del Acuerdo Final. Sexto, la existencia de choque entre las estrategias de erradicación (forzada y voluntaria), lo que implicó la intervención de la Fuerza Pública en zonas que contaban con acuerdos previos. Séptimo, la intervención de las Juntas de Acción Comunal, que se convirtieron en la voz de las comunidades y en los entes seleccionadores de los beneficiarios de los programas de ayuda, con poca transparencia en el proceso. Octavo, la falta de garantías judiciales para los cultivadores de coca que accedieran a la erradicación voluntaria, por falta de la aprobación del Congreso.

Según lo anterior, es claro que el PNIS necesita una reformulación respecto a la implementación que se está dando, pero para esto es necesaria una reestructuración de su financiamiento, ya que este es la base del Plan de Acción a llevar a cabo. El PNIS presenta grandes retos desde su formulación, y en este momento es necesario empezar a evaluar cada aspecto que lo compone para tener presente qué es lo que se debe mejorar o reestructurar. En efecto, las comunidades asociadas con el PNIS son en realidad las que mayormente ven los efectos negativos de esto. En términos generales, la falta de financiación provoca la falta de subvenciones a los campesinos comprometidos con la erradicación voluntaria y, a su vez, disminuye el número de hectáreas impactadas por la erradicación. Además, no hay un reemplazo oportuno y sostenible de los cultivos de uso ilícito como se esperaría, y no se prioriza la integración voluntaria de las comunidades al PNIS para iniciar un proceso de erradicación, sino que, por el contrario, la falta de comunicación entre los equipos erradicadores ha provocado el desarrollo de procesos en los que no se les brinda la opor-

tunidad a las comunidades para integrarse a la erradicación voluntaria. Esta falta de comunicación también ha promovido el surgimiento de falsos portavoces dentro de las comunidades, quienes dejan por fuera a quienes en verdad merecen ser beneficiarios de programas como el PNIS. Por último, como ya se mencionó, la falta de acuerdos dentro del Gobierno ha provocado la ausencia de garantías judiciales para los campesinos que voluntariamente erradiquen cultivos de uso ilícito.

Por otra parte, el Acuerdo Final de Paz, en el punto cuatro, contempla casos especiales en los que los cultivos ilícitos de menor escala serán respetados y legales, puesto que

> La política debe mantener el reconocimiento de los usos ancestrales y tradicionales de la hoja de coca, como parte de la identidad cultural de la comunidad indígena y la posibilidad de la utilización de cultivos de uso ilícito, para fines médicos y científicos y otros usos lícitos que se establezcan. (Loingsigh, 2016, p. 44)

Con lo anterior, se deben descartar las zonas y comunidades indígenas como territorios para erradicar; pero se deben contemplar nuevas posibilidades de los efectos positivos y negativos que tiene esta política del Acuerdo Final de Paz en el futuro del país, ya que, así como es necesario respetar las prácticas ancestrales y tradicionales, hay grupos de riesgo que desarrollan actividades de uso ilegal recreativo de sustancias psicoactivas como la coca en comunidades no indígenas (Cubides-Cárdenas et al., 2017a).

## 3. El rol del Ejército Nacional en la erradicación de cultivos ilícitos

El Informe PNIS 2017 se sustenta en el Decreto Ley 896 (2017):

> El Ejército Nacional tiene como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. (Decreto Ley 896 de 2017)

Con lo anterior, se puede decir que el Ejército Nacional se ve implicado en la erradicación de cultivos ilícitos desde el punto de vista de la vulnerabilidad

de la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, en otras palabras, es el Ejército Nacional el encargado de ejercer el monopolio legítimo de la fuerza con el fin de proteger el territorio nacional de toda violencia interna o externa (Cubides-Cárdenas et al., 2017b), así como de cualquier amenaza al orden constitucional, entre ellos, el narcotráfico y los cultivos ilícitos que afectan la integridad de las personas (Cubides-Cárdenas et al., 2018c) y la soberanía del Gobierno colombiano, por ser actos ilegales e ilegítimos.

Históricamente, de acuerdo con Díaz Jaime y Amador Cabrera (2018), encontramos que el Ejército Nacional ha desplegado las siguientes acciones para contrarrestar los cultivos ilícitos:

a. *Plan Colombia (1998-2002)*
   Control militar en el sur de Colombia para erradicar los cultivos de uso ilícito, para implementar y fortalecer los planes de desarrollo que ofrecían empleo y servicios sociales a las comunidades afectadas por los cultivos de uso ilícito. Además, el Ejército Nacional realizó operaciones ofensivas contra las estructuras de las FARC-EP en el sur y el nororiente de Colombia: Operación Vuelo de Ángel, Operación Independencia, Operación Hato Corozal y Operación Berlín.
b. *Plan Patriota (2004-2006)*
   El Ejército Nacional y la Policía Nacional participaron en actividades de erradicación de cultivos ilícitos, incautación de cocaína y destrucción de fábricas de cocaína. Las operaciones destacas fueron: Operación Libertad 1 y 2, Operación Zorro y Operación Sol Naciente.
c. *Plan Consolidación (2006-2010)*
   Durante el segundo periodo presidencial de Álvaro Uribe Vélez, el Gobierno se propuso mantener y elevar los presupuestos para llevar a cabo actividades que contrarrestaran el narcotráfico, aquí se incluye la erradicación de cultivos de uso ilícito. Dentro de las operaciones destacadas llevadas a cabo están las siguientes: Operación Troya, Operación Fénix, Operación Jaque y Operación Arquímedes.

d. *Plan Bicentenario (2010-2012)*
   En este caso, la labor de Ejército Nacional fue el repliegue de las FARC-EP y el ELN hacia la frontera con Venezuela. Las operaciones destacadas fueron Operación Camaleón, Operación Odiseo, Operación Sodoma y Operación Faraón.
e. *Plan Espada de Honor y sus Fases I, II, III, IV y V (2012-2016)*
   En realidad, durante las cinco etapas del plan, solo se vio la afectación del financiamiento de las FARC-EP, es decir, el narcotráfico y los cultivos ilícitos, en especial, en la primera y última etapa.
f. *Plan Militar de Estabilización y Consolidación Victoria (2016-2018)*
   El papel del Ejército Nacional en este plan es encargarse de la seguridad de los miembros de las FARC-EP durante su proceso de desarme, desmovilización y reintegro, es decir, promover la disminución del financiamiento por vías del narcotráfico, lo que a su vez ayuda a la reducción de cultivos ilícitos porque facilita la erradicación por parte del Gobierno nacional.

Respecto a lo anterior, es evidente que el Gobierno colombiano se ha visto en la necesidad de incluir al Ejército Nacional y otras fuerzas armadas en el ejercicio de lucha contra los cultivos ilícitos y el narcotráfico dentro de Colombia. Además, para llegar a la situación actual fue necesaria la implementación de la fuerza con el fin de desarmar y contrarrestar el poder de las FARC-EP, después de lo cual, y de las negociaciones realizadas, ya fue posible empezar a poner en marcha el PNIS sin enfrentamientos militares y garantizando la seguridad de las comunidades civiles (Fernández-Osorio et al., 2019).

## 4. El impacto de los cultivos ilícitos en el mercado de drogas ilícitas

Para empezar, cuando se habla del *mercado* de drogas ilícitas, se hace referencia al "conjunto de operaciones comerciales que afectan a un determinado sector de bienes" (RAE, 2019). En este caso, el sector en evaluación es el de sustancias alucinógenas y nocivas para la salud. Se debe tener en cuenta que

detrás del mercado de drogas ilícitas están los cultivos de uso ilícito (Cubides-Cárdenas & Sierra-Zamora, 2018) y los campesinos que los trabajan. Del mismo modo, están los laboratorios administrados por los grupos armados al margen de la ley y también los distribuidores, vendedores y compradores.

A diferencia de los mercados comunes, aquí los productores no tienen influencia alguna en el precio final de los productos; por el contrario, se llevan el porcentaje más bajo de las ganancias, correspondiente al 1,4 %, cuando el esfuerzo que deben hacer es más grande y son más vulnerables a comparación de los demás intermediarios. Según el Observatorio de Drogas de Colombia (s. f.), los procesos de producción y mercado se han transformado de la siguiente manera:

a. *Estructuras de producción:* La estrategia de los grupos criminales es la realización directa de los procesos de transformación industrial de la producción con el fin de obtener mayor control sobre la calidad y la homogeneidad. Para esto, las estructuras se encuentran especializadas en el tipo de cultivo ilícito que manejan y también están interrelacionadas con la cantidad de droga que se produce por región.
b. *Proceso de transformación de la cocaína:* En Colombia se lleva a cabo el proceso de fabricación de la base de coca, pero para mejorar la calidad del clorhidrato de cocaína, el proceso es llevado a cabo en otros países que se especializan en la refinación.
c. *Ingresos de los productores agropecuarios:* Para 2016 se estimó que los productores agropecuarios recibieron $13.657.000 por hectárea al año, menos los costos de sostenimiento que irían alrededor de $714.000 por hectárea al año, a causa de la reducción en el uso de agroquímicos respecto a años anteriores, lo que deja como ganancia $12.943.000 por hectárea al año.
d. *Incremento de los cultivos de uso ilícito:* Se estimó que en 2016 se incrementó el número de familias productoras de coca en específico y que cada integrante de la familia participa en este proceso. Los lotes tienen un promedio de 0,96 hectáreas a nivel nacional y son los miembros de las familias quienes se encargan del sostenimiento y la cosecha de los cultivos.

e. *El problema persiste:* El Movimiento Juvenil Dominicano (en adelante, MJD) y UNODC destacan que en los territorios donde mayor ha sido la influencia de las FARC-EP y su presencia, mayor ha sido el incremento de los cultivos y la persistencia de estos, a pesar de los esfuerzos del Gobierno colombiano para erradicarlos, esto quiere decir que hay situaciones de resiembra en los territorios.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede deducir que el mercado de drogas ilícitas, al verse atacado por el Gobierno colombiano y debido al aumento de la demanda, se ha ido transformando para mejorar su capacidad de resistencia, calidad y la homogeneidad del producto. Aquí se hace evidente que las estrategias del Gobierno cada vez son mejores para enfrentar los retos impuestos por los narcotraficantes dentro del territorio nacional. Esto es así, gracias a las ayudas de entes internacionales que recibe el Gobierno para la lucha contra las drogas (Romero Sánchez et al., 2015).

Además, según el Departamento Nacional de Planeación (en adelante, DNP), el narcomenudeo, durante el 2015, por medio de organizaciones criminales obtuvo 6 billones de pesos, que equivalen al 0,75 % del producto bruto interno. Esto se debió al aumento de la demanda de drogas ilícitas. De los 6 billones de pesos, se estima que $300.000 millones fueron las ganancias de la red dedicada al cultivo y la producción, $2,5 billones, a la organización criminal que hace la distribución, y $3,2 billones, a los expendedores de droga que las llevan a las calles para el consumo (DNP, 2016).

Lo anterior quiere decir que el narcomenudeo hace parte del mercado potencial en Colombia a pesar de su ilegalidad, por su alta rentabilidad (que llega al 346 %). Sin embargo, hay un factor preocupante en este mercado: quienes se dedican al cultivo y la producción de cultivos ilícitos y drogas son quienes se llevan la menor proporción de las ganancias a pesar de todo su esfuerzo y sacrificio diarios. Esto sin tener en cuenta que son el eslabón de la cadena de producción más desprotegido y vulnerable.

El mercado de drogas ilícitas tiene un impacto negativo en cuestiones de seguridad (Quintero Cordero, 2020) y otros aspectos sociales dentro de sectores locales. Las consecuencias negativas que encontramos son:

a. Las organizaciones criminales ejercen un control social en las zonas de interés por cuestiones del mercado de drogas ilícitas, esto hace a los jóvenes más vulnerables para ser integrados en estas sociedades o verse en una constante situación de inseguridad. Aquí la sociedad se somete al control del crimen organizado y se hace parte de la "protección" que brinda una economía ilegal.
b. Hay una pérdida de espacios públicos y una formación de focos de criminalidad, en otras palabras, lugares como calles, callejones, parques, escuelas y áreas de esparcimiento se convierten en zonas de expendio y distribución de drogas ilícitas, pues a su alrededor se crean zonas de inseguridad donde se comenten crímenes y hay impunidad.
c. Los jóvenes son las principales víctimas de la presión por parte de las organizaciones criminales. Esta población de la sociedad ve una oportunidad de subsistir implicándose en estos crímenes o son forzados a incluirse en estos como vendedores o vigilantes.
d. Las autoridades atacan a los eslabones más bajos de esta cadena de crímenes, esto quiere decir, son llevados a la ley aquellas personas que consumen, portan o distribuyen pequeñas cantidades de sustancias psicoactivas.
e. Las acciones de la Policía Nacional y el Sistema Judicial en contra de los eslabones más bajos de la cadena criminal han llevado a sobrecargar las cárceles y agravar los problemas existentes en estas, viéndose más arraigado el problema en el sector de las mujeres, niños y niñas, y adultos mayores que han participado en dichos conductas ilegales.
f. La reacción del Estado colombiano frente a los mercados de drogas ilícitas ha provocado la estigmatización de la población pobre y más vulnerable, lo cual ha generado una serie de acciones de parte de la Policía Nacional enfocadas en los jóvenes en situación de marginalidad, pobreza o vulnerabilidad, que a su vez crea un estado de desconfianza hacia la fuerza del Estado colombiano (Wilson Center, 2014).

En consecuencia, los mercados de drogas ilícitas han creado inseguridad y desconfianza dentro del territorio nacional (Delgado Morán et al., 2020). En efecto, la sociedad no se siente segura caminando por las calles de su país y tampoco puede confiar en todas las personas con las que se cruza, pero tampoco confía en las fuerzas públicas del Estado colombiano. Por otro lado, el Estado tiene una enorme desconfianza en la gente, porque no puede dar fe de quién en verdad es criminal y quién no lo es; esta mutua desconfianza genera un espacio en el que caben las organizaciones criminales con el fin de aprovecharse de esto.

Entre las consecuencias sociales y de salud de esta situación, destacamos la siguiente:

> La transformación de grandes carteles de la droga a organizaciones fragmentadas y el crecimiento del mercado interno de sustancias como la cocaína, marihuana y bazuco, llevó a que Colombia pasara en los últimos años a ser un país no solo productor sino consumidor. Esta mutación del fenómeno del narcotráfico ocurrida entre el 2008-2014, ubica hoy a Colombia en el 4 lugar en Suramérica con mayor consumo de cocaína y marihuana luego de ser uno de los países con menores índices en la región. (DNP, 2016)

Esto quiere decir que Colombia empezó a consumir en masa el producto que cultiva, procesa y distribuye, que ya no es una producción exclusiva para el mercado extranjero, sino que ahora la producción también es para el mercado interno, en específico, para las zonas urbanas de Colombia (ciudades capitales, municipios y algunas zonas rurales con mayor población), siendo la marihuana la droga más apetecida en comparación con las demás (Cubides-Cárdenas et al., 2018a).

El mercado de drogas ilícitas se ve afectado por las incautaciones que realiza la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas en redadas: en el 2015 fueron incautadas 252 toneladas de cocaína, 201 de las cuales fueron incautadas en el territorio nacional y 51 en operativos de interdicción de alta mar (DNP, 2016).

Colombia, en consecuencia, hace la incautación del 31,5 % del total de toneladas de cocaína que se producen en el mundo con una pureza del 82 %, sin embargo, esto no es suficiente para disminuir las ganancias del narcotráfico y de su red de producción, como puede verse en las figuras 2 y 3.

**Figura 2.** Producción mundial de drogas.
Fuente: DNP (2016)

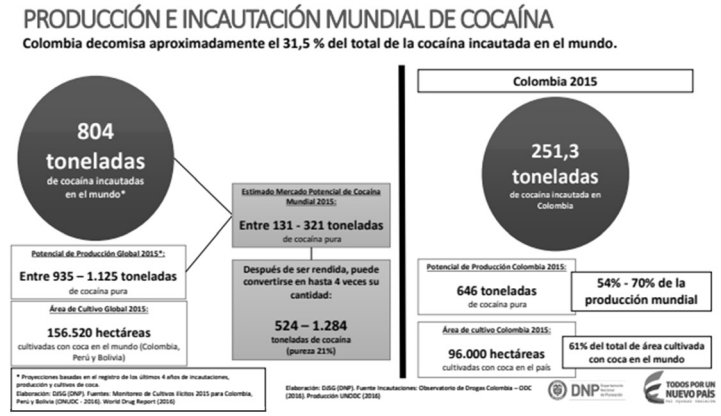



**Figura 3.** Producción e incautación mundial de cocaína.
Fuente: DNP (2016)

Este mercado, a pesar de los efectos negativos que provoca en la sociedad, obtiene ganancias significativas y cuenta con una alta demanda a nivel mundial. Esto hace que las organizaciones criminales tengan más motivos para plantear estrategias que contrarresten las redadas de la Fuerza Pública[13] y las erradicaciones de los cultivos de uso ilícito, es por ello que el Estado debe estar en constante actualización de sus estrategias para la lucha contra el narcotráfico.

13 Ejército Nacional y Policía Nacional.

## 5. Desplazamiento forzoso en zonas de cultivos ilícitos

Las comunidades colombianas se han visto afectadas por la violencia y el narcotráfico en el país en cuestiones territoriales, es decir, estos dos factores han provocado que las comunidades se desplacen hacia las ciudades capitales de Colombia, por ejemplo, Bogotá, Medellín, Cali, Cartagena y Bucaramanga. Tal fenómeno ha provocado problemas de sobrepoblación en las ciudades, una oferta excesiva de mano de obra barata, menos recursos para brindar ayudas económicas y problemas de seguridad social.

Según lo anterior, las comunidades desplazadas están compuestas por mujeres (Sierra-Zamora et al., 2019), hombres, niños, niñas, jóvenes y personas mayores con escasos recursos económicos y sin suficiente preparación académica para los trabajos en las ciudades.

La figura 4 muestra la población desplazada hasta el día de hoy: más de 6.433.115 de personas pertenecientes a diversos grupos de diversa índole, usualmente, minorías y comunidades en estado de vulnerabilidad, de los cuales el 87 % proviene de zonas rurales (Fernández-Osorio & Latorre-Rojas, 2018).

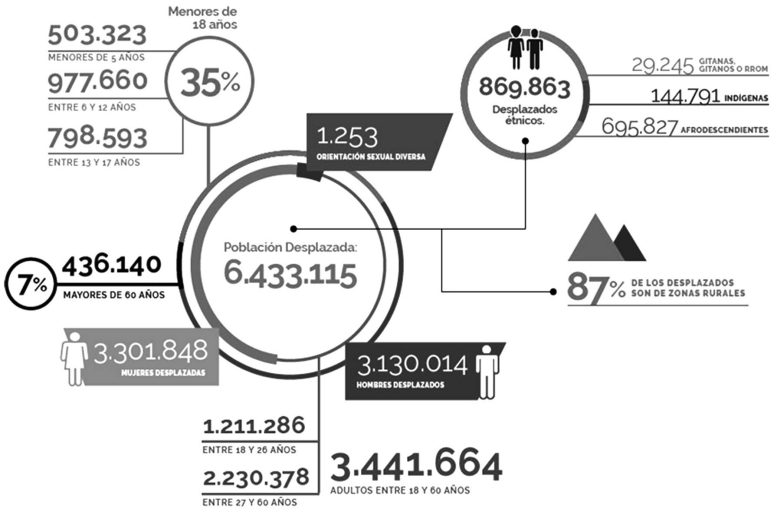



**Figura 4.** Cifras del desplazamiento en Colombia.
Fuente: Centro Nacional de Memoria Histórica (2015)

En 1997 se aprobó la Ley 387 "por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y esta estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia", que define así a las personas desplazadas

> Toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno; disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público. (Ley 387, 1997)

Con la definición anterior, se da a entender que las personas en condiciones de desplazamiento forzoso tienen derecho a acceder a ayudas humanitarias internacionales y nacionales, a la protección de su integridad y sus DD. HH., y a contar con soluciones definitivas y estables a su situación (Arroyave & Santamaría, 2017). Además, la ley tiene en cuenta las ayudas económicas, sociales y de seguridad que se deben brindar a estas comunidades, como subsidios económicos, educación primaria y secundaria, seguridad nacional, salud pública y posibilidades de empleo (Cubides-Cárdenas & Sierra-Zamora, 2018).

Como antecedente del Acuerdo Final de Paz en el 2005 se aprobó la Ley 975, nombrada la Ley de Justicia y Paz (Fernández-Osorio & Pachón Pinzón, 2019). Esta fue la puesta en marcha de un proceso de justicia transicional que buscaba garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de estos grupos desmovilizados (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015). Sin embargo, esto no ha sido suficiente para aclarar todo lo sucedido durante los desplazamientos forzosos tanto por violencia como por narcotráfico en Colombia.

Debido a la necesidad de crear leyes y herramientas jurídicas y legales que ayudaran con la problemática que se presentaba por el desplazamiento forzado, surgen leyes desde 1980 que culminan con el Acuerdo Final de Paz, firmado en 2016. En la figura 5 se presenta un histórico de dichas herramientas legales

creadas con este fin. Además, se categoriza a las diversas víctimas según las causas que las llevaron a estas situaciones de vulnerabilidad (Cubides-Cárdenas et al., 2018b).

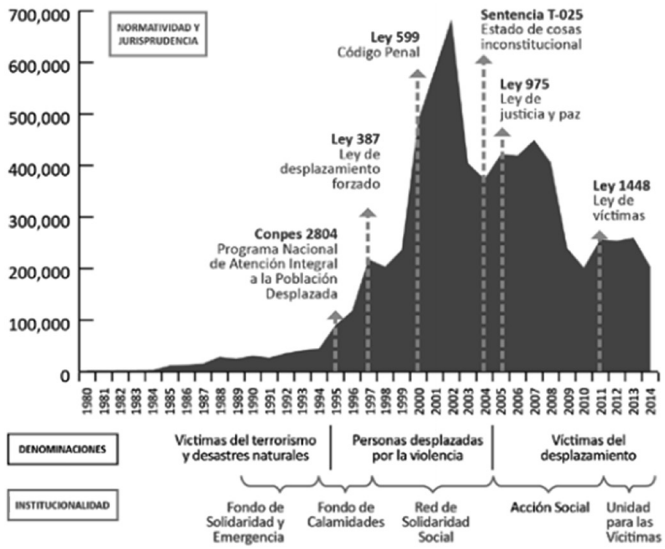



**Figura 5.** Hitos históricos en términos del marco institucional, normativo y jurisprudencial del desplazamiento forzado (1980-2014)
Fuente: Centro Nacional de Memoria Histórica (2015)

## 6. Apreciaciones sobre el control de cultivos ilícitos

Con el fin de analizar la pregunta sobre cuál ha sido el rol del Ejército Nacional en la erradicación de los cultivos ilícitos en Colombia después de la firma del Acuerdo Final de Paz, se hará un análisis a partir de lo expuesto anteriormente.

El Ejército Nacional empezó a participar con la Policía Nacional en la erradicación de cultivos de uso ilícito por medio de la aspersión aérea con glifosato, sin embargo, estas operaciones presentaban dificultades en cuanto al acceso a zonas rurales más profundas, además, el Gobierno nacional encontró que este químico estaba causando problemas de salud en las comunidades y en el ecosistema que impactaba, por eso, se suspendió la práctica.

Luego, se vio al Ejército Nacional trabajando de la mano con los GME en las erradicaciones manuales de carácter forzoso y voluntario, lo que implicaba muchos peligros por los enfrentamientos armados con organizaciones criminales, se cobraban vidas inocentes de quienes conformaban los GME y de las comunidades cultivadoras, y se enfrentaba el peligro de las minas antipersonas que rodean los cultivos ilícitos. Esto se registró antes de la firma del Acuerdo Final de Paz del 2016 (Fernández-Osorio, 2017).

Desde 2016 hasta la actualidad, el Ejército Nacional ha tenido que abstenerse de usar la intervención para erradicar cultivos ilícitos, a consecuencia del Acuerdo Final de Paz firmado entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, en el que se establece que la Fuerza Pública pasarán de ser entidades activas en cuestiones de enfrentamientos armados y recuperación de tierras por la fuerza a desarrollar acciones pasivas dentro del territorio nacional (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016).

Además, se vuelve evidente la relación entre el conflicto armado en Colombia, el narcotráfico y los cultivos ilícitos, puesto que estos últimos son cultivados por familias campesinas (Sierra-Zamora & Jiménez-Barrera, 2019) de bajos recursos económicos que en ocasiones se encuentran amenazadas por los grupos armados al margen de la ley y las organizaciones criminales que le responden al narcotráfico. Estos últimos se encargan de procesar la materia prima y entregarla para su distribución, mientras se quedan con las mayores ganancias de este producto (Cubides-Cárdenas et al., 2017b). No obstante, es posible este orden de la jerarquía criminal sufra cambios a partir del Acuerdo Final de Paz.

Para que el Acuerdo Final de Paz cumpla con todo lo convenido, en especial, en el punto 4, es necesario hacer un presupuesto y buscar los recursos para cubrirlo. Por otra parte, además de planear bien el PNIS y ejecutar adecuadamente los otros planes para el desarrollo de las zonas rurales, se deben tener en cuenta las estrategias de erradicación forzada y voluntaria con el fin de terminar los conflictos armados entre las organizaciones criminales y las Fuerzas Armadas, en los que se cobran vidas inocentes de campesinos y personal de los GME (Sanabria-Moyano & Beltrán Orjuela, 2020).

## Conclusiones

La historia de Colombia se ha visto marcada por una constante violencia armada que se detuvo en 2016 con la firma del Acuerdo Final de Paz entre el Estado colombiano y las FARC-EP (Cubides-Cárdenas et al., 2018a), no obstante, en zonas marginadas del país se encuentran organizaciones criminales o campesinos que aún hacen uso de la tierra para cultivos ilícitos. Dichas organizaciones criminales llegan a tener enfrentamientos con la Fuerza Pública con tal de proteger las zonas donde se desarrollan los cultivos y los laboratorios de drogas ilícitas.

Además, según los antecedentes históricos de Colombia, plantas como la marihuana y la coca han estado ancestralmente en el territorio para uso medicinal y de costumbres espirituales en comunidades indígenas, y la manera como la emplean es totalmente natural. Con esto, se quiere decir que usan la hoja de la planta correspondiente en combinación con otras plantas para utilizarla en forma de ungüento o para mascar, por lo tanto, la transformación química de la marihuana y la coca con fines alucinógenos no proviene de estas comunidades, por el contrario, han sido sociedades extranjeras como los españoles y los norteamericanos quienes han encontrado en estas plantas un uso ilegal.

El Plan Colombia contó con tres etapas durante 15 años, la primera de las cuales conllevó la mayor inversión y con mayor plazo, mientras que las otras dos fueron inversiones casi parejas. En total, la inversión fue de 9,6 billones de dólares, pero más allá de esto, se necesitan planes adicionales que ayuden con las consecuencias que ha dejado el conflicto armado en Colombia. Tal es la pretensión del Acuerdo Final de Paz desarrollado por el presidente Juan Manuel Santos —en nombre del Gobierno colombiano— y las FARC-EP (Cabrera-Cabrera & Corcione-Nieto, 2018).

A pesar de los esfuerzos del gobierno colombiano para la pronta erradicación de los cultivos ilícitos, estos han ido en aumento, por lo que se ha recurrido a la intervención militar (Chavarro Miranda et al., 2017) y el uso de herbicidas como el glifosato. Sin embargo, estos medios han traído consigo efectos nocivos para la salud de las comunidades, es aquí donde entra la

concientización de estas para empezar a aliarse con el Gobierno nacional para la erradicación manual voluntaria y de paso obtener apoyo económico, social y de seguridad (Álvarez Calderón & Fernández-Osorio, 2018).

Los Grupos Móviles de Erradicación, junto a la Fuerza Pública, se encuentran en constante peligro durante su labor, a consecuencia de las minas antipersonas puestas por las organizaciones criminales y grupos armados al margen de la ley, que buscan proteger los cultivos de uso ilícito. Esto hace que se disminuya el número de integrantes de los GME y que el Estado colombiano tenga mayores gastos cuando ocurren tragedias, ya que debe indemnizar a los afectados y buscar nuevos integrantes que ayuden con la causa (APC Colombia, 2016).

La Fuerza Pública ha intervenido en las erradicaciones de cultivos ilícitos con el fin de brindar seguridad y protección a los inocentes y a los integrantes de los GME, pero su presencia ha provocado enfrentamientos armados con grupos criminales que cobran vidas inocentes. Pese a ello, la Fuerza Pública hace intervención en el proceso de erradicación voluntaria manual en zonas donde no se encuentren grupos armados al margen de la ley ni grupos criminales.

Las comunidades colombianas humildes se han visto obligadas a migrar desde zonas remotas del país hacia las periferias de las ciudades capitales por dos razones primordiales: primero, la violencia armada, segundo, los cultivos ilícitos (Cano Paños, 2019). Esto se debe a que muchos de los grupos armados al margen de la ley toman posesión de las tierras de los campesinos de forma ilegítima y por medio de la fuerza para fines ilícitos: cultivos de coca, marihuana o amapola, construcción de laboratorios para procesar estas plantas o la apropiación ilegal como cuartel para grupos como las FARC-EP o el ELN (Fernández-Osorio, 2017).

Finalmente, el Gobierno colombiano, para mitigar las consecuencias del conflicto armado, el narcotráfico, el desplazamiento forzado y los cultivos ilícitos, ha puesto en marcha planes de acciones gubernamentales que ayuden a las comunidades más afectadas y que contrarresten esta situación, no obstante, en varias ocasiones esto no ha sido suficiente y las comunidades se han sentido desprotegidas y vulnerables frente a estos problemas.

## Referencias

Álvarez Calderón, C., y Fernández-Osorio, A. (Eds.). (2018). *Hacia una gran estrategia en Colombia: Construcción de política pública en seguridad y defensa: Vol. 2. Pensamiento y cultura estratégica en Europa, Asia y Norteamérica: un análisis de sus libros blancos de defensa*. Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova".

Año de aprendizaje. (2019). *Semana*. https://www.semana.com/nacion/articulo/ano-de-aprendizaje-para-ivan-duque-en-la-presidencia-los-primeros-365-dias/626512

APC Colombia. (2016). *Una oportunidad para trabajar juntos por la paz*. https://www.apccolombia.gov.co/noticia/una-nueva-oportunidad-para-trabajar-juntos-por-la-paz

Ardila Castro, C. A., & Rodríguez, J. A. (2018). Visión geoestratégica china y su incidencia sobre Latinoamérica y África. *Revista Científica General José María Córdova*, *16*(23), 1-22. https://doi.org/10.21830/19006586.303

Arroyave, M., & Santamaría, W. (2017). Los cultivos ilícitos y el narcotráfico en Tumaco: un desafío para la seguridad nacional y para las Fuerzas Militares. En L. Montero (Ed.), *Narcotráfico y control territorial: una mirada desde el Ejército.* Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto".

Cabrera-Cabrera, L., & Corcione-Nieto, M. (Eds.). (2018). *Aportes y retos en el posacuerdo: Una perspectiva desde las ciencias militares.* Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova".

Cano Paños, M. (2019). La violencia terrorista como espectáculo en internet. *Revista Científica General José María Córdova, 17*(28), 691-717. https://doi.org/10.21830/19006586.514

Centro Nacional de Memoria Histórica. (2015). *Una nación desplazada: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia.* http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2015/nacion-desplazada/una-nacion-desplazada.pdf

Chavarro Miranda, F., Grautoff Laverde, M., & Riaño Cruz, J. (2017). Modelo de crecimiento económico y gasto público focalizado en seguridad: enfoque desde la estrategia militar en Colombia (2002-2009). *Revista Científica General José María Córdova, 15*(20), 27-45. https://doi.org/10.21830/19006586.174

Cubides-Cárdenas, J. A., Sierra-Zamora, P. A., Ortiz, D. A. C., & Caballero, N. P. (2019). Terrorism by the FARC-EP and public policies oriented towards national security in Colombia during 1990-2000. *Revista Científica General José María Córdova, 17*(26), 309-325. https://doi.org/10.21830/19006586.404

Cubides-Cárdenas, J., & Sierra-Zamora, P. (2018). Reparación integral de las víctimas en la justicia transicional: historia, debate y actualidad dentro del Acuerdo de Paz firmado por el gobierno de Colombia y las FARC-EP (pp. 631-644). En E. A. Velandia Canosa (Ed.), *Derecho procesal constitucional*. Legis.

Cubides-Cárdenas, J., González, J., & Sierra-Zamora, P. (2017a). Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia y discriminación con enfoque de género en los precedentes del sistema interamericano. En A. J. Martínez, *Derechos económicos, sociales y culturales.* Ediciones Nueva Jurídica.

Cubides-Cárdenas, J., Sierra-Zamora, P. A., & Azuero, J. (2018a). Reflexiones en torno a la Justicia Transicional en Colombia: Fuerzas Armadas, víctimas y posacuerdo. *Utopía y Praxis Latinoamericana, 23*(2), 11-24. http://doi.org/10.5281/zenodo.1797876

Cubides-Cárdenas, J., Sierra-Zamora, P. A., & Núñez, M. D. (2017b). El fuero militar en el derecho colombiano vs. el derecho ecuatoriano. En J. Cubides-Cárdenas (Ed.), *El fuero militar: justicia interamericana y Operaciones para el Mantenimiento de la Paz*. Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova, Colombia. https://doi.org/10.21830/9789585962767

Cubides-Cárdenas, J., Suárez, J., & Sierra-Zamora, P. (2018c). El derecho internacional humanitario y la corte interamericana de derechos humanos en la protección de los derechos de verdad, justicia a las víctimas del conflicto armado interno colombiano. En J. Cubides-Cárdenas, & A. Fajardo (Coords). *Cuestiones dialécticas en torno a los derechos humanos y la paz.* Instituto Memoria Editora & Projetos Culturais.

Cubides-Cárdenas, J., Vivas, T., & Sierra-Zamora, P. (2018b). Exordio conclusivo: de la responsabilidad internacional y la protección ambiental. En J. Cubides Cárdenas, & T. Vivas (Eds.), *Responsabilidad internacional y protección ambiental: en tiempos de paz, en medio del conflicto armado y etapas de posconflicto.* Universidad Católica de Colombia.

Decreto Ley 896 de 2017. "Por medio del cual se crea el PNIS". Presidencia de la República. http://www.indepaz.org.co/decreto-896-del-2017-por-medio-del-cual-se-crea-el-pnis/

Departamento Nacional de Planeación. (2016). *Plan Colombia: Balance de los 15 años*. https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Sinergia/Documentos/PLAN_COLOMBIA_Boletin_180216.pdf

Diaz Jaime, J., & Amador Cabrera, C. (2018). El rol del Ejército frente a las amenazas tradicionales, en el contexto colombiano de cara al siglo XXI. En L. A. Montero (Ed.), *Los ejércitos y el sistema internacional contemporáneo: nuevas amenazas, tendencias y desafíos* (pp. 151-179). Escuela Superior de Guerra. https://esdeguelibros.edu.co/index.php/editorial/catalog/download/23/20/132-1?inline=1

Fajardo, J. C., & Beltrán, P. Y. (2018). Retos y nuevos escenarios para la implementación del punto No. 4 del Acuerdo de Paz: solución al problema de las drogas ilícitas, en el territorio de Tambo-Cauca. En C. Peña, & D. R. Vargas (Eds.), *El poder y la estrategia militar para la negociación e implementación de los Acuerdos de Paz en Colombia*. Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto".

Fernández-Osorio, A. (2017). The participation of Colombia in United Nations' Multidimensional Peace Operations. *Journal of International Peacekeeping, 21*(1-2), 83-124. https://doi.org/10.1163/18754112-02101003

Fernández-Osorio, A. (2019). La implementación del Acuerdo de Paz con las FARC-EP: un estudio comparado desde la experiencia internacional. *Análisis Político, 32*(95), 104-124. https://doi.org/10.15446/anpol.v32n95.80977

Fernández-Osorio, A., & Latorre-Rojas, J. (Eds.). (2018). *La construcción del rol de la mujer militar*. Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova". https://doi.org/10.21830/9789585692831

Fernández-Osorio, A., & Pachón Pinzón, R. (2019). Reconciliation perspectives in Colombia: Characterizing the 2016 Peace Agreement with the FARC. *Revista Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad, 14*(1), 31-56. https://doi.org/10.18359/ries.3356

Fernández-Osorio, A., Cufiño Gutiérrez, F., Gómez Díaz, C. y Tovar Cabrera, G. (2019). Dynamics of State modernization in Colombia: The virtuous cycle of military transformation. *Democracy and Security, 15*(1), 75-104. https://doi.org/10.1080/17419166.2018.1517332

Fundación Ideas para la Paz. (2019). ¿En qué va la sustitución de cultivos ilícitos? Desafíos, dilemas actuales y la urgencia de un consenso (06). http://ideaspaz.org/media/website/FIP_sustitucion_VOL06.pdf

Garzón, J., Gélvez, J., & Bernal, J. (2019). *¿En qué va la sustitución de cultivos ilícitos? Desafíos, dilemas actuales y la urgencia de un consenso*. FIP - Fundación Ideas para la Paz. http://ideaspaz.org/media/website/FIP_sustitucion_VOL06.pdf

Idrovo, A. (2015). De la erradicación de cultivos ilícitos a la erradicación del glifosato en Colombia [Editorial]. *Revista de la Universidad Industrial de Santander. Salud, 47*(2), 113-114. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-08072015000200002&lng=en&tlng=en

Iván Duque es el nuevo presidente: reviva aquí la jornada. (2018). *El Tiempo.* https://www.eltiempo.com/elecciones-colombia-2018/presidenciales/resultados-elecciones-presidenciales-2018-colombia-segunda-vuelta-231720

Las cifras del gobierno colombiano sobre erradicación de narcocultivos verificadas. (2019). *AFP Colombia.* https://factual.afp.com/las-cifras-del-gobierno-colombiano-sobre-erradicacion-de-narcocultivos-verificadas

Ley 387 de 1997. "Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y esta estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia", reglamentada parcialmente por los decretos nacionales 951, 2562 y 2569 de 2001. Congreso de la República de Colombia. https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-387-de-1997.pdfDelgado

Llorente, M., Garzón Vergara, J., & Suárez Rueda, M. (2018). *¿En qué va la sustitución de cultivos ilícitos? El balance de 2017 y lo que viene en 2018*. FIP - Ideas para la paz. http://www.ideaspaz.org/publications/posts/1654

Loingsigh, G. O. (2016). Las drogas y la paz. *Mamacoca*. http://www.mamacoca.org/docs_de_base/Recorrido/Gearoid_O_Loingsigh_Las_Drogas_y_La_Paz_dic2016.pdf

Macías Montoya, J. A., & Corcione Nieto, M. A. (2020). Experiencias de procesos de desminado humanitario en Colombia desde la perspectiva de los desminadores. *Revista Científica General José María Córdova, 18*(29), 161-179. https://doi.org/10.21830/19006586.530

Morán, J. J., Jiménez Reina, J., & Jiménez Reina, R. (2020). Seguridad cooperativa como medida de prevención y respuesta de la Unión Europea. *Revista Científica General José María Córdova, 18*(29), 61-85. https://doi.org/10.21830/19006586.520.

National Institute on Drug Abuse. (2019). ¿Qué es la marihuana? https://www.drugabuse.gov/es/que-es-la-marihuana

Observatorio de Drogas de Colombia. (s. f.). *Comunicado conjunto Gobierno de Colombia y Farc sobre drogas ilícitas*. http://www.odc.gov.co/comunicado-solucion-al-problema-de-las-drogas-il%C3%ADcitas

Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (2016). Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/acuerdo-general/Paginas/inicio.aspx

Páez, C. (2012). *Cuatro décadas de Guerra contra las drogas ilícitas: un balance costo-beneficio*. Centro de Pensamiento Estratégico; Ministerio de Relaciones Exteriores. https://bit.ly/2zO5tW6

Qué es el opio, su historia, sus consecuencias y para qué se utiliza. (2005, octubre 15). *La Gaceta.* https://www.lagaceta.com.ar/nota/131945/policiales/que-opio-historia-sus-consecuencias-para-se-utiliza.html

Quintero Cordero, S. P. (2020). Seguridad ciudadana y participación de las comunidades en América Latina. *Revista Científica General José María Córdova, 18*(29), 5-24. https://doi.org/10.21830/19006586.561.

Ramírez, M. (2014). Prólogo. En *VIII Cátedra Anual de Historia "Ernesto Restrepo Tirado" 2003* (pp. 12-26). Museo Nacional de Colombia. http://www.museonacional.gov.co/imagenes/publicaciones/analisis-historico-del-narcotrafico-en-colombia.pdf

Real Academia Española. (2019). *Diccionario de la Lengua Española*. RAE.

Restrepo, E. (2014). *Análisis histórico del narcotráfico en Colombia.* Museo Nacional de Colombia. http://www.museonacional.gov.co/imagenes/publicaciones/analisis-historico-del-narcotrafico-en-colombia.pdf

Romero Sánchez, A., Beltrán Hernández, D., Romero Romero, C., & Sierra-Zamora, P. (2015). La extradición en el gobierno de la Prosperidad Democrática: caracterización y análisis de la extradición pasiva a Estados Unidos entre 2011 y 2014. En A. Gómez Jaramillo, J. E. Carvajal Martínez, A. Romero Sánchez, B. Pérez Salazar, D. Beltrán Hernández, C. Romero Romero, & P. Sierra-Zamora (Coords.). *El entramado penal, las políticas públicas y la seguridad.* Universidad Católica de Colombia.

Sanabria-Moyano, J. E., & Beltrán Orjuela, N. (2020). Las garantías del militar como víctima en la Jurisdicción Especial para la Paz. *Revista Científica General José María Córdova, 18* (29), 139-157. https://doi.org/10.21830/19006586.540

Serrano Álvarez, J. (2018). El paradigma de la guerra en el siglo XX. *Revista Científica General José María Córdova, 16*(23), 23-42. https://doi.org/10.21830/19006586.305

Sierra-Zamora, P. A. (2018). Visión conclusiva y prospectiva de la justicia constitucional en Colombia. En P. A. Sierra-Zamora, J. Cubides-Cárdenas, N. Torres Galindo, M. Sepúlveda López, C. Castro Buitrago, F. Ávila Hernández, F. Navas-Camargo, & A. Fajardo Rico (Eds.), *Justicia constitucional en Colombia: codificación del derecho procesal constitucional.* Universidad Católica de Colombia.

Sierra-Zamora, P. A., & Cubides-Cárdenas, J. A. (2018). *Derechos humanos en Colombia: a raíz del conflicto armado con las FARC* [Documento de trabajo]. OSF Home. https://doi.org/10.17605/OSF.IO/CWK56

Sierra-Zamora, P. A., & Jiménez-Barrera, L. V. (2019). Genealogía de la tortura en Colombia: una mirada desde los derechos humanos. *Revista Novum Jus, 13*(2), 131-142. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2019.13.2.7

Sierra-Zamora, P. A., Cubides-Cárdenas, J., & Carrasco Soulé, H. (2016). El control de convencionalidad: aspectos generales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el Derecho Colombiano. En J. Cubides-Cárdenas, L. Cárdenas Contreras, H. Carrasco Soulé, C. E. Castro Buitrago, N. M. Chacón Triana, A. J. Martínez Lazcano, J. E. Pinilla Malagón, D. I. Reyes García, M. N. Sánchez Baquero, & P. A. Sierra-Zamora (Eds.), *El control de convencionalidad: fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* Universidad Católica de Colombia.

Sierra-Zamora, P. A., Vivas, W. Y., & Morel, J. M. (2019). La comunidad LGTBIQ en relación con el derecho al nombre y de identidad de género. *Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law, 20*(1), 359-379.

Tobón, G., & Restrepo, G. (2009). Erradicación de cultivos ilícitos y desplazamiento forzado en el parque natural Sierra de la Macarena. *Cuadernos de Desarrollo Rural, 6*(63), 107-138. https://www.redalyc.org/pdf/117/11712705006.pdf

Vargas, C. (2004). Cultivos ilícitos y erradicación forzosa en Colombia. *Cuadernos de Economía, 23*(41), 109-141. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47722004000200005&lng=en&tlng=en Wilson Center. (2014). *Woodrow Wilson Center update on the Americas*. Wilson Center Latin American Program. http://www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=2707

# La flagelación como mecanismo punitivo en la jurisdicción especial indígena en Colombia[1]

2

https://doi.org/10.21830/9789585284883.02

*Paola Alexandra Sierra-Zamora*[2]
*Vivian Lizbeth Arcos Cortés*[3]
Universidad Católica de Colombia

*Manuel Bermúdez-Tapia*[4]
Universidad Privada San Juan Bautista

*Lucas Joel Carreño Sua*[5]
Escuela de Aviación del Ejército

1 Este capítulo hace parte del trabajo colaborativo de dos proyectos de investigación: 1) "Desafíos contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios - Fase II" del Grupo de Investigación "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia", de la Universidad Católica de Colombia, registrado con el código COL0123247 y categorizado en A1 por Minciencias, y 2) "Perspectivas en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario para el Ejército Nacional de Colombia" del Grupo de Investigación en Aviación Militar de la Escuela de Aviación del Ejército, registrado con el código COL0077618 y categorizado en C por Minciencias. Los puntos de vista pertenecen a los autores y no reflejan necesariamente los de las instituciones participantes.

2 Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de València, España. PhD (c) del Programa de Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de València, España. Investigadora del Grupo de Investigación "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia", de la Universidad Católica de Colombia. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3146-7418 - Contacto: pasierra@ucatolica.edu.co

3 Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: vlarcos18@ucatolica.edu.co

4 Abogado (*magna cum laude*) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho y PhD en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor-investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Orcid: http://orcid.org/0000-0003-1576-9464 - Contacto: manuel.bermudez@upsjb.edu.pe

5 Teniente Coronel del Ejército Nacional de Colombia. Especialista en Seguridad y Defensa Nacionales, Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto", Colombia. Especialista en administración de Recursos Militares para la Defensa Nacional y en Ciencias Militares para el Planeamiento, Centro de Educación Militar, Colombia. Profesional en Ciencias Militares, Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", Colombia. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-7041-110X Contacto: lucas.carreno@buzonejercito.mil.co

## Introducción

Colombia, desde la Constitución de 1991, se declara como un Estado social de derecho. Dentro de otros avances de esta reforma constitucional, se presentó el pluralismo jurídico, con lo cual se revistió a las comunidades indígenas de una jurisdicción especial, dotándolas de este derecho en particular frente a los demás ciudadanos colombianos, con el fin de rescatar y no perder sus costumbres y tradiciones ancestrales.

Es necesario precisar que los usos y costumbres de los pueblos indígenas no son normas positivas, sino consuetudinarias. La justicia indígena, que actúa acorde con sus usos y costumbres, tiene como característica fundamental, inmersa en su identidad cultural, la oralidad de sus actuaciones y de sus pautas de control social interno, que se transmiten de generación en generación (Plaza, 2001, p. 21).

En correlación con lo anteriormente mencionado, es importante saber que esta nueva disposición que introdujo la Constitución de 1991 configuró un nuevo derecho para las comunidades indígenas, pero involuntariamente con este se abrieron puertas para la violación de derechos dentro las comunidades mismas, que exigen ahora que ese derecho que se les fue otorgado no sea violado. Tal es el punto que precisamente se evaluará en este capítulo, en relación con las limitaciones de ese derecho.

> Los pueblos indígenas reclaman un reconocimiento que atraviese transversalmente temas de importancia nacional como son los de la tierra, la condición política, las formas de gobierno y administración de justicia, respeto a sus culturas, participación —en distintos niveles— de la toma de decisiones de gobierno. El punto es discernir hasta qué medida es conveniente introducir modificaciones sustantivas en las cartas magnas (lo que ya ha sucedido en la gran mayoría de los países latinoamericanos), que incorporan el tema del reconocimiento como una de sus garantías ciudadanas en la Constitución. (Ramírez, 2005, p. 4)

Del acápite anterior es de mayor relevancia la reclamación de las comunidades indígenas al respeto de sus formas de gobierno y administración de justicia, y esto se debe a los diferentes controles de legalidad ejercidos por el Estado colombiano frente a las formas de gobierno, puesto que se presentan

violaciones internas a los derechos fundamentales, como el derecho a la dignidad humana, a la no tortura de todo ciudadano colombiano, de acuerdo con los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos.

> Este es el problema que se ha suscitado dentro de las comunidades, puesto que se debe establecer las reglas de un debido proceso y precisar de mejor manera cuáles son los alcances de esta mal llamada justicia indígena que muchas veces se ha convertido en justicia por mano propia, llegando a consecuencias que constituyen una barbarie en esta sociedad y en este tiempo, tal parece que en vez de avanzar en cuestiones de justicia, hemos retrocedido muchos años atrás, en donde impera la violencia y la justicia por mano propia. (Vivar, 2015, p. 29)

Así se precisa que la flagelación es la contradicción propia de los fundamentos constitucionales de la "no tortura" y del derecho a la dignidad humana, puesto que se considera que estas penas son plenamente inhumanas, mientras que las comunidades indígenas consideran que su revestimiento legal y derecho de la jurisdicción indígena para acudir a este castigo es legítimo:

> Nuestro, por haber nacido aquí mismo de las comunidades y la tierra americana, de una madre con quien debemos convivir y nunca explotar y degradar […] porque es totalizante, como nuestra forma de pensar que involucra todo el conocimiento que adquirimos y manejamos […] porque está vigente y es guía de nuestra conducta individual y colectiva, obligándonos a garantizar su permanencia en nuestro pensamiento, en nuestras lenguas, en nuestra organización social, en nuestras formas de educación y en nuestra reconstrucción económica y social […] porque es preexistente, ya que nadie en el mundo puede negar nuestra existencia en estas tierras por miles de años en que constituimos nuestras sociedades. (Martínez & Noguera, 2017, p. 16)

Da el anterior acápite cabe destacar la propiedad con la que las comunidades indígenas creen contar con prioridad sobre las normas, incluso cuando estas vulneran derechos fundamentales, dado que ellos se parapetan en la reconstrucción y el legado cultural que constituyen parte de una historia que no puede ser olvidada ni borrada.

Entonces, para comprender mejor lo que se va a desarrollar en este capítulo, es pertinente aludir a la primacía legal constitucional sobre cualquier ley. De acuerdo con esto, se propone como pregunta de investigación: ¿Es

posible que se reconozca la potestad jurídica del Estado colombiano frente a la flagelación sobre los indígenas en la jurisdicción especial indígena?

Con respecto a esto, se aclara que el derecho consuetudinario o la ley natural de los pueblos indígenas, aunque reviste legalidad, debe contar con unos límites y una íntima relación con el cumplimiento de los derechos fundamentales contemplados en la carta política. Esto, en relación con la jurisdicción especial indígena, es un derecho llamado a ser *subjetivo*, entendido desde una órbita en la que es subordinado por la supremacía legal.

## 1. Apuntes sobre la jurisdicción indígena en Colombia

La jurisdicción indígena es uno de los temas más complejos de la ley colombiana, dado que aquella no tiene un sentido de mandato estricto sobre las comunidades indígenas y sus diferentes preceptos normativos, pues cuenta con un sentido propio de gobierno que limita el fuero de las leyes creadas para la población colombiana. En efecto, durante décadas se ha buscado reconocerles a las comunidades indígenas sus derechos, que les fueron limitados desde la época de la Corona, como se señala en el siguiente acápite, cuando se menciona que uno de los primeros episodios en los que se debatió sobre la autoridad de la Corona para juzgar a los indígenas tuvo lugar en 1496, cuando varios indígenas fueron condenados por sacrilegio al haber enterrado imágenes religiosas.

Es a partir de este punto que algunos hombres comienzan a concebir la idea de que los indios no deben ser juzgados, como posteriormente lo afirmó fray Gil Gonzales de San Nicolás: ni su majestad ni sus magistrados son competentes para juzgar a los indígenas (Mora, 2003, p. 14). Por lo anterior, podemos inferir que la jurisdicción colombiana dio lugar a la propia configuración de leyes indianas para su autogobierno. Como lo menciona Martiré, el derecho indiano surgió en el momento especial de la evolución del derecho europeo, en virtud de las características que le fueron impuestas por las necesidades de la Tierra Nueva, unas particularidades que le dieron fisonomía propia, con principios, normas y reglas de interpretación también particulares, que habilitan su propia personalidad (2003, p. 32).

Por otro lado no se trataba solo de las costumbres de las nuevas tierras que se conquistaban y de adecuar las leyes que se tenían en su momento, sino que junto con la colonización de estas tierras nació la esclavitud de los indios, y con este un sistema de explotación y vulneración de los derechos humanos, que en su momento solo tenían cabida en la vida de quienes llegaban a explorar nuevas tierras y a adueñarse de absolutamente todo lo que se encontraba en estas, incluyendo así a las comunidades indígenas que se encontraran allí.

Análogamente se creó un régimen de explotación que recibió como nombre un eufemismo: *encomienda*. Vocablo que quería decir, en rigor, *esclavitud bajo ciertas condiciones*, pues acordaba el aprovechamiento de la mano de obra indígena por parte de los colonizadores a cambio de la evangelización y la enseñanza de las costumbres europeas. Contra este sistema de producción de riqueza se alzó la voz de protesta de Bartolomé de las Casas cuando, en 1514, liberó a los indios de su encomienda porque "se dolía de verlos padecer tantos agravios y sufrimientos sin que los merecieran" (Bartolomé de las Casas, 2011, p. 18).

Bartolomé de las Casas fue uno de los mayores opositores a la esclavitud de los indios, que se fundamentaba en una prolija base de segregaciones argumentadas, por ejemplo, en decir que los indios eran seres salvajes, faltos de razón, y que por esto debían estar bajo la servidumbre y el poder de un superior. Esto era totalmente contradictorio con el pensamiento humanista de Bartolomé de las Casas:

> Los indios no son bárbaros por naturaleza, ni siquiera tienen la racionalidad disminuida, y por tanto son aptos para gobernarse. La naturaleza no hace nada en vano y no puede hacer a todo un pueblo incapaz de gobernarse. Además si fuera fallo de la naturaleza, lo sería de Dios que es su creador. Ciertamente los indios tienen algunos comportamientos salvajes, pero son susceptibles de modificación por la educación y evangelización para que puedan gobernarse y comportarse adecuadamente. (Bartolomé de las Casas, 2011, p. 14)

En esta medida y con referencia al avance constitucional que se tiene actualmente, Leyva —otro de los grandes defensores de los derechos de las comunidades indígenas en 1560— afirmaba: "busco la supresión del servicio personal de los indígenas y desarrollo la institución de los resguardos que

fueron el reconocimiento, por parte de la Corona española, del derecho de los indígenas a las tierras que ocupaban desde antes del descubrimiento" (citado por el Consejo Regional Indígena del Cauca, 1986, p. 10).

Así, en 1645, bajo el gobierno de Miranda Castillo de la Concha, se "dio cumplimiento de la Cédula Real que permitía la conservación de los usos y costumbres indígenas, estableciendo como límite que estas, no se encuentren en contradicción con las leyes de Castilla", (Arbeláez, 1993). De esta forma se evidencia cómo el precepto normativo de limitar la jurisdicción o los derechos sigue siendo un patrón usado durante décadas, por cuanto una de las restricciones para poder acceder a ciertas garantías o derechos es que estas se encuentren siempre en una concordancia o una fina línea que respete los altos preceptos normativos que no deben ser vulnerados.

Sin embargo, y dado el consiguiente avance constitucional que se dio en 1828 por medio de la Resolución del 15 de octubre, con la cual se eximió a los indígenas del pago de cualquier clase de tributos, disposición que sigue vigente hasta hoy, a partir de esta época una larga lista de disposiciones legales se han expedido sobre las relaciones entre el naciente Estado y las comunidades indígenas.

La disolución de la Gran Colombia fijaría nuevos límites, con lo cual se dio la segregación de las comunidades limítrofes, lo que aumentó la desgracia de estos pueblos. Estas leyes buscarían la integración de las tribus al orden del Estado y su conversión a la vida civil. De acuerdo con esto, no se hablaba, como en la actualidad, de un autogobierno por parte de los pueblos indígenas, sino que, por el contrario, se discutía para tratar de recoger estas culturas y acomodarlas a las leyes que se tenían en su momento para no vulnerar ciertos derechos. De esta forma se buscaba que los pueblos indígenas hicieran parte del gobierno y de las prácticas legislativas que se tenían:

> En 1890 y siguiendo con un esquema conservador, conforme al cual, se buscaba morigerar los usos y costumbres de los "salvajes", a través de las misiones y del aislamiento de las poblaciones indígenas, se expide el diez y seis de noviembre, la Ley 89, por medio de la cual se habla sobre el gobierno de los indígenas y las comunidades reducidas a la vida civil, que busca regular la vida de estas dentro de los resguardos; sería una ley de transición para facilitar la reducción, a largo plazo, de las comunidades, más originales a la civilizaz ción. Pero esta ley se convertiría en una de las únicas leyes especiales para las comunidades indígenas, que hoy en día tiene vigencia, a pesar de haber

> sido derogados o declarados inexequibles algunos de sus artículos. (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-139/1996)

Sin embargo, un poco más de medio siglo después, en 1958, con la Ley 81, se creó el Instituto Indigenista Colombiano, que tendría a su cargo el estudio, el desarrollo y el progreso de las comunidades indígenas. El Instituto se estableció como un organismo consultor del Estado colombiano a través de sus recomendaciones. "A partir de este momento, la comunidades comenzaron a coordinarse y consolidarse en organizaciones regionales, que propendieron a la protección de las comunidades de su región" (Mora, 2003, p. 33).

De esta forma, el Estado colombiano empezó a ver desde otros ángulos el trato que se le debía dar a las comunidades indígenas para que fuesen sujetos de derechos dentro de una jurisdicción especial. Para ello se tenía que entender que estas debían tener su propio marco normativo, que tuviere relación con las costumbres y los enfrentamientos dentro del territorio de los pueblos indígenas. Fue así como surgió la Ley 52 de 1990, que dio lugar y formación a los principios de la Constitución Política de 1991.

En los anteriores acápites se hizo un breve recorrido histórico para poder llegar a lo que se puede denominar "la segunda etapa" de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas, con la cual se abre paso el autogobierno de estas comunidades, que había tenido su inicio con el derrocamiento de la esclavitud indígena. Ahora bien, para poder hablar del periodo de la Constitución de 1991, es importante mencionar que la territorialidad sigue siendo uno de los puntos relevantes para las comunidades indígenas, ya que

> el significado que tiene el derecho a la tierra para los pueblos indígenas es más complejo que el simple reconocimiento de su posesión colectiva. Incluye también el reconocimiento de un conjunto de garantías culturales, sociales y políticas que son inescindibles de los derechos territoriales. (Herreño, 2004, p. 241)

El territorio, en efecto, se debe estudiar desde dos perspectivas. En primer lugar, desde la cultura y el significado ancestral que para los indígenas tiene la *madre tierra* —como ellos la llaman—; y, en segundo lugar, desde la jurisdicción indígena. Esta última rige de manera bien específica, es decir, un indígena no puede ir a cualquier lugar a establecer sus prácticas de castigo sustentado en ella. Así,

> la cultura de las comunidades corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido —y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo— conduciría a la desestabilización y a la eventual extinción de dichas comunidades. (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-380, 1993)

Por otra parte, no se puede considerar que una persona que tiene conceptos quizás totalmente distintos de juicios de lo que está prohibido y lo que se permite tenga que ser valorada dentro de una jurisdicción que está totalmente fuera de su alcance por su total desconocimiento. En efecto, una de las causas de la reforma constitucional de 1991 fue que la Constitución de 1886 era excluyente para diversas colectividades y fuerzas sociales, que quedaban allí desposeídas de cauces institucionales para expresarse e incidir en las decisiones del Estado. A consecuencia de esto, en la Constitución de 1991 se incorporó la participación de los indígenas en la conformación del nuevo pacto social y político. Como producto de este proceso, se reconoció a las autoridades indígenas en el artículo 246 de la Carta, así como la autonomía jurisdiccional dentro de su territorio[6] conforme a las normas y procedimientos propios, a condición de no contrariar unas y otros la Constitución y las leyes de la república (Fernández, 2017, p. 22). Es por esto que la Constitución Política, en su artículo 241 da lugar a

> connotaciones para las comunidades indígenas, pues les permite administrar justicia dentro de su territorio, conforme a sus normas y procedimientos establecidos; ese territorio abarca no simplemente el demarcado por sus resguardos, sino también el tradicionalmente ocupado por dichas comunidades. Ese derecho a administrar justicia tiene implícitas funciones legislativas, pues permite a las comunidades crear sus propias normas y procedimientos para ser aplicados dentro de su jurisdicción; cuando las comunidades indígenas deciden administrar justicia dentro de su territorio y emiten algún tipo de decisión, esa decisión tiene el mismo efecto jurídico que un fallo emitido por cualquier juez de la república dentro del Estado colombiano. (Rueda Carvajal, 2008, p. 38).

6 El concepto de *autonomía* es entendido como la capacidad de un grupo de establecer formas de organización social, económica y política propias, poseer el derecho a designar autoridades propias, diseñar sus relaciones en virtud de sus tradiciones y sus actividades económicas, preservar su lenguaje, poseer formas de educación y salud propias (Rojas et al., 1993, p. 37).

Lo anterior tiene su fundamento en el artículo 246 de la Constitución Política cuando refiere que "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 leyes de la República" (art. 45). Lo anterior es consecuente con el

> Convenio 169 de 1989 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991. Este instrumento contiene el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos de los pueblos indígenas como la autonomía, el territorio, la consulta previa, salud, educación, trabajo. Entre los derechos reconocidos por el Convenio, en el artículo 84 se consagra la obligación de los Estados de tomar en cuenta y favorecer la conservación de sus costumbres o su derecho consuetudinario y sus instituciones propias. El artículo 95 establece la obligación de respetar los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Por su parte el artículo 106 obliga a los Estados a que, cuando se impongan penas a los indígenas, sean tomados en cuenta sus aspectos sociales y culturales. (Arbeláez de Tobón, 2004, p. 8)

El anterior resumen histórico es de gran importancia para este capítulo, ya que ayuda a entender, en primera medida, la evolución legislativa que ha tenido Colombia en cuanto a las comunidades indígenas y, correlativamente, la función o el papel que cumplió y sigue cumpliendo el Estado colombiano para garantizar ciertos derechos a los indígenas, proporcionándoles su propia jurisdicción y sin olvidar que se deben mantener ciertas reglas y principios que son superiores a cualquier otra facultad.

## 2. El fuero indígena[7]

Para iniciar este apartado, es necesaria una clara comprensión del concepto de *fuero* al que se refiere la Constitución y la normatividad. Dicho concepto tiene relación directa con el anteriormente mencionado *autogobierno* o legisla-

7 Al hablar de justicia indígena o derecho indígena, nos referimos a aquellas prácticas resultantes de las costumbres de cada comuna, comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, a través de las cuales las autoridades legítimamente elegidas por sus miembros regulan diversos ámbitos de las actividades, relaciones sociales y todo tipo de conflicto que se desarrolle dentro de su comunidad (Flores, 2011, p. 4).

ción indígena, conceptos que, a su vez, varían y adquieren cierta ambivalencia en cada sistema normativo o jurídico (Bermúdez-Tapia, 2011). De hecho, esta situación ha requerido un pronunciamiento judicial hasta el punto de tener que evaluar la propia categoría jurídica detallada en la Constitución:

> En tales términos, el fuero indígena, como derecho subjetivo de los miembros de las comunidades indígenas, por sí mismo, se convierte en un mecanismo de preservación étnica y cultural de la nación colombiana, en tanto se conservan las normas, costumbres, valores e instituciones de los grupos indígenas dentro de la órbita del territorio dentro del cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante. Por esta razón, es en virtud del fuero indígena que se habilita la competencia de la Jurisdicción Especial Indígena, y, en consecuencia, esta se constituye en el juez natural en un caso concreto. Por el contrario, cuando el sujeto procesado no sea titular del fuero indígena, debe concluirse que son los jueces ordinarios las autoridades competentes. (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-208/19)

Como ejemplo de lo anterior, la legislación y el autogobierno adoptados por los jefes o las autoridades de estas comunidades comportan una equívoca relación de esta jurisdicción cuando adoptan medidas que sobrepasan y vulneran la Constitución Política de Colombia (Peña Chivatá et al., 2019). Si bien esta última no es una fuente directa para la ley indígena, sí cuenta con supremacía legal, perplejidad que es entendida desde un prisma distinto cuando es vista desde la norma que respalda y regula la jurisdicción indígena:

> Las comunidades indígenas son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que la integran, hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y ejercer control social, el ejercicio de jurisdicción indígena no está condicionado a la expedición de una ley que la habilite, la constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos; Las Autoridades de los Pueblos Indígenas son entidades de carácter público especial, que ejercen funciones públicas administrativas, legislativas y jurisdiccionales; están constituidas por las Autoridades Tradicionales, Cabildos Indígenas y sus asociaciones, así como por otras instituciones propias, y ejercen el poder político, judicial, administrativo, espiritual o cultural al interior de los Pueblos Indígenas de conformidad con sus sistemas jurídicos propios. (Jarakirore, 2010, p. 18)

Claramente, de acuerdo con el cariz de los documentos citados y del desarrollo histórico y jurisprudencial que ha tenido en Colombia lo que tiene todo lo relacionado con la autonomía de las comunidades o resguardos indígenas, se evidencia un claro conflicto frente a los derechos que son declarados como fundamentales, tanto nacional como internacionalmente, derechos que deben ser respetados incluso cuando se habla de una concesión de leyes a un territorio en especial o al propio autogobierno. Así,

> la coexistencia de estos sistemas de derecho propio diferenciados frente al derecho estatal, en el marco de la nación, reconocidos oficialmente en la misma Constitución como legales y por ello oficializados, es consecuencia de la explícita decisión de los pueblos para mantener, no solo vivas sus instituciones, sino de su insistente aspiración social por configurar un nuevo orden capaz de hacer respetar sociedades culturalmente distintas; pero, ante todo, de buscar un espacio autonómico donde estos ciertos asuntos como lo relacionado con el ámbito del derecho, se solucionen dentro de su propia sociedad. Ha implicado que los jueces, cuando los casos entran a la jurisdicción ordinaria, tomen en cuenta en sus providencias los sentimientos, las opiniones y las obligaciones sociales derivadas de esas normas. El Estado, configurado por la existencia de varios sistemas jurídicos legales, oficiales, define —además del reconocimiento a los jueces competentes indígenas, para que actúen en el marco de su jurisdicción— la obligatoriedad de que se sometan a controles toda vez que sean demandados. (Sánchez, 2005, p. 15)

Por tanto, el fuero indígena en Colombia es un tema que debe ser estudiado minuciosamente, para poder entender qué límites son los que deben ser permitidos cuando se trata de la propia jurisdicción de un territorio. En este orden de ideas, se debe entender 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 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 primer 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. (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-496/96)

Del elemento territorial[8] y el personal, lo verdaderamente imprescindible es la forma en la que se comporta dicha jurisdicción o, mejor aún, la forma en la que actúa frente a las diferentes formas de castigo. De estas, es posible diferenciar aquellas cuyas comunidades actúan bajo el margen del derecho positivo y aquellas que ejecutan la pena bajo tradiciones y mitos.

En relación con lo anterior, decimos que existe una clara diferenciación entre un orden humano y un orden mágico-religioso. En el primer caso, se trata de normas creadas por los hombres, que implican arreglos o sanciones derivados de la operación de procedimientos que siguen un sistema segmentario, de compensación o centralizado, según la naturaleza de la conducta realizada o de los intereses en conflicto. En el segundo caso, por el contrario, lo que se persigue es el "control de las fuerzas de la naturaleza; entendida esta naturaleza dentro de la cosmovisión" (Duquelsky, 2003, p. 33). Por su parte, Moreno lo refiere de la siguiente manera:

> Los indígenas resuelven litigios internos, que no pueden restringirse exclusivamente al territorio, sino que su alcance debe determinarse con criterios antropológicos. Los intereses comunitarios traspasan una zona circunscrita y pueden presentarse conflictos inclusive fuera de un espacio físico nacional o internacional. (2007, p. 3)

Lo anterior entiende un orden que complica en cierta medida el ordenamiento común, ya que algunas prácticas mitológicas o religiosas dentro de las comunidades indígenas pueden referir que el castigo o la pena de una conducta dentro de la comunidad debe ser llevada a cabo de manera ritual, para pagar de una u otra forma a sus dioses o a los caciques y jefes:

---

8 "Las poblaciones indígenas viven a menudo en las fronteras del país o, más exactamente, ocurre que las fronteras de los Estados pasan con frecuencia por el corazón mismo de los territorios indígenas y dividen a los grupos étnicos. Los Estados de la región, preocupados por asegurar su soberanía sobre tierras que usualmente están en litigio, han manifestado tradicionalmente la mayor hostilidad a todas las reivindicaciones indígenas que pudieran traducirse en la afirmación de una comunidad de cultura y de intereses entre poblaciones de un mismo grupo étnico que habite a ambos lados de la frontera" (Gros, 1993, p. 9).

> Respecto de la significación que tiene la pena para la comunidad y para el sujeto mismo, en no pocas ocasiones las penas tienen un sentido más bien purificador. Tal sucede por ejemplo, respecto de la aplicación de penas corporales como […] los latigazos, el baño de agua fría y la ortiga. En ellas el infractor es castigado en presencia de toda la comunidad, a fin de que comprenda que su hecho ha afectado el equilibrio de todos, cada golpe (generalmente aplicado por algún familiar del penado o alguna persona a quien la comunidad le reconozca autoridad) va acompañado de un consejo (en este sentido es una pena correctiva). Luego, es ortigado y/o bañado con agua fría. En opinión de Borja, estos últimos no tienen carácter de pena, sino de verdaderos métodos rituales para la obtención de la confesión y el nacimiento del arrepentimiento. (Villegas, 2014, p. 219)

El problema no se centra en el castigo corporal como tal, sino en lo que este puede ocasionar: si bien para los indígenas es un medio para resarcir la pena, para el ordenamiento común e incluso para los tratados internacionales y los organismos de protección de los derechos fundamentales estos castigos pueden ser considerados como tratos crueles e inhumanos, en especial y con tintes aún más delicados, cuando estas penas recaen sobre menores de edad.

Para concluir, vale la pena tener presente que hay dos modalidades en las que las comunidades indígenas imponen sus penas. Por un lado, cuando actúan por su derecho propio e intervienen en cumplimiento de órdenes que están plasmadas en su tradición[9] y se impone el resarcimiento de la pena por medio de diálogo y la conciliación entre la persona que cometió el delito y quien se ofendió. Por otro lado, se habla del *resarcimiento del daño* mediante una pena corporal que se impone de distintas maneras; en palabras de Lillo, "no todas las penas corporales constituyen tortura, y […] para que adquieran tal entidad los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles. La intensidad debe ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y moral del condenado, su

9 "El derecho indígena se fundamenta en una filosofía o religión de la dualidad armónica: así como el sol (hombre-padre) y la luna (mujer madre) se complementan y se unen, sin perder su diferencia y particularidad. Estos principios de equilibrio, interrelación y armonía entre hombre, naturaleza y sociedad se aplican también en las relaciones sociales. El conflicto entre personas causa, precisamente, un desequilibrio, una ruptura en estas relaciones. La justicia indígena busca entonces restablecer la armonía perdida. El inculpado, el denunciante, la autoridad y la comunidad juegan un rol importante en la restauración de este equilibrio" (Barié, 2008, p. 113).

sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto sociopolítico en el que se practica" (2010, p. 10).

En analogía con lo anterior, la problemática es si se viola el derecho a la jurisdicción especial indígena que tienen las comunidades indígenas, cuando la jurisdicción ordinaria recurre a solucionar el problema de la violación de los derechos fundamentales, puesto que se entiende que no hay lugar a esta última, porque la pena corporal por parte de los indígenas sí está permitida en la medida en que no genere un trato cruel e inhumano que vulnere los derechos que son de alto rango constitucional.

## 3. Los límites de la jurisdicción especial indígena colombiana

El principio de diversidad étnica debe guardar una estricta relación con el bloque de constitucionalidad, es decir, aun cuando se permita la jurisdicción especial indígena y la creación de su propia normatividad, esta no puede violar valores ni derechos que han sido otorgados a todo ciudadano colombiano, sin importar su raza, religión y cultura. La identidad étnica, por lo tanto, no puede configurar una violación extensa de los derechos humanos fundamentales, tal como lo ratifica la Defensoría del Pueblo cuando relata:

> Los límites de la jurisdicción especial de acuerdo con el artículo 246 de la C.P., se orientan: a) Las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas se realizan conforme a sus propias normas y procedimientos. b) Las normas y procedimientos no deben contrariar los principios y disposiciones Constitucionales y legales vigentes. Es decir, que los límites de esta potestad de administrar justicia están determinados por los principios y derechos de carácter superior que emanan del sistema legal vigente. (Defensoría del Pueblo, 2014, p. 2)

Se estima, de esta manera, que el fuero indígena debe ser totalmente orientado a respetar los derechos humanos, inclusive si el respeto por estos desborda la estabilidad de las normas ya contempladas dentro de su sistema indígena, esto sin desconocer que los miembros de estas comunidades también son igualmente reconocidos como sujetos de derechos ya proclamados para todo colombiano.

> Así el Convenio 169 de la OIT, va en la misma línea del reconocimiento de los métodos de control propios de las comunidades indígenas, con el límite de que no se vulneren derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Señala que deberán establecerse procedimientos para solucionar conflictos que puedan surgir entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos. La ratificación de este Convenio significa que los Estados firmantes admiten "el pluralismo jurídico interno" bajo el techo constitucional, al respetar formas de control y producción jurídica emitidas por instancias sociales. (Yrigoyen, 2000)

Se debe tener en cuenta, en consecuencia, que los derechos ratificados internacionalmente y por la Constitución Política deben sobreponerse a la jurisdicción indígena especial cuando en sus actuaciones se ataquen o violen preceptos de alto rango constitucional. Así, se reconoce el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, por lo tanto, a la autonomía para "aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos" (Cabedo Mallol, 2004, p. 87).

Lo anterior determina una de las caras del prisma: la limitación de la jurisdicción indígena en la sujeción del castigo cuando se trata de derechos fundamentales, pero también se encuentra la posición que determina el respeto por la cultura y las etnias indígenas. Si bien se habla de jurisdicción especial indígena, es precisamente por un Estado multicultural, y lo que se busca con esta es que no se pierda dicha diversidad; por tanto, se habla de que algunas prácticas como la flagelación hacen parte de "una conducta correspondiente a una práctica ancestral […], dentro de su cosmovisión propia" (Jaramillo, 2008).

Lo anterior se contrapone cuando autoras como Marrugo mencionan que:

> Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general, dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades

> indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente. (2007, p. 43)

Para ilustrar la importancia de este capítulo y en especial de este acápite, que se relaciona con el límite de la jurisdicción especial indígena, es significativo relacionarlo con la justicia penal ordinaria, que trata temas como la flagelación o el daño de bienes jurídicos tutelados y permite su estudio para imponer la pena respectiva (Perafán, 1995).

En vigencia de la Constitución de 1991, y pese al reconocimiento del pluralismo jurídico de la nación colombiana consagrado literalmente en dicho texto, las sentencias del Tribunal instituido como guardián de la norma de normas admitieron —con reservas— la defensa del reconocimiento de la jurisdicción especial y la autonomía de las autoridades tradicionales (Álvarez Calderón & Fernández-Osorio, 2018), sujetando tales derechos a la concordancia de las respectivas disposiciones con la Constitución y la ley.

> La consagración en la Constitución del respeto por la diferencia, la pluralidad, la diversidad étnica y cultural, la calificación de las comunidades indígenas como sujetos colectivos, el reconocimiento de la jurisdicción indígena y de las autoridades tradicionales de estas comunidades, puede afirmarse que la consideración del indígena como sujeto de la ley penal nacional es inconstitucional, puesto que el juzgamiento de las conductas tipificadas en el respectivo código por parte de autoridades que hacen parte de la jurisdicción ordinaria, contrariaría los derechos fundamentales consagrados en los artículos constitucionales a los que se ha hecho referencia. (Becerra, 2006, p. 222)

Lo anterior es debatible desde varios aspectos, el primero de ellos tiene que ver con la violación de normas de alto rango constitucional, como se ha venido hablando en todo el texto, y el segundo tiene que ver con la jurisdicción especial indígena estudiada desde el aspecto territorial.

> Así en principio los miembros de las comunidades indígenas gozan de un fuero especial, pero que eso no significa que siempre que un indígena realice una conducta punible, la jurisdicción especial indígena sea la competente para conocer del hecho, pues en este tema operan un fuero personal, "de acuerdo con el cual el individuo debe ser juzgado conforme a las normas y las autoridades de su propia comunidad", y otro fuero de carácter geográfico, "según el cual se permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que

> tengan ocurrencia en su territorio". Por ello concluye que para determinar a quién corresponde la competencia para investigar las conductas delictivas de los indígenas hay que atender las circunstancias particulares de cada caso, pues "puede optarse por la jurisdicción especial indígena o por la nacional, según se atienda al fuero personal o al fuero territorial". (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-370-2002)

Esta cita se enlaza con el artículo 33 del Código Penal colombiano[10] que se refiere a la inimputabilidad de los sujetos, dentro del cual se hace referencia a la diversidad sociocultural, y debe entenderse desde la problemática o el deber de identificar si el indígena comprende la ilicitud de su conducta, en el momento en que este, como miembro activo del cabildo, castiga a otro miembro por algún acto y, con esta conducta, logra amenazar o dañar algún derecho fundamental.

En otro sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado en cuanto al límite de la jurisdicción especial indígena, mencionando la proporcionalidad de la pena y la actuación del sujeto y la ley indígena:

> Esta Corporación ha sostenido reiteradamente que las sanciones impuestas al infractor deben guardar proporcionalidad con la conducta sancionada. Las autoridades jurisdiccionales gozan de un amplio margen de discrecionalidad en el uso del poder sancionador atribuido por la Constitución o la ley. No obstante, este poder no es ilimitado, debe ser razonable y dejar intactos otros valores jurídicos protegidos por el ordenamiento. Las sanciones o penas colectivas son contrarias al principio de que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputable". Adicionalmente, la ley penal se erige sobre el principio de responsabilidad individual, que supone el juzgamiento del acusado y el respeto del principio de presunción de inocencia, presupuestos esenciales del poder sancionatorio del Estado o de los particulares que excepcionalmente ejercen funciones jurisdiccionales. (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia, T-254/94)

Basta decir que se guarda en estricto sentido, una problemática entre la relación de la cultura ancestral indígena, sus distintos rituales y lo que la norma penal considera como la culpabilidad de la conducta.

---

10 Artículo 33 del Código Penal colombiano. "Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares".

Respecto al principio de culpabilidad, este exige la constatación de responsabilidad subjetiva y la personalidad de las penas. En cuanto a la responsabilidad subjetiva, este principio resulta claramente afectado: "puede ser considerado delito el simple hecho de haber pisado un lugar sagrado, con independencia del conocimiento o intención. Y puede llegar a sancionarse por igual el homicidio doloso o el imprudente: solo importa el resultado producido" (Ferre, 2008, p. 39).

Esto desvela así la posibilidad de que se trasgredan los derechos humanos fundamentales, solo por prácticas que no generan una reinserción del sujeto a la comunidad, como lo encuentra posible el derecho penal Colombiano, o mejor lo plantea este en la aplicación de sus penas, en correspondencia con el delito.

> A pesar de lo anterior no sora decir que Colombia el país donde se ha explorado con mayor profundidad el tema de los límites de la aplicación del derecho indígena. Su Corte Constitucional se ha tenido que pronunciar sobre la constitucionalidad de algunas sanciones de carácter penal impuestas por las autoridades indígenas y que, según algunos, se instalaban en la prohibición de penas inusitadas o incluso en el concepto de tortura; la misma corte se ha pronunciado sobre varios casos que, sin afectar a los derechos fundamentales, tenían que ver con el tema de la compatibilidad entre el sistema jurídico indígena y el nacional. (Carbonell, 2003, p. 856)

De cualquier modo, no se debe olvidar que son una infinidad los problemas que emergen de la aceptación del pluralismo legal, puesto que es inherente de las comunidades étnicas el sentimiento de violación de sus derechos cuando el Estado colombiano entra a revestir un sistema que no es compatible con el suyo, con prácticas de los indígenas como la brujería. El tema ha producido ya importantes conflictos y controversias a lo largo del continente y ha sido objeto de conferencias internacionales (Fernández-Osorio, 2018). La actividad de la brujería, sancionada como actividad inaceptable en numerosas sociedades, pero que generalmente no es reconocida como delito (ni siquiera su existencia es admitida) en las legislaciones, ha documentado numerosos y dramáticos casos de homicidios cometidos por su causa. Tales homicidios, en cambio, son sancionados por el derecho penal nacional (Stavenhagen, 1990, p. 23).

Estos casos abren un nuevo debate, que se dibuja desde la perspectiva o el prisma contrario, y es cómo lo interpretan los indígenas. Para estos, al desco-

nocer las normas y tradiciones nacionales con las que están construidas, les resultan totalmente perturbadoras o desequilibrantes, y este hecho es justamente lo que no logra entender el orden nacional cuando hace revisión de las normas indígenas. Por tanto, en lo que respecta al Estado colombiano, la brujería como tal no es lo que se sanciona, sino los delitos que se desprenden de ella:

> Los derechos intangibles incluirían solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado. (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia, T-349/96)

En concordancia con todo lo interpretado ya en este capítulo, nace otro prisma u otra visión para entender: la diferencia entre el control de legalidad en diversos actos dentro de las comunidades indígenas y la violación al debido proceso dentro de las distintas jurisdicciones. Por ejemplo, el Estado colombiano no puede creer o pensar que la jurisdicción indígena tenga los mismos mecanismos o por lo menos las mismas solemnidades dentro de su forma de ley. Este caso se contempla en el ejercicio de la ley penal y su forma de custodia de las pruebas, cuestiones cuyo reconocimiento no se puede pedir por parte del sistema indígena, como tampoco las solemnidades del tipo "bajo la gravedad de juramento" ante la Biblia. Cuestiones como estas no pueden ser un imperio legal en ningún ordenamiento jurídico, por lo menos dentro de Colombia es la violación de principios y derechos de alto impacto constitucional, tal como lo ha manifestado el Estado: "Los jueces no pueden imponer el cumplimiento de requisitos e instituciones procesales que no se encuentran contemplados por un pueblo, pues ello equivaldría a la imposición de una específica cosmovisión, lo cual atenta contra el principio constitucional del pluralismo" (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-523/97). Del mismo modo: "De exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta" (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia 1127/01).

Así, para finalizar este acápite, es importante saber que

> el pluralismo jurídico oficial y legal parte del reconocimiento de espacios marcados por nuevos referentes ligados a la inclusión que habrán de hacer otras autoridades y que son la base para superar modelos absolutistas. Para establecer esa cultura en torno a un pluralismo jurídico legal, que trascienda en un nuevo modelo de Estado, es imprescindible tener en cuenta el derecho ordinario y los otros derechos propios como parte de un sistema. La Constitución de 1991 reproduce el sistema jurídico monista, sólo que ahora bajo una forma distinta porque incluye en ese bloque, como aparato unificado, otros derechos indígenas diferentes al ordinario y lo hace en forma generalizada sin excluir a ninguno, lo cual garantiza al Estado la unidad y el principio de legalidad. Con este nuevo paradigma el Estado utiliza un nuevo mecanismo para reconocer que esos otros derechos, cuyos principios y procedimientos son distintos, comparten igual dignidad. || Se rompe así el monismo jurídico y se configura un mecanismo nuevo de integración formalmente jurídico de tipo igualitario en Colombia. (Sánchez, 2009, p. 40)

Se entiende, por consiguiente, que la flagelación es un acto que debe permanecer en el pasado, con la mayor inclusión posible y sin ningún tipo de distinción o preferencia, pues si la Constitución dota a todo colombiano de los mismos derechos, incluso para las comunidades indígenas, también debe revestirlas de deberes como el cumplimiento de ciertos derechos fundamentales, y más, tratándose de menores de edad.

## 4. La flagelación como mecanismo punitivo frente a la legislación nacional

Las múltiples manifestaciones del maltrato físico y psicológico de menores de edad es una de las grandes problemáticas que golpea al mundo en pleno siglo XXI, un siglo en el que ya no debería existir tal deshumanización, en el que el legado histórico, jurídico y cultural debería ser la directriz para no cometer los errores del pasado, y no un plano para retroceder. Al respecto, vale la pena traer a colación el comentario de Estrada Castro:

> La violencia criminal u homicida contemporánea llevada a sus extremos se manifiesta como un tipo violencia, cuya finalidad no es ya el acto de quitar la

> vida, sino la destrucción del cuerpo marcado por el simbolismo de crueldad como forma de atentar contra la dignidad y la condición humana, la cual es conceptualizada en este artículo como violencia ontológica. El cuerpo es un discurso social y, junto con la mente y espíritu, un elemento constitutivo de lo humano, por lo que su desaparición, tortura, mutilación y desmembramiento, verifica la desarticulación psicológica y social de la condición humana, convirtiendo el cuerpo del cadáver en un mensaje deshumanizante del horror social. (2016, p. 24)

Es en este aparte en el que se complica hablar de la flagelación o cualquier tipo de maltrato físico como un medio de aprendizaje o escarmiento, como se había venido empleando durante décadas, pues de esta forma se sigue escribiendo una historia en la que se esclaviza el cuerpo humano. Tal es la directriz en la que la miseria del castigo y del delito se vuelven una sola, de forma que su presencia usurpa la conciencia de la humanidad y refleja el "Si lo haces pagas", y no un pago dinerario o algo que resocialice al causante, sino algo con lo que se da un impacto social, en el que el castigo será aún más grande que el daño causado a la comunidad.

De este modo, la crueldad y el sadismo, ya sean la fuente primera de la violencia, ya surjan con ocasión de ella, parecen convocar interpretaciones que desembocan en la idea o en la imagen de una fuerza psíquica o de un disfrute eventual desencadenados, por ejemplo, al destruir al otro con las propias manos, de manera asesina y sangrienta, lo cual se asemeja a un delirio. Tales fenómenos parecen proceder de la activación de pulsiones arcaicas, originarias, prohibidas y ocultas, que se liberarían en circunstancias que autorizan su manifestación (Wieviorka, 2003, p. 160).

Es por esto que la flagelación no debe seguir siendo culturizada, ni se debe plantear como un arraigo tradicional de las comunidades indígenas, aun cuando se trate de rituales, pues si algo no cambia entre el humano civilizado y aquel que pertenece a otra forma de organización social es el concepto de castigo, de maltrato. Efectivamente, la historia de la humanidad inició con esto, con la guerra y el odio, tomando por su cuenta el cuerpo humano como la base del castigo, por cualquier acto que se considerase como violación a alguna regla, y es así como lo plasma el siguiente acápite al referirse a un tipo de gobierno.

> Una política deshumanizada y deshumanizadora refiere ciertos argumentos políticos que sobrepasaron la barbarie y la violencia con estrategias ínfimas de perversión y tiranía. Una política de Estado que se encargue del exterminio de sus opositores, ya sea por elementos étnicos, por salud pública, política o contrarrevolución indica la desesperanza y la falta de solidaridad y de compasión de los hombres hacia los "otros", estableciendo el mal radical y la reflexividad sobre la violencia, la crueldad y el terror. (Hernández, 2015, p. 15)

Lo anterior no se refiere solo a quienes están en condiciones óptimas para entender la legalidad de ciertos actos y lo que significa para ellos la barbarie, sino que contempla a toda la raza humana, a la que se conoció hace milenios, con reyes, con grandes monarcas, con imperios y aún a la civilización del siglo XXI, con todo y los resguardos y comunidades indígenas, que tienen el castigo como forma ya mecanizada, por un arraigo histórico; como lo refiere Münch:

> Anteriormente se hacía una ceremonia pública donde los acusados comparecían, a la que también se le llamó *auto de fe*. Los Castigos espirituales eran penitencias, ayunos, abstinencias y peregrinaciones. Las penas corporales podían Ser la muerte la flagelación, la cárcel y el exilio. Los penitentes eran montados a horcajadas en un burro, con una capucha en la cabeza donde se inscribían los delitos. Los reos estaban sometidos al ridículo público; mientras eran conducidos por las calles, el ejecutor los azotaba con golpes de correa. (Münch, 2010, p. 195)

De lo anterior es importante reconocer que no todo es horror y barbarie, pues la primera falta o problema en las comunidades indígenas no siempre se soluciona con azotes o maltratos físicos similares. Al igual que en el sistema sancionatorio colombiano, las comunidades indígenas también realizan la conciliación y los arreglos entre los jefes, mediante acuerdos de palabra y compromisos, pero en lo concerniente a nuestro trabajo es importante saber que

> En muchos de los casos las resoluciones imponen penas físicas (como baño de agua fría, ortigazos, latigazos, caminatas descalzas sobre piedras o espinas, el arrodillamiento sobre piedrecillas o maíz mientras se carga peso en los hombros) y/o el pago de multas. Se trata de un escarmiento público que censura, tanto a nivel general la acción delictiva, como el acto particular cometido por un integrante de la comunidad. En palabras de los y las entrevistadas, es un ejercicio "ejemplificador" y que "infunde miedo". Así, de cara a la comunidad, aparecen como medidas que disciplinan y llaman al orden social. Pero,

> al mismo tiempo, sostienen que es un castigo "para que [el sentenciado] se componga y entre de nuevo en las reglas". Aquí, antes que un acto puramente punitivo, habría una apuesta "rehabilitadora". (Pequeño, 2009, p. 83)

Además de la flagelación, existen muchos más castigos, como el cepo, una práctica bastante común de la ley indígena, que evidencia cómo las costumbres de las comunidades indígenas están arraigadas en procedimientos propios de la esclavitud (Barié, 2008). El castigo del cepo constituye un verdadero suplicio en el que las víctimas son mantenidas por uno, dos o más días con sus noches colgadas de las piernas, atrapadas del cuello o argolladas de las manos, sin permitírseles alimento alguno ni atender sus necesidades corporales. Esto genera un gran quebranto físico, razón por la que este castigo

> era aplicado por las autoridades indígenas, en cabeza del misionero y del Gobernador indígena, por los delitos de robo y hurto de ganado mayor y menor, por heridas causadas, por adulterios y amancebamientos, muy a pesar de que el Código Penal, por entonces vigente, contemplaba penas específicas para cada uno de los delitos en referencia y, según el mismo Comisario, el juzgamiento de esos delitos correspondía a los jueces ordinarios. (López, 2005, p. 64)

Esto hace referencia al problema de la jurisdicción que se considera competente en cada caso, al respeto y a la no violación de un régimen multijurídico, ya garantizado por la Constitución Política colombiana, al dotar a las comunidades indígenas de una jurisdicción especial, pero en sí al límite de esta, puesto que

> Argumentar que un asunto no se puede entregar a la jurisdicción especial indígena porque el homicidio es un hecho grave, es algo que no tiene validez jurídica alguna. La gravedad o no de un hecho, no se puede ni debe juzgar única y exclusivamente sobre la base de los parámetros culturales de la cultura, menos cuando bajo valores culturales ajenos; y que por tanto deben estar expresados con parámetros que válidamente sean justificados. Además, se está incurriendo en subjetivismos no propios de un debido proceso, pues lo que para una cultura pueda ser grave, es posible que para otra no. (Plaza, 2001, p. 25)

Los adelantos jurídicos o los avances que ha tenido la Constitución Política colombiana, como la inclusión de un Estado jurídico-cultural, no

pueden generar un retroceso histórico, es decir, el hecho de que se brinde autonomía propia de una legislación no puede entenderse como la supresión de un mandato supremo —como lo es la carta política— para estas comunidades, puesto que esta consagra los derechos fundamentales que están por encima de cualquier sistema permitido en el Estado colombiano.

> Colombia es un Estado social de derecho, lo que implica, sin duda, una nueva idea de aplicación de la justicia. El pensamiento del constituyente de 1991 concibió una actividad jurisdiccional eficaz, confiable y transparente a cargo de administradores de justicia de las diferentes jurisdicciones, comprometidos en proteger y garantizar a la persona los derechos sustanciales y las libertades consagradas en la Constitución Política y en la ley, con el objeto de alcanzar la convivencia social y la concordia nacional. (Bonilla et al., 2014, p. 11)

Por otro lado, uno de los puntos más discutidos es la igualdad en la que deben ser tratadas las diferentes jurisdicciones ya aceptadas por el Estado colombiano. En dicho punto, la premisa de igualdad entre iguales emerge con mayor fuerza, pues no se puede dotar de igualdad a una jurisdicción que no emerge de la mayor fuente (que es la carta política); es en esta última donde se fundan los límites de la primera. En otras palabras, se podría hablar de una igualdad entre distintas jurisdicciones indígenas, pero no de una igualdad entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria colombiana.

Esto dejó de ser llamado *la normalidad*, con la declaración de los derechos fundamentales y los límites al poder de cualquier Estado, y fue así como se incorporó a la humanidad una parte de la civilización. Lo anterior es la fuerza que da a entender que las comunidades indígenas, con sus mecanismos de penas y la barbarie de la flagelación, no pueden ser un retroceso en la historia y que el respeto a sus ancestros y a su cultura no pueden ser la pared que sostenga un acto teatral que conlleve solo a una faena y a un miedo imperioso, que pretendan impedir que se infrinja la ley. Al respecto, es claro que

> El artículo 246 de la Constitución colombiana les permite a los pueblos indígenas juzgar a sus propios afiliados, pues reconoce a las autoridades indígenas y las reviste de facultades judiciales, además de que despliega el concepto de alteridad cultural, cosmogónica y social. Actualmente el Estado colombiano asume una jurisdicción ordinaria que se aplica a todos los ciudadanos del país. Reconoce la jurisdicción indígena con sus propios métodos, castigos, correc-

> ciones y sanciones. Y, finalmente, restablece un Estado unitario que coordina y controla las dos jurisdicciones, es decir, delega una autonomía pero limitada a las normas nacionales. (Pepinosa, 2012, p. 489)

Sobre esta limitación de la que se habla en el acápite anterior incursionan varios problemas, dentro de los que se configuran las penas impuestas por las comunidades indígenas —en sus resguardos y su jurisdicción— a menores de edad. Huelga decir que si ya es un problema que se violente el cuerpo humano de una persona que ya ha cumplido la mayoría de edad y que tiene por lo menos cierta posibilidad más que un menor de edad de defensa (Fernández-Osorio & Pachón Pinzón, 2019), mucho más problemático resulta cuando situaciones como la flagelación se presentan en niños, niñas y adolescentes.

Stavenhagen, por su parte, refiere que

> muchos gobiernos consideran que la existencia de tales instituciones, diferentes de los mecanismos constitucionales o legales desarrollados por el Estado, constituye una forma de separatismo, una amenaza para la unidad nacional. La mayoría de los sistemas legales nacionales no reconocen las leyes e instituciones políticas indígenas. Por el contrario, pueden sostener que si ha de ser realidad la igualdad de todos ante la ley, tal como está establecida en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entonces ningún grupo étnico en particular deberá tener el derecho a sus propias instituciones políticas y legales en el marco del Estado. Pero muchos observadores han señalado que la igualdad ante la ley es una ficción piadosa cuando se trata de pueblos indígenas y tribales, y que uno de los mejores instrumentos con los cuales cuentan estos pueblos para la defensa de sus derechos humanos es precisamente la validez de sus propias instituciones. (1995, p. 58)

Por otra parte, la esclavitud del cuerpo en cualquier circunstancia y forma es un problema que se ha venido esclareciendo y tratando de limitar y acabar con reformas y creaciones como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño[11] de 1990 por las Naciones Unidas. Colombia, en efecto, es uno de los Estados ratificados en

11 "Artículo 19. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo" (Unicef, 1989).

dicha Convención, lo que la hace inherente al cumplimiento de cada uno de los derechos allí contemplados.

> Es mediante el poder para consentir y celebrar acuerdos que los Estados han creado un sistema político internacional y también han creado normas e instituciones para gobernar esas relaciones, es decir, es el derecho internacional que rige ese sistema. La autoridad fundacional del derecho internacional reside en el reconocimiento que los Estados han hecho como obligatorio para ellos y en el principio *pacta sunt servanda*, que se encuentra reflejado en la Convención de Viena sobre los tratados, al establecer que "todo tratado es obligatorio para las partes del mismo y debe ser respetado de buena fe". En la misma Convención en el artículo 27 se establece además que los Estados no podrán invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un tratado válidamente celebrado, todos los tratados de derechos humanos comportan para los Estados una serie de globalizaciones básicas. (Morlachetti, 2014, p. 32)

En correlación con lo anterior, se creó incluso la Convención contra la Tortura[12], que considera la flagelación como una forma de este suplicio, una de las más controvertidas por la ACNUDH (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos), pues refiere que

> De conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Teniendo en cuenta el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (ACNUDH, 1984)

Esto corresponde en gran medida al límite de la jurisdicción indígena en relación con la flagelación no solo de los menores de edad, sino de cualquier

12 "A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas" (ACNUDH, 1984, art, 1).

persona, sin importar su condición o incluso los actos cometidos por esta. Así lo respaldan la Convención contra la Tortura, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la carta política colombiana, que es norma prevalente para el cumplimiento de todas las comunidades y ciudadanos del país. El Estado, por su parte, garantiza que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria (García, 2010, p. 34).

Así, en sintonía con todo lo mencionado hasta este punto, se entiende que no se vulnera la jurisdicción indígena, al no permitírsele el uso de la tortura en los procesos de castigos fundados en las comunidades indígenas, en cuanto se les reviste a los jefes de las comunidades de plenas facultades jurisdiccionales para juzgar a sus miembros, pero esto sin olvidar los mínimos exigidos constitucionalmente.

## 5. El análisis de un caso de estudio

Para ilustrar lo que se ha dicho y explicado en el contexto de este capítulo, es importante ver algunos ejemplos reales de lo que se vive en las comunidades indígenas que hacen uso de estas prácticas como parte propia de su cultura. Una de las modalidades de tradición en estas culturas que acuden al látigo es referida por Perafán:

> Donde no existen circunstancias agravantes, el autor recibe un latigazo por cada una de las 25 autoridades comunales del Consejo gobernante. Los crímenes que merecen azotes en Toribio son aquellos considerados más serios: asesinato y robo. La sanción a menudo es aplicada conjuntamente con otras sanciones. El robo agravado podría causar hasta 5 latigazos por el alguacil, cinco años de trabajo en la empresa de la comunidad y la compensación por parte de los perpetradores a las familias de las víctimas, como en un caso en 1993 cuando un grupo de 8 hombres fueron responsables de 3 robos en la comunidad. (Perafán, 1995, p. 120)

Así mismo, el cepo, aunque no es tema concreto de este capítulo, sí está catalogado como otra de las manifestaciones de la tortura, y aunque es practicada ya por pocas comunidades, el Estado colombiano busca su abolición.

Para una mejor explicación del cepo, la misma comunidad indígena chami de docabu lo expresa con sus propias palabras:

> Dos pedazos de madera de 4" por 10" y 3,20 m de largo, con hasta veinte huecos cilíndricos de dimensiones pequeñas y grandes para acomodar los tobillos de personas de diferentes tamaños, de una manera tal que cada pedazo de madera forme la mitad de un cilindro, con el propósito de que cuando se juntan los dos pedazos de madera se formen los cilindros completos. Sobre el madero inferior se colocan las piernas, a la altura de los tobillos, para que el madero superior, al colocarse encima, coincidiendo con los huecos, atrape al preso dejándose flojo, con poca luz, el cual no se puede soltar porque por dichos cilindros no le caben los pies. Los maderos están unidos por un extremo con una bisagra y se aseguran por el otro con un candado... El cepo, utilizado continuamente, no es soportable por más de 24 horas. Por esta razón, muchas penas menores se castigan solamente con 12 o 24 horas de cepo. En penas más graves se pueden prescribir hasta ocho días de cepo, pero con periodos de descanso de una hora dos veces al día y con salidas adicionales a defecar y orinar. (Inksater, 2006, p. 32)

Los anteriores ejemplos son tan solo unos mínimos de tortura en relación con la forma de castigo usada en las comunidades indígenas (Ferré Olivé, 2009), con lo cual finalizamos este capítulo, porque es importante recordar que el objeto de la inclusión en un Estado plurijurídico siempre es avanzar tanto legal como socialmente, dando garantía y prevalencia a lo ya contemplado por la Constitución Política. Jamás se propenderá hacia un retroceso legal, cultural y social que se presente con la implementación de la *tortura* como castigo en las comunidades indígenas (Boaventura, 1987).

## Conclusiones

Finalmente, es posible establecer que existen aún dificultades en disponer un sistema plurijurídico, cuando no se entiende el verdadero límite que debe ser impuesto a cualquier disposición legal. En este sentido, cuando se reviste de facultades a un colectivo como el de las comunidades indígenas, se debe establecer y constituir con preceptos claros en cuanto a la supremacía constitucional, que permite establecer los rangos vinculantes de derechos y deberes sin exclusión ni distinción alguna.

Como elementos negativos en este proceso de reconocimiento de un sistema plural de sistemas normativos y jurídicos, podemos detallar algunas referencias puntuales:

a. Los pueblos indígenas no reconocen la Constitución Política como norma vinculante *a priori*, especialmente, en cuanto al respeto y el uso tradicional de sus propios valores normativos.
b. Se ha generado una serie de situaciones de confrontación entre dos sistemas normativos en Colombia, por lo cual es necesario establecer de forma clara la vinculación entre ambos, por cuanto los valores de legitimidad y legalidad no pueden ser excluyentes entre ambos sistemas.
c. El respeto por los *derechos fundamentales* de toda persona constituye un límite sobre la jurisdicción indígena, conforme lo estipula, por ejemplo, la Constitución Política peruana en su artículo 149 (Bermúdez-Tapia, 2017), patrón normativo que podría mejorar la percepción del conflicto entre jurisdicciones en Colombia.

## Referencias

Álvarez Calderón, C., & Fernández-Osorio, A. (Eds.). (2018). *Hacia una gran estrategia en Colombia: construcción de política pública en seguridad y defensa: Vol. 3. Pensamiento y cultura estratégica en Suramérica: un análisis de sus libros blancos de defensa*. Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova".

Arbeláez de Tobón, L. (2004). *La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el Sistema Judicial Nacional*. Consejo Superior de la Judicatura.

Arbeláez, A. (1993). *Anotaciones sobre derecho indiano*. Pontificia Universidad Javeriana.

Barié, C. (2008). Derecho indígena y medios alternativos de resolución de conflictos. *Urvio, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, 3*, 110-118. https://doi.org/10.17141/urvio.3.2008.1077

Bartolomé de las Casas. (2011). *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. NoBooks.

Becerra, C. (2006). La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa. *El Otro Derecho, 35*, 213-136.

Bermúdez-Tapia, M. (2011). Análisis del manejo del desarrollo legislativo y temático de la consulta a pueblos indígenas. *Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia, 39*(4), 27-40.

Bermúdez-Tapia, M. (2017). La evaluación jurisdiccional de Derecho y condiciones de una comunidad campesina. *Gaceta Civil & Procesal Civil, 49*, 63-76.

Boaventura, S. (1987) Law: a map of misreading: toward a postmodern conception of law. *Journal of Law and Society, 14*(3), 279-302. https://www.jstor.org/stable/1410186

Bonilla, L., Corredor Gómez, N. G., & Morales Moreno, L. F. (2014). *Tensiones entre la jurisdicción especial indígena y la justicia ordinaria y como lo visibilizan los medios de comunicación colombianos* [Tesis de pregrado]. Universidad Santo Tomás. https://repository.usta.edu.co/handle/11634/330

Cabedo Mallol, V. (2004). De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena. *Política y Cultura, 21*, 73-93.

Carbonell, M. (2003). La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 36*(108), 839-861.

Consejo Regional Indígena del Cauca. (1986). *Legislación indígena: Comunidad Bienes Cauca*.

Del Pueblo, D. (2014). *Crisis humanitaria en Chocó: diagnóstico, valoración y acción de la Defensoría del Pueblo.* Imprenta Nacional de Colombia. http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/crisisHumanitariaChoco.pdf

Duquelsky, D. (2003). Yo, Ovidio González Wasorna y el mito de la protección constitucional del derecho indígena. *Cartapacio, 4*(5), 3-44.

Estrada Castro, L. J. (2016). La escritura del horror en los cuerpos: violencia ontológica y simbolismo de crueldad. *Estudios Políticos, 37,* 57-80. https://doi.org/10.1016/j.espol.2016.02.003

Fernández, E. (Ed.). (2017). *Justicia y pueblos indígenas: jurisprudencia, ritos, prácticas y procedimientos*. Corte Suprema de Justicia.

Fernández-Osorio, A. (2018). El papel del Ejército Nacional de Colombia para el fortalecimiento de la paz en el posacuerdo con las FARC. En L. Cabrera, & M. Corcione Nieto (Eds.), *Aportes y retos en el posacuerdo: una perspectiva desde las ciencias militares*. Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova".

Fernández-Osorio, A., & Pachón Pinzón, R. (2019). Reconciliation perspectives in Colombia: Characterizing the 2016 Peace Agreement with the FARC. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad, 14*(1), 31-56. https://doi.org/10.18359/ries.3356

Ferré Olivé, J. C. (2009). Diversidad cultural y sistema penal. *De Jure: Revista Jurídica do Ministerio Público do Estado de Minas Gerais, 22*, 23-42.

Ferre, J. C. (2008). Diversidad cultural y sistema penal. *Revista Penal, 22*, 33-42.

Flores, D. (2011). *La justicia indígena y sus conflictos con el derecho ordinario.* Equipo Jurídico INREDH.

García, F. (2010). *Formas indígenas de administración de justicia*. FLACSO.

Gros, C. (1993). Derechos indígenas y nueva Constitución en Colombia. *Análisis Político*, *19,* 8-24. https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/75176

Hernández, L. (2015). El terror en los orígenes del totalitarismo y la política de la muerte. *Ciencias Sociales y Educación, 4*(8), 43-60.

Herreño, Á. L. (2004). Evolución política y legal del concepto de territorio ancestral indígena en Colombia. *El Otro Derecho, 31-32*, 247-272.

Inksater, K. (2006). *Resolviendo tensiones entre derecho indígena y normas de derechos humanos a través del pluralismo juri-cultural transformativo* [Tesis de maestría]. Universidad de Ottawa.

Jarakirore, D. (2010). *Resguardo indígena la cristalina etnia embera chami con Resolución Nº. 113 del 21 de septiembre de 1993*. Ministerio del Interior. https://bit.ly/2zp8exi

Jaramillo, E. (2008). *La mutilación de clítoris a niñas emberas: un debate necesario*. Servindi. https://www.servindi.org/node/41729

Lillo, R. (2010). El Convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas. *Defensorías Regionales: Minuta Regional, 1,* 3-23. https://bit.ly/36qrPJy

López, A. (2005). El Valle de Sibundoy: el despojo de una heredad. Los dispositivos ideológicos, disciplinarios y morales de dominación. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura, 32*, 51-73.

Marrugo, N. (2007). Las mutilaciones sexuales de las niñas indígenas embera chami, el multiculturalismo y los derechos fundamentales. *Justicia Iuris, 8*, 41-44.

Martínez A., & Noguera, D. (2017). Garantía de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en el multinacionalismo y el neoconstitucionalismo. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política, 11*(2), *19-51.* http://dx.doi.org/10.14718/novumjus.2017.11.2.2

Martiré, E. (2003). Algo más sobre derecho indiano: entre el *ius commune* medieval y la modernidad. *Anuario de Historia del Derecho Español, 73,* 231-264.

Mora, D. (2003). *Bases conceptuales de la jurisdicción especial indígena* [Tesis de pregrado]. Pontificia Universidad Javeriana.

Moreno, C. (2007). Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones. *Foro, Revista de Derecho, 8*, 179-189. https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/341

Morlachetti, A. (2014). La Convención sobre los Derechos del Niño y la protección de la infancia en la normativa internacional de derechos humanos. En F. Beltrão, J. Monteiro, B. Filho, J. Gómez, I. Pajares, E. Paredes, & F. Zúñiga (Coords.), *Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior.

Münch, G. (2010). La religiosidad indígena en el obispado de Oaxaca durante la Colonia y sus proyecciones actuales. *Anales de Antropología, 19*(2), 185-205. http://dx.doi.org/10.22201/iia.24486221e.1982.2.16486

Peña Chivatá, C., Sierra-Zamora, P. A., & Hoyos Rojas, J. C. (2019). La política de fronteras de Colombia ante las nuevas amenazas de seguridad y defensa. *Revista Científica General José María Córdova, 17*(28), 773-795. https://doi.org/10.21830/19006586.473

Pepinosa, H. E. (2012). Una mirada al concepto de justicia desde la cosmovisión indígena de los pastos. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 42*(117), 481-514.

Pequeño, A. (2009). Violencia de género y mecanismos de resolución comunitaria en comunidades indígenas de la sierra ecuatoriana. En M. Lang, & A. Kucia (Comps.), *Mujeres indígenas y justicia ancestral*. Flacso.

Perafán, C. (1995). Sistemas jurídicos páez, kogi, wayúu y tule. *Revista de Estudios Sociales, 1*, 128-129. https://doi.org/10.7440/res1.1998.27

Plaza, C. (2001). Jurisdicción especial indígena: competencia. *BIRA: Boletín del Instituto Riva-Agüero, 28, 117-138.*

Ramírez, S. (2005). Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena. *Iura Gentium, 1*(1), 1-15.

Rojas, B., Sánchez, E., Roldán, R., & Sánchez, M. (1993). *Derechos e identidad. Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia*. Disloque.

Rueda Carvajal, C. E. (2008). El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. El debate de la coordinación. *Estudios Socio-Jurídicos, 10*(1), 339-374.

Sánchez, E. (2005). Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, *41*, 227-250.

Sánchez, E. (2009). La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia. *Nueva Antropología*, *22*(71), 31-49. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0185-06362009000200003&script=sci_abstract

Stavenhagen, R. (1990). Derecho consuetudinario indígena en américa latina. En *Entre la ley y la costumbre*. Instituto Indigenista Interamericano (III) y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

Stavenhagen, R. (1995). Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional. *Revista IIDH, 10*, 39-64.

Unicef. (1989). *Convención Sobre los Derechos del niño*. https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx

Villegas, M. (2014). Sistemas sancionatorios indígenas y derecho penal: ¿subsiste el az mapu? *Política Criminal, 9*(17), 213-247. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000100007

Vivar, M. E. (2015). *La justicia indígena y su repercusión en el juzgamiento de conductas indebidas y la violación de los principios contemplados en la constitución de la República del Ecuador* [Tesis de pregrado]. Universidad de Cuenca.

Wieviorka, M. (2003). Violencia y crueldad. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 37*, 155-171. https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/1089/1287

Yrigoyen, R. (2000). Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador). *Revista Pena y Estado, 4.* https://bit.ly/2ZEr66t

## Jurisprudencia

Colombia, Corte Constitucional. (1993). Sentencia T-380. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional. (1994). Sentencia T-254. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-139. MP Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional. (1996). Sentencia T-349. MP Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional. (1996). Sentencia T-496. MP Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional. (1997). Sentencia T-523. MP Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional. (2001). Sentencia T-1127. MP Jaime Araujo Rentería.

Colombia, Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-370. MP Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia, Corte Constitucional. (2019). Sentencia T-208. MP Carlos Bernal Pulido.

## Referencias normativas

Colombia, Congreso de la República. (1990). Ley 52. Por la cual se establece la estructura orgánica Marco del Ministerio de Gobierno; se determinan las funciones de sus dependencias; se dictan otras disposiciones y se conceden unas facultades extraordinarias. Art 17.

Colombia, Congreso de la República. (2000). Ley 599. Por la cual se expide el código penal Colombiano. Art. 33.

Constitución Política de Colombia. (1991). Legis Editores (42 ed., 2019).

## Tratados internacionales

ACNUDH. (1984). Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Adoptada y Abierta a la Firma, Ratificación y Adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre.

Esta página queda intencionalmente en blanco

# La humanización del proceso en el trámite en la Jurisdicción Especial de Paz: un factor de legitimidad de la justicia[1]

3

https://doi.org/10.21830/9789585284883.03

*Manuel Bermúdez-Tapia*[2]
Universidad Privada San Juan Bautista

*Paola Alexandra Sierra-Zamora*[3]
Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova"

*Julián Alberto Cardona Espinosa*[4]
Escuela de Aviación del Ejército

1 Este capítulo hace parte del trabajo colaborativo de dos proyectos de investigación: 1) "Perspectivas en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario para el Ejército Nacional de Colombia" del Grupo de Investigación en Aviación Militar de la Escuela de Aviación del Ejército, registrado con el código COL0077618 y categorizado en C por Minciencias, y 2) "Relaciones civiles-militares en Colombia: una aproximación a los roles de las Fuerzas Militares" del Grupo de Investigación en Ciencias Militares de la Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", registrado con el código COL0082556 y categorizado en B por Minciencias. Los puntos de vista pertenecen a los autores y no reflejan necesariamente los de las instituciones participantes.

2 Abogado (magna cum laude) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho y PhD en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor-investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Orcid: http://orcid.org/0000-0003-1576-9464 - Contacto: manuel.bermudez@upsjb.edu.pe

3 Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de València, España. PhD (c) del Programa de Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de Valéncia, España. Investigadora del "Grupo de Investigación en Ciencias Militares" de la Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova". Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3146-7418. Contacto: paola.sierra@esmic.edu.co

4 Coronel del Ejército Nacional de Colombia. Especialista en Seguridad y Defensa Nacionales, Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto", Colombia. Especialista en Administración de Recursos Militares para la Defensa Nacional y en Ciencias Militares para el Planeamiento, Centro de Educación Militar, Colombia. Especialista en Gerencia de Talento Humano, Universidad Sergio Arboleda, Colombia. Profesional en Ciencias Militares, Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", Colombia. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-1187-1739 - Contacto: julian.cardona@buzonejercito.mil.co

## Introducción

Producto de la inserción de conceptos constitucionales de defensa de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, el proceso judicial (en general) se ha visto inmerso en constantes reformas y readaptaciones de sus propios contenidos con el fin de optimizar sus alcances, principalmente, al ser tomado como un mecanismo para impartir justicia (Uprimny, 2006).

De esta manera, los valores constitucionales de tutela de derechos fundamentales se han vinculado al ámbito procesal y se ha mejorado la concepción y aplicación de principios como *el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva, la imparcialidad judicial y la procura de la economía procesal,* entre otros (Casal, 2008).

Sin embargo, entre estos principios existe todavía una consideración más práctica que teórica, que no permite señalar una equivalencia entre ellos, debido sobre todo a la manera como se desarrolla la implementación e inicio de actividades en Colombia de la Jurisdicción Especial para la Paz (Sierra-Zamora & Jiménez Barrera, 2019).

En este contexto, desarrollaremos un aspecto poco valorado en el ámbito del servicio de impartición de justicia que desarrollan las entidades vinculadas al ámbito jurisdiccional. Dicho ámbito hace referencia a la manera en que estas entidades valoran la condición del justiciable respecto del *factor temporal* del desarrollo del proceso.

El tiempo es por tanto un factor sumamente importante que puede provocar la ampliación de situaciones de desventaja, perjuicio o lesión de derechos complementarios que usualmente no logra ser analizado diligentemente, dado que se ponderan otros principios de naturaleza procesal y constitucional mucho más relevantes a criterio de la doctrina, pero que esencialmente no logran atender las necesidades de quienes están involucrados en una situación negativa a consecuencia de terceras personas.

## 1. El tiempo excesivo del proceso como perjuicio al concepto de "sujeto de derecho"

El trámite de un proceso judicial, sin importar su naturaleza, permite observar una condición sumamente específica: se desarrolla en un plazo

relativamente *extenso,* frente al parámetro temporal que es determinado por la normatividad procesal (Gozaíni, 2016). Esta situación, es conocida por la comunidad en forma general y hace parte de un valor referencial que incide en la evaluación de sus derechos (Lanzarote Martínez, 2005). De este modo, se genera una situación muy particular en el ciudadano que participa en un proceso en cualquiera de sus dos niveles (demandante o demandado; imputado o víctima en un proceso penal), al estar inmerso, y prácticamente atado de manos, ante las entidades que conforman el Sistema de Impartición de Justicia, porque la indeterminación de un derecho, obligación o condición, se encuentra pendiente de una decisión definitiva en un periodo de tiempo cuya proyección es imponderable.

Sobre estas líneas es posible identificar el impacto negativo que recae sobre el ámbito de la práctica de la Jurisdicción Especial de Paz (en adelante, JEP), en particular, cuando se tiene que analizar el contexto sociofamiliar de las víctimas, cuyos "sucesores" deben participar de un proceso judicial, en vez de que lo haga el familiar afectado en sus derechos, lo que amplía el factor negativo en la impartición de justicia (Bermúdez-Tapia, 2014a)

Nótese que la *sucesión procesal* no puede atender el problema humano que asume la persona que continúa el trámite judicial y que, eventualmente, así sea indemnizado o compensado, esta acción no podrá atender el factor psicológico y personal de quien ya no cuenta con el familiar que ha sido víctima o se le ha lisiado su derecho.

Se añade negativamente a esta situación, la amplitud de la *ejecución de una sentencia,* que implica un mayor tiempo del propio proceso, con lo cual resulta objetiva la condición perjudicial en el justiciable: a pesar de ser *victorioso* en la instancia judicial, resulta *víctima* de las condiciones internas y externas del sistema de impartición de justicia, que incluye a la JEP (Rodés Mateu, 2009).

En este punto, consideramos que el valor y legitimidad que tendrá la JEP no podrá atender debidamente las iniciales pretensiones de los sucesores de muchas víctimas del conflicto armado interno (Sain, 2018), pero eventualmente podrá asumir un rol proactivo en la tutela de aquellos derechos que merecen ser develados, porque en la actualidad han quedado en la sombra.

Además, frente a estas condiciones, en el ámbito de la justicia ordinaria, también puede ocurrir otra situación particular, que es la ejecución de recursos ante diferentes órganos jurisdiccionales, con lo cual se podría

provocar la intervención de otros órganos jurisdiccionales, sin que ello implique una situación final, porque de por medio se debe entender que las resoluciones que dichas instancias deberán ser actuadas por los órganos jurisdiccionales de primera instancia. La opción de ampliar este contexto procesal a la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en forma conjunta evidenciaría que estamos ante una situación de temporalidad sumamente prolongada (Padrón & Correa, 2018, p. 43), factor que desnaturaliza el sentido de *tutela judicial efectiva* (Pérez del Blanco, 2003, p. 171).

El tiempo en evaluación permite considerar que el ciudadano deja de ser una figura de tutela (sujeto de derechos), porque la ambigüedad de su condición frente a un tercero, sea cual fuere esta, no provoca un nivel de seguridad en sus acciones tanto personales como sociales, y ello restringe en esencia sus propias condiciones personales (Rosales, 2008, p. 75).

Consideramos, en este contexto, la necesidad de reevaluar dos condiciones autónomas pero complementarias entre sí, que se vinculan con el ámbito temporal en el que se desarrolla un proceso judicial: el *plazo razonable* en el cual se debe desarrollar un procedimiento judicial y el *principio de la economía procesal,* que señala una metodología en función de las condiciones de los derechos en cuestión y el procedimiento jurisdiccional aplicable.

## 2. La determinación y evaluación de un plazo razonable

Observamos que el proceso judicial, en cualquier especialidad y ámbito competencial, está vinculado a una esfera constitucional de tutela de los derechos básicos y referenciales de toda persona en el ámbito jurisdiccional y que, por ello, se estructuran y relacionan —a partir del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva— una serie de derechos que actúan como un conjunto de principios y disposiciones de carácter normativo y procedimental. Sin embargo, esta situación nos permite analizar la *legitimidad funcional* de la JEP en el ámbito de la impartición de justicia, con base en la evaluación de la garantía del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efec-

tiva aplicables al propio proceso en curso, porque esencialmente los hechos que deberá atender se han ejecutado en un periodo de tiempo sumamente amplio y distante de la actualidad (Eser et al., 2018, p. 13).

A partir de dicha evaluación, observamos un resultado negativo, principalmente, por las condiciones que afectan el desarrollo oportuno en términos temporales de los procesos judiciales en la JEP, debido a la carga procesal que tiene y que se incrementará en los próximos años. Sea cual fuere la consecuencia, el resultado provoca una situación de crisis del propio sistema en general, por cuanto el *plazo* que debe corresponder a la tramitación ordinaria de un proceso se excede en cuanto a los tiempos establecidos, puesto que la normatividad procesal se extiende en el tiempo y no se da una evaluación de este aspecto en el proceso (Salazar Murillo, 2003).

Frente a la realidad descrita, resulta necesario analizar el concepto del *plazo razonable* como elemento teórico vinculante para el propósito del presente trabajo, especialmente, cuando se procura darle una categoría que satisfaga a la ciudadanía, razón por la cual se hace referencia al término *humanización*. Para ello, utilizaremos algunos conceptos del derecho constitucional y del derecho procesal civil con el fin de evaluar su naturaleza jurídica, de forma que sea posible ampliar sus alcances al final de la presente investigación.

En el ámbito constitucional, por interpretación de los principios del debido proceso y tutela judicial efectiva, se puede apelar a derecho que tienen todas las personas a que se determine su situación jurídica dentro de un plazo razonable (Cáceres Malagón, 2019). Dicha limitación, sin embargo, debe interpretarse en un sentido amplio, porque si advertimos que, dentro de una interpretación sistemática, el plazo razonable corresponde a una vinculación y referencia al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, nuestra posición podría encontrar un elemento de referencia vinculante son el ámbito jurisdiccional.

Dada la ambigüedad que puede significar una ausencia normativa, detallaremos los principales elementos referenciales sobre el punto en cuestión, para así proporcionar un elemento vinculante de análisis. El *plazo razonable* es distinto al *plazo legal*, debido principalmente a que el primero no se encuentra establecido claramente en norma alguna y porque su duración debería ser menor al plazo establecido por la ley (Corte IDH, 2004). En cambio, el plazo

legal sí se encuentra regulado por la ley como referencia general y no podría decirse que su inobservancia signifique la vulneración del plazo razonable, pero sí se constituye en un indicio. Con base en estos elementos, Bermúdez-Tapia desarrolla los siguientes aspectos procesales aplicables a la identificación teórica de los *tiempos y plazos* (2014b).

a. *El plazo legal*

Es un elemento importante, indistintamente de la condición a la cual se le esté determinando: un proceso constitucional, civil, de familia, penal o administrativo. En este sentido, advertimos que algunos plazos establecidos en la ley procesal debieran ser asimilados por los magistrados para lograr discernir los plazos máximos establecidos por la ley.

b. *El plazo máximo*

Este elemento está vinculado sobre todo al ámbito de los plazos de caducidad, de lo que se pudo o debió hacer; salvo que la ley admita una prórroga al plazo ya fenecido. Por tratarse de una situación de mucha importancia en el ámbito procesal (sobre todo, en el penal), resulta necesario citar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Acosta Calderón, en el que esta precisó que la razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del proceso, es decir, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.

> 107. […] cabe destacar que un proceso penal, de conformidad con lo que disponía el Código de Procedimiento Penal de 1983, el cual era aplicable a la presunta víctima, no debía exceder de cien días. Sin embargo, en el caso del señor Acosta Calderón, se extendió por más de cinco años sin que existieran razones que pudieran justificar tal demora. (Corte IDH, 2005)

c. *El plazo prudencial*

Este elemento queda determinado, en especial, cuando se regulan condiciones en las cuales se evalúa la restricción de un derecho o la determinación de una condición a favor de una persona en el proceso. En este sentido, se podría señalar como *plazo prudencial* la ejecución de una serie de condiciones materiales para la validación de una condición de aptitud en un tiempo relativamente corto.

d. *Plazo distinto o irrazonable*

Este plazo se da en función a las condiciones, características, complejidad y circunstancias de los hechos que son objeto de una investigación, generalmente, de naturaleza vinculable a situaciones propias de la interacción de las partes.

e. *Plazo no mayor*

Es aquel que se establece, principalmente, cuando existe una condición que debe ser confirmada o actuada en el ámbito procesal, por ejemplo, una ampliación de una investigación o la determinación de una *carga procesal*: el periodo para la atención, tacha o contradicción de un medio probatorio proporcionado por la contraparte, ajeno a las pruebas contenidas en la demanda.

## 3. La evaluación de la economía procesal en el ámbito del análisis temporal del trámite de un proceso

La *economía procesal* es un principio que hace alusión a un procedimiento por el cual se debe lograr que el proceso judicial se desarrolle con el menor empleo posible de actividades, recursos y tiempos en el órgano jurisdiccional. Dicho esquema referencial, menciona tres condiciones particulares:

a. Un mínimo de intervenciones o actividades por parte de los órganos jurisdiccionales, a efectos de no provocar el alargamiento del proceso en forma innecesaria, con lo cual el principio de imparcialidad judicial pueda verse afectado.
b. El uso de limitados recursos en la ejecución del proceso, recursos que pueden ser diferenciados como:
    i. *Económicos*. En principio, porque la actividad judicial implica en los justiciables la necesidad de contar con una asesoría legal que, según la complejidad del tema en evaluación, puede requerir la intervención de otros actores procesales o la ejecución de actividades particulares para la obtención de los elementos probatorios necesarios para ganar un recurso a su favor.
    ii. *Humanos*. En principio, para no provocar un mayor daño en las partes procesales.

iii. *Temporales.* En función a las condiciones de los ciudadanos que son partes procesales, por cuanto la *valoración del tiempo dispuesto en el desarrollo del proceso* no implica necesariamente una condición negativa en el ámbito jurisdiccional, dado que este resulta ajeno a las condiciones en las cuales se determine la incertidumbre jurídica o el conflicto de intereses.

En este contexto, es el ciudadano quien evalúa las condiciones negativas en las que un proceso puede desarrollarse, en particular, porque el exceso en el tiempo empleado lo perjudica en forma directa. Téngase en cuenta que los recursos empleados en el desarrollo de un proceso en múltiples ocasiones supera el *quantum* de la materia en evaluación judicial.

Dicha afectación por el uso de un recurso tan complejo como es el tiempo en el trámite jurisdiccional provoca, en múltiples situaciones, una *reacción procesal* negativa para los intereses del justiciable, la cual está expresamente vinculada al ámbito de figuras procesales como el *abandono, la cesión de derechos* o *la ejecución de procesos de transacción de derechos y obligaciones bajo condiciones peyorativas.*

c. La ejecución de una evaluación jurisdiccional eficaz, que implique la decisión del órgano jurisdiccional en una sentencia que defina sobre el fondo de la causa en una única oportunidad. Con esto, la indecisión jurídica del caso y una eventual acción dilatoria no provocarían una mayor afectación al justiciable, toda vez que el conflicto de intereses debería haberse resuelto. Sin embargo, el principio en sí mismo resulta cuestionado por el propio desarrollo del proceso judicial, que está plagado de condiciones internas y externas que limitan su eficacia en cuanto una evaluación temporal.

Entre las condiciones negativas internas de un proceso judicial en la JEP, podemos mencionar la siguiente relación que amplía el plazo temporal en la emisión de una resolución judicial definitiva:

i. La recurrencia en abuso de recursos impugnatorios a los que las partes acceden ante una decisión judicial. A pesar de que existen mecanismos particulares para dotar de eficacia temporal a una decisión

judicial, los magistrados poco pueden hacer ante la acción litigiosa de una parte procesal. Téngase especial cuidado en la evaluación de los *hechos,* muchos de los cuales ya han sido ventilados en el ámbito jurisdiccional ordinario y eventualmente no han generado una satisfacción para las víctimas en forma objetiva, especialmente, porque en los lugares donde se presentaba el conflicto armado interno no se brindaban las condiciones apropiadas para desarrollar un proceso judicial en forma objetiva y diligente.

ii. La aplicación de recursos suspensivos de plazos provocados por la intervención de las partes procesales, lo que amplía el plazo de determinación de la controversia jurídica.

Conforme a la proyección institucional de la JEP, es posible prever que en muchos procesos en trámite se observe el tránsito de medidas dilatorias o de impugnación de resoluciones admisorias por parte de la defensa de la parte acusada o denunciada, especialmente en función de la indeterminación de los hechos (Fandiño, 2018).

iii. La mala apreciación de los derechos, obligaciones, condiciones y elementos del proceso por parte del juzgador, ante lo cual las partes procesales plantean las apelaciones respectivas. Téngase en cuenta el contexto social y coyuntural que se produjo en Colombia en pleno conflicto armado interno, situación que justifica nuestra posición.

En el ámbito de las condiciones negativas externas a un proceso judicial, podemos mencionar las siguientes:

i. La sobrecarga judicial de la JEP, situación que incidirá sobre todo en la temporalidad para la emisión de la decisión (Umaña Hernández, 2018).

ii. La actuación diligente y oportuna de las pruebas de oficio, que en múltiples oportunidades limitarán la propia legitimidad del juez, porque se debe tomar en cuenta el contexto alejado respecto el tiempo de los hechos. En forma objetiva, este factor puede provocar un nivel de inseguridad sobre un punto en particular, hecho que puede ser empleado en términos procesales por una contraparte procesal al plantear la prevalencia del *principio de inocencia.*

En conjunto, entonces, observamos que el *sujeto de derechos* que es la parte procesal no recibirá una atención diligente, eficiente, oportuna y proporcional a los hechos de la jurisdicción por parte de la JEP, tanto por cuestiones de fondo como de forma, y ello provoca necesariamente un severo cuestionamiento a los niveles de *eficacia* del servicio prestado.

## 4. Una propuesta de humanización del proceso en la JEP

Dado que el proceso judicial en su propia esencia no cumple con los objetivos que la sociedad procura alcanzar, la reforma del actual entendimiento de la ejecución de plazos temporales y evaluación del tiempo en el que se desarrolla un proceso —desde la interposición de la demanda hasta la ejecución de la sentencia— requiere de un nuevo ámbito de comprensión, al que se debe agregar un *factor humano de sensibilidad* ante la evaluación de los hechos por cuanto se atenderán casos propios de un conflicto armado interno (Imbeault, 2018).

En esencia tal comprensión exige que al justiciable se le reasigne su condición de *sujeto de derecho*, para que así la JEP no considere intrascendente el *tiempo en el que se determina una controversia jurídica o conflicto de intereses* (Vélez Rodríguez, 2017). Solo de esta manera se puede dotar de un nivel de eficacia al instrumento que procura alcanzar la *paz social* (Baquer, 1988, p. 215), que es el principal elemento de institucionalidad de la JEP.

Dicha situación implicará que se procure mejorar el servicio de impartición de justicia a través de la ejecución de acciones complementarias, como la mejoría en la sustentación de una decisión judicial que limite las acciones impugnatorias de las partes vencidas, para que de este modo el justiciable no se vea afectado por condiciones ajenas al proceso en la defensa de sus derechos, condiciones e intereses.

Solo cuando un proceso judicial se desarrolla teniendo como premisa básica la atención del justiciable en términos razonables, la propia determinación de derechos y obligaciones que se deriven de la sentencia tendrá una vigencia material, social y humana, con lo cual el sistema de justicia se legitima y se percibe una mejoría en la efectividad del *Estado de derecho* en el país.

Como se ha visto, la evaluación de la temporalidad en el desarrollo de un proceso judicial no es solo una cuestión referencial en términos procesales (Rodés Mateu, 2009), sino que implica también una severa crítica a la propia legitimidad de los principios constitucionales aplicables al proceso que, al ser relativizados, provocan la sensación de que jueces y fiscales están evaluando *situaciones teóricas,* deshumanizando a los sujetos procesales, como el demandante, el demandado, la víctima, el tercero civilmente responsable, etc.

## Referencias

Baquer, M. A. (1998). Las últimas campañas de ultramar. *Arbor*, *160*(630), 215-236. https://doi.org/10.3989/arbor.1998.i630.1744

Bermúdez-Tapia, M. (2014a). El plazo razonable y su especial importancia en los procesos de familia. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional, 80*, 172-178.

Bermúdez-Tapia, M. (2014b). La humanización del proceso en la búsqueda de una economía procesal eficiente. *Actualidad Jurídica, 244*.

Cáceres Malagón, J. (2019). *La garantía del plazo razonable en la duración de los procesos. Sobre la duración de los procesos judiciales en Colombia conforme al Código General del Proceso.* Editorial Académica Española.

Casal, J. (2008). *Los derechos humanos y su protección: estudio sobre derechos humanos y derechos fundamentales.* Universidad Católica Andrés Bello.

Corte IDH. (2004). Caso Ricardo Canese vs. Paraguay del 31 de agosto de 2004. http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=218

Corte IDH. (2005). Caso Acosta Calderón vs. Ecuador del 24 de junio de 2005. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf

Eser, A., Knust, N., Neumann, U., & Alvarado, Y. (2018). *¿Es injusta la justicia transicional?* Universidad Externado de Colombia.

Fandiño Bohórquez, A. (2018). *Participación de las víctimas en la Jurisdicción Especial para la Paz ¿Verdadera participación?* Universidad Libre.

Gozaíni, O. (2016). *Garantías, principios y reglas del proceso civil.* Eudeba.

Imbeault, M. (2018). El destino de los civiles en la nueva guerra justa. Una perspectiva canadiense. *Revista Científica General José María Córdova, 16*(22), 23-36. https://doi.org/10.21830/19006586.322

Lanzarote Martínez, P. (2005). *La vulneración del plazo razonable en el proceso penal.* Comares.

Padrón, F., & Correa, M. (2018). ¿El Estado constitucional en jaque? Universidad Externado de Colombia.

Pérez del Blanco, G. (2003). *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: doctrina y formularios.* Del Blanco

Rodés Mateu, A. (2009). *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento en el ordenamiento jurídico español.* Atelier.

Rosales, E. (2008). *Sistema penal y acceso a la justicia.* Universidad Central de Venezuela.

Sain, M. F. (2018). ¿Militarización del control del narcotráfico en Argentina? *Revista Científica General José María Córdova, 16*(24), 61-82. https://doi.org/10.21830/19006586.366

Salazar Murillo, R. (2003). *Justicia pronta y mecanismos alternativos: soluciones alternativas, abreviado y plazo razonable en la jurisprudencia penal y constitucional.* Investigaciones Jurídicas.

Sierra Zamora, P. A., & Jiménez Barrera, L. V. (2019). Genealogía de la tortura en Colombia: una mirada desde los derechos humanos. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política, 13*(2), 131-142.

Umaña Hernández, C. (2018). *La justicia al encuentro de la paz en contextos de transición: reflexiones actuales para desafíos colombianos.* Universidad Externado de Colombia.

Uprimny, R. (2006). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal.* Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Vélez Rodríguez, L. (Ed.). (2017). *Sociedad y fuerza pública ante los retos de la paz, Justicia Transicional, víctimas y consolidación democrática.* Grupo Editorial Ibáñez.

# La viabilidad de la ejecución de las reparaciones a favor de las víctimas en las sentencias de la Jurisdicción Especial de Paz[1]

4

https://doi.org/10.21830/9789585284883.04

*Manuel Bermúdez-Tapia*[2]
Universidad Privada San Juan Bautista

*Paola Alexandra Sierra-Zamora*[3]
Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova"

*Yarbey Arles Jaramillo Pérez*[4]
Escuela de Aviación del Ejército

1 Este capítulo hace parte del trabajo colaborativo de dos proyectos de investigación: 1) "Perspectivas en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario para el Ejército Nacional de Colombia" del Grupo de Investigación en Aviación Militar de la Escuela de Aviación del Ejército, registrado con el código COL0077618 y categorizado en C por Minciencias, y 2) "La legitimidad de las Fuerzas Militares en la geopolítica nacional e internacional de Colombia" del Grupo de Investigación en Ciencias Militares de la Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", registrado con el código COL0082556 y categorizado en B por Minciencias. Los puntos de vista pertenecen a los autores y no reflejan necesariamente los de las instituciones participantes.

2 Abogado (magna cum laude) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho y PhD en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor-investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Orcid: http://orcid.org/0000-0003-1576-9464 - Contacto: manuel.bermudez@upsjb.edu.pe

3 Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de València, España. PhD (c) del Programa de Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de Valéncia, España. Investigadora del grupo de investigación Ciencias Militares de la Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova". Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3146-7418. Contacto: paola.sierra@esmic.edu.co

4 Sargento Mayor del Ejército Nacional de Colombia. Pertenece al Arma de Aviación en la especialidad de Apoyo a Operaciones y en las subespecialidades de Control de Tránsito Aéreo y Seguridad Operacional. Se ha desempeñado como investigador de accidentes aéreos e investigador de factores humanos en actividades de aviación. Auditor de Seguridad Operacional (SMS) y auditor HSEQ. Ha adelantado estudios en el Centro de Estudios Aeronáuticos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil de Colombia, en el Instituto de Investigación en Seguridad y Factores Humanos ESM de España, en la Universidad de Barcelona, en el Centro de Excelencia de Aviación del Ejército de los Estados Unidos y en el Augban College de los Estados Unidos. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-6803-6291- contacto: yarvey.jaramillo@buzonejercito.mil.co

## Introducción

La tutela de los derechos humanos es un paradigma contemporáneo (Casal, 2008, p. 57) con orígenes tanto históricos como dogmáticos que se desarrollan a raíz de las nefastas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, en particular, por las acciones que provocaron la materialización de un Nuevo Orden Mundial con la creación de las Naciones Unidas y con los Juicios de Núremberg y los Juicios de Tokio —estos últimos muestran una especial importancia para el ámbito de la impartición de justicia, tema central del presente texto— (Liñán Lafuente, 2015, p. 94)

Sobre las consecuencias de una situación de extrema gravedad como lo fue la Segunda Gran Guerra, se han podido integrar elementos que involucran la coordinación y acción de varios Estados, gracias a lo cual se generó una *política internacional* sumamente importante, que se ha tomado como referente en el ámbito interno de cada uno de los Estados del mundo (Figueroa, 2012, p. 16). Dicha política internacional ha incidido en la mejora de los sistemas de impartición y de administración de justicia, en función de la prevalencia de principios de orden constitucional y procesal a favor de los ciudadanos.

Sin embargo, uno de los elementos más importantes de este sistema radica en la evaluación de la *efectividad y eficacia* de las sentencias judiciales (Escudero Herrera, 2005, p. 106), las cuales deben evaluar elementos procesales, sustantivos, aplicativos y vinculantes del Estado (respecto de la administración pública) y de terceras personas. Por ello, una *sentencia* actúa también como un referente importante en un contexto de tutela de derechos humanos en el ámbito internacional, que repercute en el ámbito nacional cuando se debe ponderar una acción directa a favor del *ciudadano* como la reparación de un *daño* provocado al estar inmerso en el conflicto armado interno librado entre el Gobierno nacional y las guerrillas de Colombia (Sierra-Zamora & Cubides-Cárdenas, 2018). En efecto, estas han sido varias y han desarrollado acciones específicas que no quedaron correctamente delimitadas en el Acuerdo Final de Paz del 2016, principalmente porque se ha asumido que las FARC-EP constituyen el *principal referente* opuesto al Gobierno nacional.

Esta situación constituye un evento contradictorio para los fines del mantenimiento de la paz en el país, porque sus propias entidades estatales no podrán cumplir los objetivos trazados, debido a que la *reparación* es un

elemento sumamente complicado de atender. Frente a esto, se hace un análisis de elementos de naturaleza constitucional, procesal y de tutela de derechos humanos, sobre la base de una estructura que enfatiza la priorización de *principios* de orden constitucional y procesal en la evaluación de un expediente judicial en el cual se examina un *daño* y se determina una *reparación.*

## 1. El derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso

Ambos principios se consideran complementarios e interdependientes entre sí, especialmente, porque logran vincular los demás *principios procesales y constitucionales* aplicables al desarrollo y trámite de todo expediente judicial en cualquier jurisdicción (Ramírez Gómez, 1999).

Por sus alcances naturales es que las constituciones políticas de los Estados desarrollan su regulación en el ámbito normativo y vinculan todas las entidades relacionadas con la función y el servicio público de impartición y administración de justicia. De este modo, se establece como regla básica el control del *poder* que establece la Constitución y establece la relación entre el Estado y sus ciudadanos, en función de la tutela de las libertades de estos, así como el control y la delimitación de competencias de las entidades que conforman la administración pública (García de Enterría, 1982, p. 87).

Esta vinculación de elementos determinada por la Constitución debe ser analizada tanto a nivel internacional como a nivel reglamentario en el ámbito nacional, por ello se hace el presente estudio en función de la tutela de los derechos humanos, por cuanto no resulta viable ejecutar solo una evaluación particular para la realidad normativa colombiana (Rojas Rojas, 2007, p. 231).

De este modo, los tratados internacionales sobre derechos humanos que conducen a la nación colombiana a ejecutar políticas de Estado permiten desarrollar una actividad jurisdiccional que respete el orden constitucional mencionado y, si en eventualmente surge alguna situación negativa, se establecen los mecanismos de *solución* mediante la aplicabilidad de una normatividad supranacional.

En el ámbito nacional, la interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos y lo estipulado en la Constitución se convierten en

elementos fundamentales para el desarrollo de una normatividad con aspectos sustantivos y procesales que vinculan a todas las entidades de naturaleza jurisdiccional, a toda la administración pública (en general) y a toda la población.

Consecuentemente se permite llevar a cabo una interpretación que ejecuta un alcance integrado, superando los límites (naturales) que podría haber ejecutado el legislador nacional respecto de situaciones no previstas o planificadas en la época de promulgación de una norma y permitiendo que el juez pueda desarrollar una actividad *interpretativa y funcional* que permita la tutela de los derechos de los ciudadanos en un Estado de derecho (García López, 2014, p. 79).

El formalismo tradicional en el cual se desarrolla la actividad jurisdiccional en este sentido queda superado en función de elementos ya existentes que permiten una mejor adaptabilidad a las nuevas condiciones que deben ejecutar las entidades que imparten y administran justicia. Esto sucede así en particular para el caso de la JEP, por cuanto su institucionalidad está en evaluación y será un elemento vital para garantizar la legitimidad de la paz en los próximos años. Sin embargo, todo este contexto no puede entenderse mientras se excluya la materialización de una verdad y una justicia en función de la evaluación de los hechos y elementos probatorios que se exponen en un *proceso judicial.* Por tal razón, es posible señalar que el acceso a un proceso judicial que genere la vinculación del empleo de los principios constitucionales y procesales de la tutela judicial efectiva y del debido proceso no implica siempre un *resultado positivo* a favor del ciudadano (Calaza López, 2011).

Se debe tener en cuenta, en este contexto, que el *ciudadano* debe acreditar la afectación de sus derechos en el ámbito del seguimiento de un proceso en la JEP y, por tanto, deberá ser escuchado, deberá presentar y actuar sus medios probatorios y deberá acreditar el nivel de vulneración y vulnerabilidad provocado por haber estado en el conflicto armado interno colombiano (González Martínez et al., 2018). En la misma medida, este ciudadano deberá tomar conocimiento de los argumentos del Estado y de cómo este ejecuta su defensa a efectos de poder desacreditar los puntos contradictorios que estime conveniente y así pueda acreditar una *verdad real* (Guzmán, 2018), que permita la materialización de una *verdad procesal* que finalmente permitirá la emisión de una sentencia justa, proporcional y funcional al caso en evaluación.

De acuerdo con lo anterior, la *sentencia* se convierte en un elemento de suma importancia, porque tiene una condición que justifica la decisión del juez en función a lo evaluado y por ello la *ejecución* de su contenido resulta ser un factor de suma importancia, porque lamentablemente se ha relacionado solo con una compensación económica a favor de la víctima por el daño ocasionado. Sin embargo, la materialización de una *compensación económica* no necesariamente *repara* el daño, ante lo cual ubicamos un elemento que merece ser ampliado y especificado: si se establece como *patrón general* el otorgamiento de una compensación económica a todas las *víctimas del conflicto armado interno*, surge de modo inmediato el problema de cómo se atenderá económicamente esta condición (Rincón, 2010, p. 126)

El riesgo de generar una situación *declarativa* permite detallar los alcances aplicativos de la JEP porque el Gobierno Nacional no podrá asumir en forma objetiva, todos los requerimientos que ejecutan *un gasto público que incide en el presupuesto de la república.*

Finalmente, la evaluación de una situación muy compleja producto del conflicto armado interno provocará un *proceso judicial* que no necesariamente resulte *eficaz*, por el contrario, las consecuencias pueden ser sumamente negativas para la legitimidad e institucionalidad democrática en Colombia (Hoyos Vásquez, 2007, p. 127). Por tanto, la *efectividad de las sentencias* requiere que, en primer término, el Gobierno nacional pueda asumir el compromiso de apoyar, respaldar y complementar la actividad que ejecutará la JEP (Pabón Parra, 2018). Solo de esta manera es posible desarrollar una *ejecución de sentencias* en la JEP que podría desarrollar un nuevo *derecho* surgido en función de las condiciones particulares y especiales de Colombia en la etapa posacuerdo: el derecho de prestación de una justicia especial que garantice la paz de forma efectiva, directa y sostenida en el tiempo.

Tal situación exige la articulación de todos los entes que conforman la administración pública, para poder desarrollar un marco normativo complementario a la sentencia que desarrolle la JEP y que pueda atender el inconveniente material de la insuficiencia de *presupuesto público*, para atender así la obligatoriedad de reparar el daño provocado en el ciudadano a raíz del conflicto armado interno.

## 2. La identificación de la *víctima* en el trámite procesal de la JEP

Tomando en cuenta el análisis realizado en el punto preliminar, la identificación de la víctima resulta un asunto sumamente especial, porque implica:

a. Reconocer a una "persona" o "conjunto de personas" que directa o indirectamente han sido afectadas por el conflicto armado interno.
b. Reconocer un nivel de daño y conocer su alcance, con el fin de identificar el modo en que se debe ejecutar su *reparación.*
c. Reconocer el contexto en el cual se debe identificar a *todas* las víctimas del conflicto armado interno, porque en este ámbito no solo se ubican los civiles, sino también los integrantes de las Fuerzas Militares, que se han visto afectados por las acciones de las guerrillas durante todo el conflicto.

Por tanto, el empleo de una doctrina que proviene de la criminología es un referente clave, porque ello asiste de una mejor manera al ámbito procesal y procedimental en función de la evaluación de los alcances de una sentencia, con lo cual se recupera el carácter humano de la víctima, usualmente abandonada por el Estado y por el juez (García Pablos de Molina, 1994, p. 267)

Sin embargo, producto de las propias situaciones generadas en el conflicto armado interno en Colombia (Álvarez Calderón & Duque Cruz, 2020), debemos tener presente que la *víctima* no está limitada a la relación con el "sujeto pasivo, neutro, estático que no contribuía en nada al hecho criminal" (Cuarezma Terán, 1996, p. 299), porque esencialmente esto debe acreditarse en el proceso judicial.

Bajo estos alcances, podemos, entonces, especificar lo siguiente:

a. No resulta necesario señalar la "condición de relación" entre los hechos vinculados con el conflicto armado interno y la víctima en la JEP, porque se debe tener presente el alcance de la condición de *víctima indirecta,* especialmente, en función de la *sucesión* de la condición procesal de la víctima por parte de sus deudos o representantes legales.
b. Una persona puede ser identificada y vinculada a un nivel de participación en las acciones propias del conflicto armado interno y ello no desvaloriza su condición de *víctima.*

c. El alcance del "daño" debe ser evaluado en relación con elementos objetivos, los cuales pueden ser tan amplios como complejos de evaluar.

   En este sentido, es posible identificar situaciones propias del *desplazamiento forzado,* la ejecución de *actos de violencia de naturaleza sexual* contra las víctimas o sus familiares o la obligación de ejecutar *actividades laborales forzadas*, por ejemplo, la ejecución de actos de sembrado o cosecha de cultivos de coca o amapola.

## 3. La víctima del conflicto armado interno en la etapa del posacuerdo

Tomando en cuenta el contexto complejo que resulta de la evaluación de la JEP, el empleo de la *victimología* resulta ser sumamente necesario, en particular porque se complementa con el desarrollo doctrinario en la especialidad penal a nivel comparado. Por tanto, resulta funcional que la JEP pueda tener en cuenta los siguientes elementos provenientes de la victimología en el desarrollo de sus funciones para garantizar su propia legitimidad:

a. Acentuar la pulcritud en el desarrollo de los procedimientos procesales y jurisdiccionales desarrollados con el fin de *prevenir*, como elemento básico y prioritario, el retorno del conflicto armado interno.
b. Desarrollar una práctica jurisdiccional eficiente que impida que se agudice con el tiempo la condición de *víctima* en mérito al daño que esta ha sufrido, porque entonces este puede resultar irreparable.
c. Desarrollar un nivel de efectividad en el trámite de los procesos judiciales que permita aminorar el impacto negativo del daño en la víctima, planteando alternativas viables para asignar una *reparación* que pueda ser admitida o valorada positivamente por parte de la víctima (Moreno, 2014).

Sin embargo, esto no permite evaluar el verdadero alcance del *sujeto procesal* que ha ejecutado el *daño* y, por tanto, surge una cuestión importante: ¿Cómo establecer la *reparación* a favor de la víctima si el *sujeto activo del delito* no es delimitado objetivamente?

## 4. Elementos procesales penales y civiles en la determinación de la reparación en la JEP

Tomando en cuenta que la *reparación* que deberá desarrollar la JEP en la sentencia a ser impuesta tiene elementos teóricos y aplicativos de las especialidades del derecho civil y penal, es posible enfatizar su carácter instrumental para la presente evaluación temática (Taranilla, 2013, p. 63). Con base en esta referencia es posible establecer lo siguiente:

1. Para la determinación de una responsabilidad en la fundamentación de una sentencia judicial, se deben evaluar, en primer término, las acciones ejecutadas por el sujeto activo del delito de acuerdo con la acusación y los argumentos de defensa del imputado, porque sobre este límite impuesto por las partes procesales el juez debe evaluar los hechos para así identificar el "daño".
2. La determinación e identificación del alcance de un "daño" debe estar vinculada a una referencia que asuma su *compensación*, razón por la cual es necesario que el propio Estado garantice la sostenibilidad de las actividades de la JEP.
3. Se debe tener en cuenta que a raíz del conflicto armado interno, resulta imposible generar una "reparación" en cada uno de los procesos en trámite en la JEP, porque muchos de los elementos que serán analizados no podrán ser validados, corroborados o eventualmente contrastados y, en consecuencia, la actividad probatoria puede ser limitada.

## 5. Condiciones especiales para la ejecución de sentencias en la JEP

Sobre la premisa de que las decisiones judiciales contenidas en una sentencia implican la ejecución de sus disposiciones, conforme a la naturaleza procesal de la *cosa juzgada* y a la tutela de los derechos reconocidos como afectados en el proceso judicial, es importante recordar que no siempre será posible ejecutar una total satisfacción para una víctima, al menos en el ámbito procesal y judicial. En consecuencia, resulta necesario analizar los siguientes elementos:

a. La condición de cosa juzgada implica la finalización de la etapa judicial, por lo tanto, se han determinado las condiciones en las cuales se han juzgado los "hechos" expuestos por las partes procesales y se ha determinado una consecuencia en el ámbito jurídico que generará condiciones en ambas partes procesales. De este modo, a una parte se le impondrá una condición negativa y a la otra se le deberá *reparar* el daño provocado.
b. Las decisiones de los órganos jurisdiccionales de la JEP, al igual que en el ámbito del sistema judicial ordinario o constitucional, son el resultado del desarrollo del principio de intangibilidad, por lo cual su condición no puede ser modificada o incumplida, puesto que ello garantiza una condición complementaria: la seguridad jurídica que la administración pública debe garantizar en un Estado de derecho.
c. La tutela judicial efectiva y el desarrollo del debido proceso se convierten en elementos procesales y procedimentales que imponen una condición favorable a todo ciudadano, ya que le permite a este último demostrar una condición que lo afectó en sus derechos, y le impone una condición superior al Estado para establecer una condición favorable a la reparación del daño, así como ejecutar una acción negativa y punitiva contra quien ejecutó el hecho ilícito (Bermúdez-Tapia, 2010).
d. Se requiere que la sentencia tenga una condición procesal "fundada". De este modo, se exige que el Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, pueda atender una pretensión expuesta en un documento de carácter formal y procesal que provoque un *proceso judicial correcto* y en los términos de un debido proceso. Sobre dicha pretensión, se articulan las normas de carácter sustantivo y procesal que son empleadas por los abogados y jueces (según las instancias) hasta la determinación de una *verdad material y procesal* que es contenida y explicada en la sentencia.
e. Se requiere que la decisión esté debidamente motivada y exponga los elementos probatorios y de hecho expuestos en el proceso judicial, porque no basta con la determinación de una *responsabilidad*

en la ejecución de los hechos investigados y evaluados, sino que la decisión judicial debe tener la legitimidad y el amparo suficientes para poder sostenerse ante cualquier situación de contradicción (en lo real) o de impugnación (en lo procesal y en lo judicial).

Bajo estos alcances se procura que la decisión judicial no tenga ningún elemento negativo que pudiera provocar su incumplimiento, ni que contenga un elemento arbitrario ajeno al ámbito evaluado en el propio expediente judicial. Lo anterior favorece la institucionalidad de la JEP, porque de este modo la atención de los hechos, de los fundamentos y argumentos expuestos en el trámite del proceso judicial serán objetivos y garantizarán una evaluación correcta, acorde a los contenidos y objetivos de un Estado de derecho democrático y social que prioriza la tutela de derechos de sus ciudadanos.

## 6. El *executio* en las sentencias de la JEP

Derivado de lo desarrollado hasta aquí, la facultad de ejecutar las decisiones judiciales es una prerrogativa de los órganos jurisdiccionales. En este caso, la JEP dispone de esta facultad, porque solo así se garantizan los principios de orden constitucional y procesal a favor de los ciudadanos en el trámite de un proceso judicial (Cujabante Villamil, 2019). Tal facultad se desarrolla en tres niveles:

a. Respecto de los contenidos que deben ejecutarse en cuanto a de las partes procesales.

   Un alcance que permite identificar a cada parte, y conforme la propia naturaleza de la JEP, se debe tener presente la obligatoriedad de garantizar:

   i. La progresividad de los derechos humanos.
   ii. La generación de una interpretación interdependiente con otros valores y principios de orden constitucional y procesal a favor de la parte considerada víctima en el proceso.

iii. La comunicación de los vacíos normativos y situaciones condicionales negativas a los órganos estatales para que estos puedan atender el carácter inalienable de lo dispuesto en la sentencia conforme su fundamento en los derechos humanos.

b. Respecto de los contenidos que deben ser acatados por las entidades de la administración pública.

   Vinculado, sobre todo, al contexto administrativo y procedimental que deberá ser dispuesto en la propia sentencia judicial, por cuanto una omisión o una imprecisión puede provocar la inejecutabilidad o la demora en ejecutar lo decidido.

c. Respecto de la obligación de evaluar, fiscalizar y hacer seguimiento a sus decisiones.

   De este modo, se permite superar la temporalidad que impone una sentencia judicial (Bermúdez-Tapia, 2018) y que eventualmente queda sujeta a la discrecionalidad de las partes, factor que es referencial en la jurisdicción ordinaria del poder judicial y que no puede ser admitida en la JEP.

## Referencias

Álvarez Calderón, C. E., & Duque Cruz, F. A. (2020). Oportunidades para las Fuerzas Militares de Colombia en operaciones multidimensionales de mantenimiento de paz. *Revista Científica General José María Córdova, 18*(29), 87-109. https://doi.org/10.21830/19006586.542

Bermúdez-Tapia, M. (2010). La eficacia del principio del debido proceso como garantía en un proceso sin dilaciones. *RAE, Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia, 26*, 77-85.

Bermúdez-Tapia, M. (2018). El plazo, la caducidad y las vicisitudes en el trámite de un proceso judicial. *Gaceta Civil & Procesal Civil, 58*, 271-276.

Calaza López, S. (2011). *El binomio procesal, derecho de acción-derecho de defensa: desde la concepción clásica romana hasta la actualidad.* Dykinson.

Casal, J. (2008). *Los derechos humanos y su protección: estudio sobre derechos humanos y derechos fundamentales.* Universidad Católica Andrés Bello.

Cuarezma Terán, S. J. (1996). La victimología. *Estudios básicos de derechos humanos* (tomo v). Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Cujabante Villamil, X. (2019). La disciplina de las relaciones internacionales en Brasil: un análisis desde la sociología de la ciencia. *Revista Científica General José María Córdova, 17*(26), 289-305. https://doi.org/10.21830/19006586.417

Escudero Herrera, M. (2005). *Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en el contencioso-administrativo y sus soluciones.* Dykinson.

Figueroa, U. (2012). *El sistema internacional y los derechos humanos.* RIL Editores.

García de Enterría, E. (1982). *Curso de derecho administrativo.* Editorial Cívitas.

García López, L. (2014). El juez y el precedente: hacia una reinterpretación de la separación de poderes. *Vniversitas, 63*(128), 79-120. https://doi.org/10.11144/Javeriana.VJ128.jphr

García Pablos de Molina, A. (1994). *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas.* Tirant lo Blanch.

González Martínez, M., Quintero Cordero, S., & Ripoll De Castro, A. (2018). La seguridad en la Alianza del Pacífico. *Revista Científica General José María Córdova, 16*(23), pp. 63-80. https://doi.org/10.21830/19006586.102

Guzmán, N. (2018). *La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica.* Didot Imprenta.

Hoyos Vásquez, G. (2007). *Las víctimas frente a la búsqueda de la verdad y reparación en Colombia.* Pontificia Universidad Javeriana.

Liñán Lafuente, A. (2015). *El crimen contra la humanidad.* Dykinson.

Moreno, M. (2014). ¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en victimología. *Revista de Derecho Penal y Criminología, 3*(12), 343-404.

Pabón Parra, P. (2018). *Procedimiento penal especial abreviado y acusador privado: Ley 1826 de 2017.* Doctrina y Ley.

Ramírez Gómez, J. (1999). *Principios constitucionales del derecho procesal: investigación en torno a la Constitución Política de 1991.* Señal Editora.

Rincón, T. (2010). *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional.* Universidad del Rosario.

Rojas Rojas, C. (2007) *Conflictos morales y derechos humanos en Colombia.* Universidad de Caldas.

Sierra-Zamora, P. A., & Cubides-Cárdenas, J. A. (2018). *Derechos humanos en Colombia: a raíz del conflicto armado con las FARC* [Documento de trabajo]. OSF Home. https://doi.org/10.17605/OSF.IO/CWK56

Taranilla, R. (2013). El género de la sentencia judicial: un análisis contrastivo del relato de hechos probados en el orden civil y en el orden penal. *Ibérica: Revista de la Asociación Europea de Lenguas para Fines Específicos ( AELFE ), 29, 63-82.*

# La legitimidad de la actividad jurisdiccional después de la emisión de una sentencia[1]

5

https://doi.org/10.21830/9789585284883.05

*Manuel Bermúdez-Tapia*[2]
Universidad Privada San Juan Bautista
*Carolina Pedraza Mariño*[3]
*Ingrid Yuliana Arango Calderón*[4]
Escuela de Aviación del Ejército

## Introducción

Uno de los problemas más relevantes de la evaluación del sistema de impartición de justicia en Colombia está vinculado a la nula revisión de la legitimidad del desarrollo de un servicio público de tanta importancia en el ámbito nacional. En consecuencia, surge un tema complementario, referido a que no se ha evaluado correctamente el *costo económico* que implica el servicio de la

1 Este capítulo hace parte de los resultados del proyecto de investigación "Perspectivas en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario para el Ejército Nacional de Colombia" del Grupo de Investigación en Aviación Militar de la Escuela de Aviación del Ejército, registrado con el código COL0077618 y categorizado en C por Minciencias. Los puntos de vista pertenecen a los autores y no reflejan necesariamente los de las instituciones participantes.

2 Abogado (*magna cum laude*) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho y PhD en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor-investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Orcid: http://orcid.org/0000-0003-1576-9464 - Contacto: manuel.bermudez@upsjb.edu.pe

3 Capitán en el Ejército Nacional de Colombia. Especialista en Ciencias Militares para el Planeamiento, Centro de Educación Militar, Colombia. Profesional en Ciencias Militares y profesional en Administración Logística, Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", Colombia. Investigadora de la Escuela de Aviación del Ejército, Grupo de investigación en Aviación Militar. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5055-3154 - Contacto: carolina.pedraza@buzonejercito.mil.co

4 Capitán en el Ejército Nacional de Colombia. Especialista en Ciencias Militares para el Planeamiento, Centro de Educación Militar, Colombia. Profesional en Ciencias Militares y profesional en Administración Logística, Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", Colombia. Investigadora de la Escuela de Aviación del Ejército, Grupo de investigación en Aviación Militar. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-5995-9262 - Contacto: ingrid.arango@buzonejercito.mil.co

*administración e impartición de justicia* en el país. De este punto, se deriva otro aspecto a evaluar: la política de Estado, política pública o política de gobierno, con respecto a la cual no se comprende por qué no se han identificado los elementos que deben ser objeto de examen para determinar el verdadero costo del *servicio* estatal y poder así establecer eventuales soluciones (Miron, 2019).

Ante lo descrito, observamos que no se logra evaluar correctamente la real dimensión del servicio y, por ello, se genera nuestra posición que incide en la "legitimidad de esta función estatal", la cual genera una serie de situaciones derivadas, que van desde la misma evaluación de la institucionalidad de las entidades que forman parte de este servicio público hasta la propia relación democrática entre ciudadanía y Estado respecto al *contrato social*.

El contexto de negligencia y desidia en la gestión del servicio público más importante en el país es una característica que se agudiza en determinados ámbitos sensibles a la población, como las especialidades jurisdiccionales de familia y penal, donde los conflictos familiares y sociales están colapsando de una manera mucho más profunda la propia institucionalidad del Estado, en lo que tiene que ver con las instituciones que imparten justicia.

Históricamente, este punto representa el mayor elemento negativo expresado por la ciudadanía en cuanto a su relación con el Estado, y ha cobrado mayor agudeza en los últimos años, porque los niveles de violencia social y de corrupción en el aparato público llegan a puntos insostenibles.

## 1. El conflicto social en evaluación

En la evaluación de un expediente judicial, las instituciones que imparten justicia suelen tomar como elemento preponderante de referencia la *sentencia*, como si esta fuera la *continuación del proceso de producción del derecho* (Rodríguez Boente, 2003, p. 551). No se toma en cuenta que la sentencia no se *ejecuta* de forma automática, y por ello la mayoría de las sentencias no logra incluir mecanismos de fiscalización (i), de control institucional (ii) o de represión o imposición de sanciones en caso de que no se cumpla lo dispuesto (iii).

La mejor referencia para evaluar una crítica de este punto se evidencia en la forma en que se desarrollan las especialidades jurisdiccionales de familia

(respecto de los casos de violencia familiar) y penal (respecto de los casos vinculados a corrupción). En la jurisdicción vinculada con el ámbito familiar, por ejemplo, cuando se observa un conflicto sociofamiliar judicializado entre personas que habían conformado una relación (matrimonial, convivencial, concubinal o temporal) o en una familia en una situación de crisis, se deben detallar algunos factores que inciden en el trámite del *proceso judicial*. Dichos factores señalan *periodos temporales* que resultan muy específicos, porque "identifican" elementos y características comunes:

a. El contexto preprocesal de las partes en conflicto, que al ser muy subjetivo limita toda situación prejudicial de solución, factor que limita la conciliación o mediación que pudiera plantearse (López & Pérez, 2004, p. 44). Las partes, entonces, no asumen objetivamente los tiempos, costos ni derechos de la contraparte; tampoco asumen un verdadero compromiso en la solución de su conflicto, principalmente, porque este tiene una naturaleza subjetiva.
b. Elementos jurisdiccionales que se observan en el trámite del expediente judicial.
c. Elementos jurisdiccionales de carácter administrativo que están vinculados con el modo en el cual se ejecuta una sentencia judicial (Pérez Martín, 2009, p. 51).

Una circunstancia semejante se observa en el ámbito jurisdiccional penal, principalmente, porque los Estados latinoamericanos no han logrado identificar el método de control de la *sentencia condenatoria* para así determinar su nivel de eficacia con respecto a la obligación estatal de *rehabilitar al condenado.*

La razón de esta situación es que la doctrina, en lo procesal y en la mayoría de las especialidades jurídicas, no han enfatizado elementos teóricos aplicables a la etapa posterior a la emisión de la sentencia (Pérez del Blanco, 2003, p. 146), sobre la base de la presunción de que la resolución judicial —la sentencia— se cumple *per se*.

No se toma en cuenta el contexto "administrativo" de ejecutar la decisión judicial, porque la sentencia no ha logrado finalizar el *conflicto material* que dio inicio al proceso judicial. Por tal razón, se hace referencia al contexto familiar

evaluado en un expediente judicial, en el que la sentencia materialmente no logrará finalizar el contexto negativo que las partes procesales exponen en su ámbito personal y familiar (Quintero Cordero, 2020).

Este elemento se amplifica en los casos judicializados en la especialidad familiar y penal, en particular, en el contexto de la atención a las víctimas, que no logran visualizar algún efecto positivo en la sentencia. En este sentido, en el ámbito penal, las víctimas de delitos contra la libertad sexual o indemnidad sexual prácticamente se encuentran en un contexto de victimización provocada por el propio Estado, porque a la lesión del derecho ya generado, a la tutela de sus expectativas, intereses y derechos, no se les ha generado ninguna atención.

En el ámbito familiar, podemos señalar que se generó una situación de *crisis*, en la que las partes en contradicción no hacen públicas sus diferencias. Crisis que ha provocado un conflicto (donde las partes son antagónicas y tal situación es exteriorizada), pero al no reducirse los niveles de violencia en la comunicación, el *problema familiar* se *judicializa* y no se limita a un único expediente judicial, por cuanto es característico que surjan otros procesos judiciales derivados, complementarios o paralelos, que solo amplían el contexto de relaciones contradictorias entre las partes procesales.

Esta afirmación se sustenta sobre la base de la evaluación de lo más común en el ámbito jurisdiccional familiar: casos como "alimentos", "tenencia o régimen de visitas" y "violencia familiar", entre otros, no logran ser solucionados en el "expediente judicial", porque las partes, a pesar de los alcances de una sentencia, siguen involucradas en un "conflicto" familiar que supera en lo temporal el periodo del "proceso judicial" (Peña et al., 2019, pp. 773-795). Un error que lamentablemente provoca una mayor crisis en el ámbito social y que extiende los efectos negativos de una visión parcial y limitada del verdadero problema en ciernes.

En el contexto judicial penal, las víctimas suelen tener inconvenientes en la aceptación de los mecanismos de "terminación anticipada del proceso": (i) en la "pena" impuesta en la sentencia condenatoria, (ii) en la cuantificación de la "reparación civil", (iii) en el mismo contexto de la referencialidad de la administración de los "beneficios penitenciarios" y (iv) en que la *víctima* prácticamente asume una segunda situación gravosa, lo que la convierte en una "víctima estructural".

## 2. El sistema judicial en el ámbito de la evaluación de conflictos entre partes procesales y partes involucradas en el conflicto

Durante los últimos veinte años, la especialidad jurisdiccional con mayor movimiento de expedientes y actuaciones judiciales en la región latinoamericana ha sido la de familia, tanto por la atención de casos de violencia familiar como de conflictos familiares específicos (filiación, alimentos, tenencia, violencia familiar, etc.). El gran inconveniente observado en este ámbito es el negligente manejo del "conflicto familiar" por parte del legislador, lo cual resulta amplificado por el magistrado, porque no se logra evaluar correctamente el *objeto de estudio* en el trabajo jurisdiccional.

El *conflicto familiar* es asumido como un "conflicto de intereses" o un "conflicto de derechos" entre las partes procesales, sin tomar en cuenta la naturaleza de las posiciones de las partes, que no necesariamente son "partes procesales". Es por ello que se desconoce a los "terceros" intervinientes en el conflicto, cuyo caso más notorio es la situación invisible del "hijo" de una pareja en crisis en el trámite de un expediente judicial. Ante esta realidad, conviene detallar algunos elementos referenciales.

### a. El análisis de los "tiempos" en la evaluación del conflicto familiar que se judicializa

En esta especialidad, resultan identificables *tres periodos de tiempo* vinculados al análisis del "conflicto familiar". Estos *tiempos* nos permiten identificar patrones específicos en las relaciones de pareja o relaciones familiares en crisis, lo cual está vinculado, sobre todo, al contexto en el cual se desarrollan los ámbitos "íntimos", "privados" y "públicos" del "conflicto" que se va desarrollando y que no siempre adquiere la misma condición o evaluación en las partes involucradas.

### b. La etapa previa al proceso judicial: el origen del conflicto

En este periodo, las "partes procesales" son identificadas en función del "conflicto material" que provoca el surgimiento de las personas con "legitimidad para obrar" e "interés para obrar". En esencia, esta etapa permite

identificar cómo se ejecutará el proceso judicial, por cuanto determinará las facultades y condiciones que deberán tener la "parte demandante" y la "parte demandada", elementos esenciales para que se desarrolle un proceso judicial en el ámbito civil o familiar. Igualmente se configurará el "contexto" sobre el cual se desarrolla el *conflicto de intereses* que esencialmente se vincula con el origen de la controversia entre dos partes.

Tal controversia está vinculada al ámbito de la determinación de "derechos" o de la prestación de "obligaciones" de cada parte, los cuales serán expuestos con base en dos elementos referenciales: lo regulado normativamente en alguna norma jurídica y las condiciones en las cuales las partes han desarrollado sus relaciones interpersonales. Esto último está vinculado a la "línea temática" del conflicto, la cual configura tanto la especialidad como el órgano competencial en función del contexto del conflicto desarrollado.

Sin embargo, en el contexto familiar, a diferencia de otras jurisdicciones, el "conflicto" no siempre da origen a un proceso judicial. Esta situación se deben a varias causas.

i. Casos en los que las propias partes optan por no desarrollar ningún conflicto judicial, dado que la "autonomía de voluntades" opera en un gran sentido y restringe el contexto negativo del conflicto y la solución está mucho más próxima a los intereses de las partes en conflicto. De esta situación es que surgen los contextos de negociación o conciliación entre las partes.
ii. Casos en los cuales el conflicto familiar se soluciona con la limitación de una parte, que acepta las condiciones de una "solución" aun en detrimento de sus propios intereses.

    En este tipo de situaciones, las partes están en contradicción, pero se asume una posición "favorable" ante el contexto de sobrellevar un proceso judicial, por razones económicas, temporales y personales. Este caso explica el contexto en el cual las "conciliaciones" que usualmente se suscriben en los Centros de Conciliación reproducen "acuerdos" sumamente incongruentes con la realidad de las partes en conflicto y contienen elementos regulatorios imposibles de ser cumplidos en forma sostenida en el tiempo.
iii. Casos en los cuales, luego de un contexto negativo, se mantiene la opción de no ejecutar ninguna acción judicial, lapso identificado

como "periodo de procrastinación", principalmente a raíz de la propia decisión de una de las partes, por lo general, la más perjudicada con la situación.

Esto explica el contexto (general) en el cual una "madre" no entabla una demanda por "alimentos" y "atrasa" la ejecución de este recurso judicial en defensa de su propio hijo, porque su motivación no ha tenido un fundamento legal.

La motivación personal en estos contextos es sumamente complicada de establecer y responde más a razones personales de quien se ha sentido afectado por una acción de una contraparte, generalmente la pareja o un familiar con quien se tiene un conflicto sobre algún derecho o una obligación que aún no está precisada respecto de su determinación y cumplimiento.

iv. Casos de desconocimiento de la normatividad a ser aplicada a la evaluación del conflicto. Este factor es un referente en todas las especialidades judiciales debido al desconocimiento del derecho, que perjudica, en especial, a la parte más débil del conflicto.

Dicho desconocimiento no es absoluto, pero debe vincularse con un contexto mucho más amplio que el de la evaluación legal, porque en este punto se asume el *costo económico* que implica la tutela de un derecho o la formulación de una pretensión en el ámbito jurisdiccional.

Igualmente, el análisis del *costo de oportunidad* y la evaluación del *costo humano* en la ejecución de un proceso judicial es un factor que no es tomado en cuenta en el ámbito institucional, pero sí es evaluado en el ámbito de las personas que se ven inmersas en un conflicto familiar.

El punto final nos permite detallar las razones por las cuales la intervención del Poder Judicial, el Ministerio Público o la propia Policía no se registra en las etapas iniciales del conflicto familiar: las partes en conflicto aún no logran determinar su posición final (legal, familiar, social o económica) frente a la contraparte.

### c. La etapa del proceso judicial

En esencia es cuando se formula una demanda en contra de una persona sobre la cual existe un "conflicto de intereses" —conforme es detallado tanto en los Títulos Preliminares del Código Civil (artículo III) como en el Código Procesal Civil (artículo III)— o se genera una denuncia que detalla la ejecución de un acto que es considerado "típico y antijurídico", sobre la cual se determinará una pena, conforme al Título Preliminar del Código Penal (artículo II), en el caso de la normatividad peruana.

El estudio de las principales normas aplicables a los procesos judiciales nos permite identificar que más allá de la determinación de las "partes en conflicto", prima el "marco normativo y regulatorio" en el cual se desarrolla un proceso judicial que en principio finaliza con la imposición de una sentencia. Bajo este parámetro, todo "tipo de proceso" o procedimiento en el ámbito jurisdiccional se debe considerar como equivalente entre sí, pues, en razón de la determinación de la sentencia como "cosa juzgada", el trámite del proceso es seguido por las partes.

En esta etapa es donde se identifican:

i. Los elementos que conforman el "petitorio" y los "argumentos de defensa" de las partes procesales.

   En el ámbito jurisdiccional de familia, las pretensiones suelen tener un carácter subjetivo que normalmente no se relaciona con el contexto jurídico que debería "vincularlo" al trámite de un expediente judicial.

ii. La exclusión de las personas que no son "parte procesal" del desarrollo del proceso judicial y su referencialidad como "tercero" en el desarrollo del mismo.

   Un punto en particular que eleva el contexto de violencia social entre aquellas personas que, a pesar de formar parte del conflicto familiar, no logran participar en forma activa de un expediente judicial.

iii. La presentación y actuación de "medios probatorios", lo que implica la ejecución de una actividad probatoria y de evaluación en contradicción por parte de las partes del proceso.

iv. La fundamentación de la decisión jurisdiccional con base en los elementos expuestos anteriormente.

Hasta esta instancia, el ámbito de la doctrina es unánime y no existen elementos contradictorios, por cuanto la "sentencia" en esencia *debería resolver un conflicto de intereses o determinar la sanción de un hecho delictivo* respecto de los asuntos de las áreas temáticas evaluadas como referenciales para este acápite.

### d. La etapa de la ejecución de la sentencia

Lo detallado en el punto precedente, en particular en lo contenido en el último párrafo, es cuestionado en esta parte, principalmente porque:

1. En el ámbito jurisdiccional civil del ámbito no patrimonial se puede observar:
   i. En casos de interdicción, las partes en conflicto no siempre "desarrollan" relaciones interpersonales pacíficas.
   ii. En casos de sucesiones intestadas, las partes no logran "resolver" el contexto de la "división y partición" de la "masa hereditaria".
2. En el ámbito jurisdiccional de familia, las partes en conflicto *no logran cumplir con las disposiciones judiciales,* situación que se evidencia en:
   i. En casos de alimentos, porque se genera un proceso judicial en la vía penal, al acreditarse la "omisión de asistencia familiar".

      Surge un severo cuestionamiento a la *práctica jurisdiccional que ha desarrollado el proceso de cobro de alimentos,* que permite evidenciar que el "sistema" es defectuoso, porque en esencia los alimentos son un "derecho fundamental", y cuando el juez que determina que su sentencia no se cumple solicita la intervención del órgano jurisdiccional penal, evidencia su propia ineficiencia.

      Otro defecto del "sistema jurisdiccional", principalmente en función de lo dispuesto por la ley, está vinculado con el hecho material de que los procesos judiciales que evalúan la contradicción a la "pensión de alimentos" impuesta en estos procesos

deben ser cuestionados en un segundo proceso. Debido a esto, el periodo de desarrollo de la "acción procesal" a cargo de quien esté obligado a prestar alimentos provoca un contexto negativo en su propio ámbito individual.

ii. En casos de regulación de "tenencia o visitas", las partes suelen no cumplir estas disposiciones judiciales, en mérito principal a una posición subjetiva ante la contraparte.

En esencia, la partes ejecutan actos que no son justificados o son justificables en términos objetivos, porque el principal elemento de su acción está vinculado a un contexto subjetivo, sobre el cual el derecho y la sentencia prácticamente no pueden "incidir".

iii. En casos de violencia familiar, se ha acreditado que las partes pueden seguir manteniendo una *relación afectiva* aun a pesar del registro de hechos de violencia.

Basta con observar los alcances del artículo 356 del Código Civil para analizar que, incluso en casos de "trámite" de un proceso de divorcio, las partes pueden "solucionar" sus conflictos interpersonales conforme a lo detallado en el artículo 346 del Código Civil.

Por otra parte, en estos ámbitos, cuando se determina un "tratamiento psicológico", las partes en conflicto no saben "cómo se desarrolla este", por cuanto su determinación no es judicial sino "clínica", y las reglas que se emplean para evaluar "el periodo", la "cuantificación o evaluación del tratamiento", o "las condiciones en las cuales se desarrolla el tratamiento" no son precisadas en forma preliminar a su regulación.

De este modo, la *regulación del modo en el cual se desarrollan las medidas jurisdiccionales* resultan imprecisas y permiten un alto grado de discrecionalidad en personas ajenas al ámbito jurisdiccional. Debido a esto, el contexto preliminar de conflictividad aumenta, lo que explica las razones por las cuales las partes involucradas en casos de "violencia familiar" elevan los niveles del conflicto y provocan casos de feminicidio o actos igualmente graves hacia la contraparte o hacia terceras personas, que son generalmente otros familiares.

3. En el ámbito jurisdiccional penal, respecto de situaciones que también tienen un elemento civil o vinculado al ámbito familiar, se puede observar lo siguiente:
   i. La víctima del delito no siempre recibe una "reparación civil" (ocasionada por un proceso penal que proviene de un proceso civil, por ejemplo, en casos de divorcio a causa de atentar contra la vida del cónyuge: feminicidio) o una "indemnización".
   Téngase presente que, en este punto, el fallo del sistema jurisdiccional para las víctimas produce una *victimización estructural o de segundo nivel* sumamente nefasta para la legitimidad propia del sistema de impartición de justicia, porque la concepción de "justicia" no logra ser validada en la víctima o partes afectadas.
   ii. La víctima no siempre observa que la "pena" impuesta es ejecutada conforme al contenido material de la sentencia, por ejemplo, en casos de aplicación de un "beneficio penitenciario" a favor del condenado.
   En el ámbito jurisdiccional de familia, estos problemas se incrementan, sobre todo, cuando entre familiares se han llevado a cabo *delitos* y, frente al daño provocado, las relaciones familiares quedan en un contexto que afecta tanto a la víctima como a los familiares directamente involucrados con la víctima.
   iii. Con respecto al seguimiento de las condiciones impuestas, en caso de determinarse una "excarcelación" por la aplicación de algún beneficio penitenciario, surge el interrogante: ¿Quién ejecuta el "seguimiento" de estos casos?
   En los ámbitos del juzgamiento de delitos contra la indemnidad sexual en los que el condenado es un progenitor, las sentencias penales no suelen incluir una condición que anule la patria potestad. Esto sucede así, porque tal posibilidad no ha sido planteada ni por la víctima ni por el Ministerio Público, al centrarse el trámite del proceso en el "tema penal".

En relación con este tercer punto, que es el objeto fundamental de estudio de este texto, consideramos que el *legislador* y el propio *contexto jurisdiccional*

no han tomado en cuenta cómo se desarrolla la "etapa postsentencia" en el ámbito de la prestación de un servicio público de tanta importancia como es la administración o impartición de justicia (Zupi & Estruch, 2011, p. 460).

## 3. El contexto posterior a la finalización del proceso judicial

Como es evidente, el contexto temporal "postsentencia" constituye un "periodo de tiempo" sumamente importante en la evaluación del proceso judicial, porque, cuando sus fines no logran ser cumplidos, se genera un contexto mucho más conflictivo. La complejidad que se evidencia en este "periodo de tiempo" nos permite determinar los siguientes puntos de referencia:

a. Ni el Poder Judicial ni el Ministerio Público han desarrollado niveles de regulación del modo en que se evalúa del seguimiento de una sentencia judicial. Esto se evidencia en la poca fiscalización de las disposiciones a ser ejecutas por las partes procesales, lo que se debe principalmente al hecho material de la *sobrecarga procesal,* que, de no existir, evitaría que el "expediente resuelto" con una sentencia "deje el despacho judicial". Esta situación hace patente la necesidad de contar con órganos jurisdiccionales de carácter administrativo que se encarguen de hacer el seguimiento de estos casos.
b. El legislador debe *visualizar* el contexto del conflicto desarrollado en el ámbito social, para así poder regular de una mejor manera las "normas" tanto sustantivas como procesales que se requieren. Para ello, debe tomar en cuenta también el aspecto temporal en el cual la sociedad está desarrollando sus propias condiciones, porque el Código Civil, el Código Procesal Civil, el Código Penal y otras normas referenciales no logran ser *efectivas* en cuanto a sus disposiciones.
c. El análisis del contexto "prejudicial" debe ser mejor evaluado por el Ejecutivo y el Congreso de la República a través del diseño de mejores políticas públicas, porque, en esencia, podrían identificarse mejores mecanismos prejudiciales de evaluación de conflictos

> sociales e interpersonales, lo que daría lugar a una mejor acción estatal en la atención de derechos y determinación de obligaciones de las partes involucradas.

Como hace evidente, surge un contexto que merece un poco más de atención para todos los involucrados en la gestión de un servicio público de tanta importancia como es la administración e impartición de justicia.

Continuar con la omisión en la evaluación de esta etapa permite pronosticar la agudización de los conflictos interpersonales en el ámbito social, lo que representa el surgimiento de contextos de mayor violencia en la sociedad, con la consecuente necesidad de la intervención oportuna del Estado, porque de lo contrario el propio *sistema jurisdiccional* resulta ineficaz y deslegitimado.

Continuar con una inacción ante este contexto implica favorecer el incumplimiento de las sentencias judiciales, lo que eleva los costos económicos, administrativos, humanos y logísticos del Poder Judicial y el Ministerio Público en un ámbito ajeno al jurisdiccional.

## 4. La complicada relación entre valores jurídicos de tutela de derechos y valores económicos respecto del conflicto evaluado

Previamente se revisó el ámbito "íntimo" y "privado" del conflicto propio de un contexto de *crisis familiar* en el que la *pareja* o *la familia* presenta un contexto de desavenencias y contradicciones sobre intereses, derechos y obligaciones, factor que da paso al contexto "público" del *conflicto familiar judicializado.* Estos elementos son usualmente estudiados conforme a parámetros sociolegales. En este punto se analizará el aspecto económico, en tres temas específicos.

### a. Evaluación en lo personal, familiar, económico y legal del conflicto

Frente al surgimiento de una *crisis* en la relación de pareja o en las relaciones familiares, las personas no suelen hacer una evaluación económica *a priori* de su situación, porque los elementos familiares, sociales y culturales

inciden en una mayor medida frente al contexto económico. Es por ello que las *defensas legales* suelen asumir un elevado costo económico cuando la *crisis familiar* se ha *judicializado.*

Sin embargo, en este punto en particular, las personas asumen una situación especial que no es detectada en el ámbito jurisdiccional ni estatal: la asunción de condiciones subjetivas peyorativas, limitativas, negativas o condicionales en su propia tutela de derechos, en función de sus expectativas frente a la expareja (porque ya se generó la crisis) o frente a la familia con la cual debate una condición que genera o intereses, derechos u obligaciones.

La descripción de elementos particulares en la *persona* que se convierte en *parte procesal* no es valorada finalmente por el Poder Judicial ni el Ministerio Público, lo cual eleva los costos emocionales cuando se desarrolla el proceso y permite detallar algunas consecuencias típicas de este tipo de procesos en la jurisdicción de familia:

a. Casos de procrastinación en la tutela de derechos por afectación directa o asunción de un daño provocado por una expareja o un familiar.
b. Casos de procrastinación en la defensa de un interés o de un derecho a favor de una persona en situación de dependencia (económica, moral o física) respecto de las obligaciones de una expareja o un familiar.

Esta situación es explicada por cada *parte procesal* en la argumentación de sus *fundamentos de hecho* en la demanda o contestación de una demanda y lamentablemente no son observados por los magistrados.

### b. Evaluación legal, económica y familiar implicada por la participación en el sistema jurisdiccional

En este ámbito, las *partes en conflicto* ya se convierten en *partes procesales,* superando el contexto íntimo y privado de la etapa inicial de la crisis familiar. Este punto se representa en el contexto jurisdiccional, cuando las *partes procesales* ejecutan *actos procesales* específicos, los cuales son de un carácter negativo para sus propios derechos e intereses:

a. Casos de abandono procesal
b. Casos de negligencia en la defensa procesal
c. Casos de inejecución de una sentencia favorable

La mejor representación de lo detallado se observa en el contexto del seguimiento de *procesos de alimentos,* en el que las partes demandantes que han obtenido una victoria judicial no logran el cumplimiento de sus derechos o los de una persona dependiente y, ante la elevada condicionalidad para poder desarrollarlos, optan por desarrollar un *acto procesal contrario a sus intereses y derechos.*

### c. Desvinculación de una evaluación de costos en el sistema jurisdiccional

Tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público no han tomado en cuenta el verdadero "costo" que implica la ejecución y evaluación de un *expediente judicial.* Tal evaluación en lo económico y en lo temporal podría ser sumamente positiva en una reformulación de una gestión institucional jurisdiccional, porque permitiría "observar" los aspectos siguientes:

a. El elevado costo logístico que implica mantener y sostener las instalaciones de las entidades jurisdiccionales.
b. El elevado costo económico que implica abonar las remuneraciones de magistrados, personal jurisdiccional y personal administrativo en el Poder Judicial y el Ministerio Público.
c. El elevado costo logístico que implica prestar atención a cada requerimiento del sistema en el trámite de un expediente judicial.
d. El análisis disfuncional del mismo sistema judicial en el ámbito de la atención de conflictos familiares, en los que las "dos partes procesales" pueden intervenir en varios expedientes judiciales, en función a la opción que les otorga la ley, con lo cual se genera la "atomización" de procesos judiciales.

Sobre estos puntos esenciales, podemos señalar que la atención de un expediente sobre una violación sexual o un delito de peculado ostenta el *mismo*

*costo* que la atención de un *caso de alimentos* o *de violencia familiar*. Como se podrá observar, este problema hace que el sistema jurisdiccional no pueda atender sus propias necesidades, lo cual configura un error, sobre todo, de gestión institucional.

## 5. La víctima ante el contexto penal

En el ámbito penal, la situación tampoco logra tener un panorama positivo en una evaluación general, principalmente porque se pueden ubicar cuatro elementos que cuestionan la legitimidad del Estado en el ámbito de la prestación de servicios vinculados a la administración e impartición de justicia.

### a. La privatización del derecho penal

A raíz de las reformas del proceso penal, es posible identificar el paso del *sistema inquisitivo* de la jurisdicción penal a un *modelo acusatorio* (Armenta Deu, 2012), en el que la característica básica es la *oralización del proceso penal*. Esto incide en la búsqueda de una mayor celeridad procesal y en la atención a las garantías procesales y a los derechos de la víctima con mayor eficiencia por parte del servicio público.

Sin embargo, las críticas parten de que esta *reforma* no ha logrado atender eficientemente a las víctimas por factores como

a. La terminación anticipada del proceso,
b. El principio de oportunidad,
c. La conclusión anticipada del proceso y
d. El proceso inmediato.

Estos factores constituyen elementos procesales *favorables* al sujeto activo del delito, quien *accede* a *una situación ventajosa frente al proceso, pese a tener una condición de culpabilidad,* la cual resulta manifiestamente contraria a sus intereses.

### b. La percepción de la condena por parte de la víctima o sus familiares

Lamentablemente la víctima no logra visualizar la situación que genera una sentencia condenatoria en contra de quien le generó una ofensa a alguno

de sus derechos e intereses, principalmente porque el "daño" supera todo punto de evaluación jurídico, al extenderse a un contexto moral, social, económico y familiar.

La diferenciación de estos contextos permite identificar que la "víctima" varía en función de diferentes elementos evaluativos, como los siguientes:

a. Su rango de edad.
b. El delito cometido. Es totalmente diferente la "afectación" de la víctima en casos de delitos contra el patrimonio y en casos en los que se afecta la indemnidad sexual.
c. Su propia supervivencia, dado que terceras personas pueden asumir el rol de víctimas o de representación de la víctima, como ocurre en los casos de homicidios.
d. El nivel de afectación provocado por el delito respecto de su proyección temporal: lucro cesante, daño moral, incapacidad física, etc.

Como se puede observar, la *condena* no logra ser un elemento positivo en la percepción de la víctima, punto que no ha logrado comprender el sistema judicial, principalmente por la incapacidad del legislador de visualizarlo.

### c. La cuantificación de la reparación civil

Este aspecto está vinculado al contexto de la *racionalidad* de la decisión judicial. La cuantificación de la reparación civil es cuestionada severamente por la víctima, porque no logra tener un mínimo de fundamentación. Se observan métodos de validación de una decisión judicial tan diferentes entre sí que resulta disfuncional la misma sentencia, principalmente porque se cuestiona el mecanismo argumentativo de la cuantificación de la *reparación civil.*

El juez penal no logra tener los mismos elementos evaluativos que el juez civil y por ello la *reparación civil* no forma parte del esquema ordinario en la fundamentación de la sentencia, con lo cual queda ubicada en un nivel terciario frente a la "evaluación de la responsabilidad" y la "condena" impuesta. Este es un defecto sobre el cual la doctrina penal no ha logrado generar un mayor esfuerzo, porque la *condena* y la *responsabilidad penal* son los elementos excluyentes en la labor jurisdiccional penal.

### d. Los beneficios penitenciarios del condenado frente a la víctima o sus familiares

Una vez que es emitida la sentencia, el condenado puede acceder a determinados *beneficios penitenciarios* que no logran ser admitidos o aceptados por la víctima, pero esta no tiene *legitimidad* para ejecutar alguna acción procesal, porque la ley no lo permite.

En este punto, inclusive el incumplimiento de una *reparación civil* no logra ser óbice para que el delincuente tenga acceso a un *beneficio penitenciario*, porque de por medio está la obligación estatal de brindar los mecanismos suficientes y necesarios para su rehabilitación.

## Conclusiones

En una evaluación general, se evidencia que la actividad jurisdiccional resulta deficiente, lo cual se amplifica cuando se analizan dos situaciones particulares: los conflictos familiares judicializados, vinculados al contexto de la violencia familiar, y los casos relacionados con la corrupción en la administración pública, principalmente porque el Estado no asume un verdadero rol de parte afectada en la comisión de un delito en relación con la afectación económica institucional y social (Corcione Nieto et al., 2019).

Este panorama genera el incremento de la poca legitimidad de la función judicial, que incide en el ámbito democrático y de gobernabilidad en una nación, situación que es descrita por Parra Quijano (2000, p. 157) como un hecho acreditado por la poca intervención del Estado en la sociedad. Se trata de un defecto institucional que no toma en cuenta la verdadera importancia de la *evaluación del conflicto humano* en el ámbito jurisdiccional, porque los conflictos familiares y penales generan un contexto particular y diferenciado de los *conflictos puros* (procesos civiles) (Barrero-Barrero & Baquero-Valdés, 2020).

## Referencias

Armenta Deu, T. (2012). *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?* Marcial Pons.

Barrero-Barrero, D., & Baquero-Valdés, F. (2020). Objetivos de Desarrollo Sostenible: un contrato social posmoderno para la justicia, el desarrollo y la seguridad. *Revista Científica General José María Córdova, 18*(29), 113-137. http://dx.doi.org/10.21830/19006586.562

Corcione Nieto, M. A., Fernández-Osorio, A. E., Cabrera-Cabrera, L. J., & Rojas Yaima, B. C. (2019). Aportes de la Academia a legitimidad de la justicia en Colombia. *Revista Científica General José María Córdova*, *17*(28), 819-843. https://doi.org/10.21830/19006586.516

López, R., & Pérez, A. (2004). *Tendencias actuales en el derecho de familia.* Universidad de Almería.

Miron, M. (2019). *Counterinsurgency operations in the 21st Century: Insights from the U.S. Army Experiences in Iraq*. Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova".

Miron, M. (2019b). *Counterinsurgency theory and practice: From Early Renaissance to present day.* Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova". https://doi.org/10.21830/9789585200890

Parra Quijano, J. (2000). Mecanismos alternativos de resolución de conflictos. En C. Latorre, & M. Morán, *Estudios sobre evaluación de procesos de reforma de la Justicia en Iberoamérica.* Ministerio de Justicia.

Peña, C., Sierra-Zamora, P. A., & Hoyos, J. C. (2019). La política de fronteras de Colombia ante las nuevas amenazas de seguridad y defensa. *Revista Científica General José María Córdova, 17*(28), 773-795. https://doi.org/10.21830/19006586.473

Pérez del Blanco, G. (2003). *La ejecución forzosa de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: doctrina y formularios.* León, Del Blanco.

Pérez Martín, A. (2009). *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia.* Lex Nova.

Quintero Cordero, S. (2020). Seguridad ciudadana y participación de las comunidades en América Latina. *Revista Científica General José María Córdova, 18*(29), 5-24. http://dx.doi.org/10.21830/19006586.561

Rodríguez Boente, S. (2003). *La justificación de las decisiones judiciales: el artículo 120.3 de la Constitución española.* Universidad de Compostela.

Zupi, M., & Estruch, E. (2011). *Desafíos de la cohesión social en tiempos de crisis: diálogo Euro-Latinoamericano.* Universidad Complutense de Madrid.

Esta página queda intencionalmente en blanco

# El ejercicio de la magistratura y su fiscalización administrativa y jurisdiccional en el ámbito comparado[1]

6

https://doi.org/10.21830/9789585284883.06

*Manuel Bermúdez-Tapia*[2]
Universidad Privada San Juan Bautista
*Carolina Pedraza Mariño*[3]
*Óscar Edilson Gómez Vargas*[4]
Escuela de Aviación del Ejército

## Introducción

En el ámbito peruano, la actividad que desarrolla el juez es una cuestión sumamente compleja, principalmente porque la posibilidad de ser foco de la crítica pública, especializada o académica es sumamente amplia.

Entre las fuentes de crítica, la más general es la emitida por el ciudadano corriente, cuyo comentario deja de lado el entendimiento del complejo

1 Este capítulo hace parte de los resultados del proyecto de investigación "Perspectivas en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario para el Ejército Nacional de Colombia" del Grupo de Investigación en Aviación Militar de la Escuela de Aviación del Ejército, registrado con el código COL0077618 y categorizado en C por Minciencias. Los puntos de vista pertenecen a los autores y no reflejan necesariamente los de las instituciones participantes.

2 Abogado (*magna cum laude*) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho y PhD en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor-investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Orcid: http://orcid.org/0000-0003-1576-9464 - Contacto: manuel.bermudez@upsjb.edu.pe

3 Capitán en el Ejército Nacional de Colombia. Especialista en Ciencias Militares para el Planeamiento, Centro de Educación Militar, Colombia. Profesional en Ciencias Militares y profesional en Administración Logística, Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", Colombia. Investigadora de la Escuela de Aviación del Ejército, Grupo de investigación en Aviación Militar. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5055-3154 - Contacto: carolina.pedraza@buzonejercito.mil.co

4 Profesional en Ciencias Militares de la Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova". Se encuentra cursando la Maestría en Gerencia de Proyectos en la Universidad Militar Nueva Granada. Es piloto de helicópteros MI-17 de la Aviación del Ejército. Actualmente se desempeña como instructor y oficial de ciencia y tecnología en la Escuela de Aviación del Ejército. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-5371-9444 - Contacto: oscar.gomezva@buzonejercito.mil.co

sistema jurisdiccional en cuanto a la evaluación de la normatividad aplicable al caso concreto (Sierra, 2004, p. 87). Paralelamente se registra la opinión, muchas veces subjetiva, de muchas autoridades políticas, principalmente cuando surge una situación de coyuntura. Finalmente se puede observar la crítica de los colegas, quienes usualmente asumen dos posiciones opuestas: cuestionar los fundamentos o los criterios de evaluación desarrollados en la argumentación expuesta o estar a favor de estos. Eventualmente, ambas voces se centran en lo que está siendo evaluado y no en los elementos ajenos al expediente judicial, principal elemento del que se desprende el comentario.

Así, la labor llevada a cabo por el juez es una de las más criticables en el ámbito comparativo frente a otras actividades profesionales. Dicho panorama suele ser característico de los países en los que se desarrolla el *sistema jurídico romano-germánico*, por cuanto existe en el subconsciente colectivo la idea de que el "juez es la boca de la ley" (Santaella López, 1995, p. 77).

En estas líneas preliminares se observa que cualquiera puede ejecutar una crítica a la labor del juez durante el desarrollo de un proceso judicial (Barrero-Barrero & Baquero-Valdés, 2020). Por otra parte, se registra que existen dos elementos en los que se focaliza la evaluación de la labor jurisdiccional del juez:

a. En primer término, está la propia "evaluación" de la producción judicial, contenida en resoluciones o sentencias. Así, existen mecanismos para "corregir" la decisión de un juez que ha quedado plasmada en una resolución de trámite o en una sentencia, como un reconocimiento a los valores constitucionales de la defensa de toda persona (Gozaíni, 2016). Dichos mecanismos están contenidos en la legislación procesal, que permite desarrollar la "doble instancia" en el ámbito jurisdiccional, la cual evita una situación de perjuicio para el justiciable que cuestiona una primera decisión sobre un tema que le genera un perjuicio.
b. Complementariamente, existen mecanismos de "fiscalización" de la labor jurisdiccional en el caso concreto de la fundamentación o desarrollo de un proceso judicial. Este mecanismo es de carácter "administrativo" y, aunque suene paradójico, es el que provoca mayores inconvenientes para la labor del juez.

Estos mecanismos son especialmente de control y verificación de la función judicial, frente a las expectativas que tiene el Poder Judicial, el Consejo Nacional de la Magistratura (reemplazado a partir del año 2020 por la Junta Nacional de Justicia) y la propia comunidad. Por lo tanto, de por medio está no solo el "derecho" del justiciable, sino también la propia "función jurisdiccional" en evaluación, por cuanto una deficiente labor en dicho ámbito podría provocar una crisis social e inclusive el propio decaimiento del Estado de derecho. Dada su elevada importancia, en principio por su origen constitucional detallado en el artículo 138 de la Constitución, esta función de fiscalización se desarrolla en tres niveles:

i. La que ejecuta el propio Poder Judicial, con medios administrativos de evaluación de la labor jurisdiccional, a cargo del Órgano de Control de la Magistratura (OCMA) y sus dependencias en cada Distrito Judicial.

   En este ámbito se evalúa la labor jurisdiccional si esta ha cumplido con las siguientes características:

   (i) Se han llevado a cabo las disposiciones normativas aplicables al proceso.
   (ii) El proceso se ha desarrollado correctamente.
   (iii) El juez de la fundamentación de una resolución o sentencia ha seguido los precedentes aplicables al caso expuesto en el expediente.

   Estos elementos están principalmente vinculados a un ámbito de evaluación administrativo, antes que a la propia *acción de la labor jurisdiccional* (Alarcón Sotomayor, 2010, p. 504).

ii. La que ejecuta un órgano de carácter administrativo al propio Poder Judicial (Vidal et al., 2005, p. 330). En el caso peruano esta fiscalización se focaliza en la labor que ejecuta el Consejo Nacional de la Magistratura sobre el "trabajo" del juez no solo durante siete años —conforme al periodo de vigencia de un nombramiento—, sino respecto de casos de evidente negligencia o niveles de corrupción (Plaza, 2001, p. 286).

iii. La que se ejecuta en el ámbito penal, cuando existe una denuncia por prevaricato y un fiscal del Ministerio Público desarrolla la evaluación de la aplicación de una norma en el caso concreto de un expediente en estudio en el despacho del juez (Espinoza Goyena, 2004, p. 462).

Se observa que existe en este ámbito un contexto sumamente complejo que nos permite presentar el siguiente esquema de trabajo.

## 1. El control jurisdiccional: la doble instancia

La práctica legal en el país tiene un patrón característico: un elevado contenido subjetivo en el ámbito de la defensa de derechos, intereses y posiciones, condiciones que se determinan en el ámbito jurisdiccional, sin un criterio determinado de predictibilidad (De Belaúnde, 2006, p. 15). Esto quiere decir que dada la elevada litigiosidad de la práctica legal en el país, los resultados de un proceso judicial son también complicados de predecir, principalmente porque existen tantos criterios de interpretación de normas a casos particulares como magistrados hay. Factor que lamentablemente eleva el contexto negativo en la labor jurisdiccional y genera situaciones en las que se evidencia temeridad y malicia procesal (Picó, 2013). Estas últimas en el Perú no suelen ser sancionadas, con lo cual los propios jueces ejecutan acciones vinculadas a un contexto de corrupción por inacción (Ugarteche, 2005, p. 58).

Inclusive en el propio ámbito funcional de un magistrado, este puede "resolver" de dos maneras totalmente contradictorias, cuando la materia resulta a primera vista una cuestión de procedimiento. Estas circunstancias se presentan, por ejemplo, en el ámbito jurisdiccional de familia, en el que, sobre un mismo menor, un juez puede resolver casos de alimentos y otro juez, de otra instancia o ciudad de competencia, puede resolver un caso de tenencia (Solórzano, 2017, p. 80).

Como segundo ejemplo se puede citar la evaluación casos societarios en el ámbito judicial, en los que es posible visualizar el seguimiento de procesos paralelos con el mismo fin: un "proceso de ejecución" y un "proceso de conocimiento", que suelen provocar resoluciones contradictorias entre ambos (Carrillo Lozada & Gianotti Paredes, 2013, p. 374).

Así, se evidencia una contradicción de posiciones en el ámbito jurisdiccional, porque la ley (Código Procesal Civil y Leyes Especiales) permite que las partes puedan atomizar sus pretensiones y, con ello, se provoca el error en la práctica judicial. Este factor nos permite plantear un ejemplo de cómo "una sola cuestión" puede generar una multiplicidad de posiciones en el magistrado al momento de fundamentar una decisión.

Cierto es, también, que cuando el juez evalúa las posiciones de los justiciables está condicionado a la arbitrariedad de planteamientos que los abogados suelen exponer en sus escritos, por lo cual se considera que, adicional a la tutela de "derechos" y de "intereses", existe la práctica de "defensa de posiciones" (Salas Villalobos, 2012, p. 294).

Así, podemos determinar conceptualmente lo siguiente:

a. La tutela de derechos se fundamenta en la interpretación literal de la norma, que permite la ejecución de una acción de naturaleza jurisdiccional a favor del justiciable. Salvo condiciones y situaciones en las cuales la misma ley impone un criterio de limitación de derechos. Por ejemplo, en caso de necesidad pública, la tutela de derechos deviene de lo dispuesto expresamente por dicha norma. Este tipo de situación es la que, en términos estadísticos, presenta menos contradicciones en el ámbito jurisdiccional.
b. La tutela de intereses, si bien es un elemento muy cotidiano en el ámbito jurisdiccional nacional, presenta una cuestión vinculada a la aplicación favorable de la norma en cuanto a su extensión. En este sentido, la ley no indica en forma expresa una condición o situación favorable al justiciable, pero permite el desarrollo de un argumento que "desarrolla" el fundamento de la tutela planteada por el justiciable (Guerra Cerrón, 2011, p. 145). Así, la aplicabilidad de principios de orden constitucional resulta fundamental para el desarrollo de la tutela de intereses.

   De este modo, el principio *pro homine*, el de progresividad y el de complementación de normas le permiten a un justiciable presentar un argumento sólido que influye en la decisión del juez para la materialización de una expectativa en la tutela de una pretensión caracterizada por su objetividad.

Este factor es el que eventualmente ha permitido elevar el número de peticiones de intervención en el ámbito constitucional por parte del Tribunal Constitucional en el Perú, porque la *evaluación* de situaciones constitucionales en el ámbito jurisdiccional ha generado la contradicción entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial; y este último ha tenido que sujetarse a las disposiciones jurisdiccionales del primero (Figueroa Gutarra, 2012).

c. Sin embargo, en un tercer ámbito tenemos la defensa de "posiciones" (Bermúdez-Tapia, 2012), que la propia doctrina nacional no suele desarrollar, principalmente, porque existe un elemento subjetivo demasiado elevado respecto de las acciones de los justiciables. Dicho comportamiento se registra con un elevado nivel de incidencia en el ámbito jurisdiccional.

   De este modo, el justiciable plantea un argumento subjetivo que carece de elementos lógicos o referenciales en el ámbito de una complementación probable (la interpretación de la ley o la aplicación de algún principio de orden constitucional o procesal). En algunas situaciones se "suele" contar con la venia del juez, de forma que se genera una resolución o una sentencia que provoca una impugnación inmediata. Podemos citar, por ejemplo, los casos siguientes:

   i. No se presentan elementos probatorios para justificar una acción de defensa de algún derecho o de un interés. En el Perú, debido al incremento de los casos de violencia contra la mujer, es viable denunciar a una persona sin un medio probatorio y automáticamente generar una situación de detención contra el "acusado", sin que se registre un "debido proceso" a raíz de dicha acusación. Esta situación, que atenta contra el debido proceso y la presunción de inocencia, está regulada en la Ley N.º 30364 (Mujica, 2012, p. 169).

   ii. La fundamentación del argumento expuesto está vinculada a una cuestión sumamente referencial en lo personal, sin aludir a un elemento que lo sostenga en lo teórico o en lo procedimental en el desarrollo del proceso (Lebón & Maier, 2006, p. 413).

En este sentido, la ley peruana permite el desarrollo de planteamientos ambiguos, abiertos y oscuros en la formulación de los petitorios en los procesos judiciales, principalmente porque ha procurado "flexibilizar" algunos procesos para así optimizar la "tutela de derechos" de las partes demandantes. Esto se evidencia en los procesos de alimentos y de ejecución de desalojo, que por ser procesos flexibles no requieren una mayor acreditación de los elementos de hecho expuestos en la demanda (Avendaño Valdez, 2013, p. 352).

iii. La extrapolación de fundamentos frente al argumento de la contraparte. Esto es, la negación o exclusión de derechos a la parte contraria, por el solo hecho de que una parte no está en condiciones de aceptar o los derechos o las pretensiones que se han expuesto en contra suya. Situación que explica el elevado contexto de las *reconvenciones* procesales, que son la "respuesta" del demandado a la acción del demandante y que eventualmente implica una *denuncia administrativa* al juez por haber admitido la primera demanda (Figueroa Ortiz, 2009).

De este modo, como representación de estas situaciones, podemos aludir a algunos casos que son usuales en el ámbito nacional.

i. En el ámbito jurisdiccional de familia, la negación de pedidos de un régimen de visitas o de reformulación de un pedido de alimentos usualmente está condicionada a "posiciones" de las partes y no a elementos objetivos que se pudieran observar en el desarrollo del proceso (Ponce Alburquerque, 2017).
ii. En el ámbito jurisdiccional penal, la solicitud de "detención preliminar" usualmente está vinculada a un "peligro procesal", pero más allá de esta afirmación no se suele observar una mayor contundencia en la necesidad de limitar o condicionar un derecho fundamental tan importante para la persona: su propia libertad (Rey, 2012, p. 355).
iii. En el ámbito jurisdiccional civil, en casos de ejecución de medidas cautelares, la fundamentación de la aprobación de la contracautela en la evaluación de derechos de orden patrimonial suele ser ajena a la realidad económica en la que desa-

> rrolla el proceso (Instituto de Investigaciones de la Escuela Profesional de Turismo y Hostelería de la Universidad de San Martín de Porres, 2005, p. 113).
>
> Así, en sencillos ejemplos, es posible señalar que la práctica jurisdiccional nacional suele registrar casos en los cuales las partes procesales no debaten un derecho o casos en los que la interpretación de una norma para la materialización de un derecho en mérito a un planteamiento de una pretensión (interés) eventualmente podría ser determinada como improcedente en la primera evaluación de la demanda.
>
> Sin embargo, por el solo cumplimiento de las formalidades del Código Procesal Civil —si nos limitamos a este ámbito jurisdiccional—, las demandas suelen ser "admitidas" a trámite sin evaluarse en forma objetiva las pretensiones formuladas, que en algunos casos bien pudieran ser defenestradas inmediatamente.

Sin embargo, el comportamiento de las partes procesales genera un desarrollo y, con ello, su evaluación tanto en forma parcial en la emisión de resoluciones (i) como en forma conclusiva cuando se emiten sentencias (ii). Con base en esto, se invoca la intervención del Estado en la atención de conflictos de intereses, sin importar muchas veces su alcance, tanto en lo patrimonial como en lo temporal, porque los plazos y condiciones son un factor que incide negativamente en los justiciables, con lo cual se suelen generar casos de abandono procesal.

Sea cual fuere la situación, las partes procesales son muy críticas con respecto a la labor del juez y para ello emplean varios instrumentos, que son válidos y legítimos para cuestionar una decisión, pero que eventualmente se transforman en el desarrollo del conflicto en el ámbito judicial en situaciones maliciosas y temerarias. Así, podemos mencionar las más usuales:

a. *La reconvención*

   Un ejemplo aplicable a la fundamentación de nuestra posición podría ser la evaluación del III Pleno Casatorio Civil, desarrollado por la evaluación de la Casación N.º -2010-4664Puno, divorcio por separación de hecho (Poder Judicial, 2010).

Téngase en cuenta que el desarrollo del conflicto material entre las partes fue "promovida" en lo jurisdiccional por el demandante que hizo el abandono de hogar (y abandono material de su familia) ante el Poder Judicial. La parte demandada, luego de un periodo de procrastinación, justificó su defensa y expuso el verdadero contexto del conflicto familiar.

En este ámbito, la primera decisión el juez de admitir a trámite el proceso finalmente devino a favor de la parte "más débil" del conflicto entre las partes procesales, provocando en forma implícita el reconocimiento de algunas condiciones que se suelen generar y presentar en el desarrollo de conflictos familiares, como la presentación de partes "fuertes o débiles" y en mérito a ello atender el "caso en función al contexto".

b. *Las excepciones y defensas previas*

Estos recursos, de acuerdo con Bullard (1993, p. 155), son los siguientes:

i. Excepción de incompetencia, por razón de territorio, materia, grado o por cuantía.
ii. Excepción de incapacidad del demandante o de su representante.
iii. Excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado.
iv. Excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, lo cual está vinculado esencialmente a una práctica temeraria o maliciosa de parte de quien accede a la tutela jurisdiccional efectiva con la interposición de una demanda por uso de su derecho a accionar.
v. Excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa.
vi. Excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante o demandado.
vii. Excepción de litispendencia.
viii. Excepción de cosa juzgada.
ix. Excepción de desistimiento de la pretensión.
x. Excepción de conclusión del proceso por conciliación o transacción.

xi. Excepción de caducidad.
xii. Excepción de prescripción extintiva.
xiii. Excepción de convenio arbitral.

Como se observa, las partes procesales pueden ejecutar una acción en forma inmediata para la defensa de sus derechos en mérito no al fundamento de sus argumentos, sino a elementos materiales que determinan la viabilidad del mismo proceso judicial en forma primigenia.

Punto particular en este contexto, es que las "excepciones procesales" solo son evaluadas en la sentencia, esto es, al final del proceso y no en su etapa preliminar. Ello genera el seguimiento de un proceso muchas veces innecesario, al registrarse el inconveniente procesal en su etapa inicial. Tal es la condición por la cual las denuncias por infracción al deber de dirigir el proceso son constantes en el ámbito jurisdiccional nacional y limitan la carrera del juez, porque el Consejo Nacional de la Magistratura suele tomar conocimiento de esa negligencia y la califica en forma negativa al momento de la "ratificación" del magistrado cada siete años (Rioja Bermúdez, 2011, p. 326).

c. *La reposición*

Este recurso procede contra los decretos emitidos por el juez con el fin de que este los revoque.

En el mismo proceso y ante el mismo juez, las partes procesales plantean la "reposición" de una resolución judicial de mero trámite, a razón de lo cual el recurso suele ser admitido en el trámite del proceso, porque generalmente está vinculado a los procedimientos administrativos en el desarrollo del expediente judicial.

d. *La apelación*

A efectos de provocar la intervención de un órgano jurisdiccional superior para la evaluación de una decisión primigenia, se acude a la apelación, con lo que en esencia se desarrolla el principio constitucional de la doble instancia.

En este punto, surgen dos contextos muy diferentes: es posible "apelar" una decisión de un juez de primera instancia y también es viable "apelar" la decisión de una Sala Superior (órgano jurisdic-

cional de segunda instancia), pero en este caso varía su denominación y se llama "recurso de casación".

Sin embargo, en ambos casos la ley procesal peruana no es muy estricta en la identificación del "error judicial" y por ello la "instancia de apelación" y la propia Corte Suprema, cuando ejecuta una función casatoria, finalmente "resuelve como si fuera un órgano de instancia" (Gaceta Civil y Procesal Civil, 2014, p. 13).

e. *La queja*

Conforme al artículo 401 del Código Procesal Civil, *la queja* tiene por objeto el reexamen de la resolución que declara inadmisible o improcedente un recurso de apelación.

f. *La aclaración y corrección de resoluciones*

Usualmente presente cuando en la parte resolutiva de una decisión judicial (resolución o sentencia) las partes observan un elemento que resulta ambiguo en cuanto a su definición o determinación (Monroy Gálvez, 2010).

Finalmente, todos estos elementos e instituciones procesales permiten la viabilidad de una práctica jurisdiccional que puede mejorar su propia decisión o plantear el reexamen de una decisión por intervención de un órgano jurisdiccional diferente y superior. El principio de la doble instancia es, pues, el mejor elemento para poder "juzgar" la labor jurisdiccional de forma objetiva.

Una decisión equivocada o sin fundamento (tanto parcial como completa) podrá ser cuestionada en una instancia superior, que corregirá dicha situación a favor del justiciable y provocará, en esencia, que el "derecho" —tanto en el ámbito subjetivo para el justiciable como para la comunidad— se encuentre a buen recaudo, con lo cual se desarrolla la mejor fiscalización para la labor jurisdiccional. Un método diferente a estos mecanismos prácticamente constituiría una limitación a la autonomía jurisdiccional del juez.

## 2. La fiscalización administrativa de la labor del juez

En este ámbito intervienen dos instancias, representadas por dos órganos de carácter autónomo a nivel constitucional:

a. El propio Poder Judicial, con sus instancias de fiscalización de la labor jurisdiccional a cargo del Órgano de Control de la Magistratura (OCMA) (Rubio Correa, 2006, p. 292).
b. El Consejo Nacional de la Magistratura, que puede ejecutar:
    i. Un proceso de destitución, por falta calificada como grave, en el ejercicio jurisdiccional (Organisation for Economic Co-operation and Development , 2017, p. 228).
    ii. Un proceso de ratificación del juez, que por determinación de la Constitución se desarrolla cada siete años.

Sin embargo, en este punto, lo que se "cuestiona" no es en esencia el "contenido mismo de la resolución o sentencia" emitida por el juez, sino un comportamiento procesal o jurisdiccional respecto del desarrollo del proceso y, con ello, la diferencia en cuanto a la determinación de la "naturaleza" del procedimiento a ser ejecutado (Bermúdez-Tapia & Sierra-Zamora, 2019).

En este ámbito, las decisiones de la OCMA o de sus órganos inferiores suelen ser sumamente referenciales para la evaluación del juez en los procesos de ratificación ante el Consejo Nacional de la Magistratura. En este ámbito se puede observar una diversidad de casos:

a. Procedimientos de investigación que han concluido en el archivamiento de un caso.
    Cuando así sucede, el registro estadístico opera a favor del juez en un proceso de ratificación en el cargo, por cuanto las denuncias administrativas no han conllevado el registro de alguna falta administrativa.
b. Procedimientos de investigación de un caso que han provocado una sanción administrativa.
    El contexto de la "falta" es referencial en la evaluación que ejecutará el Consejo Nacional de la Magistratura. Por ello se dividen las sanciones, que pueden ser por negligencia en el seguimiento del proceso (lentitud procesal) o por actuación deficiente en el proceso, que se acredita con el registro de algún procedimiento contrario a la ley.
c. Procedimientos de investigación que han provocado la recomendación del Poder Judicial para que el Consejo Nacional de Magistratura

proceda a destituir a un magistrado. Generalmente hay vinculación con casos de corrupción manifiestos.

Como todo procedimiento administrativo, está sujeto a una evaluación tanto administrativa como jurisdiccional, pero en este punto surge un factor usualmente "observado" pero pocas veces "cuestionado": la elevada discrecionalidad de los órganos de fiscalización en cuanto a la decisión que imponen, que suele ser excesiva.

Como toda organización jerárquica y con tendencia a la verticalidad en cuanto a la funcionalidad, según el cargo que se desempeñe, el Poder Judicial suele generar una categorización funcional en sus propios trabajadores. Así, los *magistrados* son un universo totalmente distinto al de los *asistentes o auxiliares jurisdiccionales*. Entre los primeros, el nivel y la titularidad en el cargo generan también una cuestión subjetiva que se traduce en las acciones de fiscalización sobre el evaluado que tiene menor nivel en el cargo.

De este modo, los Jueces Especializados suelen ser muy reservados respecto de las decisiones que le son impuestas por las Salas Superiores en un proceso en apelación. Obsérvese, por ejemplo, cómo los jueces superiores redactan la "remisión" o los fundamentos cuando se revoca una decisión.

Situación similar se presenta cuando los jueces superiores son evaluados por la Corte Suprema, todo lo cual se amplía en forma negativa cuando se ejecuta una labor de fiscalización administrativa en la OCMA y sus órganos dependientes.

En el ámbito de las competencias del Consejo Nacional de la Magistratura se da la misma situación. Los Consejeros suelen ser sumamente severos en los procesos de fiscalización y, en la actualidad, bien se podría cuestionar a un abogado que se postula al cargo de juez, en cuanto a su valor moral, si un Consejero le impugna una filiación o no paga alimentos a favor de su hijo en su proceso de nombramiento para un cargo de alta representatividad social.

## 3. La fiscalización en el ámbito penal de la labor judicial

En este ámbito, la cuestión en evaluación es la "acción" final de no hacer lo dispuesto en la norma por parte del juez. Esto hace que su labor resulte cues-

tionable desde el punto de vista de la interpretación literal de la norma, pero eventualmente permite la defensa del juez en dos niveles:

a. Cuando fundamenta la inaplicación de la norma al caso concreto, en mérito a fundamentos de orden constitucional principalmente.
b. Cuando el juez aplica un criterio de "equidad" en la decisión abordada, principalmente, si los "fundamentos legales" quedan fuera de un contexto en el cual las partes procesales han desarrollado situaciones muy especiales, que exigen que el juez prácticamente desarrolle *derecho*, porque de lo contrario no ejecutaría su labor para la solución de un conflicto material.

## Conclusiones

Tras la evaluación preliminar de algunos mecanismos de control sobre la labor del juez, debemos señalar que este es un profesional y una persona que, si bien puede equivocarse, el propio derecho permite que la ley encuentre un mecanismo de solución a favor del justiciable que resultase afectado por una mala acción.

Sin embargo, la ley queda obsoleta cuando la labor del juez se desarrolla en mérito de una negligencia maliciosa o de una condición vinculada a actos de corrupción. Esto nos permite señalar que tales casos, si bien son pocos, resultan muy representativos en la actualidad, puesto que las malas decisiones de algunos jueces provocan la crítica a todo el Sistema de Impartición Jurisdiccional, lo que restringe la legitimidad del Poder Judicial ante la misma comunidad.

## Referencias

Alarcón Sotomayor, L. (2010). *Derecho administrativo sancionador.* Editorial Lex Nova.

Avendaño Valdez, J. (2013). 35Discusión en torno al Cuarto Pleno Casatorio Civil sobre el concepto de posesión precaria. *Ius et Veritas, 23*(47), 352-359.

Barrero-Barrero, D., & Baquero-Valdés, F. (2020). Objetivos de Desarrollo Sostenible: un contrato social posmoderno para la justicia, el desarrollo y la seguridad. *Revista Científica General José María Córdova, 18*(29), 113-137. https://doi.org/10.21830/19006586.562

Bermúdez-Tapia, M. (2012). *Derecho procesal de familia.* Editorial San Marcos.

Bermúdez-Tapia, M., & Sierra-Zamora, P. A. (2019). La violación a los derechos humanos de las familias afectadas en conflictos armados internos en Colombia y Perú en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe), 7*(3), 547-569. https://doi.org/10.25245/rdspp.v7i3.673

Bullard, A. (1993). *El derecho civil peruano: perspectivas y problemas actuales.* PUCP.

Carrillo Lozada, A., & Gianotti Paredes, S. (2013). Cosa juzgada vs. ¿cosa juzgada?: sobre la inmutabilidad de las resoluciones judiciales provenientes del proceso de ejecución. *Ius et Veritas, 23*(47), 374-385.

De Belaúnde, J. (2006). *La reforma del sistema de justicia: ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes.* Instituto Peruano de Economía.

Espinoza Goyena, J. (2004). A propósito de la Ley de celeridad y eficacia procesal. Ley Nº 28117 del 9 de diciembre 2003. En J. Hurtado Pozo,. *La reforma del proceso penal peruano: anuario de derecho penal 2004.* PUCP-Universidad de Friburgo.

Figueroa Gutarra, E. (2012). *La exigencia constitucional del deber de motivar.* ADRUS.

Figueroa Ortiz, E. (2009). La compensación y la reconvención en el proceso laboral. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal, 3*(1), 1-11.

Gaceta Civil y Procesal Civil. (2014). *La valoración de pruebas en sede casatoria*. *Gaceta Civil y Procesal Civil, 8*.

Gozaíni, O. (2016). *Garantías, principios y reglas del proceso civil.* Universidad de Buenos Aires.

Guerra Cerrón, M. (2011). *Manual del Código Procesal Civil.* Gaceta Jurídica.

Instituto de Investigaciones de la Escuela Profesional de Turismo y Hostelería de la Universidad de San Martín de Porres. (2005). *El impacto económico de la cultura en Perú.* Universidad de San Martín de Porres.

Lebón, N., & Maier, E. (2006). *De lo privado a lo público: 30 años de lucha ciudadana de las mujeres en América Latina.* Siglo XXI.

Monroy Gálvez, J. (2010). *La formación del proceso civil peruano: escritos reunidos.* Communitas.

Mujica, J. (2012). Construction problems of criminological indicators and comparative situation of femicide in Peru. *Anthropologica, 30*(30), 169-194.

Organisation for Economic Co-operation and Development. (2017). *Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú: Reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente.* OECD Publishing.

Picó, J. (2013). *El principio de la buena fe procesal.* Bosch Editor.

Plaza, O. (2001). *Perú: actores y escenarios al inicio del nuevo milenio.* PUCP.

Poder Judicial. (2010). *Tercer Pleno Casatorio Civil*. Poder Judicial.

Ponce Alburquerque, J. (2017). *Familia, conflictos familiares y mediación.* Ubijus.

Rey, F. (2012). *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes.* Editorial Complutense.

Rioja Bermúdez, A. (2011). *El nuevo proceso civil peruano.* Adrus.

Rubio Correa, M. (2006). *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* PUCP.

Salas Villalobos, S. (2012). Efectos de la aplicación de la adecuación en los petitorios y providencias cautelares. *Ius et Veritas, 22*(44), 294-308.

Santaella López, M. (1995). *Montesquieu: el legislador y el arte de legislar.* UPCO.

Sierra Cristóbal, R. (2004). *La libertad ideológica del juez.* Tirant lo Blanch.

Solórzano Flores, A. (2017) *La asignación anticipada en los procesos de alimentos: impacto de la Ley 29803*. Fondo Editorial del Congreso del Perú.

Ugarteche, O. (2005). *Vicios públicos: poder y corrupción.* Sur.

Vidal, J., Díaz, V., & Rodríguez, G. (2005) *Temas de derecho administrativo contemporáneo.* Universidad del Rosario.

ESMIC
SELLO EDITORIAL

# Elementos judiciales y procesales en contextos de cambios sociales

Esta obra recopila el trabajo investigativo de diversos autores sobre los desafíos de ciertas dinámicas sociales en Colombia, en especial aquellas en las que no siempre resulta fácil encontrar el equilibrio entre la búsqueda de la justicia, los procesos judiciales a la luz de la doctrina y la normativa vigentes, y la situación de vulnerabilidad o el estatus constitucional de las distintas comunidades afectadas. Los casos y fenómenos en estudio —de sobresaliente actualidad— son revisados desde el derecho comparado, lo cual hace posible ampliar el panorama de estudio y enunciar de manera detallada los impactos en la colectividad, así como contar con una visión crítica y unas bases propositivas encaminadas a visibilizar la importancia de la atención a las transformaciones que día a día se presentan en Colombia.

ESCUELA MILITAR DE CADETES
"General José María Córdova"

ESMIC
SELLO EDITORIAL

ISBN 978-958-52848-7-6