
VIDA, PASION Y MUERTE DEL TRIBUNAL ESPECIAL DE INSTRUCCION

Hernando Valencia Villa*

El reciente naufragio del Tribunal Especial de Instrucción en las procelosas aguas del control constitucional no nos exime del deber de hilvanar algunas ideas en torno a una experiencia que no por cuestionable o fallida resulta menos reveladora del carácter de nuestro régimen político. Conviene, pues, hacer un breve repaso de los antecedentes, las características y las consecuencias del organismo, con el doble propósito de situar el debate en su contexto real y extraer las lecciones del caso, no sea que la peste del olvido, el mal nacional, haga otra vez estragos entre nosotros.

El problema

Uno de los factores determinantes de la erosión del régimen político colombiano a lo largo de la última generación, es decir, de 1958 a nuestros días, ha sido la crisis de la justicia, que los partidarios del orden suelen formular como la incapacidad del aparato judicial para resolver en provecho de las clases dirigentes las contradicciones sociales que se manifiestan en la violación de la ley. Una tal impotencia, que alimenta el proceso de deterioro del orden público y estimula la apelación a las soluciones de fuerza y de violencia para tramitar el múltiple conflicto civil, fue diagnosticada con singular lucidez

por el entonces presidente Alfonso López Michelsen, hacia 1975. Su preocupación por la delincuencia política, los paros cívicos, las tomas de edificios públicos y pequeñas poblaciones, el activismo sindical de la burocracia y otras formas inéditas de lucha popular, se tradujo en un discurso de condena de la protesta social y luego en una propuesta heterodoxa de reforma constitucional enderezada a neutralizar la crisis de la justicia a nivel regional y local. El proyecto reformista de López Michelsen consistía en la convocatoria de una pequeña Asamblea Constituyente que, por delegación del Congreso, modernizara la ley fundamental en materia de administración de justicia y régimen departamental y municipal. Curiosamente, las iniciativas del gobierno sobre reorganización judicial alcanzaron un cierto grado de elaboración, mientras que sus ideas acerca de la nueva administración del territorio nunca llegaron a publicarse. Entre las primeras, que se recogieron en el proyecto de la llamada Comisión Echandía y llegaron a ser ampliamente debatidas, sobresalían la abierta intervención del Ejecutivo en la rama jurisdiccional a través del Consejo Superior de la Judicatura y la adopción del sistema acusatorio como nuevo modelo de juzgamiento en el área penal, mediante la Fiscalía General de la Nación. Se trataba, en últimas, de poner a punto la justicia criminal en una verdadera ofensiva de neutralización y absorción del conflicto social, que fue atinadamente calificada de “contrarrevolución preventiva”.

* Abogado, investigador en el Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales.

Sin embargo, como se sabe, la enmienda de la administración López Michelsen fracasó por cuanto la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el acto de convocatoria de la pequeña Constituyente por vicios de procedimiento en su formación. La sentencia de 5 de mayo de 1978, que señala el inicio de la jurisprudencia política entre nosotros y que tendrá una influencia directa en los últimos fallos de inconstitucionalidad del juzgamiento de civiles por militares bajo estado de sitio, de las medidas de emergencia para Urabá, del Tribunal Especial y de las leyes aprobatorias del Tratado de Extradición con los Estados Unidos, invocaba defectos de trámite en el paso de la reforma por el Congreso pero incluía argumentos un tanto crípticos sobre la pertinencia misma de las modificaciones constitucionales propuestas por medio de la pequeña Constituyente. De esta suerte, la tentativa gubernamental de modernizar la justicia en una perspectiva que bien podría calificarse de "peligrosista", puesto que pretendía ante todo criminalizar y castigar la insurgencia ciudadana, se estrella contra la novísima lectura que la Corte hacía y continúa haciendo de su propia misión como guardiana de la Carta y también de la sujeción de los altos poderes del Estado a la legalidad constitucional.

Este antecedente se prolonga en la reforma de 1979, adoptada por el Congreso a instancias de la administración Turbay Ayala y orientada a la actualización institucional del Legislativo y de la justicia. En este último aspecto, la enmienda no era otra cosa que una versión corregida y aumentada del proyecto de la Comisión Echeandía. Y aunque las nuevas normas estuvieron casi dos años en vigor, hasta cuando la Corte las invalidó en razón de su torpe tramitación por las Cámaras mediante la sentencia de 3 de noviembre de 1981, la mayor parte del Acto Legislativo No. 1 de 1979 permaneció escrita, sin ningún desarrollo legal. Ello habla muy a las claras tanto de la voluntad política de congresistas y gobernantes, cuanto de la función ideológica de las enmiendas constitucionales en Colombia.

Tras este segundo fracaso del reformismo normativo, que se había desplegado en el terreno estratégico de la justicia por los motivos señalados, la administración Betancur abandonó el esquema autoritario de López Michelsen y el militarista de Turbay Ayala y ensayó en cambio el modelo de la pacificación política y negocia-

da para el manejo de i problema de la protesta social en general y de la oposición armada en particular. Y si bien de la apertura política y la reforma democrática prometidas en 1982 no quedó a la postre más que la elección popular de alcaldes, el gobierno anterior negoció y suscribió con los tres principales grupos guerrilleros (FARC, M-19 y EPL) esos instrumentos atápicos, sin ubicación precisa en el derecho público colombiano, que son los Acuerdos de Tregua de 1984. Independientemente de su naturaleza normativa, que debe ser examinada en sus implicaciones tanto internacionales y humanitarias cuanto constitucionales y penales, los pactos de paz constituyen un original aporte del país al llamado derecho de la guerra (**jus in bello**) y al mismo tiempo la cristalización, no por ambigua y precaria menos significativa y útil, de la única tentativa practicada entre nosotros para resolver el conflicto guerrillero contemporáneo por la vía política.

El experimento de la Pax Belisariana, sin embargo, muy pronto tropezó con obstáculos insalvables como el aislamiento político del presidente, la ausencia de consenso parlamentario y partidista en torno a la estrategia de amnistía y tregua, la resistencia de las Fuerzas Armadas y del gran capital a dicha política gubernamental, el radicalismo de las organizaciones insurgentes y la propia crisis nacional. Este estado de cosas alcanzó su clímax en la infame batalla del Palacio de Justicia, cuando el M-19, que había tenido el mayor protagonismo político durante los meses de la tregua, asaltó la sede de la Corte Suprema y del Consejo de Estado en un gesto suicida que tenía la vana pretensión de enjuiciar al presidente y forzar la publicación de las misteriosas actas de las Comisiones de Paz y Verificación, y el gobierno que había quemado sus naves en la apuesta por la amnistía y la paz, propició o permitió una masacre militar que causó ciento quince muertes y desapariciones, destruyó la Pax Belisariana y violó todas las reglas jurídicas y éticas conocidas.

A results del genocidio del 6 y 7 de noviembre de 1985, la administración Betancur apeló una vez más al régimen de legalidad marcial y creó un Tribunal Especial de Instrucción para investigar el trágico episodio. Integrado por dos magistrados elegidos por la Corte, el Tribunal pretendía remediar la proverbial ineptitud de la justicia penal ordinaria para formar un sumario con base en el cual pudieran establecer-

se responsabilidades e imponerse sanciones con prontitud y rigor. Las designaciones recayeron en un antiguo Procurador General de la Nación y en un prestante abogado de empresas quienes produjeron un largo y equívoco informe que no arrojó claridad sobre la matanza y, lo que es peor, que no ha servido aún para proferir ningún llamamiento a juicio o para exigir responsabilidad alguna a los protagonistas materiales e intelectuales del llamado holocausto. Conviene agregar que en su momento la Corte halló exequible el Tribunal Especial, con el argumento tradicional según el cual su creación, integración y funcionamiento se justificaban por las altas razones de Estado que el gobierno suele esgrimir cuando el país se encuentra bajo estado de sitio.

Disuelto el primer Tribunal Especial por el agotamiento de su función (la formación del sumario y su remisión al juez de conocimiento, quien debe llamar a juicio o sobreseer o archivar), sobrevino el cambio de administración y con él una suspensión de facto, que no de jure, de la estrategia belisarista de atacar ante todo los factores subjetivos de la subversión. El nuevo gobierno ha asumido, en cambio, una política de "rehabilitación, normalización y reconciliación" que implica atender a los factores objetivos del conflicto guerrillero, es decir, realizar grandes inversiones públicas en las zonas de violencia, en la esperanza de que las obras de desarrollo despojen de toda legitimidad a la oposición armada y hagan innecesaria cualquier negociación política directa con los grupos insurgentes.

Pero la descomposición social no cede y en los últimos años se han enseñoreado del país nuevas formas de violencia, provenientes ahora del narcotráfico, los grupos paramilitares y las empresas de sicarios profesionales. Para hacer frente a esta escalada, que afecta principalmente a los militantes y dirigentes del movimiento político surgido de los acuerdos de paz de 28 de marzo de 1984 y 2 de marzo de 1986, y que tiene características de campaña de exterminio, la administración Barco expidió los decretos legislativos 750 y 790 de 1987 por medio de los cuales se estableció y reglamentó un nuevo Tribunal Especial de Instrucción. El organismo tenía esta vez, a diferencia de su antecesor, una tarea genérica y permanente, cual era la de investigar todos los delitos contra la vida y la integridad personal que a su juicio causaran honda conmoción social por manera

que no quedasen impunes y se hiciera por el juez de conocimiento, en este caso la Sala Penal de la Corte Suprema, pronta y cumplida justicia. El segundo Tribunal Especial operaría mientras se mantuviese en pie la declaratoria de turbación del orden público, estaría integrado por tres magistrados elegidos por la Corte en pleno y dispondría de abundantes recursos y elementos para instruir los sumarios de los graves crímenes que discrecionalmente decidiera investigar.

La solución

Hoy resulta obvio que la creación misma del Tribunal, cuando el gobierno sabía o no podía ignorar que los dos magistrados instructores de la masacre del Palacio de Justicia habían realizado una labor insatisfactoria y que la jurisprudencia constitucional de la Corte se orientaba y se orienta cada vez más hacia una restricción de los poderes implícitos del Ejecutivo y del Legislativo, fue decidida por el presidente Barco y sus abogados a sabiendas de tales antecedentes y con dos o tres ideas fijadas en mente.

Que la nueva lectura de la carta que la Corte como tribunal constitucional ha venido imponiendo desde 1978 se menosprecia e incluso se desconoce entre los juristas de la administración, lo prueba el hecho de que las recientes decisiones de inexequibilidad recaídas sobre las leyes aprobatorias del Tratado de Extradición con los Estados Unidos, la justicia penal militar y el plan de emergencia para Urabá no solo no hayan sido previstas sino que además hayan sido recibidas con desagrado e incompreensión. No hay que coincidir con la nueva doctrina de control constitucional de nuestro máximo juez para reconocer un hecho cumplido, a saber, el abandono, al parecer definitivo, de las legitimaciones judiciales que hasta hace apenas una década sancionaban *ex post facto* todos los excesos gubernamentales presuntamente permitidos por el régimen de excepción del artículo 121. Más aún, como lo demuestran los fallos de mayo 5 de 1978 y noviembre 3 de 1981, la Corte ya no permite enmiendas a la ley fundamental que se aparten del procedimiento ortodoxo de reforma de que trata el artículo 218, o que desquicien o amenacen desquiciar la tridivisión de poderes y el sistema de frenos y contrapesos característicos del Estado colombiano.

Con lo cual la guardiana de la carta se ha erigido en una especie de ‘ ‘ legislador negativo ’ ’ o “juez estadista”, según la fórmula de la sentencia de marzo 5 de 1987, al ejercer un auténtico poder constituyente de anulación sobre los actos del Congreso como soberano en funciones y convertirse así en la instancia de control político más poderosa e independiente del actual régimen colombiano.

Pero el gobierno probó suerte y creyó responder al clamor de la oposición democrática, en especial de la Unión Patriótica, con el mecanismo atípico del tribunal instructor, que debía desatar el nudo gordiano de la investigación criminal y a la vez institucionalizar dos ideas fijas del presidente a propósito de la violencia y la paz. La una era y sigue siendo que la verificación de la tregua con los alzados en armas no puede ser responsabilidad de comisiones oficiales o paraestatales sino de los jueces de instrucción. De ahí que el Tribunal Especial aspirara a ser, en el proyecto del gobierno, la máxima institución de verificación política del cumplimiento o incumplimiento de la tregua al documentar en derecho los excesos delictivos de guerrilleros y militares. Pues la administración Barco no distingue entre verificación política y verificación jurídica del cese al fuego o, peor aún, pretende reducir lo primero a lo segundo. Según la otra idea fija, al amparo de la legalidad marcial pueden crearse organismos híbridos, que no tienen cabida en el ordenamiento jurídico, ni consultan aspiraciones democráticas amplias, pero que en la mentalidad maquiavélica del gobierno actual sirven para responder a las demandas cruzadas de muy diversos sectores de opinión.

Existe una tercera justificación o coartada para el Tribunal Especial desde el punto de vista oficial: la preocupación por la generalización de la violencia, tal como ha sido expresada una y otra vez por voceros de la oposición y periodistas independientes, sirve de excusa para las soluciones burocráticas o superestructurales tan representativas del bipartidismo criollo. De esta guisa, por descabellada que apareciese la fórmula de un cuerpo instructor inclasificable y supeditado a la vigencia del estado de excepción, la administración podía argumentar que la nueva entidad no era más que la cristalización del anhelo nacional. Y así lo hizo.

En cualquier caso, el gobierno creó el tribunal mediante el Decreto Legislativo 750 de abril 25 de 1987 y lo retocó mediante el Decreto Legis-

lativo 790 de mayo 4 de 1987 en aspectos tan inquietantes como la sustracción de los miembros de las Fuerzas Armadas a la jurisdicción del ente instructor.

Además de los rasgos señalados atrás, el Tribunal se caracteriza porque “concluida la investigación, y efectuada la calificación correspondiente, el expediente será remitido a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, para que ésta, como juez de única instancia, decida sobre el proceso” (artículo 11 del Decreto Legislativo 750 de 1987). Esta disposición, que constituía la pieza maestra de la maquinaria al asegurar una decisión inapelable por parte de los ocho magistrados penales de la Corte, se convirtió muy pronto en la piedra de tropiezo del Tribunal ante la opinión pública, los magistrados designados y la propia Corte. En efecto, la eliminación del principio de alzada o de la doble instancia, en virtud del cual toda decisión judicial puede ser impugnada y debe ser revisada por el superior jerárquico de quien la profiere, desató una tormenta de críticas como que se trata de una de las más clásicas garantías del constitucionalismo liberal, presente en todas las constituciones y declaraciones de derechos desde el siglo XVIII. Tal fue también la crítica principal de los tres juristas demócratas designados por la Corte al declinar su nombramiento. Uno de ellos, con un exquisito sentido de la oportunidad, invocó el artículo 138 de la quinta y última constitución gran colombiana, la llamada carta del Congreso Admirable de 1830, que a la letra dice: “Ningún colombiano puede ser distraído de sus jueces naturales, ni juzgado por comisiones especiales o tribunales extraordinarios”. Y los jueces constitucionales, por fin, volverían a éste y otros planteamientos semejantes para sustentar su invalidación del Tribunal Especial.

Dentro de este clima de controversia y sospecha y en un alarde de milimetría partidista que delata la contaminación frentenacionalista en el ámbito judicial, fueron designados Carlos Lemos Simmonds, John Agudelo Ríos y Eduardo Umaña Luna como integrantes del organismo instructor. El primero, liberal turbayista y ministro de Relaciones Exteriores entre 1980 y 1982, declinó por su obvia inexperiencia jurídica. El segundo, conservador belisarista, ministro de Trabajo en la administración Lleras Restrepo y arquitecto de los acuerdos de paz de 1984, hizo lo propio sin mayores explicaciones. Y el tercero, penalista de izquierda y profesor emérito de la Universidad Nacional, rehusó con

un vigoroso alegato en el cual cuestionaba la creación del Tribunal por razones jurídicas y políticas.

La Corte acordó una segunda terna de magistrados, compuesta esta vez por José Manuel Arias Carrizosa, liberal turbayista, exministro y exsenador, quien aceptó por consideraciones de "patriotismo"; Rafael Nieto Navia, conservador alvarista y profesor de derecho internacional en la Universidad Javeriana, que rechazó el nombramiento; y Gerardo Molina, antiguo rector de la Universidad Nacional y senador de la oposición democrática, quien también declinó con argumentos similares a los de Umaña Luna.

En estas circunstancias y debido a la solitaria aceptación de Arias Carrizosa, la Corte debió nombrar a dos nuevos juristas. Las designaciones recayeron en el conservador Luis Carlos Giraldo Marín, magistrado que fuera de la Corte bajo la dictadura y del Tribunal Disciplinario bajo el Frente Nacional, quien no aceptó por razones de salud; y en Alfredo Vázquez Carrizosa, canciller del gobierno de Pastrana, internacionalista y presidente del Comité de Derechos Humanos, quien no aceptó por razones de principio a través de una carta memorable.

Paralelamente a esta cadena de nombramientos fallidos, que bien cabe calificar de comedia de equivocaciones, la Corte adelantaba la revisión automática u oficiosa de los decretos 750 y 790 a que la obliga el parágrafo del artículo 121 constitucional. Todos y cada uno de los actos de gobierno que se expidan en ejercicio de las facultades excepcionales del estado de sitio deben someterse al escrutinio de constitucionalidad de nuestro máximo tribunal. Y las medidas de creación del Tribunal Especial no escaparon a este control, que se cumplió poco después de la tercera serie de designaciones, cuando la guardiana de la Carta profirió sus dos sentencias de junio 16 de 1987. Redactados por Jesús Vallejo Mejía y Hernando Gómez Otálora, los fallos declararon inexecutable los decretos 750 y 790, respectivamente, por violación directa de los artículos 16, 26 y 58 del estatuto fundamental que versan sobre deberes del Estado, garantías procesales de los ciudadanos y estructura jerárquica de la rama jurisdiccional. El ponente del primer pronunciamiento, que es con mucho el principal puesto, que el segundo se contrae a repetir las razones ya aducidas para anular el decreto inicial, presentó a la plenaria de la corporación una "Aclara-

ción de Voto" que vale la pena glosar en dos palabras por cuanto proviene del autor de la trascendental decisión de marzo 5 pasado que puso fin a la arbitrariedad de trasladar a la justicia castrense el conocimiento de los delitos políticos y de orden público cuando quiera que el país se halle en estado de sitio. En este documento clave, que ha sido sustraído del conocimiento público, el magistrado Vallejo Mejía viene a sostener una tesis de grande importancia para la democratización del derecho público en Colombia, a saber: contra la doctrina dominante, el principio de las dos instancias tiene rango constitucional y no solo legal entre nosotros en razón de que está consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el Pacto de San José de 1969 y pertenece, por tanto, al derecho de gentes o derecho internacional público, el cual a su vez gobierna toda la actuación presidencial y gubernamental en caso de turbación del orden público por guerra exterior o conmoción interior. En otras palabras, a causa y no a pesar del estado de sitio, que está sujeto al *jus gentium* tanto como a la preceptiva constitucional, el Ejecutivo debe respetar y hacer efectivo el postulado de la doble instancia de las sentencias judiciales. Por este camino podría argumentarse que el derecho de los conflictos armados y el derecho internacional humanitario resultan plenamente aplicables al manejo de la insurgencia armada y sus peripecias, al menos cuando el territorio nacional se encuentre bajo estado de sitio, como sucede hoy, por cuanto tales ordenamientos forman parte integral del derecho de gentes y éste también regula la legalidad marcial en Colombia.

Por lo demás, así lo han mantenido Carlos Jiménez Gómez, Procurador General de la Nación en el cuatrienio anterior, y Juan Manuel López Caballero, director de la Fundación Pro Esclarecimiento de los Hechos del Palacio de Justicia, en su esfuerzo por llevar ajuicio a los responsables oficiales de la masacre de noviembre de 1985.

Tres moralejas

Sepultado el segundo Tribunal Especial de Instrucción merced a los fallos de la Corte, el país político ha pasado a otra cosa, como suele hacer cada vez que sus hazañosas empresas de salvación nacional tropiezan con los hechos tozudos y se desmoronan como castillos de naipes.

La agenda gira ahora en torno a la constituyente de Lleras Restrepo, que no es más que una reedición de la constituyente de López Michelsen, a la ley antiterrorista y al nuevo estado de sitio. Estas y otras propuestas constituyen la expresión coyuntural del inveterado reformismo jurídico que ha sido, a lo largo de nuestra historia, una de las estrategias favoritas de los partidos gobernantes y las clases dominantes para prevenir el cambio social y generar el consenso político.

Entre tanto, sin embargo, es menester extraer algunas conclusiones a manera de moralejas. Pues aunque la polémica suscitada por la vida, pasión y muerte del Tribunal Especial podría considerarse como una querrela de las investiduras o una batalla de papel, hay en el episodio tres lecciones para recordar:

1. El estado de sitio es una institución desprestigiada y debilitada por sus propios excesos y defectos. La Corte se ha empeñado en meterlo en cintura, lo cual equivale a cuestionarlo como dispositivo de dictadura constitucional que ha sido, y además la sensibilidad ciudadana se ha democratizado y ya no tolera, al menos en la misma forma que antes, el tratamiento heroico de la conmoción interna crónica que caracteriza la vida nacional. En este sentido, la distinción entre normalidad y anormalidad resulta cada día más artificiosa debido al carácter anómico de nuestra realidad y a la ineficiencia de mecanismos autoritarios como la legalidad marcial para normalizar la injusticia y el atraso en que viven los más de los colombianos. Al mismo tiempo, hay que recibir con beneficio de inventario las innovaciones institucionales y normativas que anuncia el gobierno para revitalizar el estado de excepción y tornar aceptable e incluso deseable una sospechosa legislación antiterrorista;

2. La Corte Suprema de Justicia, durante los últimos diez años, ha venido cambiando drásticamente su lectura de la Constitución en una perspectiva de restricción del Ejecutivo y del Legislativo y, por consiguiente, de ampliación de los espacios de maniobra frente al Estado y contra el Estado. Esta nueva jurisprudencia, que debe calificarse de política sin temor alguno, constituye una irónica realización del célebre postulado del Estado de derecho, en la medida en que las mencionadas sentencias de inexequibilidad apuntan ya hacia un sistema de frenos y contrapesos que defiendan los fueros de la sociedad civil o que tienda a concebir la Constitución como una verdadera institución

social y no como una mera herramienta de poder. Pero las promesas de la doctrina constitucional emergente también entrañan riesgos, como confiar la democratización del régimen a la sola evolución normativa u olvidar que aún subsisten en la legalidad política numerosos y poderosos factores de arbitrariedad e inequidad, y

3. La administración Barco ha continuado en líneas generales la política de paz de la administración Betancur, pero no lo reconoce formalmente porque considera que no puede hacerle tal homenaje al anterior presidente y a su controvertida estrategia pacificadora, sin pagar por ello un alto costo político ante el liberalismo, la clase política, la gran prensa y el patronato. Ha habido y habrá, presumiblemente, reajustes en la política de manejo de los grupos guerrilleros y de su acordada incorporación a la vida civil. Particularmente en cuanto concierne a la verificación de la tregua con las FARC, pactada en 1984 y prorrogada en 1986, el actual gobierno debe dar una respuesta concreta y efectiva al clamor público por reglas de juego que aseguren tanto la consolidación de la Unión Patriótica como principal fuerza política de oposición democrática surgida del proceso de la Pax Belisariana, cuanto el fortalecimiento del sistema bipartidista tradicional bajo la forma hegemónica del esquema gobierno-oposición. Y puesto que la primera propuesta barquista de solución al problema de la verificación de la tregua, el segundo Tribunal Especial de Instrucción, ha resultado impracticable por los hechos examinados aquí, parece necesario apelar a otras estrategias jurídicas antes de retornar a la militarización masiva del conflicto guerrillero. Entre tales alternativas legales se encuentran la restructuración de la justicia ordinaria, que se anuncia pero que no llega, y la creación de nuevos organismos ad hoc, como la Comisión de investigación y denuncia de los crímenes políticos, a imagen y semejanza de la Comisión Sábato en Argentina, que recomiendan al gobierno los autores del reciente informe Colombia: Violencia y Democracia

En cualquier caso, las vías legales de pacificación y democratización no están agotadas en Colombia. Pero los repetidos descalabros jurídicos que la administración Barco ha sufrido en los últimos meses sugieren rectificaciones fundamentales en lo que bien puede denominarse la política constitucional del régimen. Porque la espada de la justicia es un arma de doble filo. Y nadie puede esgrimirla impunemente.