

¿DEL DISCURSO AL DERECHO O DEL DERECHO AL DISCURSO?

Acerca de la aplicación de las normas sobre delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario en Colombia a una situación de violencia armada denominada “terrorismo”

SYLVIA H. GARCÍA GARCÍA*

RESUMEN

Las razones por las cuales las FARC-EP han sido desde el gobierno discursivamente llamadas “terroristas”, obedecen a la concepción de injusticia e ilegitimidad de la violencia armada practicada por dicho grupo, como antagonista de la “democracia” y en contraposición a lo que se concibe como “conflicto armado”. El apelativo de “terrorista” es por tanto, en un contexto político y discursivo, un significante “extralegal”. Desde el punto de vista formal, el “conflicto armado” no se concibe en un contexto de guerra justa o legítima, ni apela necesariamente a una causa noble en medio de un sistema antidemocrático, como lo hace notar el presidente colombiano.

El presente artículo intenta evidenciar un choque de significado, desde el punto de vista discursivo y desde el punto de vista legal o de derecho positivo, en relación a los significantes “conflicto armado” y “terrorismo”. A partir del interrogante acerca de la autoridad en la que reside la competencia para determinar la existencia o no de un “conflicto armado”, se plantea la

Fecha de recepción: 30 de marzo de 2006
Fecha de aceptación: 21 de abril de 2006

* Estudiante de séptimo semestre, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

problemática de las fuentes del derecho y su relación, para este caso en concreto, con la apelación a la excepcionalidad, en el sentido de la decisión unilateral del contenido del derecho, que en el presente caso, haría aplicables o no las normas sobre delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH. Los cuestionamientos centrales son entonces: (1) ¿Existe un choque de significados desde el punto de vista legal y desde el punto de vista discursivo?; (2) ¿Quién es el encargado, en el presente caso, de decidir acerca de la existencia o no de un conflicto armado interno?; ¿Se está en presencia de una situación de excepcionalidad?

Palabras clave: legislación penal; protocolo II; terrorismo; conflicto armado; fuentes de derecho; excepción; discurso; democracia; competencia; significado/significante.

¿FROM SPEECH TO LAW OR FROM LAW TO SPEECH?

About the application of the norms concerning the crimes against protected persons and property under hil in Colombia to an armed violence situation called “terrorism”

SUMMARY

The reasons why the armed group FARC-EP have been denominated in the government speech as “terrorists”, respond to the conception of injustice and illegitimacy of the armed violence exercised by this group, as antagonistic to “democracy” and in contrast to what it is understood as “armed conflict”. The term “terrorist” is, therefore, in a political and speech context, an “extralegal” signifier. From the formal point of view, the “armed conflict” is not conceived in a fair or legitimate war, nor concerns necessarily to a noble cause in the middle of an anti-democratic system, as the Colombian President has pointed out.

This article intends to evidence a signify confrontation emerging between the speech content and the legal or positive law content, regarding the signifiers “armed conflict” and “terrorism”. Upon the interrogant about the competent authority for determining the existence or not of an “armed conflict”, the problematic is raised as to the law sources and its relation,

for this concrete case, with the use of exception, that is, the unilateral decision about the law content, which in the present case, would make applicable or not, the norms concerning crimes against protected persons and property under IHL. The essential questions are following: (1) Does it exist a signify confrontation? (2) Who's in charge, in the current case, to decide about the existence or not of a "non-international armed conflict"? Is this a situation of exception?

Key Words: criminal legislation; protocol ii; terrorism; armed conflict; law sources; democracy; competence; signified/signifier.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. "TERRORISMO" Y "CONFLICTO ARMADO": ¿CONTENIDO LEGAL VS. CONTENIDO DISCURSIVO?
- II. "CONFLICTO ARMADO" O "TERRORISMO": ¿QUIÉN DEBE DECIDIR, QUIÉN DECIDE?

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Presidente ÁLVARO URIBE VÉLEZ:

“Por eso he dicho: en Colombia hay un problema social muy grave que tenemos que resolver, pero la acción de los violentos no la podemos enmarcar ni definir como una acción dentro de un conflicto armado interno. Es una amenaza terrorista contra un Estado que está profundizando la democracia pluralista”¹.

1 ÁLVARO URIBE VÉLEZ (abril 26, 2005), exposición del presidente URIBE en foro: “¿Amenaza terrorista o conflicto interno?”, [en línea], Presidencia de la República, Colombia, recuperado el 10 de abril de 2006, de http://www.presidencia.gov.co/discursos/discursos2005/abril/conflicto_interno.htm

Las razones por las cuales las FARC-EP han sido discursivamente llamadas “terroristas” obedecen a la concepción de injusticia e ilegitimidad de la violencia armada practicada por dicho grupo, como antagonista de la “democracia” y en contraposición a lo que se concibe como “conflicto armado”. El apelativo de “terrorista” es por tanto, en un contexto político y discursivo, un significante “extralegal”. En la legislación penal colombiana, sin embargo, el “terrorismo” se encuentra tipificado como delito, dentro y fuera del marco de un conflicto armado.

Desde el punto de vista formal, el “conflicto armado” no se concibe en un contexto de guerra justa o legítima, ni apela necesariamente a una causa noble en medio de un sistema antidemocrático, como lo hace notar el presidente colombiano. El “conflicto armado” jurídicamente hace referencia a situaciones de hecho que ameritan y hacen posible, la aplicación de ciertas normas que, dado el conflicto, lo humanizan.

El Código Penal colombiano, en su título II (capítulo único), trae los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. Estas normas prevén la criminalización de la violación al derecho internacional humanitario. Su aporte no consiste por tanto en una humanización del conflicto, pues para ese propósito existe en Colombia y hace además parte del bloque de constitucionalidad, el Protocolo II de 1977 adicional a los convenios de Ginebra de 1949. No obstante la distinta naturaleza de estos dos estatutos, tienen una relación de contenido unitaria en la medida en que el contenido normativo de elementos de la norma penal como “conflicto armado”, “persona protegida”, “combatiente”, etc., se encuentra en los convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales I y II de 1977, como lo preceptúa la norma. Especialmente, en lo que respecta al elemento de “conflicto armado”, la alusión sería respecto a un “conflicto armado interno”, que es la situación que específicamente regula el Protocolo II adicional de 1977.

El presente artículo intenta evidenciar un choque de significado desde el punto de vista discursivo y desde el punto de vista legal con relación a los significantes “conflicto armado” y “terrorismo”. A partir del interrogante acerca de la autoridad en la que reside la competencia para determinar la existencia o no de un “conflicto armado”, se plantea la problemática de las fuentes del derecho y su relación, para este caso en concreto, con la apelación a la excepcionalidad, en el sentido de la decisión unilateral del contenido del derecho, que en el presente caso, haría aplicables o no las normas sobre delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. Los cuestionamientos centrales son entonces:

1. ¿Existe un choque de significados desde el punto de vista legal y desde el punto de vista discursivo?;

2. ¿Quién es el encargado, en el presente caso, de decidir acerca de la existencia o no de un conflicto armado interno?; ¿se está en presencia de una situación de excepcionalidad?

I. “TERRORISMO” Y “CONFLICTO ARMADO”: ¿CONTENIDO LEGAL VS. CONTENIDO DISCURSIVO?

Como primer punto se intentará un acercamiento al contenido que discursivamente, especialmente en la administración actual, se le ha dado a los dos términos en cuestión. Luego se pasará al análisis de la ley penal.

El discurso

El acercamiento que aquí se intenta, consiste en afirmar que las razones por las cuales las FARC-EP han sido discursivamente llamadas “terroristas” obedecen a la concepción de injusticia e ilegitimidad de la violencia armada practicada por dicho grupo, en contraposición a lo que se concibe como “conflicto armado”. El “conflicto armado”, discursivamente, parece hacer referencia a la lucha armada con cierta medida de legitimidad, pues tiene relación con una causa noble y justa que, en medio de un sistema antidemocrático, no deja más opción que la toma de las armas y el ejercicio de la violencia. Llamar por tanto al conflicto actual “conflicto armado interno” sería, en gran medida, hacer un reconocimiento legitimador. El “terrorismo” se concibe evidentemente como el gran antagonista de una “democracia en crecimiento”, por ello, no corresponde a un “conflicto armado”.

Puesto que podría citarse una cantidad importante de fragmentos discursivos, se hará alusión a los que se considera exponen con mayor claridad el referente de contenido al que se alude y con respecto a ciertos puntos en particular. Otros discursos y fragmentos adicionales se referirán en las notas.

- 1° El punto de partida es la concepción del “terrorismo” como término para referirse a quienes actúan en contra de una democracia. En otros términos, el “terrorismo” es significante antagónico de la “democracia”:

“[...] Cuando hay ese proceso democrático, la acción armada contra él es terrorismo. [...] Entre muchas explicaciones he encontrado la siguiente: las democracias europeas definen como terrorismo el uso o la mera amenaza de uso de fuerza por razones económicas, ideológicas, religiosas, políticas. Y me pregunto: ¿y por qué? Porque ellos son orgullosos de su democracia y dicen: ‘si tenemos una democracia que superó regímenes fascistas, limitaciones, toda suerte de restricciones, una *democracia pura y profunda*, no debemos

legitimar a quienes atenten por la vía armada contra esa democracia'. [...] el atentado contra la democracia no tiene sino un calificativo, que es terrorismo"² (bastardilla fuera de texto).

El antagonismo que se describe es ya una situación difícil en lo que respecta al delimitamiento de un contenido, pues el significado del "terrorismo" como significante antagónico de "democracia" tiene una relación de dependencia con el significado hegemónico de esta última, en todo caso contingente. En otras palabras, la respuesta a la pregunta ¿qué es la democracia?, es la misma que responde a la pregunta ¿qué es el terrorismo?, en la medida en que permite crear e identificar su contrario³. Podría intentarse un ejemplo en el discurso bajo estudio:

"Mi tesis es la siguiente: quienes quieren legitimarse como actores de un conflicto armado, tuvieron en algún momento una orientación ideológica en procura de reivindicaciones sociales. El resultado de su acción violenta ha sido lo peor, ha sido lo contrario, ha sido causa determinante de la profundización de la miseria y de la inequidad. Hablaron en nombre de la apertura democrática y han sido los verdugos de la democracia"⁴.

2 Ibidem.

En el discurso que se cita, que tiene lugar en el foro "¿Amenaza terrorista o conflicto interno? En la Universidad de la Sabana, hay una pregunta interesante por parte de uno de los asistentes al foro, cuya respuesta tiene relación con el primer punto que aquí se plantea: "Pregunta: ¿Cuáles son los réditos que espera usted, como presidente, conductor de la política de seguridad democrática, de utilizar el término de "terroristas" para referirse a la guerrilla, réditos con miras a la pacificación del país? Presidente URIBE: Primero, para hacer una proposición hay que tener una causa justa. ¿Cuál es la justeza de nuestra causa? Nuestra devoción por la democracia.

¿Entonces qué rédito? Cuando uno puede decir: hay una democracia operante y hay una acción armada destructora, la comunidad internacional tiene que poner ambos elementos en la balanza.

Creo que es más fácil para la comunidad internacional apoyarnos, cuando ven que nuestra democracia es defensible. Y apoyarnos, o por lo menos negarse, a seguir dándole acogida al discurso del otro lado, cuando ven que aquí, a partir de una democracia operante, se les señala de terroristas. Y cuando advierten además que eso no obstaculiza que cuando haya un cese de hostilidades, se pueda negociar".

3 El análisis general para la sustentación de este aspecto de la dinámica de la operación de significación es tomado de LACLAU, ERNESTO, *Emancipation(s) (Why do Empty Signifiers Matter to Politics?)*. Verso, Londres, 1996.

Para mayor claridad del punto mencionado, es ilustrativo un ejemplo que el autor citado trae al respecto y que además contiene otra serie de consideraciones pertinentes para el análisis: "*Let us consider the extreme situation of a radical disorganization of the social fabric. In such conditions —which are not far away from Hobbes's state of nature— people need an order, and the actual content of it becomes a secondary consideration. 'Order' as such has no content, because it only exists in the various forms in which it is actually realized, but in a situation of radical disorder 'order' is present as that which is absent; it becomes an empty signifier, as the signifier of that absence. In this sense, various political forces can compete in their efforts to present their particular objectives as those which carry out the filling of the lack. To hegemonize something is exactly to carry out this filling function. [...] Politics is possible because the constitutive impossibility of society can only represent itself through the production of empty signifiers)*".

4 Op. cit., ÁLVARO URIBE VÉLEZ. (abril 26, 2005).

Ahora bien, ¿qué hace contingente al significado?: que no es absoluto, está dado por operaciones de significación y en este contexto podría considerarse la “democracia” como significante *equivoco*, *ambiguo* o incluso *vacío*. No es esta valoración sin embargo la que constituye el tema central del presente artículo. Basta para este caso el planteamiento de la contingencia de su significado⁵.

2° Un segundo punto se refiere a la referencia de contenido del “conflicto armado”, como lucha armada con cierta medida de legitimidad. Los fragmentos pertinentes:

[...] frente a una democracia profunda, que todos los días quiere ser una democracia más viva, no se puede aceptar legitimidad en la lucha armada contra ella. Lo único que hay que hacer es señalarlos de terroristas. Y quitarles ese calificativo cuando tengan un gesto de buena fe y faciliten un proceso de paz. [...] En América Latina hubo muchas guerrillas —todos las conocemos—, conflictos internos. Esas guerrillas lucharon contra dictaduras militares o contra dictaduras civiles, contra regímenes donde se concentraba en una persona o en un grupito el poder militar, el poder político, el poder económico; caso SOMOZA, etcétera, las dictaduras del Cono Sur. Y eso le dio algún halo de legitimidad a esas luchas, en Colombia no. En Colombia hay una democracia en profundización”⁶. “[...] con inmenso respeto, aquello a lo cual refiere el presidente LÓPEZ, 1938, Suiza, es para la guerra que tiene, quiérase o no, guste o disguste, algún elemento que sus actores le encuentra legitimante. Aquí no hay eso, aquí lo que hay es un desafío del terrorismo contra las instituciones democráticas. [...] frente a una democracia pluralista, yo por lo menos, considero que no es válido aceptar a los terroristas como contrarios. Entre otras cosas, esto me da la oportunidad de decir por qué no son contrarios sino terroristas, por qué no son insurgentes políticos sino terroristas. Por razones históricas, de diversa índole y por la realidad colombiana hoy. Miremos tres. Los grupos que merecieron el calificativo de insurgentes políticos se opusieron a unas dictaduras oprobiosas. No es el caso de Colombia, aquí hay una democracia en profundización. [...] Segundo: siempre se habló de reivindicaciones sociales. Con su violencia han conseguido todo lo contrario: han conseguido más pobreza y profundizar y esta crisis humanitaria. Tercero: ¿cómo proceden? Entonces, ¿no son terroristas cuando le lanzan una pipeta de gas a una comunidad, así pretexten que las están lanzando contra un cuartel de policía? ¿Entonces

Otro ejemplo en este mismo discurso podría ser: “[...] la Constitución del 91 aprobó la elección popular de gobernadores y aprobó una gran cantidad de mecanismos de democracia directa, de democracia de participación. Un buen equilibrio entre democracia representativa y participativa. ¿Qué hicieron estos grupos, cuál fue su respuesta?: matar alcaldes, coaccionar alcaldes. Los alcaldes del Cauca, si no hacían lo que la FARC les ordenaban, los mataban”.

5 Op. cit., LACLAU.

Las categorías a las que se alude son también desarrolladas y analizadas por este autor.

6 Op. cit., ÁLVARO URIBE VÉLEZ (abril 26, 2005).

los tenemos que tratar como insurgentes políticos porque no matan a la sociedad civil, pero sí matan a los soldados?”⁷.

Hechos estos dos acercamientos, se pasará ahora al análisis de la ley penal de modo que sea posible responder a la pregunta inicial. Se recuerda: “terrorismo” y “conflicto armado”: ¿contenido legal vs. contenido discursivo?

La ley penal

Acerca del “conflicto armado”

El punto de partida en el presente análisis es la alusión a las normas que en la legislación penal colombiana, contienen los “delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”⁸. Cada una de estas normas, en su parte inicial, especifican el tipo: “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado [...]”. Sobre la base de la consideración de “conflicto armado” como elemento normativo jurídico del tipo penal⁹, esto es, aquel que requiere una evaluación jurídica para determinar su contenido, para que fuera posible la aplicación de estas normas tendría que poder afirmarse la existencia de un “conflicto armado interno”, entendiendo que la cuestión se plantea en el contexto del conflicto con las FARC-EP. Para dicha determinación habría que remitirse al instrumento que en materia de derecho internacional humanitario es aquel que regula este tipo de conflictos y que es por tanto aquel que describe sus presupuestos fácticos: el Protocolo II de 1977, adicional a los convenios de Ginebra de 1949 (en adelante, Protocolo II)¹⁰. A este respecto vale la pena hacer una anotación: la norma penal no remite a “los convenios internacionales sobre derecho humanitario ratificados por Colombia” para la determinación de la existencia de un “conflicto armado”, sino para la determinación de “persona protegida”. Teniendo esto en cuenta, podría entonces plantearse la

7 ÁLVARO URIBE VÉLEZ (febrero 24, 2005). *Palabras del presidente durante el II Congreso Internacional sobre víctimas del terrorismo*, [en línea]. Presidencia de la República. Colombia. Recuperado el 10 de abril de 2006, de http://www.presidencia.gov.co/discursos/discursos2005/febrero/victimas_terrorismo.htm

8 Código Penal colombiano, artículos 135 – 163.

9 Al respecto de esta afirmación cabe hacer otro tipo de consideraciones técnicas, por ejemplo, concernientes a si se trata más bien de un tipo penal en blanco. Para mayor profundización véase VELÁSQUEZ V., FERNANDO, *Manual de derecho penal. Parte general*. Temis, Bogotá, 2004. Véase también ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997.

10 Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

cuestión de si es realmente el Protocolo II al cual debería remitirse para la determinación de la existencia de un “conflicto armado”. Es uno principalmente el argumento que permitiría dar respuesta afirmativa al interrogante que se expone: el Protocolo II, que es entre los convenios internacionales ratificados por Colombia, aquel que tiene como objeto de regulación los “conflictos armados no internacionales”, fue integrado al denominado bloque de constitucionalidad mediante sentencia de la Corte Constitucional (T-1635/2000) con un argumento de interpretación teleológica del derecho humanitario:

“[...] conviene tener en cuenta que estos convenios hacen parte, en sentido genérico, del corpus normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de *ius cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. [...] bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. [...] el artículo 93 de la Carta establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. [...] “es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción”. [...] es claro que los tratados de derecho internacional humanitario, como los convenios de Ginebra de 1949 o el Protocolo I, o este Protocolo II bajo revisión, cumplen tales presupuestos, [...]”¹¹.

Así las cosas, cabe entonces afirmar que, dada la estructura jerárquica del sistema de fuentes del derecho en Colombia y siendo la Constitución norma de normas (artículo 4, CPC), el Protocolo II, por mandato del artículo 93 constitucional, tiene prevalencia en el orden interno. Por tanto, los criterios de determinación de la existencia de un “conflicto armado”, en el caso de ser éste no internacional (como el que se estudia), habrán de buscarse en el mencionado protocolo.

Ahora bien, ¿qué se entiende por “conflicto armado no internacional” en el Protocolo II? Del artículo 1 de dicho documento es posible extraer los siguientes elementos:

“1. Todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).

11 Tomado de VALENCIA VILLA, ALEJANDRO (comp.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, vol. 4, Organización de las Naciones Unidas, Bogotá, 2003, pág. 14.

Corte Constitucional, sentencia T-1635 del 27 de noviembre de 2000, MP JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

2. Que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante.
3. Que el conflicto se desarrolle entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados.
4. Que las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente protocolo”¹².

En Colombia el Protocolo II no fue ratificado sino hasta 1994¹³. No obstante, antes de dicha fecha, se dio debate con respecto de la aprobación del mismo, especialmente, en tres momentos:

1. En las observaciones hechas por el Estado colombiano durante la Conferencia Diplomática de 1977 en la cual se originan los protocolos adicionales a los convenios de Ginebra.
2. En 1985 y 1986, cuando se presenta la exposición de motivos ante el Congreso de la República para la aprobación de los protocolos I y II y en la ponencia presentada para primer debate en el Congreso, del Proyecto de Ley 19 de 1986 (por medio de la cual se aprueban los protocolos I y II [...], respectivamente.
3. En el proceso de aprobación del Proyecto de Ley que culminaría en la expedición de la Ley 171 de 1994 aprobatoria del Protocolo II.

De los diversos puntos de debate, son dos los que han de mencionarse para efectos del presente artículo:

1. La interpretación del artículo 1 del Protocolo II y
2. El estatus de beligerancia que se creía era otorgado de aceptar la existencia de un “conflicto armado no internacional” en los términos del artículo 1 del Protocolo II.

12 Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), artículo 1. Ámbito de aplicación material.

13 Ley 171 de 1994 (diciembre 16). “Por medio de la cual se aprueba el “Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)”, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977.

La problemática planteada al rededor de la interpretación del artículo 1 del Protocolo II se ha hecho sobre la base de muy diversas consideraciones:

A. En la conferencia diplomática de 1977, la delegación colombiana, cuyo jefe era HÉCTOR CHARRY SAMPER, expresa que existe una ambigüedad en el artículo 1 del proyecto, respectiva a

“en quién residía la competencia para calificar las condiciones previstas en dicho artículo”¹⁴.

La delegación propuso una enmienda que luego fue retirada y que consistía en lo siguiente:

“Insértese el texto siguiente al final del párrafo 1: “La calificación de las condiciones previstas anteriormente corresponden al Estado en el cual se desarrolle el conflicto”¹⁵.

Consideraba la delegación que la ambigüedad interpretativa se presentaba específicamente sobre tres elementos: (i) la actuación bajo la dirección de un mando responsable; (ii) el ejercicio de control sobre una parte del territorio; (iii) la existencia de operaciones militares sostenidas y concertadas¹⁶.

Ahora bien, según la delegación, de no ser el Estado aquel que calificase las condiciones previstas en el artículo 1 del Protocolo II, se producirían 2 consecuencias: La primera, que,

“Si no fuese así, el Protocolo II únicamente crearía obligaciones para el Estado signatario; [...]”.

La segunda, que,

“Resultaría posible a los grupos ejecutores de tales prácticas inhumanas desconocer su propia responsabilidad al negarse su participación en las mismas”¹⁷.

14 Propuesta de enmienda de la delegación colombiana en la sesión final de la Conferencia de Ginebra de 1977 (HÉCTOR CHARRY SAMPER), tomado de VILLARRAGA SARMIENTO, ÁLVARO (comp.), *Derecho internacional humanitario en Colombia. convenios de Ginebra y protocolos adicionales*, vol.1, Tercer Mundo, Bogotá, 1998, pág. 195.

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*, pág. 196.

17 *Ibidem*.

La delegación expresa que se abstiene de adherirse en tal momento al Protocolo, pues su gobierno tiene la intención de examinar a fondo el mismo para decidir sobre su adhesión.

Como lo expone y demuestra HÉCTOR CHARRY SAMPER en carta dirigida al director de *El Tiempo*¹⁸, la decisión de la delegación obedece a las instrucciones del presidente de turno ALFONSO LÓPEZ MICHELSEN y más específicamente tiene origen en el télex OI-100 de 9/6/1977 que contiene los conceptos emitidos por el Ministerio de Defensa. Las consideraciones que se aducen en dicho documento son:

“La aplicación de los diferentes términos [...], implica conceder beligerancia a grupos de antisociales levantados en armas contra los gobiernos democráticamente elegidos y la permanente intromisión de observadores de organismos internacionales en los asuntos esencialmente internos de una nación, lo cual es perfectamente inaceptable [...].”

Son entonces cuatro las consideraciones que al respecto se han aducido como problemática al rededor de la interpretación del artículo 1 del Protocolo II.

A saber: (i) que sólo se crearían obligaciones para el Estado signatario; (ii) que resultaría posible a los grupos ejecutores de tales prácticas inhumanas desconocer su propia responsabilidad al negarse su participación en las mismas; (iii) que se concedería beligerancia a grupos de antisociales levantados en armas; (iv) y que se produciría la permanente intromisión de observadores de organismos internacionales en los asuntos esencialmente internos de la nación.

B. Son las últimas dos consideraciones las que continúan haciendo parte del debate en 1985 y 1986, cuando se presenta la exposición de motivos ante el Congreso de la República para la aprobación de los protocolos I y II y en la ponencia presentada para primer debate en el Congreso, del Proyecto de Ley 19 de 1986, respectivamente. Sin embargo, los argumentos presentados en ambas parecen resolver, por lo menos la primera de las consideraciones aludidas:

“Las diferencias e inquietudes fundamentales que pueden establecerse en el Protocolo II se dan en lo que se refiere a temas tales como los cita el artículo III [...]. A continuación se reafirma lo anterior en el sentido que el protocolo no se puede invocar como justificación para intervenir directa o indirectamente en el conflicto armado o en los asunto internos o externos de la Alta Parte contratante en cuyo territorio tenga lugar ese conflicto; [...].”¹⁹

18 “LÓPEZ insiste en sus tesis sobre derecho de gentes”, *El Tiempo*, noviembre 30 de 1988, pág. 4B, tomado de ibídem, pág. 199.

19 Exposición de motivos de AUGUSTO RAMÍREZ OCAMPO ante el Congreso de la República para la aprobación de los protocolos I y II adicionales a los convenios de Ginebra de 1949, tomado de ibídem, pág. 213.

“Como se ve, ese artículo 1º llena el vacío de que adolece el artículo 3º común a los convenios de Ginebra, al señalar condiciones y requisitos precisos para determinar si se trata de un conflicto armado [...] [Si no se cumplen dichas condiciones y requisitos], no se tratará de la clase de situación específica, que amerite la aplicación de dicho protocolo. Será el caso de aplicar “el Estatuto jurídico” de la Alta Parte contratante, la cual tendrá el respaldo, la garantía de los dos incisos del artículo 3º [...], para oponerlos a cualquier infortunado intento de intervención extraña, so pretexto de reconocer el carácter de “beligerante” a esos grupos o elementos armados, a quienes la Alta Parte contratante no tiene por qué hacerles ese reconocimiento”²⁰.

Este fragmento no es claro. Cabría aún la pregunta: ¿si se dieran las condiciones exigidas por el artículo 1 del Protocolo II, implicaría ello que el Estado tendría que reconocer la existencia de un conflicto armado y con ello un estatus beligerante al grupo armado?

C. Debe anotarse y ello es el punto central, que puesto que el debate se llevaba a cabo desde el punto de vista del Estado como sujeto de derecho internacional, siendo resueltas las consideraciones que lo suscitaban, no había ya necesidad de detenerse en la pregunta en un principio formulada por la delegación colombiana en la Conferencia de Ginebra en 1977: ¿en quién reside la competencia para calificar las condiciones previstas en el artículo 1? La disyuntiva se encontraba entre el Estado y otro sujeto de derecho internacional. Era desde allí desde donde se planteaba la problemática, que no trascendía, por no ser relevante desde el punto de vista internacional, a quién dentro del Estado tenía competencia para hacerlo. De modo que resuelto el problema de la intervención por el artículo 3 del Protocolo II y resuelto también el del reconocimiento de un estatus de beligerancia bajo el entendido de ser el Protocolo II un desarrollo y complemento del artículo 3 común que expresamente dispone que,

“La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto”²¹,

no es necesario presentar reserva alguna acerca de la competencia para calificar que las condiciones o elementos previstos en el artículo 1 del Protocolo II efectivamente existen. En estas condiciones fue aprobado el Protocolo II por la Ley 171 de 1994.

20 Ponencia presentada para primer debate en el Congreso, del Proyecto de Ley 19 de 1986. Por medio de la cual se aprueban los protocolos I y II adicionales a los convenios de Ginebra, tomado de *ibidem*, pág. 218.

21 Artículo 3 común a los convenios de Ginebra de 1949.

Para finalizar este primer punto, que concierne a la cuestión del contenido legal o de derecho positivo de “conflicto armado”, para efectos de la aplicación de las normas sobre delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, se plantean las siguientes conclusiones:

1. Los elementos para determinar la existencia de un conflicto armado, descritos por el artículo 1 del Protocolo II, son sustancialmente descriptivos de una situación fáctica cuya consolidación depende del significado que se le otorgue a los términos descritos por dicho artículo.
2. La aceptación de la existencia de un “conflicto armado no internacional” por parte del Estado, no otorga un estatus de beligerancia ni modifica el estatus jurídico de las partes en conflicto.

Las dos últimas y más importantes conclusiones:

3. Existe un choque de significados con respecto al “conflicto armado” desde el punto de vista discursivo y desde el punto de vista de las fuentes formales del derecho, pues, como se dijo en la 1ª conclusión, en el derecho positivo, la existencia o no de un “conflicto armado” nada tiene que ver con su legitimidad (subjetiva), sino que depende de la constatación en la realidad de descriptores cuyo contenido no ha sido delimitado. Esto conlleva a la cuarta conclusión:
4. Queda abierta la pregunta acerca de a qué autoridad corresponde la decisión acerca de la existencia o no de un “conflicto armado”, que se traducirá precisamente en la delimitación del contenido de los elementos del artículo 1 del Protocolo II.

Acerca del “terrorismo”

Con respecto a la cuestión de si el contenido discursivo de “terrorismo” como el antagonista de la “democracia”, tiene un choque de significado con el contenido que bajo la ley penal se da al delito de terrorismo, es necesario detenerse en dos aspectos principalmente: por una parte y desde un punto de vista deductivo que parte del discurso, el hecho de la indefinición del “terrorismo” en la medida en que su significado se tiene en relación inversa al significado hegemónico de “democracia”. En esa medida, si del antagonismo de la “democracia” se trata, una gran variedad de actos, incluso carentes de violencia física y armada, podrían catalogarse como “terroristas”, dependiendo por su puesto de la definición o contenido que se de al significante de “democracia”.

Desde este punto de vista, podría entonces afirmarse que los *actos de terrorismo* definidos en el artículo 144 del Código Penal colombiano son enemigos, contrarios a la democracia:

“El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, [...]”.

Ahora bien, ¿los siguientes delitos son también contrarios a la democracia?:

“Art. 467. *Rebelión*. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, [...]” o “Art. 468. *Sedición*. Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, [...]”.

Para responder al interrogante habría que plantearse otro: ¿el régimen constitucional y legal vigentes hacen parte de la “democracia”, la conforman, son factores esenciales para su desarrollo? Si la respuesta es afirmativa, entonces la rebelión y la sedición son “terrorismo”.

En esta medida no existiría entonces un choque de significados, ni va existir nunca. Todo depende del significado que a la “democracia” se otorgue, pues el significante permanece intacto, en el sentido de que legitima cualquiera de sus significados.

Ahora bien, desde un punto de vista inductivo y partiendo desde las definiciones legales, debe considerarse un aspecto del discurso, que sin ser principal, hace parte del mismo para efectos de explicar la denominación de “terrorista” a las FARC-EP: la alusión a actos que específicamente coinciden con el tipo penal. Lo anterior no es de mayor dificultad si se tiene en cuenta que no estando en presencia (discursivamente) de un “conflicto armado”, habría que hacerse remisión al tipo de *terrorismo* consagrado en el artículo 343 del Código Penal, que dispone:

“El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, [...] Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será [...]”.

Esta es una distinción que debe hacerse, pues con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, se criminaliza como *actos de terrorismo* los ataques allí previstos,

cuya finalidad principal sea aterrorizarla (a la población civil), mientras que se criminalizan como *Terrorismo* los actos allí descritos y que simplemente *provoque[n] o mantenga[n] en estado de zozobra o terror* a la población o a un sector de ella. Las penas para el primer caso son sustancialmente mayores que para el segundo caso y al respecto cabría preguntarse si es con motivo del conflicto armado, o si consiste en castigar en mayor medida la finalidad de aterrorizar a la población.

En todo caso, bajo el supuesto, bastante probable, de que alguno o varios actos de las FARC-EP coincidan con el tipo penal dispuesto en el artículo 343 citado, pero teniendo en cuenta que el apelativo de “terrorista” con el que se denomina a dicho grupo tiene un carácter genérico, vale la pena preguntarse: ¿todos los integrantes de las FARC-EP participaron en dichos actos?; ¿todos los actos de las FARC-EP son terroristas bajo el tipo penal?; ¿la identidad de una persona coincide con la identidad jurídica de sus actos?; ¿quién tiene la competencia para decidir acerca de todas las cuestiones anteriores? Estos interrogantes no intentarán responderse, pues no es el asunto central en el presente artículo el de la legalidad o legitimidad del uso discursivo del término “terrorista”. Se dejan por tanto como motivo de reflexión. No obstante, para efectos de lo que aquí intenta analizarse, debe mencionarse que si la respuesta a los tres primeros interrogantes es afirmativa y la respuesta a la tercera es “el discurso del gobierno de turno”, no existe entonces el choque de significados que se ha venido mencionando.

El punto de quiebre sin embargo se encuentra en un hecho desde cierto punto de vista sutil pero significativo: la asociación discursiva del “conflicto armado” con “legitimidad” y el hecho de que legalmente los *Actos terroristas* puedan ser cometidos “con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado”. Para la aplicación del artículo 144 del Código Penal tendría que simultáneamente poderse afirmar que existe un conflicto armado y que se cometieron actos terroristas. Esta afirmación no es posible desde el punto de vista del discurso.

II. “CONFLICTO ARMADO” O “TERRORISMO”: ¿QUIÉN DEBE DECIDIR, QUIÉN DECIDE?

Puesto que, como antes se concluyó, desde el punto de vista del derecho positivo, los criterios de determinación de la existencia de un conflicto armado dependen de la constatación en la realidad de términos fijados en el Protocolo II, con base en las competencias formales constitucionalmente establecidas se haría una doble referencia tanto al legislador como al juez constitucional. El primero, por mandato del artículo 150 constitucional:

“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, [...]”.

De modo que podría el Congreso expedir una ley que se encargara de delimitar con mayor precisión lo que ha de entenderse por “conflicto armado”, sobre la base de los elementos que en el Protocolo II se mencionan. El segundo, se menciona por el hecho de pertenecer el Protocolo II al bloque de constitucionalidad, bajo el supuesto de que se entienda éste como una extensión de la Constitución Nacional. El mandato constitucional sería entonces el del artículo 241 CP:

“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución [...]”.

No obstante, un pronunciamiento de la Corte estaría condicionado a que se produjera alguna de las circunstancias que a continuación del fragmento citado se enumeran en dicho artículo.

Una tercera referencia podría hacerse al juez penal, no sólo en lo que respecta al “conflicto armado”, sino también al delito de “terrorismo”. El ejercicio interpretativo sería entonces con motivo del juzgamiento de un caso en particular.

Ahora bien, ¿la determinación en el discurso del actual presidente de la no existencia de un “conflicto armado interno” y la consiguiente denominación de, en este caso, las FARC-EP como “terrorista”, puede tenerse como decisiva para la aplicación del derecho penal en Colombia? ¿Es el discurso gubernamental una fuente de derecho?

Aquello que se ha intentado evidenciar es que el derecho positivo, no ha sido, al menos en este caso, fuente del discurso. ¿Cómo dar respuesta al interrogante de si es el discurso fuente de derecho? Claro está que desde el punto de vista de las fuentes formales, principales y auxiliares, no lo es: Constitución Política, artículo 230:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Habría que definitivamente volver a la pregunta que en la fase inicial de la carrera de derecho no debe nunca faltar: ¿que es derecho? No obstante, para el presente caso, podría delimitarse la cuestión: ¿es el discurso una fuente del derecho positivo? Algunos otros interrogantes pueden inducir un acercamiento al asunto: ¿influye el discurso en la aplicación formal de normas legales o de derecho internacional convencional? ¿tendría el discurso capacidad para influir, dado el caso, en la producción de normas excepcionales (formales) por parte del gobierno?

No es la intención de la autora responder a éste interrogante, sino más bien dejarlo planteado. Sin embargo, dos anotaciones y nuevos planteamientos deben manifestarse: el primero, que los criterios de “nombramiento” del discurso, en este caso, obedecen a factores extralegales o extraformales desde el punto de vista normativo. El segundo, que de ser el discurso una fuente de derecho, o en particular de derecho positivo, se constituiría la mayor de las excepciones: la regla. Esto bajo la consideración personal de que la excepcionalidad es identificable cuando se encuentra en el mismo espacio que la regla formal. Estando por fuera, pues, constituye la regla.

CONCLUSIONES

Existe un choque de significados desde el punto de vista legal y desde el punto de vista discursivo, de los significantes “conflicto armado” y “terrorismo”.

La delimitación del contenido e interpretación de los elementos que el Protocolo II dispone y que constituyen el criterio de determinación de un “conflicto armado”, corresponde, de manera general y en primer término al legislador. En particular, correspondería, según el caso, al juez constitucional o al juez penal.

¿Es el discurso gubernamental una fuente de derecho? ¿Es el discurso una fuente del derecho positivo?

Los criterios de “nombramiento” del discurso, en este caso, obedecen a factores extralegales o extra-formales desde el punto de vista normativo.

De ser el discurso una fuente de derecho, o en particular de derecho positivo, se constituiría la mayor de las excepciones: la regla.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVARO URIBE VÉLEZ (abril 26, 2005), exposición del presidente URIBE en foro: “¿Amenaza terrorista o conflicto interno?”, [en línea], Presidencia de la República, Colombia, recuperado el 10 de abril de 2006, de http://www.presidencia.gov.co/discursos/discursos2005/abril/conflicto_interno.htm

ÁLVARO URIBE VÉLEZ (febrero 24, 2005), palabras del presidente durante el II Congreso Internacional sobre víctimas del terrorismo, [en línea], Presidencia de la República, Colombia, recuperado el 10 de abril de 2006, de http://www.presidencia.gov.co/discursos/discursos2005/febrero/victimas_terrorismo.htm

LACLAU, ERNESTO, *Emancipation(s) (Why do Empty Signifiers Matter to Politics?)*, Verso, Londres, 1996.

VALENCIA VILLA, ALEJANDRO (comp.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, vol. 4, Organización de las Naciones Unidas, Bogotá, 2003.

VILLARRAGA SARMIENTO, ÁLVARO (comp.), *Derecho internacional humanitario en Colombia. Convenios de Ginebra y protocolos adicionales*, vol.1, Tercer Mundo, Bogotá, 1998.

