

La necesidad de un estatuto antiterrorista y sus limitaciones jurídicas nacionales e internacionales

*Rafael Nieto Loaiza**

Quiero agradecer a Alfredo Fuentes, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, a Felipe Piquero, organizador del seminario, y a la Fundación Konrad Adenauer, por su amable invitación.

Voy a tratar de ponerle un poquito de picante al foro, de manera que intentaré decir cosas que susciten polémica y generen un intercambio con ustedes.

Empezaré por identificar algunos nudos gordianos, ubicados dentro de la Constitución de 1991 que, según mi juicio, tienen que desatarse si se quiere resolver de manera adecuada la situación de terrorismo que enfrentan el Estado y la sociedad colombiana.

El primer punto tiene que ver directamente con el problema de la limitación y suspensión de derechos y libertades. Limitar es reglar, restringir, regular un derecho o libertad. Suspender, en el ámbito jurídico, es retirar temporalmente la vigencia de un derecho o libertad.

¿Qué dicen los tratados internacionales de derechos humanos al respecto? Los tratados internacionales de derechos humanos dicen que los derechos y libertades son limitables, siempre que la limitación se haga por vía de ley en su sentido formal y que tal limitación no afecte el núcleo esencial del derecho; por tanto, la limitación no puede suponer la vulneración del derecho mismo. En los tratados internacionales de derechos humanos no se exige que la limitación se haga durante estados de excepción. Así, la limitación es una actividad reservada al legislativo, pero susceptible de hacerse en cualquier tiempo. De hecho, la limitación de derechos y libertades es a veces una condición indispensable para el ejercicio del mismo derecho. El ejemplo clásico son las reglas de tránsito, sin las cuales en el mundo moderno y urbano el ejercicio de la libre movilización sería imposible. De modo que la limitación es posible siempre que: (a) se haga vía Congreso o el órgano legislativo correspondiente en cada Estado y (b) no se afecte de manera sustantiva el núcleo fundamental del derecho o la libertad que se pretende limitar.

* Consultor en asuntos de seguridad, defensa, administración de justicia, derechos humanos y derecho internacional humanitario.

La suspensión de derechos y libertades está, esa sí, sujeta a que se haga sólo durante los estados de excepción. Sólo una situación de emergencia puede dar lugar a una suspensión de un derecho o libertad y sólo serán suspendibles los derechos y libertades que no forman parte del llamado núcleo duro o núcleo inderogable de los derechos humanos. Además, es posible suspender sólo los derechos y libertades necesarios para afrontar la situación de emergencia y durante el tiempo necesario.

De manera que, de acuerdo con los tratados internacionales en la materia, en tiempos de normalidad es posible la limitación de los derechos, y en situaciones excepcionales y solamente en ellas, es posible la suspensión de los mismos. Ésa es la línea que siguen, además, los órdenes jurídicos nacionales de los estados.

¿Qué dice nuestra Constitución? Nuestra Constitución tiene una redacción peculiar en la materia. El artículo 93 dice que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Además del error de sostener que el Congreso ratifica tratados (el Congreso aprueba o no leyes que contienen los textos de tratados internacionales; es el Ejecutivo quien ratifica o no tales tratados) en realidad, no hay ningún tratado de ese tipo, ni uno solo, puesto que no existe tratado internacional que prohíba la limitación de los derechos y libertades durante los estados de excepción porque, como hemos dicho, los derechos son limitables incluso en situaciones ordinarias y de normalidad.

A esa confusa redacción se agrega la del artículo 214 que dice: “Los estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones ... (2): No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario...”. Es decir, la Constitución colombiana no permite la suspensión de derechos y libertades, ni aun durante los estados de excepción. La Constitución colombiana es más papista que el Papa. Es la única Constitución, repito, la única Constitución del mundo que prohíbe la suspensión de derechos y libertades durante los estados de excepción. La única porque, como decía, los tratados internacionales sí permiten la suspensión de derechos y libertades durante tales situaciones de emergencia y, por supuesto, todas las constituciones nacionales de los Estados han seguido esta línea.

¿Qué tenemos entonces? Tenemos una Constitución que no permite lo que los tratados internacionales sí permiten. ¿Por qué es eso? Quizá porque antes de 1991 estuvimos en Estado de sitio por muchos años, quizá porque en la Asamblea Constituyente cerca del 33% de sus miembros eran guerrilleros reinsertados, quizá porque había un conjunto de prejuicios enormes en la materia, quizá porque queríamos volver al siglo XIX y hacer una Constitución para Dinamarca, estando en Cundinamarca.

Como sea, los constituyentes de 1991 perdieron la perspectiva y olvidaron la situación de conflicto armado, violencia y terrorismo que vive el país. Es un despropósito que un país como Colombia, que vive una situación de violencia que más parece una hidra de mil cabezas, tenga el orden jurídico nacional más restrictivo del planeta en materia de los poderes que debe tener el Estado para enfrentar las situaciones de violencia y de emergencia; un orden jurídico, insisto, que es más limitante que los mismos tratados internacionales de derechos humanos. Fue esa redacción del artículo 214 la que hizo que Luis López Guerra, entonces vicepresidente del Tribunal Constitucional Español, después magistrado del Consejo Superior del Poder Judicial en España y constitucionalista muy famoso, escribiera un artículo haciendo un análisis comparado sobre los estados de excepción y dijera que tal como estaba la figura de los estados de excepción en Colombia, más valdría no tenerla. Y tiene razón, porque a lo anotado habría que añadir que hay una normita adicional en el 214, el numeral tercero, que dice: "No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado".

Es decir, las dos funciones tradicionales de los estados de excepción, que son la suspensión de derechos y libertades por un lado, y el otorgamiento de mayores facultades o poderes al ejecutivo para enfrentar la situación de excepción, por el otro, no son posibles en la Constitución colombiana. Así las cosas, me sumo a López Guerra para sostener que tal como quedó redactada la figura de los estados de excepción en Colombia más valdría no tenerlos.

Ahí hay, entonces, un primer gran problema. ¿Por qué no podemos tener una Constitución que se ajuste a lo que los tratados internacionales de derechos humanos mandan? Yo no estoy pidiendo más. No pido que tengamos, en la materia una Constitución más amplia que los tratados internacionales. Tampoco sería posible: dichos tratados nos obligan y constituyen un parámetro universal que mal haríamos en no seguir. Pero sí pido que tengamos una Constitución que le permita al Estado colombiano utilizar los poderes que los tratados internacionales le dan. No más, pero tampoco menos.

Creo sinceramente que a pesar de la confusa y equívoca redacción de nuestra Constitución en materia de derechos y libertades, la situación hubiera podido enderezarse si la jurisprudencia de la Corte Constitucional hubiera caminado en la vía de tratar de interpretarla de manera coherente. Pero, y me perdonarán por lo que diré, la Corte Constitucional no hizo sino enredar aún más el problema.

Un primer punto gravísimo, resultado de los errores jurisprudenciales de la Corte Constitucional, es que enredaron el mundo de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, a partir de una inadecuada comprensión de lo que es el derecho internacional humanitario. Eso se le debe, en parte, a un hombre brillantísimo y bueno que infortunadamente ya no está con nosotros, *Ciro Angarita*,

y otra buena parte a Alejandro Martínez Caballero. Entre las sentencias proyectadas por Ciro y las sentencias proyectadas por Alejandro Martínez armaron un galimatías jurídico en términos de derecho internacional humanitario y derechos humanos que es francamente irresoluble, sin una reforma constitucional.

Y hago primero un par de precisiones de carácter técnico. Los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de refugiados, los tres, forman parte de lo que la doctrina denomina el derecho internacional de protección de la persona humana. Son las tres grandes ramas del árbol mayor del derecho internacional de la protección humana.

Las tres tienen puntos comunes: son ordenamientos, es decir, códigos de conducta que establecen un “deber ser”, un ideal de comportamiento; esos ordenamientos son jurídicos, son “derecho” y no meras reglas éticas; y forman parte del derecho internacional público convencional, es decir, han sido construidas por los estados a través de un conjunto de tratados o convenios internacionales. Y, sobre todo, las tres ramas tienen el mismo fin: proteger la persona humana.

A pesar de estos puntos comunes y de sus áreas de convergencia, derecho internacional de los refugiados, derecho de los derechos humanos y derecho internacional humanitario son mundos distintos. Me referiré, al derecho de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, en particular, porque son los de nuestro interés ahora.

El derecho internacional humanitario hunde sus raíces históricas en un esfuerzo de regular la guerra (tiene antecedentes tan remotos como la muy antigua “tregua de Dios”) y, en cambio, el derecho de los derechos humanos se estableció para poner límites a la acción de aquel o aquellos que detentaban el poder político. En virtud de su origen y de su finalidad es posible entender que el derecho internacional humanitario establezca obligaciones para todos aquellos que, sin excepción y sin importar cuál sea su denominación, participan en las hostilidades. El derecho internacional de los derechos humanos, en cambio, se dirige fundamentalmente a quienes detentan el poder político en un territorio determinado. Eso no significa, en estricto sentido, que la violación de los derechos humanos sólo puedan cometerla funcionarios estatales o terceros que actúen con su complicidad, tolerancia o aquiescencia. En realidad, cualquier puede vulnerar un derecho humano. Lo que ocurre es que el derecho internacional de los derechos humanos sólo establece responsabilidad en cabeza de los estados y lo hace no por la violación del derecho en sí misma sino por el incumplimiento del Estado de sus obligaciones internacionales en la materia. Pero no nos desviemos.

Aunque ambos, derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, buscan proteger al ser humano, lo hacen en circunstancias muy diferentes: aquél lo hace fundamentalmente, pero no exclusivamente, en tiempos de

paz (como he dicho, aun con ocasión de situaciones excepcionales, como un conflicto armado, mantiene su vigencia el conjunto de derechos y libertades que conforma el núcleo insuspendible de los derechos humanos), y éste lo hace en tiempos de conflicto armado o “guerra”. El derecho de los derechos humanos, entonces, es un derecho de la normalidad, un derecho para lo cotidiano, para el día tras día, y, por consiguiente, es un derecho amplísimo y promotor de la persona humana en todas sus facetas. Muy al contrario, el derecho internacional humanitario es un derecho excepcional, de emergencia, en cuanto un conflicto armado es siempre una situación excepcional, y se dirige apenas a establecer una mínima protección de la esfera más fundamental de la persona humana. El derecho internacional humanitario es pues un “derecho de mínimos”.

Así, el derecho internacional humanitario (DIH) tiene unas condiciones de aplicación material íntimamente ligadas con la existencia de un umbral de violencia mínimo a partir del cual se aplica. Ese umbral de violencia mínimo es una confrontación armada. Si la situación de violencia se limita a disturbios o tensiones anteriores, no se aplica el derecho internacional humanitario y así lo dice expresamente el artículo primero del Protocolo II de 1977, adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Para que se aplique el derecho internacional humanitario se requiere que haya una confrontación armada propiamente dicha.

Con todo, nuestra brillantísima Corte construyó una jurisprudencia, digna de un tratado, a partir de la frase del artículo 214 de la Carta Política que sostiene que durante los estados de excepción “(en) todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Con esta base, la Corte sostuvo que en Colombia el DIH “se aplica en todo tiempo y lugar”, y decidió desechar las condiciones de aplicación material del derecho internacional humanitario y que, fuera cual fuese la situación, en Colombia se aplicaba todo el derecho internacional humanitario y durante todo el tiempo, sin importar incluso si estamos o no frente a una situación de conflicto armado¹. La Corte no se limitó a decir que en Colombia debe aplicarse el derecho internacional humanitario de los conflictos armados no internacionales. No. Dijo que se aplica todo el derecho internacional humanitario sin excepción, es decir, que se aplican las normas tanto del derecho internacional humanitario de los conflictos armados internacionales como de los no internacionales². Para rematar, sostuvo la Corte que todas las normas del DIH eran aplicables en Colombia, sin importar si el Estado colombiano formaba parte o no de los tratados internacionales que las contienen y con independencia de las condiciones de aplicación contenidas en los mismos tratados.

1. “La vigencia del derecho internacional humanitario, la cual se extiende por igual a la normalidad como a la anormalidad...” (Sentencia C-092 de 1996).

2. Véanse sentencias C-225 de 1995, C-572 de 1997 y C-156 de 1999.

El “argumento” de fondo de la Corte para tales despropósitos se basa en sostener que el derecho internacional humanitario no es otra cosa que “derecho consuetudinario” y, por tanto, es *ius cogens*, derecho imperativo³.

La ignorancia de la Corte en materia de derecho internacional público y de derecho internacional humanitario no es sólo manifiesta sino, hay que decirlo, produce vergüenza ajena. ¿Dónde están los errores? Primero: el grueso del derecho internacional humanitario es un derecho convencional, no es derecho consuetudinario, no es costumbre internacional⁴. Apenas algunas normas de los cuatro convenios de Ginebra son la “convencionalización” del derecho consuetudinario, pero muchas son normas nuevas, son meras normas convencionales. Hay que decir que en el derecho internacional público, y dentro del mismo el derecho internacional humanitario, tiene como fuentes tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y que en muchas ocasiones los tratados “convencionalizan” el derecho consuetudinario. Pero resulta obvio que no todo el derecho convencional tiene origen en el derecho consuetudinario y que en muchas ocasiones los estados crean nuevo derecho a través de los tratados y convenciones. En el campo del derecho internacional humanitario, sin duda, son menos las normas de origen consuetudinario que las que son de origen convencional.

Segundo grande error: la Corte sostuvo que el derecho internacional humanitario, en tanto derecho consuetudinario, era derecho imperativo, *ius cogens*⁵. Aquí la Corte confunde, sin pena, derecho consuetudinario y derecho imperativo. De derecho imperativo, en el derecho internacional, es aquella norma que no admite acuerdo en contrario por los Estados y que, por tanto, cualquier acuerdo en contrario es nulo de pleno derecho. El derecho consuetudinario, en cambio, es eso, costumbre, la práctica reiterada, constante y uniforme que es entendida como jurídicamente obligatoria por los estados. Por supuesto, la costumbre admite acuerdo en contrario y no es obligatoria para todos los estados sino sólo para aquellos que la practican y que la entienden jurídicamente obligatoria (*opinio iuris*). La costumbre, por definición, puede ser variada por una nueva o derogada por un tratado y, sobra decirlo, por definición admite acuerdo en contrario.

3. Sentencia C-225 de 1995.

4. “Los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales I y II de 1977 constituyen pura y simplemente, la expresión formal y por escrito, esto es, la codificación de los principios existentes en el derecho internacional consuetudinario”. (Sentencia C-574 de 1992, reiterada en la C-578 de 1995).

5. “Los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los convenios de Ginebra y en sus dos protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, forman parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos”. (sentencia C-574 de 1992. La posición es reiterada en las sentencias C-225 de 1995 y C-578 de 1995).

La Corte confunde entonces conceptos básicos del derecho internacional y dice que el “DIH” es todo derecho consuetudinario, porque es todo derecho imperativo, o al revés. La confusión no es inocente, en realidad, y tiene una explicación política: sostener que no se requiere ratificación por parte del Estado colombiano de los tratados de derecho internacional humanitario para que sus normas sean aplicables en Colombia. En fin, ciertamente no se requiere ratificación de una norma de *ius cogens* para que ésta sea aplicable, pero para la aplicación de las demás normas del derecho internacional es indispensable que los estados o bien ratifiquen los tratados internacionales que las contienen o bien se encuentren dentro del grupo de estados que entienden que una práctica reiterada, constante y uniforme es jurídicamente obligatoria para ellos.

Pues bien, para la Corte Constitucional colombiana los criterios de aplicación del derecho internacional público, en general, y del derecho internacional humanitario, en especial (que, por supuesto, no se modifican por cuenta de la “jurisprudencia” de un tribunal constitucional nacional), no tienen ninguna importancia. Y así, como por arte de magia, la Corte decidió que en Colombia se aplica todo el derecho internacional humanitario en todo tiempo y lugar y aunque no haya una situación de conflicto armado.

Esto parecería una discusión meramente académica y, si queremos ser benevolentes, jurídica, pero no lo es. La posición tiene una consecuencia práctica de enorme gravedad. Ocurre que la Corte también cambió su posición inicial en el sentido de sostener que, de acuerdo con el artículo 93, los tratados internacionales en materia de derechos humanos (la Corte agrega también los de derecho internacional humanitario) estaban por encima de la Constitución y que, en consecuencia, eran supraconstitucionales. Tenía sentido esa interpretación inicial, al menos en relación con el derecho internacional de los derechos humanos, puesto que finalmente el artículo 93 lo dice de alguna manera cuando sostiene que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso (entendemos lo que quisieron los constituyentes fue el Ejecutivo) que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Podría entonces pensarse que si los derechos y deberes consagrados constitucionalmente son o deben ser interpretados conforme con los tratados internacionales, esos tratados internacionales tienen carácter supraconstitucional. Apenas unos meses después, la Corte se retractó y dijo que, en realidad, no había tal supraconstitucionalidad y, más bien, los tratados internacionales en la materia constituían un bloque de constitucionalidad, en el cual los tratados y la Constitución se encuentran al mismo nivel. Y terminó diciendo también que se aplicaban al mismo tiempo los tratados de derechos humanos y los tratados de derecho internacional humanitario porque, óigase bien, los convenios

del DIH “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 internacional humanitario son normas de *ius cogens*”⁶. No voy a insistir en que, como es obvio para cualquiera con mínimos conocimientos en la materia, el derecho internacional humanitario no forma parte de los derechos humanos, aunque tengan la misma finalidad de protección de la persona humana, ni tampoco en que no todas las normas de uno y otro son *ius cogens*. Quiero resaltar, en cambio, las consecuencias prácticas de la posición de la Corte de confundir un derecho y otro de pregonar su aplicación simultánea: ¿con qué criterio señores procuradores, señores fiscales, juzgan ustedes una situación determinada? ¿Con la lógica del derecho a los derechos humanos o con la lógica del derecho internacional humanitario?

Para que vean que no estoy especulando, voy a dar un ejemplo concreto: vamos a suponer que hay una persona que está de civil y con un radio transmisor, en la cima de un cerro, y que un comandante de una patrulla militar divisa con sus binóculos a esa persona y, tras pedir comprobación a las unidades de inteligencia técnica, comprueba que esa persona en el cerro está transmitiéndole al enemigo la posición de sus tropas. ¿De acuerdo con el derecho internacional humanitario, esa persona es un civil o es un blanco legítimo? Para el DIH es claro que ese sujeto está participando directamente en las hostilidades y, por tanto, es un combatiente y un blanco legítimo. De acuerdo con el derecho internacional humanitario, a ese combatiente hay que neutralizarlo. Ahí hay un primer problema. Sigo con el segundo: ¿si usted es el comandante de la unidad, qué hace? ¿Pide un bombardeo? ¿Usa un mortero? ¿Usa un francotirador? ¿Ordena que lo capture una patrulla? ¿Quién de ustedes, señores fiscales y procuradores, me da una respuesta? Pues bien, en otras ocasiones el grueso de los procuradores y de los fiscales siempre me contesta que ordenaría que mandaran una patrulla y es lo mismo que responden casi todos los comandantes de las unidades militares. De acuerdo con el derecho internacional humanitario, sin embargo, la solución lógica es usar un francotirador, de manera que la neutralización sea inmediata y los costos para las tropas propias sean minimizados. La opción que casi siempre se sugiere, el envío de una patrulla, tiene muchos riesgos: el sujeto seguirá transmitiendo al enemigo mientras que sube el equipo al cerro y puede escapar, además del riesgo de que las tropas propias sufran una emboscada y que el comandante pierda a alguno de sus hombres. La solución militar lógica y aceptada por el derecho internacional humanitario es el uso del francotirador.

6. Sentencia C-225 de 1995. Abundante *jurisprudencia* prueba que los errores conceptuales y técnicos se repiten cuando se mantiene la intencionalidad política y prueba de ello es que esta posición es reiterada en al menos las siguientes sentencias C-423 de 1995, C-578 de 1995, C-092 de 1996, C-135 de 1996, C-040 de 1997, C-156 de 1999 y SU 256 de 1999.

Pero, ¿creen ustedes que un comandante de una unidad militar en Colombia hace eso? ¿No creen ustedes que si lo hace se empapela hasta el cuello? Pues sí, probablemente se empapela por el cuello. Y ese es uno de los problemas gordos que hay que resolver en la Constitución colombiana. Aquí hay que dar un debate con la Corte Constitucional, con la Fiscalía, con la Procuraduría, con la Defensoría del Pueblo y con la Corte Suprema de Justicia para definir con claridad cuáles son los criterios de interpretación de los actos relacionados con la violencia en el conflicto armado, porque así como está, no funciona. Y no funciona en gran parte por cuenta de la Corte Constitucional y de sus decisiones en materia de derechos humanos y el derecho internacional humanitario y su posición en el sentido de que ambos órdenes jurídicos se aplican simultáneamente sobre los mismos hechos y sin más criterios de distinción.

La Corte Constitucional tiene otras joyitas en su jurisprudencia sobre derecho internacional humanitario. Por ejemplo, la Corte Constitucional dice textualmente que “la vigencia del DIH se extiende por igual a la normalidad como a la anormalidad”⁷, y en la jurisprudencia sobre estado de excepción sostiene que en Colombia hay una “anormalidad permanente” que, por tanto, no puede dar lugar a los estados de excepción. También dice la Corte que todo el DIH es aplicable a todos los conflictos, sin distinguir entre los conflictos armados internacionales y no internacionales.

La Corte tampoco distingue entre limitación y suspensión de derechos humanos y lo más triste: la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos cayó en el mismo error. La Oficina, cuando comenta el proyecto de acto legislativo del Gobierno, sostiene textualmente que el proyecto de ley no se ajusta a los tratados internacionales porque establece restricciones permanentes a los derechos humanos⁸, como si tales restricciones no fueren posibles de acuerdo con los tratados internacionales. A la Oficina, como a la Corte, se le cruzan las palabras y confunde suspensión y limitación o restricción. La limitación y restricción, es lo mismo, consiste, como he dicho, en poner unos límites al ejercicio de un derecho. La suspensión es retirar del mundo jurídico la aplicación de una norma determinada por un tiempo determinado. Insisto en que lo que no se puede hacer por vía de la legislación ordinaria es la suspensión. La restricción, sin embargo, es perfectamente posible, siempre que no se afecte el núcleo fundamental del derecho.

7. Sentencia C-092 de 1996.

8. “La incompatibilidad entre las formas propuestas y las cláusulas de los dos instrumentos internacionales ya citados deriva, en lo sustancial, de que tales reformas acogen restricciones permanentes al ejercicio de los derechos humanos que esos pactos han prohibido en todo tiempo o sólo permiten aplicar, de modo transitorio, tras la proclamación oficial de un estado de excepción motivado por situaciones cuya existencia hace peligrar la vida de la nación”, dice el citado informe.

Pues bien, esta larguísima introducción simplemente buscar decir que tal como está la redacción de los artículos 93 y 214, sumada a la curiosa interpretación de la Corte Constitucional (que confunde limitación con suspensión de derechos, que no distingue entre derecho consuetudinario y *ius cogens*, que confunde anormalidad con normalidad, que confunde derecho de los derechos humanos con derecho internacional humanitario, que dice que el derecho internacional humanitario se aplica en todo tiempo y en todo lugar, que sostiene que en Colombia se aplica todo el derecho internacional humanitario, incluyendo el referente a los conflictos armados internacionales, que dice que el derecho internacional humanitario, sin excepción, se aplica en todo tipo de confrontación armada. Estas confusiones de la Corte no son sólo “opiniones”, discutibles, son errores de ignorancia o políticamente intencionados), nos enfrenta con un problema que hay que resolver.

Hay que intentar arreglar el problema en, al menos, tres puntos. Primero, hay que armar una figura de estados de excepción que sirva. La de hoy no es útil. Así como está el 214, es mejor no tener estados de conmoción y no enredarse con él.

Segundo, hay que resolver el problema de cuál es el criterio de interpretación y cuál es la lógica que vamos a usar para analizar hechos específicos de violencia y de conflicto armado. Cualquiera que sea la respuesta, se la tenemos que decir a la Fuerza Pública. Lo que no puede decirse a la Fuerza Pública es que, en situaciones como la que ejemplifique arriba, el DIH le permite usar un francotirador y, después, un fiscal sostenga que ahí lo que hay es un homicidio. Me consta que hay muchos miembros de la Fuerza Pública en problema disciplinarios y penales por cuenta de las dificultades en materia de aplicación de los derechos humanos y el DIH. Hay que generar una doctrina y una jurisprudencia comunes, de manera que las operaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía tengan unas bases coherentes.

Y tercero, hay que buscar una legislación de carácter permanente que enfrente una situación de conflicto armado y terrorismo, que en Colombia es endémica, de carácter permanente y no puede pasar solamente por la vía de los estados de excepción. Un primer paso en esa dirección lo da el proyecto de acto legislativo presentado por el Ejecutivo al Congreso de la República que dio lugar al referido equívoco de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas.

El proyecto, a pesar de las críticas, se enmarca bien dentro de lo que los tratados internacionales dicen y es, con mucho, muy tímido en materia de lucha contra el terrorismo, si le compara con las herramientas que en ese campo tienen Canadá, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia, Alemania y España, sin hablar de Israel o de otros países con conflictos armados vivos.

Un extranjero amigo mío intentaba refutar la comparación sosteniendo que “estamos en Colombia” y “los antecedentes históricos en este país son muy malos”. ¿Acaso los antecedentes de ciertos estados europeos no son peores que los

de Colombia? ¿No fue un gobierno alemán quien dirigió y ejecutó el Holocausto, por ejemplo? No creo que tan horrible antecedente histórico le quite espacio o legitimidad al Estado alemán para tener una legislación antiterrorista. Nosotros no hemos pasado por ahí. En Colombia se han cometido muchas barbaries, sí, pero como esa ninguna. Sin embargo, a nosotros sí, “salvajes incivilizados”, nos señalan con el dedo y nos dicen “ustedes sí no pueden tener ese tipo de legislación”. Bueno, ¿y por qué no? ¿Tenemos un problema de violencia que, además, es peor que el de ellos!

Jesús González Amuchástegui lo decía: “ETA produjo un muerto en España este año y ha cometido alrededor de mil homicidios en toda su historia y hay que ver la dureza de legislación antiterrorista española contra ETA”. Nosotros tenemos veintiséis mil (y hemos tenido más) muertos al año y a muchos les da pena tener un orden jurídico para luchar contra la violencia y contra el terrorismo. ¿Por qué? ¿Por qué nos tiene que dar vergüenza contar con un orden jurídico para enfrentar a los violentos? ¿No podemos defendernos? ¿El Estado colombiano no tiene la legitimidad democrática, no es suficiente democracia para defenderse? No estoy diciendo que no deba haber sistemas de control de la actividad del Ejecutivo y de la lucha contra el terrorismo. Tienen que haberlos y ser efectivos. No estoy afirmando que haya que aceptar o tolerar violaciones a los derechos y libertades ciudadanos. De ninguna manera. No estoy diciendo que hay que pasar sobre el sistema de equilibrio de los poderes públicos y de pesos y contrapesos. En absoluto. Lo único que digo es que nos dejen jugar dentro de los límites que imponen los tratados internacionales a los estados para enfrentar la violencia, que nos permitan hacer lo que tales tratados permiten para defender a los ciudadanos y al Estado.

Vamos a los ejemplos. En materia de captura, nuestra Constitución dice que ésta no puede exceder las treinta y seis horas sin poner a disposición de un juez al capturado. En Francia, el límite son cinco días; en España eran diez y ahora son también cinco; en Gran Bretaña son siete. Nosotros sólo tenemos treinta y seis horas. Hay sitios del país donde toca suspender las operaciones militares simplemente para poder entregar a los capturados en las treinta y seis horas. ¿Por qué? ¿Por qué no podemos tener un parámetro común, setenta y dos horas, prorrogables, como todos los países del mundo?

En Italia se puede arrestar por necesidad de urgencia, en Gran Bretaña se puede hacer sin dar a conocer al sospechoso los motivos del arresto y la captura se puede hacer por “sospechas razonables”. En Francia, en casos de terrorismo hay juicios sin jurados. En España hay una jurisdicción especial, la Audiencia Nacional, para casos de terrorismo y narcotráfico y aquí suprimimos las jurisdicciones especiales para enfrentar estos fenómenos. En Colombia, todas las jurisdicciones especiales parecen contrarias a derecho. ¿Por qué? Los tratados internacionales permiten las jurisdicciones especiales siempre y cuando se mantengan los principios generales en materia judicial.

En Alemania es posible interrumpir todas las comunicaciones con el exterior de ciertos capturados. Puede incluso incomunicarse al detenido y no darle ni siquiera la posibilidad de hablar con un abogado, si se prevé que puede haber un peligro para la vida de alguien. En Gran Bretaña hay inversión de la carga de la prueba para las personas que están acusadas de pertenecer a una banda terrorista. En Italia es posible el interrogatorio policial sin presencia de abogados, hay investigaciones sumarias y justicia sin rostro. En Francia hay control de identidad por mera sospecha.

Apurado por el tiempo, sigo con temas relacionados. En Colombia hay que definir con claridad el terrorismo. En Gran Bretaña se entiende por terrorismo cualquier uso de la violencia con fines políticos. Esa definición, claro, va en contra de una doble tradición colombiana. En Colombia, algunos se dedicaron a sostener que la violencia era, primero, un instrumento legítimo de resolución de conflictos y, segundo, un instrumento válido de lucha política. La segunda tradición es privilegiar los delitos “políticos” y tratarlos de mejor manera que los otros delitos. ¡Tenemos una tradición estatal que ha auspiciado la violencia con motivos políticos! Yo no me enredo con la definición de terrorismo que ha sugerido en este foro Alfredo Rangel, definición que no comparto. Les propongo una más fácil: terrorismo es cualquier ataque deliberado contra la población civil o los no combatientes. Sea cual fuera la definición que se haga, lo importante es contar con una definición clara de la figura.

El acto legislativo propuesto por el Gobierno sugiere enfrentar todo el problema de violencia en Colombia con una legislación contra el terrorismo. Eso es un error. Lo que hay que tener es una legislación contra la violencia en general, una legislación contra la violencia de origen político en particular y, finalmente, una legislación contra el terrorismo. Es un error darle al Estado instrumentos contra el terrorismo, pero no contra las otras formas de violencia, porque el terrorismo es solamente una faceta de las formas de violencia en Colombia y no necesariamente la más importante, aunque es previsible que, por un conjunto de razones de coyuntura, las FARC acudan cada día más a uso del terrorismo.

La razón es muy sencilla: en este momento las FARC no tienen capacidad para la confrontación directa con la Fuerza Pública, de manera que están operando en grupos pequeños y buscan mecanismos alternativos que le permitan hacerle sentir a la población su presencia y su capacidad de fuerza. Encontraron que el terrorismo es un medio que les permite hacerse sentir y al mismo tiempo no les supone tener confrontación directa con la Fuerza Pública. Así que es previsible que sigamos sufriendo actos terroristas.

A diferencia de Alfredo Rangel, yo sí creo que la comisión de actos terroristas hace a las FARC terroristas. Creo que terrorista es cualquiera que acude al terrorismo; que quien practica el terrorismo es terrorista. ¿Significa esto que las FARC

son solamente terroristas? No. Las FARC son muchas cosas: son guerrilleros, son terroristas, son narcotraficantes. Son todas esas cosas y varias más. Hay que ver el miedo que le da a cierta gente decir que las FARC son terroristas. El coronel Benedicto Jiménez, quien hace un rato estuvo tan duro con las ONG en Perú, se acordará sin embargo que el grueso de ellas no tenía ningún miedo de llamar a Sendero Luminoso y al MRTA grupos terroristas. “Los terroristas de Sendero, los terroristas del Tupac Amará”, los oí repetir tanto en Perú como en foros internacionales. ¿Han oído a una ONG colombiana hablando de los terroristas de las FARC? Confieso que ya no espero eso de las ONG nacionales.

Quisiera finalizar haciendo algunas reflexiones. Primera: creo que el Estado y la sociedad colombiana tienen que acometer unas tareas pendientes: (a) proscribir de manera definitiva la violencia como instrumento de lucha política y (b) sancionar su uso. Esa proscripción debe hacerse sin miedo, sin matices y sin excepciones. El acuerdo de las fuerzas democráticas contra el terrorismo que firmaron el 17 de marzo de este año Rodrigo Rivera, Carlos Holguín, Lucho Garzón, Samuel Moreno, Germán Vargas y Antonio Navarro trae unos avances, pero sigue siendo todavía un acuerdo vago, un acuerdo insuficiente, que está lejísimos de ser el acuerdo contra el terrorismo que hay en España, por ejemplo. Hay un abismo de diferencia entre ambos acuerdos. El de España pretende dar soluciones concretas al problema del terrorismo. El nuestro está lleno de temores.

La segunda reflexión: hay que darle al Estado y a la sociedad colombiana unos instrumentos de carácter jurídico para que se defiendan de las amenazas y de los ataques de que son víctimas. Esos instrumentos jurídicos son una modificación de la figura de los estados de excepción para que funcionen; una definición clara de los ámbitos de aplicación del derecho a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; y un conjunto de herramientas permanentes para luchar contra la violencia y el terrorismo que no suponga tener que acudir a las figuras de estados de excepción, es decir, que impliquen restricciones para derechos y libertades, pero no suspensión de unos y otras.

No entiendo, por ejemplo, dónde está la norma de derechos humanos que impide que haya empadronamientos y censos de poblaciones. No existe, diga lo que diga la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Si usted va a un cantón en Suiza está obligado a decir dónde vive y registrarse inmediatamente, y si se mueve y no avisa tiene unas sanciones de carácter policivo. ¡Aquí, no hay que sorprenderse, a la Corte Constitucional le pareció que esa norma, que quería implantarse en las zonas de rehabilitación, era inconstitucional y violaba los derechos humanos!

La tercera reflexión: todas esas herramientas jurídicas sugeridas hay que aplicarlas sin caer en los mismos métodos que hay que combatir: la defensa de la ley no permite la violación de la ley misma; la defensa de los derechos humanos no puede

suponer la posibilidad de violar derechos humanos. Hay que dejar al Estado moverse dentro de lo que los tratados internacionales de derechos humanos permiten.

Cuarta reflexión: la lucha contra la violencia y el terrorismo hay que hacerla respetando el sistema democrático y, por supuesto, con un control de Procuraduría, Defensoría, Fiscalía y Contraloría, que sea efectivo. Los controles, empero, no pueden significar la anulación de las facultades del Estado para poder enfrentar el problema sino la garantía de que esas facultades del Estado se van a ejercer dentro de lo que los tratados internacionales de derechos humanos mandan.

¿Es el citado proyecto de reforma constitucional un estatuto antiterrorista? Definitivamente no. Es apenas la modificación de cuatro artículos constitucionales. El proyecto no recoge siquiera las normas que la Convención Interamericana contra el Terrorismo permitiría establecer. Si el Estado y la sociedad colombiana creen que con la modificación de esos artículos constitucionales es suficiente para enfrentar el problema de violencia y terrorismo que nos azota están equivocados. Aquí hay que tener estatuto antiterrorista de verdad. Las sociedades democráticas no sólo tienen el derecho sino tienen el deber de defenderse. Ese es un deber además reconocido por los tratados internacionales de derechos humanos y de derechos internacional humanitario. Aprovechemos eso y defendámonos contra cuarenta mil bandidos, entre las AUC, FARC, ELN y otros narcotraficantes, que tienen sitiados a cuarenta millones de colombianos honestos y trabajadores que constituyen la inmensa mayoría de colombianos.

El Estado y la sociedad colombiana deben tener la capacidad de defenderse. Esa defensa no es sólo un derecho sino un deber, entre otras razones porque cada vez que pasa un día sin que tengamos las herramientas jurídicas para enfrentar el problema, hay más muertes y esas muertes evitables son también responsabilidad de quienes renuncian a acudir a los instrumentos legítimos existentes para enfrentar la violencia y el terrorismo.

Por último, una frase de Albert Camus: “Nombrar equivocadamente las cosas es contribuir a las desgracias del mundo”. En materia de derechos humanos y de derecho internacional humanitario y en el punto de la lucha contra el terrorismo hay que ser rigurosos, rigurosos con la teoría y con el uso de conceptos jurídicos. Es el único camino posible para construir una sociedad en paz. ¿Habrá quien se lo diga a la Corte Constitucional?

Muchas gracias a todos y bienvenidos a la discusión.✍

