

Deissy Motta Castaño

100

90

80

70

60

50

40



LA COMPLEJIDAD DEL CRIMEN  
INTERNACIONAL DE GUERRA

"TOMA DE REHENES"

EN EL ÁMBITO JURÍDICO DE COLOMBIA:

HACIA UNA JUSTICIA MATERIAL



Universidad  
Autónoma  
de Colombia

Facultad de Derecho

La complejidad del crimen internacional de guerra  
"toma de rehenes" en el ámbito jurídico de Colombia:  
hacia una justicia material



La complejidad del crimen internacional de guerra  
"toma de rehenes" en el ámbito jurídico de Colombia:  
hacia una justicia material

Investigadora principal  
**Deissy Motta Castaño**



**Universidad  
Autónoma  
de Colombia**

Facultad de Derecho

**341.6**

Motta Castaño, Deissy

La complejidad del crimen internacional de guerra "toma de rehenes" en el ámbito jurídico de Colombia : hacia una justicia material / Deissy Motta Castaño. – Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia. Facultad de Derecho. Fondo de Publicaciones, 2010.

Vi, 136 p.; 16,5 x 23,5 cm.

Bibliografía p. 97.

ISBN 978-958-8433-17-2

1. DERECHO INTERNACIONAL 2.REHENES I.TÍT.

Primera edición: diciembre de 2010

© Deissy Motta Castaño, Luis Eduardo Linares, José Manuel Martínez

© Universidad Autónoma de Colombia, Fondo de Publicaciones,  
Facultad de Derecho  
Calle 12 No. 5-33  
Tels.: 334 3696, 341 1641  
Bogotá, D. C., Colombia  
[www.fuac.edu.co](http://www.fuac.edu.co), [libreria@fuac.edu.co](mailto:libreria@fuac.edu.co)

Grupo de investigación:  
Grupo Derecho Público Horizonte Autónomo (categoría D Colciencias)  
Línea de investigación:  
Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Crímenes Internacionales  
Registro Colciencias 0045365  
Coinvestigadores:  
Luis Eduardo Linares  
José Manuel Martínez

Autor de correspondencia: Deissy Motta Castaño, [dmottac@hotmail.com](mailto:dmottac@hotmail.com)

ISBN 978-958-8433-17-2

Edición, corrección de estilo, diseño gráfico editorial,  
armada electrónica e impresión:  
Proceditor  
Calle 1C No. 27A-01  
Tels.: 220 4275, 220 4276  
Bogotá, D. C., Colombia  
[proceditor@etb.net.co](mailto:proceditor@etb.net.co)

Impreso en Colombia - *Printed in Colombia*

Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad exclusiva de sus autores y no comprometen en forma alguna a la Universidad Autónoma de Colombia.

Reservados todos los derechos. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

# CONTENIDO

<b>PRÓLOGO. DERECHO Y COMPLEJIDAD</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>7</b>
<b>LA COMPLEJIDAD DEL CRIMEN INTERNACIONAL DE GUERRA “TOMA DE REHENES” EN EL ÁMBITO JURÍDICO DE COLOMBIA: HACIA UNA JUSTICIA MATERIAL</b>	<b>11</b>
<b>I. TRÁNSITO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL DESDE EL TRATADO DE VERSALLES Y DE NÚREMBERG HASTA ROMA</b>	<b>17</b>
A. Antecedentes	18
B. Corte Penal Internacional	26
C. Crímenes internacionales, competencia de la Corte	27
D. Competencia, admisibilidad y derecho aplicable	27
E. De los denominados crímenes de guerra	28
<b>II. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LA PROTECCIÓN DE BIENES Y PERSONAS</b>	<b>31</b>
A. Antecedentes del Derecho Internacional Humanitario	35
B. Conflicto armado interno	38
1. Conflicto interno	38
C. Reconocimiento de “beligerancia”	39
D. Ámbito y requisitos de aplicación para actores de un conflicto armado	48
<b>III. LA TOMA DE REHENES EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y EL ÁMBITO JURÍDICO EN COLOMBIA</b>	<b>51</b>
A. El estudio del delito en el ámbito internacional	52
B. Relevancia en el estudio del delito en el ámbito nacional	57
C. La estructura del injusto penal del tipo de toma de rehenes en Colombia	61
1. La estructura del injusto y la teoría de la norma	61
D. La estructura del injusto en el Código Penal colombiano en el 2000	63
E. El tipo penal de toma de rehenes en la dogmática penal	65

<b>IV. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LA TOMA DE REHENES</b>	69
A. Convenios internacionales	70
B. Convención Internacional contra la Toma de Rehenes Colombia, un caso de excepción	70
C. Principales convenios ratificados por Colombia frente al delito de toma de rehenes	71
D. Conflictos no internacionales Dominio conceptual de conflicto armado	74 75
E. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Toma de rehenes: de las generalidades, ámbito de aplicación y definición interna	76
F. Condiciones en las que el Comité Internacional de la Cruz Roja puede intervenir	77
G. Responsabilidad de las autoridades políticas respecto a la toma de rehenes	79
<b>V. EL CANJE, MECANISMO CATALIZADOR DEL CONFLICTO INTERNO Y LA TOMA DE REHENES</b>	81
A. Del dispositivo de canje de rehenes	82
B. Acuerdos humanitarios y canje de prisioneros en el conflicto colombiano	82
C. El dominio de la penalidad y el financiamiento del conflicto	84
D. De la Corte Constitucional y la Convención Internacional de Toma de Rehenes	85
<b>CONCLUSIONES</b>	91
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	97
<b>ANEXOS</b>	103
<b>Anexo 1.</b> Convención Internacional contra la Toma de Rehenes	104
<b>Anexo 2.</b> Resumen de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y de sus Protocolos Adicionales	112
<b>Anexo 3.</b> Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-578/02	122
<b>Anexo 4.</b> 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)	127

PRÓLOGO

DERECHO Y COMPLEJIDAD

El derecho es un sistema cerrado. Nació como un sistema cerrado y autorreferencial y ha permanecido como tal desde sus orígenes. Posteriormente, tan sólo ha reforzado su carácter y lo ha perfeccionado, incluido el Derecho Romano, el Derecho Administrativo que nace con y alrededor de Napoleón, el Derecho Penal y sus orígenes y fundamentos en el sistema alemán, y demás.

Por tanto, el derecho como tal no sabe de sistemas abiertos y mucho menos de problemas de frontera. Precisamente por ello, la complejidad creciente del mundo, de las ciencias y de las dinámicas —en prácticamente todos los órdenes—, tiende, cada vez más, a sobrepasar al derecho positivo, tal cual. La última de las expresiones de la tensión creciente que asiste al derecho se expresa en términos de las disonancias entre “derecho”, “ley”, “justicia” y “equidad”, disonancia que viene a abrir, cada vez más, fisuras y quiebres al interior del cuerpo, otrora cerrado e incólume del derecho positivo. Es decir, el derecho ya no implica hoy, de manera necesaria, a la justicia. Tampoco existe un nexo de doble implicación entre derecho y equidad. En el caso colombiano, el conflicto se funda, notablemente, entre tres aristas incongruentes, matemáticamente hablando: el Estado de derecho, el Estado social de derecho y el derecho alternativo.

La formación de los abogados y juristas en el país tiene lugar al interior del marco que aquí simplemente esbozamos. Y con ello, se asiste a los cruces, no siempre concordantes entre derecho y política, o entre derecho y economía, o derecho y medio ambiente. Los conceptos se acuñan, hay otros que emergen, otros más aparecen tímidamente. Se habla, aún sin justificación, de derecho positivo, derecho transicional, derecho alternativo, derecho radical; en fin, de derecho o justicia material. Los términos se agolpan, los conceptos no terminan de sedimentarse, las discusiones se acaloran ante la necesidad de comprender y resolver los retos, los desafíos y los peligros que acechan, desde adentro del Estado, tanto como desde afuera, al sistema integral de justicia.

El contexto amplio de este estado de cosas es el reconocimiento cada vez más evidente y necesario entre los sistemas nacionales de justicia al lado de un sistema de derecho y de justicia internacional con calidades, dignidades y derechos que introducen tiempos, conceptos y medidas que desbordan en muchas ocasiones a los sistemas nacionales de justicia. Y por consiguiente, a los estados nacionales. Es, a todas luces, necesario y deseable que los sistemas nacionales se adecúen a los desarrollos magníficos de sistemas, declaraciones, pactos, convenios y acuerdos internacionales, ya que por este camino los pueblos y las sociedades conocen mayor justicia, menos impunidad, y ulteriormente, mayores y mejores condiciones y garantías de vida.

Expresado en el lenguaje de la política: toda la política —esto es, toda decisión, acción o instancia política es, hoy por hoy, geopolítica—. Son decisiones que se toman en otros escenarios, pero que impactan en lugares y momentos distintos; de acciones con repercusiones y “efectos mariposa” impredecibles a escala local, y ni siquiera regional; en fin, de posibilidades que se miden por tiempos que no son, estrictamente hablando, los que la norma permitía y aseguraba, puesto que asistimos a interdependencias de múltiples escalas, contextos y dimensiones, de sensibilidades a corto, a mediano y largo plazo, incluso de interacciones que no terminan de expresarse en un único lenguaje.

Elementos y factores como estos constituyen la complejidad del mundo contemporáneo, a la cual el derecho positivo y los estados nacionales deben responder positiva y satisfactoriamente en términos de justicia, de equidad y de vida, si es que quieren ser reconocidos, aún, como válidos, legítimos, racionales y necesarios.

Desde siempre, el derecho y el Estado soltaron la carga de la demostración de la existencia, de la inocencia, de la validez y de la racionalidad sobre los individuos. Pero ahora, en el contexto de la sociedad de la información y de la emergente sociedad del conocimiento, por primera vez, asistimos a un fenómeno inaudito cuando se lo mira con los ojos de la tradición, y las cargas de la demostración se han devuelto hacia los sistemas de justicia, hacia los Estados y los regímenes políticos y jurídicos para que demuestren su validez, legitimidad y racionalidad; esto es, su necesidad, porque de lo contrario, las sociedades y los pueblos, por primera vez, pueden vislumbrar a gran escala otros nuevos espacios y posibilidades diferentes de los que habían sido conocidos desde siempre.

La importancia de la sociedad civil mundial, en este escenario de la comunidad internacional de Estados, e incluso, de los organismos internacionales y de los pactos, acuerdos, declaraciones internacionales, se revelan con una importancia sin igual en toda la historia de Occidente.

En este tema específico, la complejidad de los problemas es creciente y parece no conocer límites. Se entiende el término “complejidad” como el título de un grupo de problemas que ha sido puesto de manifiesto y explorado por las ciencias de la complejidad y, en general, por el estudio de los sistemas, fenómenos y comportamientos caracterizados por emergencias, no-linealidad, autoorganización, sinergias y grados de libertad amplios si no indeterminados. El derecho debe situarse en este nuevo escenario. Y debe, asimismo, respon-

der, adaptarse o transformarse, según el caso. Pero si ello es así, en cualquier circunstancia, el derecho se enfrenta con el mayor desafío que jamás había tenido desde sus orígenes, por ejemplo, remontémonos a los *Códigos de Hammurabi*, al corpus establecido por los romanos, y a toda esa historia que termina por identificarse con el estado liberal, en el sentido filosófico de la palabra. Este desafío consiste —expresado de manera breve y directa— en la posibilidad de transformarse de un sistema cerrado y aislado (“la ley no se puede modificar si la ley misma no lo permite”; “el desconocimiento de la ley no es óbice para el acatamiento de la misma”; “la inocencia se presume, pero hay que demostrarla”, y muchas otras más), en un sistema abierto.

Ahora bien, la posibilidad —la simple posibilidad— de que el derecho pueda convertirse en un sistema abierto, implica, con seguridad, una revolución en el interior del sistema de la justicia en general. Pues bien, se podrían destacar seis aspectos en los que el derecho debería afrontar los problemas (el lenguaje es el de la ciencia contemporánea, y no es exclusivamente el jurídico) en el marco de aquellos en los que se identifica una complejidad creciente:

- Estudiar no solamente dos cuerpos, sino tres cuerpos (“*the three-body problem*”), y problemas con más cuerpos (“*the many-body problem*”).
- Abrirse a otras ciencias. Al respecto, es sumamente significativo que en el Informe de Colisión Gulbenkian —*Abrir las ciencias sociales*— no hay ninguna alusión al derecho, como disciplina o ciencia. Con seguridad, ello se debe no simplemente al reto epistemológico acerca del estatuto de cientificidad del derecho, sino a la dificultad de la tarea misma.
- Incorporar en el sistema de derecho el principio de la incertidumbre, tal y como se formula desde la física cuántica o desde la termodinámica del no-equilibrio.
- Aprender la existencia de fenómenos, comportamientos o sistemas no-lineales; es decir, que implican más de una solución posible. Lo cual, en absoluto implica impunidad ni admisibilidad de injusticia en ninguna de sus formas ni con cualquier justificación o argumento.
- Reconocer que por encima de la justicia hay un valor que se ha revelado como más fundante, en concordancia con los desarrollos de la vida contemporánea: la vida.
- Aprender que la predicción es posible sólo a corto plazo, puesto que a mediano y a largo plazo los fenómenos se vuelven impredecibles e incontrolables.

A la luz de una mirada reflexiva, no parece evidente que el derecho esté preparado para afrontar desafíos como éstos. Si es así, los conflictos de todo orden podrán acumularse y provocar resultados insospechados e imprevistos.

Empleando una metáfora proveniente de la ingeniería civil, el libro de la profesora Deissy Motta C., está escrito sobre la base de estos fundamentos. Solamente que los fundamentos no se ven. Asistimos, de la misma manera como ante las construcciones resulta ser la mirada de quien desconoce los fundamentos de la ingeniería civil o de la arquitectura del edificio mismo, que es, sin duda, elegante, sólido y con buenos acabados.

El edificio que es el libro de la profesora Motta C. nos ofrece una mirada sólida, fresca, novedosa sobre uno de los ejes de toda la reflexión jurídica y política en contextos de conflicto armado: el crimen internacional de guerra “toma de rehenes”. Aunque sabemos, —con sobradas justificaciones y motivaciones—, que se trata de un estudio referido particularmente al caso colombiano, porque posee, en relación con otros, uno de las mayores complejidades que existen en el mundo, con seguridad. Por esta razón, la gran pertinencia y el valor de los aportes del libro de Deissy.

Tejido con las hebras de la historia, desde un conocimiento riguroso del derecho, y con una alta proficiencia en el estado del arte del problema que la ocupa, Deissy Motta conduce al lector a una tesis de una infinita sensibilidad social y jurídica: el tema del canje de rehenes. De esta manera, se estudia desde los dispositivos de canje de rehenes, hasta la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Convención Internacional, pasando por la ponderación de los acuerdos humanitarios en el panorama del conflicto armado y social colombiano, sin olvidar las dificultades relacionadas con la penalidad y el financiamiento del conflicto.

La función de los científicos consiste en hacer inteligible lo que para la mirada normal no lo es, en aportar la lógica, o bien en desentrañarla, cuando aparece ambivalente o conduce al mutismo; en fin, en explicar lo que aparece como undívago y gelatinoso. En esta ocasión, en el marco del conflicto armado y social colombiano, la profesora Motta lo logra con creces.

Uno de los méritos de este estudio es el de la sutileza con la que imaginación, sensibilidad e inteligencia se implican y, sin embargo, no se ponen en el foco. Por el contrario, sutiles como son, permiten que en el foco esté siempre, constante, irremisible, cuidadosamente el problema mismo, la cosa misma. Y la cosa, el problema es el conflicto humanitario que es la existencia de rehenes y la urgencia, la necesidad, de que el derecho resuelva el problema. Algo que,

como lo muestra la historia social, política y militar en el caso colombiano, el derecho no ha logrado, hasta la fecha.

Otro elemento sutil, fino y elegante del libro de Deissy es el optimismo —siempre sutil— de que el derecho puede contribuir a resolver el problema. De esta manera, el libro no se queda simplemente en la relevancia del problema para el país; tampoco en su inscripción del problema en la historia y en las teorías existentes; antes bien, con ellas, pero a pesar de ellas, el libro logra conducirnos a la sensación de que el derecho es posible, incluso, en situaciones de altísima complejidad: jurídica, política, militar o humanitaria.

En otras palabras, se trata de la tesis que afirma que el derecho puede ser posible a pesar de la política y por encima de los intereses y de juicios de los militares. Pero, esto es así porque el derecho logra acoger en su seno no ya simplemente el peso de la ley, sino también el valor de los actos, gestos y principios humanitarios. Que es la puerta, supongo, a través de la cual el derecho puede dejar de ser cerrado y aislado, para transformarse en un sistema abierto: y entonces complejo.

Carlos Eduardo Maldonado, Ph. D.  
Profesor titular, Universidad del Rosario

# | INTRODUCCIÓN

La complejidad y sus expresiones causales de la violencia en Colombia tienen su representación y categorización en la topología de una guerra asimétrica cuyos escenarios transitan por prácticas sociales, políticas, culturales que trascienden el marco jurídico del derecho de gentes y se constituyen en crímenes de guerra. Por otro lado, es de rescatar que el marco jurídico colombiano ha sufrido transformaciones para adecuarse a pautas internacionales que juzgan estos delitos.

La misma complejidad de derechos y su tendencia a homologarla con el derecho internacional exigen la aceptación de pautas universales que garanticen por homologación y atributos su análisis y configuración del delito.

Analizar el concepto de “toma de rehenes en Colombia” exige contemplarlo a través del prisma de la realidad nacional, en el que ha prevalecido el simulacro sobre la verdad histórica y donde los discursos políticos bordean la impunidad.

Esta investigación tiene como objetivo identificar concepciones y criterios jurídicos internos, hechos dramáticos, diferentes estilos de confrontación y su correlación que son reconocidos por pautas internacionales establecidas en el derecho penal internacional; es decir, se identifica implícitamente en el paradigma de justicia internacional vigente.

La problemática generada durante la Segunda Guerra Mundial por la confrontación de actores que representaban idealismos totalmente divergentes condujo al ejercicio nefasto del poder cuyas consecuencias fueron afrontadas fundamentalmente por la sociedad civil en el marco de una configuración particularmente de índole étnica. Los niveles de esta conflagración y sus instrumentos de destrucción tuvieron como característica la no individualización de la población combatiente frente a la población civil, hecho que condujo inevitablemente a la violación de los derechos humanos.

Esta situación propició el cuestionamiento implícito entre el marco jurídico teórico en relación con la praxis legal del marco jurídico-positivo; cuestionamiento que exigió que para la sanción ejemplar de los violadores de derechos humanos se constituyeran instrumentos entre los que destaca la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes. Es decir, se acepta el reconocimiento de que el cuerpo jurídico no constituye un conjunto de verdades heredadas y que los niveles de la violencia que se constatan en la realidad social presentan diferentes matices, en los que la radicalidad jurídica tiende a perder contexto y operatividad en cuanto a una práctica radical del derecho.

Después de la Segunda Guerra Mundial se han presentado sucesivas violaciones a los derechos humanos en diferentes países, así como también se han investigado criminales de guerra en lugares como la antigua Yugoslavia y Chile. Estos hechos han permitido calibrar la eficacia y eficiencia de los instrumentos legales diseñados; no obstante, su complejidad y lentitud en los términos decisivos. Asimismo, cabe destacar que las asimetrías económicas presentadas y sus diversas expresiones de políticas pendulares —que tienden a perpetuar o desconocer la expresión del constituyente— contribuyeron a configurar expresiones de violencia de grupos insurrectos respecto al régimen democrático, en relación con su legitimidad y al rol correspondiente al Estado.

A partir de esto surge la necesidad de elaborar un análisis consensual y crítico del marco jurídico internacional vigente, referente a crímenes de guerra y su concatenación con el marco jurídico colombiano, conceptualizado y diseñado en el contexto de una violencia que persiste por más de cuatro décadas y que se ha caracterizado por ambas partes en constantes acusaciones de violaciones y atentados contra la población civil, una situación que tiende a agudizarse en la medida en que el sistema político interno tiende a agotar su racionalidad para generar un incrementalismo democrático que se reflejará en crisis desplazadas.

En este marco se sustenta la trascendencia del análisis de las instituciones internacionales en relación con los delitos contemplados como crímenes de guerra en conflagraciones entre Estados y su intervención en la problemática de la violencia interna colombiana.

El capítulo I —Tránsito del derecho penal internacional desde el Tratado de Versalles y de Núremberg hasta Roma— constituye una aproximación a una genealogía histórica del derecho internacional, relativo a los crímenes de guerra durante este período que contribuirá a ubicarnos de forma conceptual, metodológica e institucional.

El capítulo II —El derecho internacional humanitario y la protección de bienes y personas— tiene como marco referencial el tránsito de cobertura inicialmente asumido por el derecho internacional humanitario, referido exclusivamente a los combatientes y su proyección conceptual y operativa y excluye a la sociedad civil de los efectos y las acciones del combate. En este sentido, se hace hincapié en las connotaciones legales y su complejidad con la colisión interna existente entre Estado e insurgentes.

El capítulo III —La toma de rehenes en la legislación internacional y el ámbito jurídico de Colombia— constituye un análisis del posicionamiento del marco jurídico frente al fenómeno de la insurgencia que opta por utilizar la toma de rehenes como mecanismo de beligerancia y sojuzgamiento del adversario. En este sentido, la toma de rehenes tiene varias facetas de impacto. Una, doblegar al adversario en forma directa y condicionar su decisión por medio de la opinión pública, y otra, crear conciencia sobre responsabilidad comunitaria que muestra indiferencia ante problemas y acontecimientos.

El capítulo IV —Marco normativo internacional de la toma de rehenes— tiene como objetivo contextualizar el marco jurídico internacional relacionado con la normatividad colombiana referente a los crímenes de guerra, específicamente en la toma de rehenes, a fin de acceder a una comprensión que permita unificar y coordinar esfuerzos internacionales y nacionales conducentes a erradicar este delito.

Por último, el capítulo V —El canje, mecanismo catalizador del conflicto interno y la toma de rehenes—, corresponde al análisis concreto del acontecimiento del conflicto armado interno en Colombia y la toma de rehenes; tiene como objetivos explorar el campo de problematización e identificar los espectros de solución que contribuyan a que la sociedad civil y las instituciones del Estado desplieguen instrumentos como el canje o el intercambio humanitario.

La Segunda Guerra Mundial y su impacto en la población civil y militar aportó cantidad de evidencias empíricas que exigieron el análisis y la configuración de un marco jurídico que sanciona los crímenes de guerra. En este sentido, es importante recordar que, aunque Colombia formó parte de los aliados, no participó activamente en la formulación e implementación del Tratado Internacional contra los Crímenes de Guerra y su aceptación ha sido tardía. Por otro lado, sólo a partir del 2002, el marco jurídico colombiano pugna por involucrar en su dominio el delito de toma de rehenes dentro del contexto internacional.

En este orden de ideas, nos preguntamos ¿qué protección jurídica han tenido los rehenes en Colombia desde la tipificación internacional como crimen de guerra, frente a las características particulares y el no reconocimiento de un conflicto armado interno?, ¿las cláusulas de salvaguarda temporales como las establecidas en el Estatuto de Roma, en la Corte Penal Internacional, tienen aplicación dada la imprescriptibilidad de las conductas de lesa humanidad?

LA COMPLEJIDAD DEL  
CRIMEN INTERNACIONAL DE  
GUERRA “TOMA DE REHENES”  
EN EL ÁMBITO JURÍDICO DE  
COLOMBIA: HACIA UNA  
JUSTICIA MATERIAL

*Atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad<sup>1</sup>*

Las adhesiones de Colombia a los instrumentos que regulan el derecho penal internacional, el derecho internacional humanitario y los derechos humanos generan una serie de compromisos internacionales cuya instrumentación y eficacia requieren adoptar mecanismos que contribuyan a la investigación y al juzgamiento de conductas tipificadas como graves violaciones e infracciones a esa normatividad.

El objeto de investigación está enmarcado dentro del dominio del derecho penal internacional, el cual define los crímenes internacionales y regula el funcionamiento de los tribunales competentes para intervenir y sancionar en los casos en que los individuos incurran en responsabilidad penal internacional. Cabe destacar que el surgimiento de esta rama del derecho tiene inmersa una importante evolución respecto del derecho internacional clásico, cuyo ámbito estrictamente interestatal no consideraba a la persona como sujeto de derecho internacional.

Dentro del derecho penal internacional se destaca la Corte Penal Internacional como primer tribunal penal de justicia internacional permanente, creado en 1998, y con sede en La Haya, Holanda, cuyos miembros son los vencedores de la Segunda Guerra Mundial, situación que contrasta con la exclusión temporal de los países.

La complejidad de la realidad colombiana, su problemática y sus diferentes formas de expresión de la violencia pueden incluirse en el dominio conceptual de conflicto armado interno; dimensión que transita por acciones que vulneran o atentan contra los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional. Indiscutiblemente, el nivel de colisión de intereses de los diferentes actores genera conductas difusas que se convierten en acciones u omisiones, de quienes participan directamente o indirectamente en las hostilidades. Los combatientes tienden a incumplir, quebrantar o desconocer los deberes que les ha impuesto el artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional<sup>2</sup>.

---

1 Estatuto de la Corte Penal Internacional, Preámbulo, segundo Considerando.

2 Artículo 3°. *De los convenios de Ginebra: conflictos no internacionales.* En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquier otra causa, serán, en todas

En este contexto de conductas y subjetividades, son inminentes las posibilidades de que se atente contra la dignidad inherente a la persona. Por esta razón, hechos como el terrorismo, la toma de rehenes, la tortura y el reclutamiento de menores, se convierten en atentados contra la comunidad internacional, que comprometen la responsabilidad del Estado, tanto por su omisión como en la abstención de medidas legislativas, administrativas o judiciales necesarias para el cumplimiento de compromisos internacionales. A partir de la culminación de la Segunda Guerra Mundial se constata el surgimiento de una problemática social cuya complejidad ha permitido desarrollar un amplio catálogo de tratados internacionales destinados a luchar en conjunto contra la comisión de estos delitos.

La Constitución Política colombiana de 1991, en concordancia con el artículo 93, señala que los tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad<sup>3</sup>; en este sentido, Colombia ha suscrito tratados internacionales que tipifican los delitos de toma de rehenes, terrorismo y secuestro como delitos atroces susceptibles de extradición o juzgamiento, y en ningún caso, se consideran delitos políticos con beneficio de amnistías e indultos. Entre dichos tratados se destacan: 1) Convenio para la prevención y represión del terrorismo, 16 de noviembre de 1937; 2) Convenio europeo para la represión

---

las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; dictadas sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

- 3 Artículo 93. 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.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución, tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

del terrorismo, 27 de enero de 1977; 3) Convención interamericana para impedir y castigar actos de terrorismo que tomen la forma de crímenes contra las personas, así como extorsiones relacionadas con esos delitos cuando tales actos tengan repercusión internacional, 31 de enero de 1971; 4) Convención de la ONU sobre la prevención y castigo de crímenes contra personas protegidas internacionalmente, incluyendo agentes diplomáticos, 1973; 5) Convenio de Tokio sobre infracciones a ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves, 14 de septiembre de 1963; 6) Convenio de La Haya, para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, 16 de septiembre de 1970; 7) Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, 23 de septiembre de 1963; 7) El artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra y el artículo 4° del Protocolo II de 1977 que prohíben la toma de rehenes; 8) El Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional tipifica como uno de los crímenes de guerra las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, incluyendo la toma de rehenes y 9) Convención Internacional contra la Toma de Rehenes.

Las diferentes facetas de la complejidad y especificidad del delito “toma de rehenes” han requerido la elaboración de otros tratados internacionales que tipifican delitos como el *apartheid*, el genocidio, la tortura, que también se consideran delitos comunes con todas las consecuencias jurídicas que se derivan de esta calificación.

Los crímenes de guerra presentan una lesividad múltiple frente a otras conductas punibles comunes, por cuanto ellas atentan, no sólo contra bienes jurídicos tales como la vida, la integridad corporal de personas protegidas, la dignidad, la libertad individual, el derecho al debido proceso legal, sino que además colisionan contra el interés jurídico autónomo que es el derecho internacional de los conflictos armados.

En el Código Penal colombiano, bajo el Título II, se tipifican los “delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, en el artículo 148 se tipifica el delito de “toma de rehenes”, en los siguientes términos: “el que, en ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando a ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas, o la utilice como defensa [...]”<sup>4</sup>.

---

4 Artículo 148. *Toma de rehenes*. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas a la otra parte, o la utilice como defensa, incurrirá en prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuarenta (540) meses, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666.66) a seis mil (6000) salarios mínimos legales mensuales vigentes,

En este contexto, la normatividad penal colombiana está pautada según los parámetros internacionales en materia de protección de personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, derechos humanos y derecho penal internacional; y por otro lado, forma parte de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979 en relación directa con el derecho penal internacional.

---

e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.



# I. TRÁNSITO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL DESDE EL TRATADO DE VERSALLES Y DE NÚREMBERG HASTA ROMA

El objetivo de este capítulo es realizar una aproximación jurídica, referente al derecho penal internacional mediante su contextualización positiva histórica respecto a los acontecimientos plasmados en algunos documentos relevantes tales como los Convenios de Ginebra, Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, Código de Lieber, Tratado de Versalles, Estatuto de Roma y el Estatuto de Londres.

## A. Antecedentes

Dentro de una concepción del derecho natural, la construcción de un sistema jurídico es indispensable para preservar la existencia de la humanidad, la evolución del derecho y de los sistemas jurídicos; es decir, revela que las sociedades comparten valores comunes cuya articulación se desarrolla en normas y éstas después se convierten en códigos que también contribuyen a la creación y consolidación de instituciones jurídicas. De lo expuesto, inferimos que el derecho integra los valores sociales y al observar y calificarlos constatamos que estos valores sociales tienden a tener el carácter de universales.

Las normas actuales del derecho internacional humanitario tienen su origen en los valores humanos fundamentales que poseen la mayoría de las sociedades del mundo; sin embargo, percibimos la existencia de un conflicto en los valores como ideales, el poder y la realidad política como trama de ruptura de relaciones de dominación y subordinación que tienden a reconstruir el sujeto cuyo primer impacto es su pérdida de libertad, percepción que exige su ubicación contextual en el sistema penal internacional vigente.

El proceso del tránsito de concientización de la problemática surgida por los conflictos armados tiene como antecedente al derecho penal internacional antes de la Primera Guerra Mundial; en este sentido, destaca la contribución de Jean-Jacques Rousseau, en el siglo XVIII, quien formula el principio:

La guerra no es, pues, una relación de hombre a hombre, sino de un Estado con otro Estado, en la que los particulares sólo son enemigos accidentalmente, no como hombres, ni como ciudadanos, sino como soldados. Siendo el objeto de la guerra la destrucción del Estado enemigo, subsiste el derecho para matar a sus defensores en tanto que tienen las armas en las manos; pero luego que las dejan y se rinden, no son enemigos ni instrumentos del enemigo, y como vuelven a entrar en la simple clase de hombres, ya no se tiene derecho sobre su vida [...].

En este caso anterior, precisa y diferencia los atributos del soldado —como ciudadano en armas— respecto del ciudadano como integrante de un Estado, denotando la diferencia de actitud en relación con el ejercicio de una función y sus derechos de propiedad.

En 1899, Frédéric de Martens enuncia para los casos no previstos en el derecho humanitario el siguiente principio: “las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho

de gentes<sup>5</sup> derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”.

La vigencia de la “Cláusula de Martens” adquiere una importancia trascendental como norma consuetudinaria, retomada en el artículo 1º, párrafo segundo del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 1977.

La configuración y mutación de los diversos escenarios políticos contribuyen a transitar por dimensiones conceptuales amplias y de diferentes dominios: en este sentido, se destacan las expresiones de Rousseau y de Martens que enunciaron los denominados principios de humanidad, y la de los autores de la Declaración de San Petersburgo<sup>6</sup> que formularon, explícita e implícitamente, los principios de distinción, de necesidad militar y de prohibición de los males superfluos de la siguiente manera:

Que el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo; que, a este efecto, es suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres; que este objetivo sería sobrepasado por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o haría su muerte inevitable.

---

5 El derecho de gentes: es la ciencia del derecho que se guarda entre los Estados o naciones y de las obligaciones que les corresponden. El derecho de gentes no es otra cosa que el derecho de la naturaleza aplicado a las naciones. Francisco de Vitoria (1492-1546) puso de relieve que la comunidad internacional está basada en el derecho natural, al igual que el Estado. La Iglesia, por el contrario, es de derecho divino positivo. Su vínculo es el derecho de gentes, que Vitoria concibe en un doble sentido: de un lado, como derecho universal del género humano, en la tradición romana; de otro, como un derecho de los pueblos en cuanto tales en sus relaciones recíprocas. Vitoria aportó una primera definición del derecho de gentes como “derecho entre las gentes”; en definitiva, como derecho internacional. Vitoria dedujo de la naturaleza de la comunidad internacional su primacía sobre las comunidades políticas particulares. Para él el derecho de gentes forma parte del derecho natural, pero la voluntad humana da lugar a un derecho de gentes positivo, teniendo el *orbis* la potestad de dictar “leyes justas y que convienen a todos”. En lo que concierne al derecho de la guerra, retoma la doctrina cristiana tradicional de la guerra justa y así la desarrolla. Su aportación a la doctrina del derecho de gentes se dirige en primer lugar a la noción de comunidad internacional. Existe, afirma, un doble derecho de gentes: primero, “el derecho que todos los pueblos y todas las naciones deben mantener entre ellos”; en segundo lugar, “el derecho que cada ciudad o reino observa en su interior”; es el primero el que, hablando con propiedad, constituye el derecho de gentes.

6 *Declaración de San Petersburgo de 1868* con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra (San Petersburgo). A propuesta del Gabinete Imperial de Rusia, una Comisión militar internacional se ha reunido en San Petersburgo con el objeto de examinar la conveniencia de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra entre naciones civilizadas; por tanto, esta Comisión, de común acuerdo, ha fijado los límites técnicos en que deben detenerse las necesidades de la guerra ante las exigencias de la humanidad.

En los Protocolos de 1977 se reafirman y se puntualizan dichos principios, en particular el de distinción: “las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”. (Artículo 48 del Protocolo I, véase, asimismo, el artículo 13 del Protocolo II). Es decir, se clarifica el principio de proporcionalidad de intereses. Asimismo, destacamos que estos principios están influidos por el pensamiento de Rousseau y de De Martens.

Por último, la finalidad del principio subyacente de proporcionalidad es establecer el equilibrio entre dos intereses divergentes, uno dictado por consideraciones de necesidad militar y el otro dictado por necesidades de humanidad, cuando los derechos o las prohibiciones no son absolutos.

En el contexto analizado observamos que los principios formulados están conceptualizados en el marco de colisiones estatales obviando las colisiones internas; en este sentido, la dimensión conceptual del marco legal acusó deficiencias para la aplicación en la Guerra de la Secesión protagonizada en Estados Unidos de Norteamérica donde el presidente Abraham Lincoln promulgó el Código de Lieber, el cual fue redactado en 1863, durante la guerra civil norteamericana, por el jurista alemán Francis Lieber. Este Código recoge por primera vez las leyes y costumbres de la guerra para su aplicación por parte de un ejército nacional en un conflicto armado interno. El artículo 15 del mismo resume el deber ser de la ética de la guerra: “Los hombres que se enfrentan con las armas en combate abierto no dejan de ser por ello seres morales, responsables los unos frente a los otros y frente a Dios”. En este Código se vislumbra el primer intento de codificación de las leyes de la guerra, en el que se escribirán las instrucciones para el mando de los ejércitos de los Estados Unidos en el campo de batalla.

Es de destacar, no obstante, que la Corte Penal Internacional tiene sus raíces en los inicios del siglo XIX; la historia se inicia firmemente en 1872, cuando Gustav Moynier —fundador del Comité Internacional de la Cruz Roja— propuso la creación de una corte permanente en respuesta a los crímenes de la Guerra franco-prusiana<sup>7</sup>.

---

7 La guerra franco-prusiana fue un conflicto bélico que tuvo lugar desde julio de 1870 hasta mayo de 1871. El desencadenante principal fue el famoso Telegrama de Ems. Este conflicto bélico resultó en realidad una guerra franco-alemana debido a que se aliaron con Prusia todos los Estados alemanes (conforme a los planes de Bismarck). Precisamente, después de esta circunstancial alianza militar, se produjo la unión política de Alemania.

Después de concluida la Primera Guerra Mundial, en la que por primera vez en la historia se utilizaron gases venenosos para el exterminio del enemigo, se decidió buscar una forma de satisfacer las demandas de justicia de la población europea que había sido víctima de una guerra en la que perdieron la vida más de 20 millones de personas en el transcurso de cinco años. La dimensión de este conflicto generó el término de culpa colectiva<sup>8</sup>, por el cual se crea un auténtico tribunal internacional que enjuiciaría a los responsables por los crímenes cometidos durante el conflicto. Así fue previsto en la Parte Séptima del Tratado de Versalles<sup>9</sup>, de 1919, para juzgar al Káiser Guillermo II por haber iniciado lo que ahora denominamos una “guerra de agresión”, además de juzgar a los alemanes que habían cometido crímenes de guerra.

Las leyes de la humanidad se pueden concebir examinando las costumbres y tradiciones de las diferentes naciones y constituye lo que denominamos principios del derecho internacional humanitario.

Las leyes de la humanidad se pueden crear a partir de las costumbres y tradiciones de las diferentes naciones y constituye lo que denominamos principios internacionales del derecho internacional humanitario, reflejados en los sistemas nacionales; este concepto fue el que la Comisión asumió y expresó así: “[...] sobre esta base nosotros consideramos que las acciones optadas por los turcos con los armenios constituye un crimen contra las leyes de la humanidad, a partir del razonamiento jurídico según el cual, si dichos crímenes se cometieron por las autoridades turcas en contra de una minoría rusa en Rusia, no dejaban de ser por ello también crímenes de guerra”. La esencia de la protección de los pueblos es un concepto del derecho humanitario y de los derechos humanos según el cual la norma internacional no sólo debe limitar el poder de aquellos que tienen la capacidad de causar daño sino que también contiene la protección inherente al individuo independiente de su nacionalidad y sin tener en cuenta las diferencias entre la nacionalidad de la víctima y la nacionalidad del victimario. Los Estados Unidos de Norteamérica

---

8 El término “culpa colectiva” se refiere a las posturas de la nación alemana frente al Estado o a las acciones del Estado. Jürgen Habermas (1999), considera que hablar de culpa colectiva es un absurdo puro y simple, puesto que este concepto diluye la responsabilidad individual por el propio accionar, independientemente de las circunstancias que nos toque vivir.

9 Tratado de Versalles: Parte séptima: *Sanciones*; Artículo 227. Las potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania por la ofensa suprema contra la moral internacional de la santidad de los Tratados. Artículo 228. El gobierno alemán reconoce a las potencias aliadas y asociadas el derecho de llevar ante sus tribunales militares a los acusados de haber cometido actos contrarios a las leyes y a las costumbres de la guerra [...].

y Japón no estuvieron de acuerdo y sostuvieron una posición contraria, como resultado de la cual el plan de juzgar a los turcos terminó por desvanecerse.

Esta acusación se fundó en la IV Convención de La Haya de 1907 y las regulaciones de conflictos armados, cuyos intentos de codificación internacional se remontaban a 1899 como consecuencia de los esfuerzos emprendidos por el zar Alejandro II y algunos idealistas europeos, convirtiéndose por primera vez en un código que podía ser aplicado a combatientes reales. La complejidad de este conflicto, sus diferentes estructuras jurídicas estatales, su diversidad étnica y multicultural exigió que los aliados crearan una comisión que investigara los crímenes que sustentaran la creación de un marco jurídico internacional que, posteriormente se concretó en la elaboración del Tratado de Versalles.

La Comisión identificó los crímenes, encontrando que aproximadamente 20.000 alemanes debían ser investigados por crímenes de guerra de distinta naturaleza. Esta misma Comisión enfrentó diferentes hechos como el asesinato de 250.000 a un millón de armenios por los turcos durante la Primera Guerra Mundial entre 1915 y 1916. La Comisión se confronta al problema jurídico consistente en que la matanza de los armenios por los turcos dentro del territorio del imperio otomano<sup>10</sup> no constituía un crimen de guerra según significaba la Convención de 1907, debido a que se trataba de un crimen cometido por un gobierno y sus fuerzas en contra de su propia población. Los miembros de la Comisión revisaron el preámbulo de la Convención de 1907, conocido como *Cláusula Martens*, que apela al concepto denominado “Leyes de la humanidad”, situado por encima de los desarrollos normativos.

En 1923 se preparó un nuevo Tratado donde se otorga amnistía a los turcos. Es decir, se propone materializar el intento de utilizar la amnistía<sup>11</sup>, como

---

10 El Estado otomano (turco otomano: دَوْلَتِ عَلِيّهٔ عُثمَانِیّه, *Devlet-i Aliye-i Osmaniye*; turco moderno: Osmanlı Devleti), comúnmente llamado Imperio otomano (turco: *Osmanlı İmparatorluğu*) fue una potencia imperial ubicada en su mayor parte alrededor de la ribera del mar Mediterráneo, y cuya existencia temporal abarcó el período entre 1299 y 1922. En el cenit de su poder en el siglo XVII, este imperio incluía toda la península de Anatolia, Oriente Medio, extensiones del Norte de África, la mayor parte de los territorios enclavados en la franja que va desde el sudeste de Europa (Balcanes, Grecia, Bulgaria, Rumania) al Cáucaso en el norte. Este territorio comprendía un área de aproximadamente 5,5 millones de kilómetros cuadrados, aunque la mayor parte estaba bajo control indirecto del gobierno central. Las posesiones del Imperio se hallaban situadas entre Oriente y Occidente por lo que a lo largo de su historia, de más de seis siglos, sus relaciones internacionales estuvieron influenciadas por ello.

11 La amnistía (del griego *amnestia*, olvido) es una causa de extinción de la responsabilidad penal. Es un acto jurídico, normalmente emanado del poder legislativo, por el que una pluralidad de individuos que habían sido declarados culpables de un delito pasan a considerarse inocentes por desaparición de la figura delictiva. A diferencia del indulto, que extingue la responsabilidad penal actuando sobre la pena derivada de un delito (la persona

un tratado de paz. Sin embargo, podemos vislumbrar que los intereses de la política internacional prevalecen respecto a la concepción de justicia neutral, hecho que se observa en el objetivo de la política *Realpolitik* expresada en el interés de los países occidentales de que Turquía se constituyera en el primer país en contra del Estado comunista. En pleno desarrollo de la revolución bolchevique, en 1917, se consideró que la única forma de lograr su apoyo incondicional era otorgándoles amnistía por los crímenes cometidos.

A partir de este período se convierte en una práctica negociar con la justicia, pero, al confundirse las negociaciones políticas con la paz, es difícil que ésta ocurra sin justicia. Existen diferentes formas de justicia de acuerdo con el contexto en que se desarrolle el conflicto, pero no hay forma alguna de alcanzar la paz sin justicia. La eventual administración de la justicia y su interferencia con instrumentos de negociación política propició la solución de un problema y, al mismo tiempo, la generación de una problemática compleja con raíces étnicas, en la cual el pueblo armenio aún continúa sintiéndose víctima de la injusticia pues nunca se han reconocido los crímenes en contra suya. Esta problemática tiene su expresión dramática en los ataques terroristas en contra de los turcos.

La institucionalización del Estatuto de Roma —el cual crea la Corte Penal Internacional<sup>12</sup>— es el inicio del moderno derecho penal internacional, y se sustenta en los cimientos constituidos por el Tratado de Versalles (1919)<sup>13</sup>,

---

sigue siendo culpable, pero se le ha perdonado el cumplimiento de la pena), la amnistía actúa sobre el delito mismo. Por ello, la amnistía suele tener efectos retroactivos y, entre otros, extingue toda responsabilidad penal o civil y anula los antecedentes penales. Por el mismo motivo, es general, dado que actúa sobre todos los que cometieron ese delito, y no sobre individuos concretos. La amnistía suele suponer un nuevo juicio de valor sobre la conveniencia de prohibir o sancionar una conducta. Por esa razón, las leyes o actos de amnistía son más frecuentes en momentos de cambios sociales o de regímenes políticos y, en ocasiones, se asocia al perdón de presos políticos. Sin embargo, su empleo puede ser objeto de polémica, pues puede provocar la impunidad de quienes cometieron graves hechos durante un régimen anterior.

12 El Estatuto de Roma es el instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional. Fue adoptado en la ciudad de Roma, Italia, el 17 de julio de 1998, durante la “Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional”. Durante la Conferencia, los Estados Unidos, Israel y China hicieron causa común en contra de éste. Pese a esto, tanto Israel como los Estados Unidos firmaron pero no ratificaron el Tratado. De hecho, la firma por la parte norteamericana la realizó el ex presidente Bill Clinton sólo un día antes de dejar el poder a George W. Bush.

13 El Tratado de Versalles fue un acuerdo de paz firmado al concluir la Primera Guerra Mundial entre Alemania y las potencias aliadas vencedoras. El Tratado se firmó en la Galería de los Espejos del Palacio de Versalles, próximo a París, el 28 de junio de 1919. El Tratado fue negociado durante la Conferencia de Paz celebrada en Versalles, que comenzó el 18 de enero de 1919. En ella se hallaban representados Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia e Italia; Alemania, que había adoptado un régimen republicano tras la disolución del

que estableció el principio de la punibilidad de los crímenes de guerra; la estructura medular la integran: el Estatuto de Londres (1945)<sup>14</sup> que estableció el tribunal de Núremberg y Tokio y las actuaciones de éste recopiladas en los principios de Núremberg, y los contrafuertes son los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994)<sup>15</sup>.

Los términos de negociación de la Primera Guerra Mundial gestó la segunda conflagración mundial, en la que la violencia se destaca por su magnificación y el surgimiento de la solución final y la aplicación de armas atómicas. Terminada

---

Imperio al final de la guerra, quedó excluida de las conversaciones. (Aunque Estados Unidos no lo ratificó, fue firmado con Alemania por separado el 2 de julio de 1921 en el Tratado de Berlín).

El Tratado de Versalles estableció lo siguiente:

- Alemania debía entregar parte de sus territorios de Europa a los países vencedores; por ejemplo, Alsacia y Lorena a Francia, Eupen y Malmédy a Bélgica, y Panonia y Alta Silesia a Polonia.
- Perdía los territorios de su imperio colonial.
- Alemania debió pagar una gran suma de dinero como indemnización a los países vencedores.
- Por último, debía entregar la mayoría de sus barcos y mantener un ejército muy pequeño en el suelo alemán.

14 La Carta de Londres o Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional: es el documento que fijó los principios y procedimientos que rigieron los Juicios de Núremberg. Fue publicada el 8 de agosto de 1945, el mismo Día de la Victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial, como anexo al Acuerdo de Londres. En términos legales, los procedimientos establecidos en este texto son más cercanos al Derecho continental europeo que al *Common Law* en cuanto a la producción de la prueba, el juicio ante un tribunal compuesto por jueces y no por jurado y la generación de contraevidencia. Se podía apelar ante el Alto Consejo Aliado de Control de la Alemania ocupada. En cuanto a su contenido material, la Carta de Londres estableció que el Tribunal sería competente para conocer sobre los crímenes de guerra, contra la humanidad y contra la paz. Pese a que las reglas contenidas en su parte sustancial estaban previstas inicialmente sólo para los procesos contra los líderes de la Alemania nazi, fueron aplicadas en el enjuiciamiento de crímenes internacionales en Asia, en la ex Yugoslavia y en Ruanda. La Carta sirvió también como fundamento para la creación del Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional en 1998.

15 Yugoslavia. El territorio conocido genéricamente como Yugoslavia es el que agrupa a los actuales Estados de Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina, Serbia, Montenegro y Macedonia. Es el suelo de los herederos de los pueblos eslavos meridionales.

La república de Ruanda, o simplemente Ruanda, es un país de África Central. Limita con Uganda, Burundi, la República Democrática del Congo y Tanzania. Es un pequeño país ubicado en la región de los Grandes Lagos de África; conocido como las “nieblas de África”, también por su fauna salvaje, principalmente por sus gorilas de montañas, por sus ciudades típicas y por los parques nacionales y parajes naturales que ofrece su paisaje montañoso. Su terreno fértil y montañoso que le da el título de “Tierra de mil colinas” (en francés: *Pays des Mille Collines/pei de mil kolin/*) debe soportar las poblaciones más densas del continente africano.

La dependencia en la agricultura de subsistencia, la densidad demográfica alta y en aumento, disminuye la fertilidad de suelo y el clima incierto hace de Ruanda un país donde la desnutrición crónica es extendida y la pobreza endémica. Es reconocido hoy día por las sangrientas guerras que lo azotaron recientemente y particularmente por el genocidio ocurrido en 1994, fecha en la cual las muertes superaron el millón de personas. Los cambios que este bello país ha sufrido son traumáticos para su pueblo.

la Segunda Guerra Mundial las potencias aliadas acordaron, —en virtud de la Carta de Londres—, la constitución de un tribunal que juzgaría no sólo los crímenes de guerra, sino también los crímenes contra la humanidad cometidos bajo el régimen del Partido Nacional Socialista. Los conocidos juicios de Núremberg comenzaron el 20 de noviembre de 1945, y se dictó sentencia el 30 de septiembre y el 1° de octubre de 1946. También se creó un tribunal similar para los crímenes de guerra japoneses, el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente, que operó entre 1946 y 1948.

Los principios que inspiraron los juicios de Núremberg tuvieron una relevancia fundamental teniendo en cuenta la conformación del derecho penal internacional. La resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 11 de diciembre de 1946, reconoció los principios formulados en la Carta de Londres y las sentencias del Tribunal de Núremberg. Asimismo, solicitó al Comité de Codificación de Derecho Internacional que fijara como asunto prioritario la redacción de un “Código Criminal Internacional” que concretara los delitos contra la paz y seguridad de la humanidad de acuerdo con los principios aplicados en Núremberg. Se planteó poco después la creación de un tribunal permanente, pero los trabajos quedaron finalmente paralizados.

La idea del derecho penal internacional se reactivó en la última década del siglo xx. En este sentido, cabe destacar que, en 1993, como consecuencia de las violaciones de derechos durante las guerras yugoslavas<sup>16</sup>, el Consejo

---

16 Las guerras yugoslavas fueron una serie de conflictos en el territorio de la antigua Yugoslavia, que se sucedieron entre 1991 y 2001. Comprendieron dos grupos de guerras sucesivas que afectaron a las seis ex repúblicas yugoslavas. Términos alternativos en uso incluyen la Guerra de los Balcanes, la Guerra en la ex Yugoslavia, Guerras Yugoslavas de Secesión o, raramente, la Tercera Guerra Balcánica (un término acuñado por el periodista británico Misha Glenny, aludiendo a las Guerras de los Balcanes entre 1912 y 1913). Las guerras se caracterizaron por los conflictos étnicos entre los pueblos de la ex Yugoslavia, principalmente entre los serbios, por un lado, y los croatas, bosnios y albaneses, por el otro; aunque también en un principio entre bosnios y croatas en Bosnia-Herzegovina. El conflicto obedeció a causas políticas, económicas y culturales, así como a la tensión religiosa y étnica. Las guerras yugoslavas terminaron con gran parte de la ex Yugoslavia reducida a la pobreza, con desorganización económica masiva e inestabilidad persistente en los territorios donde ocurrían las peores luchas. Las guerras fueron los conflictos más sangrientos en suelo europeo desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, resultando en unas 300.000 muertes y millones más sacados de sus hogares. Fueron los primeros conflictos —desde la Segunda Guerra Mundial— en haber sido formalmente juzgados los genocidas y muchos de los individuos claves participantes fueron consecuentemente acusados por crímenes de guerra.

Las guerras yugoslavas pueden dividirse en dos grupos de conflictos diferentes: *Guerras durante el desmembramiento de la República Federal Socialista de Yugoslavia*: 1. Guerra de los Diez Días (o también Guerra de Independencia eslovena) (1991); 2. Guerra Croata de Independencia (1991-1995); 3. Guerra de Bosnia (1992-1995); *Guerras en áreas pobladas por albaneses*: 1. Guerra de Kosovo (1999); 2. Conflicto del Sur de Serbia (2001); 3. Guerra de Macedonia (2001).

de Seguridad de las Naciones Unidas acordó la creación de un Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. En 1994, el genocidio de la república de Ruanda motivó que se aprobara también la constitución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

La Comisión de Derecho Internacional había iniciado en 1993 los trabajos preparatorios para el establecimiento de un tribunal penal internacional con carácter permanente. En 1998 se firmó el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional (CPI).

## B. Corte Penal Internacional

Durante la Conferencia A/CONF.183/2 del 14 de abril de 1998 de las Naciones Unidas en Roma, Italia, los gobiernos aprobaron abrumadoramente el Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional (CPI). Cuatro años después, durante un evento especial de las Naciones Unidas realizado el 11 de abril de 2002, el Estatuto de Roma recibió las 60 ratificaciones necesarias para su entrada en vigor. El 1° de julio de 2002, la Corte Penal Internacional empezó a ejercer su competencia sobre el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Actualmente, la Corte Penal Internacional es el tribunal más importante, pero existen además otros tribunales creados *ad hoc*. Entre ellos, se destacan el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que se configuran dentro de un marco de peculiaridad y de complejidad con características étnicas y propuestas de soluciones aún más complejas, las cuales tienen un carácter eminentemente internacional. Asimismo, otros tribunales son mixtos y están compuestos por jueces tanto nacionales como internacionales. Es el caso de la Cámara Extraordinaria en las Cortes de Camboya que investiga los crímenes en Kampuchea Democrática<sup>17</sup>, y el Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>18</sup>, encargado de enjuiciar los crímenes cometidos durante la guerra civil.

---

17 Kampuchea Democrática fue el nombre oficial del Reino de Camboya bajo el régimen de Pol Pot y su partido de los jemeres rojos que gobernaron el país entre 1975 y 1979. Este período vio la muerte de aproximadamente 1.5 millones de camboyanos por medio de ejecuciones políticas, hambrunas y trabajo forzado, lo que representó la desaparición de entre el 25 y el 30% de la población nacional. Los jemeres rojos llegaron al poder después de la llamada Segunda Guerra de Indochina o Guerra de Vietnam y el juego de poderes entre URSS y China por tener influencia en la región alimentó las hostilidades entre Camboya y Vietnam, lo que llevó a este último a invadir el país en 1979 y precipitar la caída del régimen.

18 La República de Sierra Leona (oficialmente República of Sierra Leone) es un país de África occidental. Limita al norte con Guinea, al sureste con Liberia y al suroeste con el Océano Atlántico. Su nombre es una adaptación de la versión en portugués: *Sera Lyoa*, cuyo significado era "Montaña León". Entre el año 1991 y el año 2000, Sierra Leona ha sufrido las

### **C. Crímenes internacionales, competencia de la Corte**

La Corte Penal Internacional puede conocer de los siguientes crímenes internacionales:

- Genocidio.
- Crímenes contra la humanidad, lo que incluye conductas tipificadas como asesinato, exterminio, deportación o desplazamiento forzoso, encarcelación, tortura, violación, prostitución forzada, esterilización forzada, persecución por motivos políticos, religiosos, ideológicos, raciales, étnicos u otros definidos expresamente, desaparición forzada, y otros.
- Crímenes de guerra, consistentes en la violación del derecho internacional humanitario, especialmente de las Convenciones de Ginebra u otros convenios internacionales, así como del derecho consuetudinario que exista al respecto.
- Delito de agresión.

Existen además una serie de delitos con características transnacionales y de impacto humanitario que no son objeto del derecho internacional penal, como los que se relacionan a continuación:

- Contrabando.
- Tráfico de seres humanos.
- Tráfico de armas.
- Tráfico de drogas.
- Blanqueo de dinero.

Delitos que por sus dimensiones económicas e incidencias sobre la humanidad tienen generalmente una asimetría en el tratamiento legal por cuanto se castiga al consumidor o usuario en forma desproporcional al gestor del delito.

### **D. Competencia, admisibilidad y derecho aplicable**

En lo relativo a la competencia de crímenes de la Corte, ella señala en su artículo 5°:

---

consecuencias de una devastadora guerra civil, causó cientos de miles de muertos y dos millones de refugiados (un tercio de la población), muchos de los cuales aún no han podido regresar al país.

1. La competencia corresponde a la Corte Penal Internacional y se limitará a los crímenes más graves, los que tienen trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra y d) el crimen de agresión.

## **E. De los denominados crímenes de guerra**

La Corte Penal Internacional conceptúa que: un crimen de guerra es una violación de las protecciones establecidas por las leyes y las costumbres de la guerra, integradas por las infracciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en un conflicto armado y por las violaciones al derecho internacional. El término se define en gran medida en el derecho internacional, incluyendo la Convención de Ginebra. Los malos tratos a prisioneros de guerra, a los civiles y también los genocidios son considerados crímenes de guerra.

El 1° de julio de 2002, se crea la Corte Penal Internacional en La Haya, con el fin de perseguir los crímenes de guerra cometidos después de esta fecha. Esta Corte, establecida por el Estatuto de Roma, incluye dentro de los crímenes a perseguir en su artículo 5° los crímenes de guerra. La definición, que el mismo Estatuto contempla en su artículo 8°, señala entre ellos:

- Violación a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949;
- Violación a las leyes de guerra vigentes, tanto nacionales como internacionales; y
- Violación a las costumbres de la guerra aplicables.

De lo dispuesto en el artículo 8° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se establece:

- I. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra, en particular, cuando se cometan como parte de un plan o política o, como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.
- II. Para efectos del Estatuto de Roma, se entiende por “crímenes de guerra”:
  1. Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bie-

nes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra, como son:

- a) Matar intencionalmente;
- b) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
- c) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
- d) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente;
- e) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una potencia enemiga;
- f) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de su derecho a un juicio justo e imparcial;
- g) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales, y
- h) Tomar rehenes.

Asumiendo la evidencia histórica colombiana, su perspectiva de conflicto armado y el uso instrumental de toma de rehenes, consideramos trascendente su identificación como configuración de delito, su examen y su penalidad.

En términos generales, observamos que en el escenario, agentes y actores de los crímenes de guerra, se singulariza por la existencia y prevalencia de una culpa social producto del conflicto, cuya forma de resarcir el delito ha asumido distintas concepciones desde ópticas y tiempos diferentes, hasta concluir en instrumentos jurídicos aplicados en la Primera Guerra Mundial y contemporalizados operativamente luego de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, el problema y problemática subsisten existiendo imbricaciones jurídicas nacionales e internacionales. En este sentido, el caso colombiano acusa características específicas y singulares donde el delito de toma de rehenes asume no sólo violaciones individuales, sino también características trascendentes para la humanidad.



## II. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LA PROTECCIÓN DE BIENES Y PERSONAS

El Derecho Internacional Humanitario (DIH), rama del derecho internacional público, busca un equilibrio entre las necesidades de la guerra y las consideraciones humanitarias centradas en la dignidad humana. El DIH es el conjunto de normas consuetudinarias y convencionales que tienen por finalidad solucionar los problemas humanitarios propios de los conflictos armados internacionales y no internacionales. Estas normas limitan los medios y métodos de combate utilizados por las partes contendientes y protegen a las personas que no participan en las hostilidades, o que, por alguna razón, cesaron su participación.

El desarrollo del derecho internacional humanitario establece que “las partes en conflicto” a que hace referencia el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo II Adicional, son los representantes por un lado de la autoridad establecida por el gobierno de un Estado vinculado al Convenio como parte contratante, y por otro lado, un grupo de “insurrectos” como parte no signataria.

Teniendo en consideración que el objetivo del Convenio es exclusivamente humanitario, se presenta la figura que para el Gobierno legalmente constituido no se limita a los derechos que le confiere su propia ley, en lo relativo a reprimir una rebelión por todos los medios, incluido el uso de las armas; así tampoco, afecta su derecho a perseguir judicialmente, juzgar y condenar a sus adversarios por los crímenes, de conformidad con la propia ley<sup>19</sup>. En este sentido, cabe destacar que el bando adverso cualquiera que fuese su calificación, el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, no le confiere el derecho a una protección especial, ni inmunidad, tampoco impide que los Estados adelanten investigaciones, persigan y sancionen a los infractores conforme a la ley.

Los bienes y personas protegidas por el derecho internacional humanitario en el Título II del Código Penal colombiano<sup>20</sup> describen delitos graves comprendidos en el derecho internacional, y por ende, delitos extraterritoriales.

---

19 Es condición primordial para los países cuya constitución incluye y prioriza el Estado de excepción como requisito de gobernabilidad, donde la seguridad es un requisito de estabilidad democrática; sin embargo, genera un cuestionamiento entre los derechos fundamentales, los límites de la legitimidad y la legitimidad con violencia.

20 Ley 599 de 2000. Código Penal colombiano: delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. Parágrafo: Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente Título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario: 1. Los integrantes de la población civil. 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa. 3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate. 4. El personal sanitario o religioso. 5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados. 6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga. 7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados. 8. Cualquier otra persona

En este sentido, las conductas señaladas son concordantes de acuerdo con las señaladas en el derecho y las normas que se encuentran recogidas en instrumentos internacionales como los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y sus Protocolos Adicionales de 1977, relativos a la protección de víctimas de los conflictos armados, los cuales buscan perseguir a los autores que cometan u ordenan cometer infracciones graves contra las normas dispuestas en ellos.

Esta concordancia internacional de delitos garantiza que no se puede imponer ningún plazo —denominado prescripción— a la obligación de procesar a un responsable, como normalmente se hace con delitos comunes tipificados en los sistemas nacionales de justicia penal. Este principio de imprescriptibilidad fue reafirmado el 17 de julio de 1998, cuando 120 Estados aprobaron en votación el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 29 dispone que el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra “no prescribirán”, norma que debe observarse en concordancia con la competencia de la Corte cuando el Estado no puede o no quiere emprender investigaciones o sanciones por tales delitos. Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, de 1968, estipula que estos crímenes no prescriben nunca, independientemente de cuándo se hayan cometido<sup>21</sup>.

---

que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

- 21 Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad *adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (xxiii), de 26 de noviembre de 1968*. Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII. Preámbulo: [...] relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, *observando* que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo, *considerando* que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves, *convencidos* de que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales, *advirtiendo* que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes, *reconociendo* que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal, *convienen* en lo siguiente:

Artículo 1º: Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las “infracciones graves” enumeradas en

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha señalado que las amnistías e indultos, las medidas de extinción de la punibilidad previstas en la Constitución colombiana de 1991, conforme al artículo 150, numeral 17, sólo pueden aplicarse a los delitos políticos —los llamados en el Código Penal “delitos contra el régimen constitucional y legal”, como los de rebelión, sedición y asonada— y a los delitos comunes conexos con aquéllos. Es decir, implícitamente reconoce que no existe conexidad alguna entre un delito político y una conducta que constituya infracción grave de la normativa humanitaria; en este sentido, los delitos como el homicidio intencional en persona protegida, tortura o tratos inhumanos en persona protegida y toma de rehenes no son exonerables de culpa.

Por tanto, no es posible otorgar ni la amnistía ni el indulto a integrantes de grupos armados ilegales, procesados o condenados por conductas que, a la luz del estatuto de la Corte Penal Internacional, constituyen crímenes de guerra. La misma tesis debe aplicarse con respecto a miembros de grupos armados ilegales responsables de conductas que constituyen crímenes de lesa humanidad.

Por su parte, el Gobierno colombiano al sancionar y ratificar la ley que incorpora a la legislación colombiana el Estatuto de Roma mediante el cual se crea la Corte Penal Internacional, acepta una jurisdicción penal internacional para investigar y juzgar crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión que atenten de manera grave contra el derecho internacional humanitario.

Por lo anterior, es necesario evaluar y contextualizar la argumentación del Estado colombiano para acogerse a la cláusula de salvaguarda de la Convención contra la toma de rehenes que señala un plazo de siete años —los cuales ya se cumplieron— para su aplicabilidad, luego de la firma de dicho tratado. Las razones argumentativas de esta decisión permitirán proveer la configuración de escenarios y de espacios jurídicos que garanticen la neutralidad y proporcionalidad de las futuras sanciones.

La problemática del escenario colombiano en torno a la comisión del delito de “toma de rehenes” contiene elementos dramáticos para reflexionar, entre ellos, la situación actual de víctimas y familiares, así como la responsabilidad penal de los autores, dentro del contexto nacional y de la normatividad internacional vigente y la real aplicación de tipo penal a la toma de rehenes,

---

los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para la protección de las víctimas de la guerra [...].

previsto en el ordenamiento penal colombiano encaminada hacia una verdadera justicia material.

### **A. Antecedentes del Derecho Internacional Humanitario**

El derecho humanitario es una rama del derecho internacional público que se inspira en el sentimiento humanitario y que se centra en la protección a la persona. Esta cita, tomada de un estudio del señor Jean Pictet<sup>22</sup>, delimita el alcance de este derecho, cuya finalidad es “aliviar los sufrimientos de todas las víctimas de los conflictos armados en poder del enemigo, sean heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra o personas civiles”.

El proceso de elaboración de tratados para codificar las normas de la guerra data del decenio de 1860, en cuyo período se convocaron y suscribieron tratados relativos a la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña (Ginebra, 1864), y se prohibió el uso de proyectiles explosivos de un peso inferior a 400 gramos (San Petersburgo, 1868). Posteriormente, se inscribieron las Conferencias de Paz de 1899 y 1907, en La Haya, con el fin de reglamentar los métodos y medios para hacer la guerra. Desde entonces, las ramas del derecho resultantes de todas esas Conferencias se conocen, respectivamente, como Derecho de La Haya, que rige la conducción de las operaciones militares, y el Derecho de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra. En posterior ampliación fue posible suscribir los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 sobre la protección debida a los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y civiles, así como sus dos Protocolos adicionales de 1977.

La redacción del Código Lieber (1863) fue un acontecimiento decisivo por cuanto se constituyó en un extenso instrumento que contiene las leyes y costumbres de la guerra y destaca algunos principios humanitarios que, hasta entonces, no habían sido tan claros. Este Código fue incluso más importante para el desarrollo del derecho internacional humanitario (DIH), en general, que el Convenio de Ginebra de 1864.

---

22 Jean Pictet: en 1937 ingresó al servicio del CICR como secretario jurista; en la víspera de sus 25 años, día de la invasión alemana en Polonia, debió permanecer en la sede de la Institución para enviar los primeros ofrecimientos de servicio a los beligerantes. Durante la Segunda Guerra Mundial, redactó la mayoría de los documentos y los llamamientos que el Comité emitió en favor de los prisioneros de guerra y de las víctimas civiles de la guerra. Fue nombrado director del CICR en 1946; desde 1967 fue miembro del Comité y, por último, se desempeñó como vicepresidente de la Institución, a la que sirvió hasta su retiro en diciembre de 1984. En ese año, fue nombrado vicepresidente de honor del CICR.

Por el impacto de las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional, mediante la Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 2.4, declaró ilícito que los Estados recurran a la guerra por razones que no sean de defensa propia o para el mantenimiento de la seguridad colectiva bajo la autoridad del Consejo de Seguridad: “Los miembros de la organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”.

El principio del respeto por la persona humana —consecuente con la existencia humana consagrado hasta antes de los convenios de Ginebra— sólo se estipuló en las normas de la guerra a favor de los militares que participaban en las contiendas. El progreso del derecho de la guerra a partir de estos convenios, en 1949, ha permitido ampliar su ámbito de protección de las víctimas adaptándolo a la realidad de los nuevos conflictos al interior de los Estados: ese ámbito de protección se hizo extensivo a quienes no participaban en las hostilidades, no sólo por su condición de civil o militar, sino también porque no podía ser considerado como combatiente al estar herido, haber depuesto las armas, ser capturado por el enemigo o pertenecer a la misión médica; estas condiciones están señaladas en el artículo 3º, común a los cuatro convenios.

Referente a la ampliación conceptual del espacio, se pudo señalar que, en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, fundada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto.

Además, las partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto (VI Convenio de Ginebra).

En este contexto, la protección de este artículo 3º, en el que se encuentra la prohibición de tomar rehenes, fue reafirmado en el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, en los siguientes términos:

Las Altas Partes Contratantes, *recordando* que los principios humanitarios refrendados por el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 constituyen el fundamento del respeto a la persona humana en caso de conflicto armado sin carácter internacional, *recordando*, asimismo, que los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental, *subrayando* la necesidad de garantizar una mejor protección a las víctimas de tales conflictos armados.

Recordando que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.

El umbral de aplicación del Protocolo II está determinado por los criterios enunciados en su artículo 1º —*Ámbito de aplicación material*— que lo destinan a los conflictos que revistan una cierta intensidad en el territorio de un Estado. El principio de la aplicabilidad automática se funda en exigencias humanitarias, porque la puesta en práctica de las normas de protección de las víctimas no debe depender de una apreciación subjetiva de las partes.

La capacidad de los individuos para ser titulares de derechos y deberes en el derecho internacional, y para entablar acciones ante tribunales internacionales, está ampliamente reconocida en las prácticas estatales. El Tribunal de Núremberg, constituido tras la Segunda Guerra Mundial para enjuiciar a los criminales de guerra, consolidó este principio como indispensable para la eficaz aplicación del derecho internacional. Este Tribunal declaró que:

Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometen tales crímenes pueden ejecutarse las disposiciones del derecho internacional.

## **B. Conflicto armado interno**

Reflexionando sobre la dimensión del conflicto colombiano, examinamos la necesidad de concordar sus obligaciones de acuerdo con el derecho internacional y la doctrina sobre la aplicación del derecho internacional humanitario. En este sentido, las normas aplicables al conflicto interno colombiano son, en su orden, el artículo 3º, común a los convenios de Ginebra de 1949, y el Protocolo Adicional II de 1977, por tratarse de un conflicto armado de carácter no internacional. Sin embargo, para efectos de la presente investigación, es conveniente hacer una aproximación a su origen y real campo de aplicación.

### **1. Conflicto interno**

La doctrina sobre la materia, y su complejidad para definir la naturaleza de un conflicto armado no internacional, han establecido algunos elementos propios de este tipo de confrontaciones, entre los cuales podemos señalar:

a. Por la naturaleza jurídica de los sujetos que se enfrentan: un conflicto no internacional se distingue del conflicto armado internacional, porque las partes no son Estados soberanos, sino que un Gobierno de un solo Estado lucha contra uno o varios grupos armados dentro de su territorio.

b. Bajo una concepción estrictamente material, esa confrontación dentro del territorio de un Estado se traduce en hostilidades<sup>23</sup> abiertas entre fuerzas o grupos armados organizados, que normalmente pretenden o intentan derrocar el Gobierno que está en el poder y alcanzar una secesión<sup>24</sup>, para construir uno nuevo, descartando de plano que cualquier oposición violenta no organizada, aislada o esporádica, tal como disturbios, motín o enfrenta-

23 Agresión armada de un pueblo, ejército o tropa.

24 Acto de separarse de una nación parte de su pueblo y territorio.

miento local o generalizado pueda, constituir un conflicto armado, pese a que para restablecer el orden el Gobierno haya tenido que acudir a las fuerzas de policía e incluso la asistencia militar<sup>25</sup>.

Según la doctrina clásica, las únicas entidades soberanas eran aquellas referidas en el derecho de gentes<sup>26</sup>, —es decir, los Estados—; se infiere por tanto que el derecho de guerra establecido para regular las relaciones internacionales no es aplicable a los conflictos internos.

Por otro lado, el desarrollo propio del derecho internacional a partir del siglo XIX, en principio, admitió que las normas del derecho de la guerra podían ser extendidas a los conflictos no internacionales; es decir, a las relaciones entre el Estado y los insurrectos con los que se enfrenta, mediante la aplicación de la doctrina del “reconocimiento de la beligerancia”, la que por su propia naturaleza confiere a los grupos alzados en armas un estatus jurídico aplicable a los Estados, y por tanto, cierta personalidad jurídica como sujetos de derecho internacional, y obviamente, sujetos de derechos y obligaciones dentro de los límites del derecho de guerra, regulado por los convenios de Ginebra de 1949.

Es de destacar que en la actualidad es jurídicamente exigible a las partes enfrentadas en un conflicto armado de carácter no internacional la observancia de las normas que regulan la guerra, sin que constituya un reconocimiento de beligerancia, pues limitan los medios legítimos de combate, en función de la protección de la persona humana. Esta importante evolución que obliga a los actores armados irregulares a respetar las mínimas normas de humanidad en el desarrollo de un conflicto interno, necesariamente, requiere para efectos pedagógicos no sólo de una comprensión amplia sobre su naturaleza y real aplicación, sino también de diferenciarla de la figura de la “beligerancia”.

### C. Reconocimiento de “beligerancia”

Con el fin de entender históricamente la naturaleza jurídica de la beligerancia como institución del derecho internacional público, se involucra el año 1758 y se adopta el pensamiento clásico de su precursor, el profesor suizo,

---

25 Comité Internacional de la Cruz Roja (1° de noviembre de 1998), “Comentarios del Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949”.

26 Comité Internacional de la Cruz Roja (1° de mayo de 1998) PMF. “Derecho de gentes” es la expresión utilizada en la doctrina clásica, y es sinónima en el uso corriente en nuestros días de “derecho internacional público” o “derecho internacional”. Éste se define como el conjunto de normas jurídicas por las que se rigen las relaciones entre los Estados, así como con los demás miembros de la sociedad internacional.

Emmer de Vattel<sup>27</sup>, quien luego de cuestionarse “si el soberano debe observar las leyes ordinarias de la guerra para con los súbditos rebeldes que han tomado abiertamente las armas contra él”, concluyó, a partir de los conceptos de guerras justas e injustas, que las leyes de la guerra eran aplicables a las relaciones entre el Príncipe y sus súbditos<sup>28</sup>; es decir, Estado frente a insurrectos. Este visionario cuestionamiento constituiría el fundamento del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados internos que dio cuerpo a los convenios de Ginebra de 1949, y en particular a su artículo 3° común.

En efecto, las corrientes contractualistas —contrato social—, imperantes en la época de 1758, como resultado del acuerdo de los hombres, ubicaban al soberano como el representante de la sociedad política confiándole la misión de preservar el Estado y buscar la felicidad de su pueblo, al príncipe como una figura inviolable y sagrada a quien le correspondía la observancia de leyes fundamentales y contra el cual no era lícito ni justo hacer la guerra, a los súbditos sólo les restaba obedecer, guardar lealtad absoluta a su príncipe y sufrir pacientemente, incluso, los males soportables, absteniéndose de turbar el orden y la tranquilidad público, por cuanto los agravios debían llevarse ante los magistrados y el trono; por ello, a la sociedad civil le estaba vedado el derecho de hacer la guerra —*ius ad bellum*—, y por tanto toda guerra en contra del príncipe era “injusta”<sup>29</sup>.

---

27 Comentario del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 (1° de noviembre de 1998). Emmer de Vattel, *Le droit des gens ou principes du droit naturel*, Libro III, Capítulo XVIII, Neuchâtel, 1758, edición Carnegie, 1916, p. 238.

Emmer de Vattel: la reglamentación de los conflictos armados no internacionales ha quedado, en gran medida, fuera del derecho positivo. Según la doctrina clásica, los Estados eran las únicas entidades soberanas consideradas como sujetos del derecho de gentes; por eso, el derecho de la guerra, concebido para regular las relaciones internacionales, no era aplicable a los conflictos internos.

Emmer de Vattel fue un precursor en la materia. En efecto, planteó por primera vez la cuestión de “si el soberano debe observar las leyes ordinarias de la guerra para con los súbditos rebeldes que han tomado abiertamente las armas contra él”, y procuró dar una respuesta positiva. Sin embargo, hasta el siglo XIX no tuvieron lugar los primeros intentos para hacer que el derecho de la guerra fuera aplicable a las relaciones entre el gobierno establecido de un Estado y los insurrectos con los que se enfrentaba. Para ello, los insurrectos fueron equiparados a beligerantes, es decir, a una parte en una guerra interestatal, por medio de una institución jurídica: el reconocimiento de beligerancia.

28 Alejandro Ramelli, *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

29 Desde siempre, los Estados y los pueblos que han empuñado las armas han afirmado hacerlo por una causa justa. Con demasiada frecuencia se han valido de ese argumento para negar toda conmiseración con sus adversarios y para justificar las peores conclusiones. Se acusaba al enemigo de sostener una causa injusta y se lo hacía responsable de las privaciones, los sufrimientos y el luto que toda guerra deja a su paso. Como la derrota bastaba para probar la culpabilidad de los vencidos, se los podía masacrar o someter a esclavitud, sea cual fuere su número.

Los criterios propuestos por el profesor Emmer de Vattel determinaban la intensidad de la violencia interna “guerra justa o injusta”, y permitieron que conceptos como el de guerra justa —en principio aplicables a conflictos internacionales— se usaran en aquellos de carácter interno y permitieron adoptar criterios objetivos para regular la situación de violencia interna sentando los rasgos de diferenciación, entre ellos: la sedición, asonada y guerra civil, desde luego, los súbditos que se resistían abiertamente a su príncipe eran considerados como rebeldes.

Esos actos de violencia interna eran naturalmente de competencia exclusiva del Estado y, por ende, ajenos a cualquier regulación internacional, por tanto, las facultades para reprimir estos comportamientos deberían ser del príncipe, conforme y proporcionalmente al grado de justicia o de injusticia con que obró el súbdito, es decir, dependiendo del derecho que le asistiera de hacer o no la guerra contra su príncipe; sin embargo, cuando dentro de un Estado existiera un partido que no obedece al soberano, y tiene fuerza para hacerle frente, o cuando en una república se divide la nación en dos y se llegan a las manos por una y otra parte, estamos frente a otro tipo de actos graves de violencia interna, cuya expresión más extrema es una “guerra civil”.

Metodológicamente, el profesor De Vattel hace una graduación cualitativa de los actos graves de violencia que al interior de un Estado pueden configurar una guerra civil o no, acudiendo a *elementos objetivos* tales como: (i) el tipo de armas empleadas por quienes se oponían al príncipe y (ii) el control territorial ejercido sobre una ciudad o provincia por los responsables de los desórdenes; otros *de carácter subjetivo*, referidos al fin perseguido por los autores de los actos de violencia, que van desde (i) el simple descontento por imposiciones tributarias, (ii) pasando por el sentimiento de indignación frente a atropellos de que ha sido víctima una parte de la población, (iii) hasta la intención de grupos rebeldes de despojar al soberano de su suprema autoridad e “imponer sus condiciones”<sup>30</sup>. En sus propias palabras:

[...] la guerra civil destruye los vínculos de la sociedad y del gobierno, o al menos suspende su fuerza y sus efectos [...] produce asimismo, dos partidos independientes que se miran como enemigos y que no reconocen a ningún juez en común se trata de, en consecuencia, de [sic] dos cuerpos separados “de dos pueblos diferentes”; pues aunque uno de ellos sea culpable por haber roto la unidad nacional del Estado resistiendo a la autoridad legítima, no por ello dejan de estar divididos de hecho [...]

---

30 *Ibid.*

además, ¿quién los juzgará y decidirá de qué parte está el agravio o la justicia? No tienen superior común sobre la tierra, y por consiguiente, se hallan en el caso de dos naciones que entran en contestación, y que, no pudiendo convenirse, acuden a las armas.

En términos generales, los efectos en el tiempo y la materia del reconocimiento de beligerancia son temporales; es decir, la personalidad jurídica que adquiere un grupo insurgente permanece por el tiempo que dure el conflicto armado y sólo para efectos de las operaciones que se adelantan como consecuencia de la guerra; en este sentido, evidenciadas las diferentes modalidades de violencia que se pueden gestar dentro de un Estado, nos situaremos en la clásica definición del Instituto de Derecho Internacional, sobre el reconocimiento de beligerancia, al señalar que:

[Beligerancia] es un acto mediante el cual, bien un Gobierno reconoce que el conflicto armado que se desarrolla en su territorio es una guerra sometida al conjunto de leyes y costumbres de la guerra, bien un tercer Estado considera que este conflicto armado constituye una guerra frente a la cual permanecerá neutral<sup>31</sup>.

La utilización de este argumento predica que el reconocimiento a las fuerzas insurrectas hace expresa relación a sus fines de lucha durante el tiempo que ésta dure y esa facción será reconocida como un Estado solamente en lo relativo a las operaciones de guerra<sup>32</sup>.

De acuerdo con lo anterior, no podemos dejar de lado la aclaración realizada por el profesor Alejandro Ramelli Arteaga, sobre las distintas modalidades que comprenden la institución de la beligerancia, en orden de incidencia, para el mantenimiento de una unidad nacional: a) reconocimiento de insurgencia, entendida como la distinción entre simples delincuentes comunes por el fin perseguido<sup>33</sup>, b) el reconocimiento de beligerancia, c) el reconocimiento de

31 Alejandro Ramelli Arteaga, *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*, haciendo referencia, Vid., "Resolución de l'institut de Droit international, sesión de Neufchatel, 1900", citado por E. David.

32 Alejandro Ramelli Arteaga, *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*, haciendo referencia al texto, Vid., Ch. Rousseau, "Droit International Public", Paris, Pedone, 1960, p. 234.

33 Alejandro Ramelli Arteaga, *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*, haciendo referencia al término *recognition of insurgency*, según Ch. Rousseau, se alude a una doctrina americana, admitida desde 1885 por la jurisprudencia en el fallo Ambrose Light, y sistematizada hacia 1907 por el profesor Granfton Wilson de la Universidad de Harvard, según la cual un bando secesionista que no domine ningún territorio, pero disponga de embarcaciones navales, puede ser reconocido insurrecto a pesar de no dominar un territorio firme. Según este autor, al ser reconocidos como insurrectos, los rebeldes no serían tratados como piratas sino como prisioneros de guerra y sus actos no generarían responsabilidad

Gobierno y d) el reconocimiento de Estado, este último apunta al surgimiento de un nuevo Estado (constituido por los elementos inherentes al mismo: población, territorio y gobierno) y, por tanto, un nuevo sujeto de derecho internacional, sujeto de obligaciones y deberes propios de las relaciones internacionales de sus homólogos, por ello puede establecer embajadas y consulados, legislar, administrar justicia, imponer obligaciones especiales para los extranjeros residentes en su territorio y responder por los actos ilícitos internacionales que le sean imputables a sus autoridades o particulares que actúen con anuencia de éstas.

El reconocimiento de gobierno se refiere a uno de los elementos del Estado y corresponde al conjunto de autoridades que cumplen funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales sobre una población y sus bienes, gobierno que no sólo debe ser efectivo, sino también independiente y estable; asimismo, una vez reconocido, ejerce la titularidad de la representación del Estado.

Por su parte, el reconocimiento de beligerancia, desde su origen, está relacionado íntimamente con la aplicación de los usos y costumbres de la guerra en desarrollo de luchas o guerras civiles; es decir, el respeto y garantía del derecho internacional humanitario aplicables a situaciones de conflicto armado interno.

Estos tres reconocimientos tienen en común un carácter político del Estado donde se desarrollan las hostilidades o de un Estado extranjero, así como de sus efectos estrictamente jurídicos que varían en función al tipo de reconocimiento.

El reconocimiento de beligerancia es atribución del Estado como expresión legal de una manifestación de su competencia frente a un tercer Estado; es un acto jurídico unilateral, de libre disposición, en forma expresa o tácita cuando de la actitud del Gobierno se deducen medidas que confieren a los insurrectos derechos y obligaciones dentro de los límites de ese derecho de la guerra ante una situación conflictiva interna. Algunos de esos actos se pueden deducir de ciertos hechos, como sería el “intercambio permanente de prisioneros” o la conclusión de acuerdos entre los oficiales superiores de las partes en contienda.

---

internacional para el Gobierno legal. En el continente americano, a pesar de sus efectos limitados, la institución de la *recognition of insurgency* conoció algunos desarrollos durante la insurrección chilena de 1881, la guerra civil venezolana de 1892, la insurrección cubana de 1895 a 1897, en *Derecho internacional público*, Barcelona, 1966, pp. 301 y ss.

El reconocimiento de un estado de beligerancia por un tercer Estado es mucho más complejo, por cuanto puede constituir una injerencia en asuntos internos de un Estado. Este reconocimiento puede otorgarse sin que exista objetivamente un conflicto, por ello, la doctrina y la jurisprudencia han tratado de establecer límites al ejercicio de este poder discrecional para evitar reconocimientos prematuros. Sin embargo, cuando un grupo armado controla un determinado territorio y ejerce potestades de gobierno en una frontera con injerencia directa sobre bienes y personas pertenecientes a otro Estado, resulta imposible que para el Estado perjudicado, e incluso, para la comunidad internacional, estos hechos pasen desapercibidos por cuanto afectan intereses particulares y geopolíticos.

Según antecedentes históricos hay evidencia del reconocimiento por un tercer Estado, —pueden ser formales o expresos—. En 1869, Perú, “declaró que reconocía” como beligerante al partido político que combatía por la intendencia cubana, y durante la Guerra de Secesión americana, algunas potencias europeas “se declararon neutrales” y explícitamente reconocieron como beligerantes a las tropas del sur esclavistas<sup>34</sup>.

En otras palabras, para que la figura de la neutralidad no constituya una injerencia en los asuntos internos de un país, la doctrina ha establecido ciertos criterios objetivos de los cuales se pueda inferir que el conflicto interno ha alcanzado las dimensiones de una guerra civil para que proceda su declaratoria. El Instituto de Derecho Internacional, cuyo reconocimiento doctrinal es innegable, elaboró en 1900, un reglamento sobre la guerra civil en cuyo artículo 8° se enuncian tres condiciones que permiten determinar si hay realmente una guerra civil en el territorio de un Estado y, por tanto, la posibilidad de que un tercer Estado reconozca la beligerancia de los insurrectos:

Las terceras potencias no pueden reconocer a la parte sublevada la condición de beligerante:

- 1) si no ha conquistado una existencia territorial propia por la posesión de una parte determinada del territorio nacional;
- 2) si no reúne las características de un gobierno regular que ejerce activamente sobre dicha parte del territorio los derechos evidentes de la soberanía.

---

34 Alejandro Ramelli Arteaga, *Derecho internacional humanitario y estado de beligerancia*, citado por C. Zorgbide, “Droit d’ingérence”, París, Edit. PUF, 1995, p. 78.

- 3) si la lucha no la libran, en su nombre, tropas organizadas sometidas a la disciplina y que se ajustan a las leyes y costumbres de la guerra<sup>35</sup>.

Este reconocimiento de beligerancia a una comunidad es una decisión política, y confiere un estatus eminentemente jurídico aplicable a los Estados, y por tanto cierta personalidad jurídica como sujetos de derecho internacional; es decir, sujetos de derechos y obligaciones dentro de los límites del derecho de la guerra. Por otro lado, el cumplimiento de estos requisitos objetivos no implica que los Estados estén obligados jurídicamente a hacer tal reconocimiento, pues es un acto discrecional, con el que los gobiernos conservan la potestad de retractarse de cualquier decisión si posteriormente lo consideran oportuno.

El reconocimiento de beligerancia como un “acto político” lleva implícito el reconocimiento del derecho de hacer la guerra *ius bellum* —usos y costumbres de la guerra—, y sus “efectos jurídicos” que varían conforme al tipo de reconocimiento otorgan una capacidad jurídica limitada a los derechos y obligaciones propios de las normas convencionales o consuetudinarias del derecho internacional humanitario que regula los conflictos armados de carácter internacional —protección a no combatientes—, y permanecerá hasta concluir la contienda, bien porque los insurgentes sean derrotados por las fuerzas armadas del Estado, o porque se firman acuerdos de paz entre las partes, o porque se pase del reconocimiento de insurgencia a otro más sensible como el reconocimiento de Gobierno, o incluso de Estado.

El acto de reconocimiento beligerante genera una nueva situación jurídica, entre el Gobierno y los insurrectos<sup>36</sup>, correspondiente a la situación de un estado de guerra, en el que se aplica el derecho de conflictos armados. Cabe destacar que, a pesar de que es una manifestación de competencia del Estado, éste sigue encarnando la soberanía de la Nación para hacer la guerra<sup>37</sup> y se limita a conferir a los insurrectos cierta personalidad jurídica, como sujetos de derechos y obligaciones, dentro de los límites propios del derecho de guerra.

Esa nueva situación jurídica produce efectos entre las partes en contienda y frente a terceros Estados. Las relaciones entre los insurgentes y el Gobierno

---

35 Comentario del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 (1° de noviembre de 1998).

36 Insurrecto (ta): (del lat. *insurrectus*, part. pas. de *insurgere*), 1. Adj. Levantado o sublevado contra la autoridad pública. (U.m.c.s.).

37 Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949.

constitucional establecido se limitan a la aplicación de las leyes y usos de la guerra —derecho internacional humanitario—; es decir, que a pesar de que el conflicto sea interno, entre insurgentes y Gobierno, los alzados en armas que sean tomados en poder de las fuerzas estatales, deben ser tratados como prisioneros de guerra, de igual manera que si fueran combatientes de una potencia extranjera; es decir, no se les podrá someter a las leyes penales nacionales —sustantivas ni procesales— sino a las normas convencionales y consuetudinarias del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados internacionales (Convenios de Ginebra y Protocolo I); por tanto, afirma el profesor Alejandro Ramelli (2000, p. 41):

[...] una vez acordado un reconocimiento de beligerancia a un grupo armado carece de sentido continuar recurriendo a categorías propias del derecho penal interno, como puede ser aquella de delincuente político, como quiera que los rebeldes serán considerados en adelante, como combatientes en el marco de un conflicto armado internacional, y en consecuencia, gozarán de los derechos y garantías que aparecen recogidos en el Convenio III de Ginebra de 1949, “relativo al trato debido a los prisioneros de guerra”.

La posición adoptada por el profesor Ramelli radica en que el reconocimiento de beligerancia tiene efectos penales, según los cuales, los miembros del grupo beligerante deben ser considerados como combatientes en los términos del Convenio III que recoge el “Estatuto del combatiente”, por lo cual sus deberes y obligaciones, incluidas la ley penal, serán las establecidas para quien combate en un conflicto internacional y no las comunes señaladas en normas internas. Lo expuesto no significa que el Estado quede sin facultad sancionatoria; simplemente, esta potestad debe sujetarse a lo preceptuado en la norma convencional, es decir, los insurgentes sólo pueden ser juzgados por el Estado, por los delitos que pudiesen cometer los miembros de sus fuerzas armadas<sup>38</sup>.

El efecto jurídico frente a la relación de terceros Estados y los insurgentes condiciona a los Estados a permanecer neutrales sin tomar parte a favor o en contra de una de las partes en contienda, justamente, para preservar el principio de no intervención en asuntos internos de los Estados, salvo en aquellos relativos a la exigencia del respeto a las normas establecidas en los cuatro Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional I, pues cualquier Estado parte puede legítimamente exigir su cumplimiento sin que se configure intervención alguna en asuntos internos.

---

38 Capítulo 3° del Convenio III de Ginebra sobre el trato debido a los prisioneros de guerra.

Entre los efectos políticos evidentes se destaca la aceptación implícita de la incapacidad del Estado para controlar la totalidad del territorio nacional y ejercer los atributos propios de la soberanía. Por otro lado, en caso de que el reconocimiento provenga de un tercer Estado, es evidente que la legitimidad de las autoridades locales y la propia unidad nacional se vean afectadas.

A partir de esto, se requiere entonces evaluar y contextualizar a los grupos insurgentes colombianos y si cumplen o no los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia tradicional *ius internacionalista* tienen para el reconocimiento de beligerancia. Posteriormente, contrastarla con la situación del grupo insurgente Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) denominada “zona de despeje o distensión”, en la cual sí cumplía con la mayoría de las condiciones para su reconocimiento de beligerancia, salvo aquella relativa al sometimiento de ese grupo armado a los usos y costumbres de la guerra. Cabe destacar que algunas opiniones se centran en que el grupo insurgente organizado militarmente, ubicado en esa zona destinada por el Gobierno colombiano denominada El Caguán, ejercía competencias y facultades propias de un Estado, y simultáneamente, adelantaban operaciones contra las fuerzas armadas del Estado colombiano, hecho que aparentemente resultaba contradictorio.

En la actualidad, el escenario de conflagración del Estado colombiano sigue siendo contra una organización insurgente, estructurada militarmente, aunque no obstante, carece de un control territorial definido, ejerce hostigamiento, amenaza y agresión en todo el territorio colombiano dentro de la lógica difusa de la guerra asimétrica. Es decir, implícitamente, esta organización estaría manifestando su renuencia al acatamiento de las normas convencionales o consuetudinarias que regulan los conflictos armados internos, esto es, el artículo 3° común a los Cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II. La peculiaridad de esta confrontación asimétrica es que su comportamiento bélico no distingue a la población civil ni a los combatientes. Por otro lado, la presente administración del Gobierno calificó su accionar dentro del contexto de grupo terrorista, situación que, desde el punto de vista jurídico interno, dificulta su reconocimiento beligerante.

Es de destacar que, de acuerdo con los Convenios de Ginebra de 1949 sobre derecho humanitario y sus Protocolos adicionales de 1977, se recalca en el Protocolo II que las normas del derecho humanitario son aplicables a los conflictos internos, es decir, se diseña un horizonte *ad hoc* y realista en concordancia con las evidencias de violencia, residuos de la Segunda Guerra Mundial y la configuración de una nueva geopolítica. Aún así, este marco jurídico no

tiene tal cobertura, ya que hay ausencia de medidas internacionales que regulen y establezcan obligaciones y deberes de los combatientes en conflictos armados internos, o sea implícitamente, queda inmerso el reconocimiento de beligerancia, obligando inclusive a los grupos armados irregulares a respetar el conjunto de normas propias de usos y costumbres de guerra, específicamente puntualizado en el artículo 3° común de los Convenios y su Protocolo II<sup>39</sup>.

#### **D. Ámbito y requisitos de aplicación para actores de un conflicto armado**

En un sentido amplio de aplicación del artículo 3° común permitiría formular una situación teórica binomial, la primera en la que no se concede ningún estatus a un grupo armado en posición beligerante, y la segunda en la que el Estado en sus relaciones con los beligerantes opta por aplicar normas de derecho internacional humanitario —propias de conflictos armados internacionales—, y no previstas para conflictos internos, es decir, implícita y tácitamente reconoce el estado de beligerancia, cuya expresión concreta es el establecer el intercambio de prisioneros en las condiciones señaladas en el Convenio III de Ginebra; el “estatuto del prisionero” es una norma concebida para regular conflictos internacionales.

Por otro lado, la norma en mención reconoce que la beligerancia es inmanente a una posición agonista —relación de lucha y de incitación recíproca al mismo tiempo— y exige la adopción de decisiones con un nivel de racionalidad relativa, por cuanto señala que, “Las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio”; es decir, los intereses de las partes deben concordar en la aplicación de normas internacionales.

---

39 El artículo 3° común a los Convenios de Ginebra fueron la iniciativa de la comisión francesa, cuya pretensión fue justamente aceptada por la mayoría de los Estados que la aprobaron, y que buscaba precisamente que el respeto de las normas internacionales humanitarias no estuvieran sujetas al reconocimiento previo de un estado de beligerancia, por ello en el inciso final del artículo se lee: “La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

La propuesta de las FARC constituye una nueva noción de estrategia de posicionamiento en el marco jurídico internacional por cuanto al condicionar algunos términos de negociación a la formulación de una *ley permanente de canje de prisioneros* que les garantice un trato en el ámbito del Convenio III de Ginebra, relativo al trato de los prisioneros de guerra, previsto para regular conflictos de carácter internacional y no interno. La importancia radica en que los insurgentes en un conflicto interno son criminales y no enemigos y se les aplican las normas del derecho penal interno, pero no las establecidas para los conflictos internacionales. Aparentemente, la estrategia de las FARC estaría orientada a conseguir una ley de canje de prisioneros como figura contemplada en el Convenio III de Ginebra —Estatuto del prisionero— que permitiría que se le reconozca nacional e internacionalmente como beligerantes de un conflicto interno y, por ende, legitimaría la polarización nacional e internacional.

De lo expuesto, se puede advertir la complejidad y concatenación entre el artículo 3° común y el Protocolo Adicional II, por cuanto ambos parten del supuesto de que el conflicto no sea de carácter internacional y que se desarrolle en territorio de una de las partes, y además que el Protocolo II identifica como parte del conflicto interno exclusivamente a las fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados; la categoría analítica conceptual y operativa de los denominados grupos armados organizados tiene un horizonte temporal, espacial e histórico muy amplio que dificulta la conceptualización doctrinaria jurídica que garantice precisar los límites y atributos entre guerrillas, insurgentes y rebeldes.

Cabe destacar que dentro de los atributos del concepto genérico “grupo armado” resalta aquel que esté sujeto a una estructura jerárquica y funcional similar a las organizaciones militares, una organización que permita identificar mandos jerárquicos, tareas y responsables de las acciones. Por otro lado, el atributo de poseer un control de un territorio es una noción desfasada en cuanto a la estrategia, por cuanto los dispositivos del ejercicio de control superan el marco espacial y se orientan dentro de una nueva concepción de subjetividad. En estos aspectos se problematiza todavía más la aplicación del Protocolo II, cuyos límites de aplicabilidad se sustentan en una organización jerárquica y un control territorial<sup>40</sup>, no necesariamente acorde con el marco de confrontación de guerras asimétricas.

En resumen, la configuración espacial y temporal del conflicto armado interno tiene su expresión en el marco doctrinal jurídico internacional del Protocolo II y el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra y exige una reflexión filosófica, jurídica y política referente a la viabilidad de hacer extensiva su aplicación al conflicto armado interno, cuyos actores poseen diferentes posiciones ideológicas, diferentes atributos en su génesis política y no necesariamente ejercen un dominio en el poder —en términos de dominio tradicional de territorio—, por cuanto la característica de este poder que ejercen los insurgentes se ha permeabilizado en toda la estructura de la sociedad, incluyendo la clase política.

---

40 En la práctica, los Estados son renuentes a declarar que en su territorio existe un conflicto interno para evitar cualquier reconocimiento político a los grupos alzados en armas, y por supuesto, evadir la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario; la Corte Constitucional colombiana, en diferentes pronunciamientos, ha reconocido la existencia de un conflicto armado interno —inmersos en el artículo 3° común y el Protocolo II Adicional de Ginebra—; es decir, el conflicto interno colombiano reúne las condiciones exigidas por el Protocolo II. Desde la perspectiva analítica del profesor Alejandro Ramelli, y asumiendo los atributos de semejanza, orden, igualdad y temporalidad exigidos por la doctrina internacional para el reconocimiento de beligerancia, exigiría la posibilidad del reconocimiento de beligerancia por la vía jurisprudencial.



### III. LA TOMA DE REHENES EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y EL ÁMBITO JURÍDICO EN COLOMBIA

El presente capítulo constituye un análisis del posicionamiento del marco jurídico frente al fenómeno de la insurgencia que opta por utilizar la toma de rehenes como mecanismo de beligerancia y sojuzgamiento del adversario. En este sentido, la toma de rehenes tiene varias facetas de impacto. La primera, doblegar al adversario en forma directa y condicionar su decisión a través de la opinión pública; y la segunda, crear conciencia en responsabilidad comunitaria que demuestre indiferencia ante los problemas y acontecimientos.

## A. El estudio del delito en el ámbito internacional

La legislación internacional constituye el dispositivo referencial —optado como principio universal de especificaciones pautadas— cuya orientación se ha centralizado fundamentalmente en el estudio de los crímenes internacionales, en particular, los que atentan directamente contra la libertad individual, consagrados en tratados de derecho internacional ratificados por Colombia y que forman parte del Bloque de Constitucionalidad.

La dimensión de las diversas acciones tipificadas de un modo virtual y real como delito de la “toma de rehenes” pueden reverenciarse en el marco de:

- 1) El Convenio para la prevención y represión del terrorismo (16 de noviembre de 1937).
- 2) La Convención de la ONU sobre la prevención y el castigo de crímenes contra personas protegidas internacionalmente, incluyendo Agentes Diplomáticos (1973).
- 3) Artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra y el artículo 4° del Protocolo II de 1977.
- 4) El Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, que tipifica como uno de los crímenes de guerra las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, incluyendo la toma de rehenes.

Desde una perspectiva sistémica, estos tratados colaboran en el diseño y establecimiento de los límites en la aplicación de las categorías analíticas de guerra —lucha armada entre dos o más Estados— se adiciona por extensión el de conflicto armado. Asimismo, en este campo se ubica otro tratado internacional de vocación universal como es la Carta de la Organización de las Naciones Unidas en la que —a diferencia de lo que los Estados habían estipulado en el Pacto de la Sociedad de las Naciones— se establece la centralización del uso de la fuerza armada en la organización y la consecuente obligación de los Estados de no usar ni amenazar con usar la fuerza, no sólo contra cualquier Estado, sino también en cualquier otra forma incompatible con los principios de las Naciones Unidas.

Por tanto, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo I Adicional —con excepción de lo normado en el artículo 3° común a los cuatro Convenios<sup>41</sup>— se aplican a situaciones de guerra en sentido estricto; y también

---

41 Artículo 3° común de los Convenios de Ginebra: *conflictos no internacionales*: en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de

resultan pertinentes en la regulación de toda situación de conflicto armado internacional. Por otro lado, cabe destacar que el artículo 3º común y el Protocolo II, en sus diferentes disposiciones en su ámbito de aplicación exclusiva se aplican para todo conflicto armado que no sea de índole internacional.

En este sentido, es necesario señalar que los cuatro Convenios, en los artículos I/50; II/51<sup>42</sup>; III/130; y IV/147<sup>43</sup>, y el Protocolo I en los artículos 11 y

---

las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, como es el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto. Además, las partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

42 I. *Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para "aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña"; capítulo IX. Represión de los abusos y de las infracciones*; artículo 50: las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente.

II. *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; capítulo VIII. Represión de los abusos y de las infracciones*; artículo 51: las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala ilícita y arbitrariamente.

43 III. *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Título VI. Aplicación del Convenio; Sección I. Disposiciones generales*; artículo 130: las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la

85<sup>44</sup>, contienen unas pautas denominadas “infracciones graves”; entre las que se destacan los denominados crímenes de guerra. Los actos que configuran crímenes de guerra en los Convenios comprenden, prácticamente, todos los enunciados en las listas de crímenes de guerra que se describen en los instrumentos jurídicos que han servido de base al Tribunal de Núremberg. Sin embargo, observamos una ausencia de regulación expresa que concatena los crímenes de lesa humanidad en situaciones de conflicto interno. En este contexto normativo, la calificación de un comportamiento como crimen de guerra no depende de un veredicto jurisdiccional sino de las normas de los tratados; en lo que hace referencia a los cuatro Convenios, por su aceptación universal.

En relación con los crímenes de guerra, que constituyen infracciones graves a los cuatro Convenios y al Protocolo I, rige el principio de la jurisdicción penal universal. Es decir, que los Estados están obligados a “juzgar o dar a

---

potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio.

*IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; Título IV. Aplicación del Convenio; Sección I. Disposiciones generales; artículo 147: las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atacar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada, legítima e imparcialmente, según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.*

44 *I 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; Título II: heridos, enfermos y náufragos; Sección I: protección general; artículo 11: protección de la persona.*

1. No se pondrán en peligro, mediante ninguna acción u omisión injustificada, la salud ni la integridad física o mental de las personas en poder de la Parte adversa o que sean internadas, detenidas o privadas de libertad en cualquier otra forma a causa de una situación prevista en el artículo 1º. Por consiguiente, se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los nacionales no privados de libertad de la Parte que realiza el acto.

2. Se prohíben en particular, aunque medie el consentimiento de las referidas personas: a) las mutilaciones físicas; b) los experimentos médicos o científicos; c) las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes, salvo si estos actos están justificados en las condiciones previstas en el párrafo 1.

3. Sólo podrán exceptuarse de la aplicación de la prohibición prevista en el apartado c) del párrafo 2, las donaciones de sangre para transfusiones o de piel para injertos, a condición de que se hagan voluntariamente y sin coacción o presión alguna, y únicamente para fines terapéuticos, en condiciones que correspondan a las normas médicas generalmente reconocidas y a los controles realizados en beneficio tanto del donante como del receptor.

juzgar” a las personas responsables de haberlos cometido. Así, el Estado en cuyo territorio esté un extranjero que en un tercer Estado haya cometido un crimen de guerra contra un extranjero tiene la dimensión soberana de perseguir judicialmente al culpable. Esta dimensión de soberanía de perseguir judicialmente y de juzgar es obligatoria para los Estados ya que está prevista expresamente en los Convenios de Ginebra de 1949.

Estos tratados estipulan que “las Partes Contratantes tendrán la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra parte contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes”.

El ejercicio de la competencia penal universal para este tipo de crímenes implica, entonces, que el Estado que no haya hecho comparecer al inculpado ante sus propios tribunales ha de extraditarlo cuando le sea requerido para ser juzgado. La regla de “juzgar o dar a juzgar” está llamada a garantizar la universalidad del sistema represivo previsto por los Convenios de Ginebra. Sin embargo, aparentemente podrían surgir diferencias en los criterios de sanción de los jueces nacionales vs. los tribunales internacionales.

En este contexto normativo en el que la vida, la integridad física y psíquica de la persona humana y su dignidad merecen la tutela del derecho internacional por reglas de naturaleza imperativa, teniendo establecida la responsabilidad penal individual tanto en lo que hace referencia a la comisión de crímenes de guerra, igual a lo que concierne a los crímenes de lesa humanidad y al genocidio, ya el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas actuó en el marco de las facultades atribuidas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas<sup>45</sup>, estableciendo que las violaciones graves

---

45 Capítulo VII. *Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión.* Artículo 39. El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Artículo 40. A fin de evitar que la situación se agrave, el Consejo de Seguridad, antes de hacer las recomendaciones o decidir las medidas de que trata el artículo 39, podrá instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables. Dichas medidas provisionales no perjudicarán los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas. El Consejo de Seguridad tomará debida nota del incumplimiento de dichas medidas provisionales.

Artículo 41. El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los

al derecho internacional humanitario constituyen una amenaza a la paz, y establece sanciones económicas como consecuencia del conflicto armado.

Asumimos como referente lo sucedido en la entonces República Federativa Socialista de Yugoslavia en la resolución 713 de 1991<sup>46</sup> y otras, como la resolución 764 (1992) de las Naciones Unidas, ante las condiciones en

---

membros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

Artículo 42. Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el artículo 41 pueden ser inadecuadas, o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de miembros de las Naciones Unidas. [...].

- 46 *República Federativa Socialista de Yugoslavia en resolución 713 de 1991. Resolución 713 de 25 de septiembre de 1991: El Consejo de Seguridad: consciente de que Yugoslavia ha acogido con beneplácito la decisión de convocar una sesión del Consejo de Seguridad en una carta dirigida al presidente del Consejo de Seguridad por el representante Permanente de Yugoslavia (S/23069). Habiendo escuchado la declaración del Ministerio de Relaciones Exteriores de Yugoslavia. Profundamente preocupado por los combates en Yugoslavia, que están causando graves pérdidas de vidas humanas y daños materiales, y por las consecuencias para los países de la región, en particular en las zonas fronterizas de los países vecinos. Preocupado por el hecho de que la persistencia de esta situación constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Recordando su responsabilidad primordial, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, de mantener la paz y la seguridad internacionales. Recordando asimismo las disposiciones del Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas. Encomiando los esfuerzos realizados por la Comunidad Europea y sus Estados miembros, con el apoyo de los Estados participantes en la Conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa, para restablecer la paz y el diálogo en Yugoslavia, mediante, entre otras cosas, la cesación del fuego, incluido el envío de observadores, la convocatoria de una conferencia sobre Yugoslavia, incluidos los mecanismos establecidos en el marco de dicha conferencia, y la suspensión de la entrega de todo tipo de armamentos y pertrechos militares a Yugoslavia. Recordando los principios pertinentes consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y tomando nota en este contexto de la declaración del 3 de septiembre de 1991 de los Estados participantes en la Conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa de que son inaceptables los cambios o la adquisición de territorio obtenido con violencia dentro de Yugoslavia. Tomando nota asimismo del acuerdo para la cesación del fuego concertado en Igalo, el 27 de septiembre de 1991, y también el firmado el 22 de septiembre de 1991. “[...] Alarmado por las violaciones de la cesación del fuego y la continuación de los combates. Tomando nota de la carta de fecha 19 de septiembre de 1991 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante de Austria (S/23052); 5. Hace un llamamiento urgente y alienta a todas las partes para que arreglen pacíficamente sus disputas mediante negociación en la Conferencia sobre Yugoslavia, inclusive, por conducto de los mecanismos establecidos en el marco de dicha Conferencia; 6. Decide, con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que, para establecer la paz y la estabilidad en Yugoslavia, todos los Estados pondrán en vigor de inmediato un embargo general y completo a todas las entregas de armamentos y pertrechos militares a Yugoslavia, hasta que el Consejo de Seguridad decida lo contrario tras la celebración de consultas entre el Secretario General y el gobierno de Yugoslavia; 7. Hace un llamamiento a todos los Estados para que se abstengan de emprender acciones que pudieran contribuir a aumentar la tensión y a obstaculizar o retrasar una solución pacífica y negociada del conflicto en Yugoslavia que permita a todos los de Yugoslavia decidir y construir su futuro en paz; [...]”.*

Bosnia y Herzegovina, en particular en Sarajevo, en las que se recordaron las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario, reafirmando que todas las partes tienen el deber de cumplir con esas obligaciones, especialmente los Convenios de Ginebra de 1949, y que quienes cometan u ordenen la comisión de violaciones graves a los Convenios son personalmente responsables de dichas violaciones.

La resolución 769 del 7 de agosto de 1992 condenó, por primera vez, los abusos cometidos contra la población civil, en particular, los que tienen una motivación étnica, exigiéndose en la resolución 770 de 1992 que, de inmediato, en forma permanente y sin restricciones, se permitiera el acceso a todos los campamentos, prisiones y centros de detención al Comité Internacional de la Cruz Roja y a otras organizaciones humanitarias competentes, recibiendo todos los reclusos en ellos un trato humanitario, debido a que —según se reconoció en la resolución— el suministro de asistencia humanitaria en Bosnia y Herzegovina constituía una parte importante de los esfuerzos del Consejo para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región. En este sentido, por la resolución 771 de 1992, se solicitó que se reuniese información corroborada en relación con las violaciones del derecho internacional humanitario que se estaban perpetrando en el territorio de la ex Yugoslavia, poniéndola a disposición del Consejo.

La experiencia histórica de los Estados referenciados —Yugoslavia, Bosnia y Herzegovina, Sarajevo— tiende a hacerse extensiva a la situación colombiana, no obstante las diferencias de espacios y tiempos históricos asumiendo como indicador los altos índices de violencia generados por la dinámica propia del conflicto armado que han justificado la presencia en el país de diversas misiones internacionales, de órganos del sistema universal y del sistema interamericano de derechos humanos. Sin hacer hincapié en el origen de esta violencia, se han formulado una serie de informes en los cuales se consigna el diagnóstico de la evolución de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, destacando que los asuntos relativos a los derechos consagrados en los tratados internacionales no son competencia exclusiva de las autoridades de un Estado, sino que se hacen extensivos a la comunidad internacional por intermedio de los órganos competentes con el fin de promover y asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones de los Estados.

## **B. Relevancia en el estudio del delito en el ámbito nacional**

La incorporación de Colombia dentro del contexto legal internacional aunado con la permanente evaluación de los organismos internacionales

sobre los compromisos contraídos, induce al Estado y a sus instituciones a tener en cuenta los deberes que en materia de derechos humanos le asisten a cualquier persona. En esta configuración binomial, se destaca en primer término el deber del respeto por los derechos a la humanidad; y en segundo, los deberes de protección y garantía como obligaciones exclusivas asumidas legal y legítimamente por el Estado.

Teleológicamente, el Estado procede a proteger y abstenerse de vulnerar o amenazar —por medio de sus agentes— los derechos reconocidos por las normas nacionales e internacionales; adicionalmente, también está obligado a tutelar y guardar la vida y la libertad de las personas sujetas a su jurisdicción, para ello, se dictan leyes y se profieren actos administrativos que desempeñan un conjunto de actividades que permiten a los habitantes de su territorio poner en práctica los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico dentro de condiciones de igualdad, seguridad y libertad. Asimismo, en el cumplimiento de su deber de garantía, está obligado a asegurar a los titulares de esos derechos los mecanismos por los cuales sus bienes jurídicos estén a salvo de abusos, desafueros, atropellos y otras conductas reprochables.

Colombia, atendiendo a la realidad del conflicto armado, al llamado internacional, y al marco legal penal (ley 599 de 2000), logró la adecuación de la normatividad penal al bloque de constitucionalidad, y avanzó hacia un derecho penal de bases sólidas y modernas fundadas en la Constitución Política en su artículo 93<sup>47</sup>, en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia, teniendo en cuenta que muchas de las conductas violatorias de los derechos humanos constituyen a la vez infracciones al derecho internacional humanitario, dedicó el Título II del Código Penal a conductas consideradas como delitos contra los bienes y personas protegidas por el derecho internacional humanitario.

---

47 Artículo 93. *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.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Incisos 3° y 4° adicionados por el artículo 1° del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:

El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

Para el estudio de este delito la Corte Constitucional colombiana se basó en la línea jurisprudencial trazada en torno al bloque de constitucionalidad. En especial, el artículo 3º común de los Convenios de Ginebra, aplicable a todos los casos de conflicto armado no internacional, según el cual las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas y las personas que hayan quedado fuera de combate por cualquier otra razón, serán, en toda circunstancia, tratadas con humanidad y sin distinción alguna de índole desfavorable.

Dentro de esta reglamentación punitiva de conductas lesivas a los derechos humanos fundamentales desplegadas en las circunstancias específicas del conflicto armado, se consagró el delito de “toma de rehenes” en el artículo 148 del Código Penal colombiano<sup>48</sup>, con el propósito de garantizar la libertad de quienes no ostentan la calidad de combatientes.

En cuanto a Colombia, con el propósito de prever modalidades de terrorismo, en particular la relacionada con la “toma de rehenes”, e insertándose en el nuevo contexto internacional, surgido después de los atentados del 11 de septiembre de 2001, al igual que la comunidad internacional, se ha propuesto combatir el fenómeno del terrorismo, adoptando las medidas para prevenir, reprimir, combatir, investigar actos terroristas y juzgar a los responsables, para ello, se expidió la ley 837 de julio de 2003, que aprobó la “Convención Internacional contra la Toma de Rehenes”, la cual fue declarada exequible en sentencia C-405 del 4 de mayo de 2004, con ponencia de la doctora Clara Inés Vargas, promulgada mediante decreto 3969 del 8 de noviembre de 2005.

---

48 Artículo 148. *Toma de rehenes*. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas a la otra parte, o la utilice como defensa, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de dos mil (2.000) a cuatro mil (4.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

Por otro lado, de acuerdo con las normas que integran el bloque de constitucionalidad “la otra parte” a que alude el tipo penal establecido en el artículo 148 de la ley 599 de 2000, no puede restringirse a la contraparte del conflicto armado. Esto, por cuanto, la toma de rehenes con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado está prohibida en las normas internacionales, sin limitarla a que las exigencias sean formuladas a la otra parte enfrentada. De tal forma, que cuando las exigencias son planteadas a cualquier sujeto como una condición para liberar o para preservar la seguridad del rehén, el tipo penal demandado protege tanto a la persona privada de la libertad como a toda persona que participe en las hostilidades. La Corte resaltó que la toma de rehenes en el Estatuto de Roma es un crimen de guerra y subrayó que el régimen jurídico aplicable a la toma de rehenes no puede asimilarse al régimen jurídico del secuestro. Por ello, al ir en contra de los artículos 93 y 124 que reconocen la prevalencia del bloque de constitucionalidad la Corte retiró del ordenamiento, la expresión “a la otra parte” contenida en el artículo 148 de la ley 599 de 2000. Código Penal, artículo 148. “la otra parte” declarado inexecutable por la sentencia C-291 de 2007 de la Corte Constitucional.

Según el artículo 13 de la Convención, “se excluyen de su aplicación los actos de toma de rehenes de alcance puramente interno”; es decir, aquellos que no tengan repercusiones internacionales directas. Por tanto, únicamente si el presunto delincuente se halla en un territorio de un Estado diferente del lugar donde se cometió el acto, o si la víctima o el perpetrador son nacionales de otro Estado, la Convención es aplicable al acto; asimismo, la Convención en el artículo 12 contiene una cláusula de salvaguarda con respecto a la aplicación del derecho internacional humanitario (DIH), mediante la cual se establece que si los instrumentos del DIH son aplicables —es decir, si existe una situación de conflicto armado como las que se definen en ellos— y los Estados partes están obligados en virtud de esos convenios a procesar o entregar al autor de la toma de rehenes, se aplican de preferencia las disposiciones de los mismos. En principio, por tanto, el DIH constituye *lex specialis* en relación con la Convención y, como tal, es de aplicación prevalente.

Luego de la adhesión de Colombia a la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, según la normatividad existente, los responsables de este delito pueden ser juzgados conforme se trata de infracciones al derecho internacional humanitario, si la conducta se comete en desarrollo del conflicto interno, y con fundamento en las normas internas que para el caso disponga el Estado, o cualquier otro Estado que se pueda ver afectado con estas acciones terroristas.

Desde otra perspectiva, esas mismas normas internacionales consideran estos delitos como “crímenes atroces” o “de lesa humanidad”, y por tanto no pueden ser objeto de beneficios como la amnistía o el indulto; de igual forma, dada su lesividad son imprescriptibles.

La evidencia empírica y los acontecimientos de la violencia en Colombia permiten identificar que estadísticamente durante el período comprendido entre 1996 a 2007 aproximadamente 13.417 ciudadanos estuvieron en poder de grupos armados, entre ellos: las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC)<sup>49</sup>.

---

49 Parte de estos delitos han sido cometidos por actores armados, estos últimos se han acogido al programa de reinserción a la vida civil reglamentado por la ley 975 de 2005 “Justicia y Paz”, hecho que no se puede dejar de lado pues al considerarse el paramilitarismo como un delito político se elimina la posibilidad de que sea objeto de amnistías e indultos.

## Secuestros según el autor:

Año Grupos	Año													Total	%
	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007			
Autodefensas	5	19	64	148	190	226	164	162	122	52	11		1.163	4,9	
Delco	436	257	305	337	316	304	412	391	419	219	299	245	3.910	16,5	
Disidencias	27	50	143	201	179	56	53	30	15	14	16	1	785	3,3	
ELN	193	423	697	787	917	915	797	353	140	91	66	27	5.406	22,8	
Familiares		18	29	15	48	13	41	82	48	9	6	1	310	1,3	
FARC	228	440	1016	965	850	939	973	686	319	192	120	120	6.848	28,9	
Sin establecer	49	417	596	746	1.068	464	431	417	377	223	199	126	5.213	22,0	
Varias organizaciones			10	5	4		11					1	31	0,1	
Total	1.038	1.624	2.860	3.204	3.572	2.917	2.882	2.121	1.440	800	687	521	23.666	100,0	

Fuente: Fondelibertad.

Procesado: Fundación País Libre.

## C. La estructura del injusto penal del tipo de toma de rehenes en Colombia

### 1. La estructura del injusto y la teoría de la norma

La complejidad e imbricación del estudio de los elementos fundantes del tipo penal del artículo 148 del Código Penal del delito de Toma de Rehenes, requiere explicitar algunos conceptos de la teoría de la norma penal y su configuración en la estructura del injusto en el Código Penal colombiano.

Desde la perspectiva de los estudios del profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau se advierte que la naturaleza de la norma penal desde la óptica del contenido del injusto se aborda asumiendo las corrientes normativas del derecho penal. Categorizando el contenido del injusto como el ilícito, asumimos e inferimos que se entiende como contrario a derecho, lo fundante de lo antijurídico. Es decir, el análisis del injusto es la valoración única y exclusiva de las categorías dogmáticas de la tipicidad y la antijuridicidad, sin involucrar la culpabilidad; por tanto, la norma penal puede ser entendida como una norma objetiva de valoración o como una norma subjetiva de valoración<sup>50</sup>. Sin embargo, cabe destacar el análisis del profesor Robert Nozick: ¿tiene una persona que efectivamente violó los derechos de otro el derecho de que este hecho sea determinado por un procedimiento justo y confiable? Es verdad

50 Carlos Arturo, Gómez Pavajeau, *Estudios de dogmática del nuevo Código Penal*, Bogotá, Giro Editores Ltda., 2005.

que un procedimiento desconfiable muy frecuentemente encontrará culpable a una persona inocente<sup>51</sup>.

La norma penal entendida como un instrumento objetivo de valoración califica el atributo conceptual de lo valioso o disvalioso para el ordenamiento penal. En la dimensión de la teoría, la norma penal establece que la misión constitucional que tiene el derecho penal se centraliza en la protección de bienes jurídicos tal como lo explica Claus Roxin<sup>52</sup>.

La expresión del comportamiento social del ciudadano en el marco del derecho penal se configura en la conducta, cuyos límites transitan desde un valioso hasta un disvalioso. En este sentido, involucra el injusto sin estar excluido por alguna causal de justificación —aspecto negativo de la antijuridicidad, en un juicio objetivo de valor, lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos— tal como lo establece el artículo 11 del Código Penal:

Para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa el bien jurídicamente tutelado por la ley penal<sup>53</sup>.

La teoría de la norma penal —entendida su naturaleza como subjetiva de determinación—, a *contrario sensu* del principio de ofensividad a los bienes jurídicos, emite un juicio de valor sobre la decisión de realizar una voluntad debidamente exteriorizada, precisando que su objetivo es determinar o dirigir el comportamiento social de los ciudadanos, establecido por pautas prohibitivas, referente al comportamiento de los ciudadanos en sociedad, criterios que concatenan con el pensamiento del profesor español, Santiago Mir Puig, se atribuye a la norma “la función de motivar en contra del delito”<sup>54</sup>.

Asimismo, cabe destacar que, en la perspectiva del profesor Gómez Pavajeau,

[...] el núcleo del injusto está dado por la constatación de la realización de una conducta que ha puesto de presente un cuestionamiento al mandato o a la prohibición legal encarnada en el deber: una voluntad que trasunta una rebeldía normativa<sup>55</sup>.

---

51 Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 108.

52 Claus Roxin, *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, Editorial Cívitas, 1997.

53 Código Penal colombiano, ley 599 de 2000, artículo 11.

54 Santiago Mir Puig. *Derecho Penal*, Parte General, Barcelona, 1990.

55 *Ibid.*, p. 235.

Por otro lado, confrontamos que el disvalor de acción es el elemento fundante del injusto corroborado por el doctrinante alemán Hans Welzel, que expresa que “la acción humana puede ser valorada en sí misma sin consideración a su resultado, según su sentido, a esto se le denomina valor de acto, el derecho penal tiende a la protección de ciertos bienes fundamentales de la sociedad [...] la misión primaria del derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es la protección de la persona individual, de su propiedad”. Cabe destacar que la esencia de la protección de determinados bienes jurídicos concretos se posesiona en la misión de asegurar la real vigencia —observancia— de los valores de acto de la conciencia jurídica; ello constituye un fundamento sólido que sustenta al Estado y a la sociedad. Igualmente, se observa que la protección de bienes jurídicos tiene solamente un fin preventivo. Por el contrario, la misión más profunda del derecho penal “radica en que su naturaleza ético social es de carácter positivo”<sup>56</sup>.

De lo expuesto, se corroboran los principios doctrinarios de la escuela finalista del delito que caracterizó la determinación de la antijuridicidad no en la existencia de un disvalor de resultado, sino en la existencia de un disvalor de acción, lo que define la doctrina welzeliana en un injusto personal con las consecuencias que traerían en la estructura de la teoría del delito.

#### **D. La estructura del injusto en el Código Penal colombiano en el 2000**

En Colombia, el injusto penal ha sido construido sobre la teoría de los derechos Fundamentales de la Carta Política de 1991. La dimensión está imbricada por múltiples criterios que construyen un injusto complejo compuesto tanto por el disvalor de resultado —norma objetiva de valoración— como por el disvalor de acción —norma subjetiva de determinación—.

El atributo conceptual del injusto es compatible con los valores y principios constitucionales y el principio de proporcionalidad como una herramienta para interpretar la colisión de derechos fundamentales que inciden directamente en la legislación penal.

La interpretación de dicha colisión requiere optar por el método hermenéutico de la ponderación, que parte de la premisa en la que en un Estado Constitucional moderno no existen derechos fundamentales absolutos, ni siquiera el derecho a la vida, tal como lo ha establecido la Corte Constitucional

---

56 Hans Welzel, *Derecho Penal alemán*, Parte General, Santiago de Chile, Editora Jurídica de Chile, 1976.

en su pronunciamiento de la despenalización parcial del aborto, en el que bajo ciertas circunstancias prevalece el derecho de la mujer gestante sobre el derecho fundamental del que está por nacer —Nasciturus—.

En este sentido, la Corte Constitucional ha realizado un tránsito en la interpretación de la colisión de los derechos fundamentales de la teoría del núcleo esencial hacia la aplicación del principio de proporcionalidad, aplicando la estructura de la ponderación desarrollada por el profesor alemán Robert Alexy en su libro *Teoría de los derechos fundamentales*<sup>57</sup>.

Por su parte, el profesor colombiano, Carlos Bernal Pulido, explica —siguiendo a su homólogo alemán— que la estructura de la ponderación tiene tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación<sup>58</sup>.

Este debate constitucional se establece también a partir de los límites racionales de la ley de la ponderación y de los límites de la racionalidad en las cargas de la argumentación que traen en sí mismos una contradicción entre la carga del *in dubio pro libertate* e *in dubio pro legislatore*, los que inciden en el examen de constitucionalidad que se hace del principio de proporcionalidad en la legislación penal.

La Corte Constitucional sostiene que, si bien la tipificación de un delito y la fijación de la pena es una facultad del legislador para restringir derechos en desarrollo de *ius puniendi* no es ilimitada y, que no es una facultad discrecional absoluta y deben enmarcarse dentro de los límites constitucionales<sup>59</sup>.

---

57 La *Teoría de los derechos fundamentales* fue presentada por Alexy a fin de obtener su habilitación en la Facultad de Derecho de la Universidad Georg August, de Gotinga, Alemania. El objeto de la obra es “dar respuestas racionalmente fundamentadas a las cuestiones vinculadas con los derechos fundamentales” (p. 254). En su teoría, Alexy propone investigar estructuras tales como los conceptos y los principios de los derechos fundamentales y su influencia en el sistema jurídico. El autor señala que su material más importante es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Dicha teoría se guía por la pregunta ¿cuál es la decisión correcta desde el punto de vista de los derechos fundamentales y de la fundamentación racional de los derechos fundamentales? (p. 39).

Para Alexy, una característica de su *Teoría* es que con el análisis lógico se puede librar a la ciencia de los derechos fundamentales, al menos en parte, de la retórica política y de los vaivenes de la lucha de las concepciones del mundo (p. 45). Alexy afirma, además, que no pretende crear una “matemática del derecho”, en palabras de Ihering, sino tomar del “manejo lógico” lo que hay en él de correcto e indispensable para la jurisprudencia. En este sentido, el autor considera que la teoría estructural que propone continúa la tradición analítica de la jurisprudencia de conceptos (p. 46).

58 Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2005.

59 Corte Constitucional, sentencias C-176 de 1994, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, y C-581 de 2001, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

Lo expuesto significa que existe una estrecha relación entre el injusto penal y los derechos fundamentales, por cuanto la ley penal representa una intervención y restricción a la libertad general como derecho fundamental justificada en razón del favorecimiento de otros derechos y bienes constitucionales.

El principio de proporcionalidad es criterio para determinar el marco constitucional de la legislación penal; la aplicación de este principio —tal como lo señala el profesor Alexy— parte del supuesto de que la libertad y los demás derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia. Admite un contenido *prima facie* y un contenido definitivo, se compone de todas las facultades que pueden ser adscritas al derecho cuando es interpretada de manera amplia, éste entra en colisión con el contenido de otros derechos y bienes protegidos por la Constitución y restringidos legítimamente por el legislador. En este sentido, se infiere que el injusto penal es el marco de restricción a ese derecho fundamental que es la libertad, lo que permite tipificar todos los delitos, siempre y cuando el Congreso lo haga dentro de las exigencias que se derivan de los tres subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En este contexto, se concluye que el injusto penal en Colombia se desarrolla dentro del principio de proporcionalidad teniendo como elemento fundante el disvalor de resultado y el disvalor de acción.

### **E. El tipo penal de toma de rehenes en la dogmática penal**

Estudiado el fundamento constitucional del injusto penal en Colombia, desde esta perspectiva, analizaremos el tipo penal en concreto de la toma de rehenes del capítulo de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

Una de las novedades del Código Penal colombiano del 2000 es el desarrollo dogmático del derecho internacional humanitario dentro de los tratados e instrumentos internacionales en torno a la realidad del conflicto armado interno. El Estado colombiano no había ejecutado legislativamente el conjunto de Tratados Internacionales referentes al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos.

Asimismo, como lo afirma el profesor Alejandro Ramelli, el legislador del Código Penal del 2000 no se limitó a ejecutar el catálogo de prohibiciones que aparecen recogidos en el artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra ni al Protocolo Adicional II de 1977, sino que buscó desarrollar legislativamente ciertas conductas que aparecen recogidas en el Protocolo I de

1977. Por tanto, el Título II de la Parte Especial del Código Penal colombiano integra una protección de bienes jurídicos tutelados de todo este compendio normativo internacional, brindando una protección material de las personas dentro del conflicto armado nacional.

La protección del Código Penal no es del hombre en abstracto, sino en razón de un miembro de la colectividad que es la población civil, de ahí que se penalicen comportamientos delictivos de los beligerantes que afectan gravemente la vida, la integridad física y mental y la libertad individual cuyo producto es el tipo penal del artículo 148 de la Toma de Rehenes.

Para hacer una interpretación de este tipo penal a fin de deducir un sentido coherente, es necesario aplicar hermenéuticamente el método teleológico, ya que éste es un tipo penal en blanco que requiere ser precisado a partir de las categorías propias del derecho internacional humanitario en el denominado bloque de constitucionalidad, en una interpretación sistemática de los artículos 93 y 214, numeral 2 de la Constitución Política.

Por otro lado, en la exposición de motivos de la ley 599 de 2000 (Código Penal colombiano), la Fiscalía General de la Nación, realizó una consideración sistemática sobre el bien jurídico. De este ordenamiento normativo de protección, contenido en los instrumentos internacionales de ámbito universal o regional, suscritos para otorgar una fuerza vinculante indiscutibles a los derechos reconocidos y enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, forman parte, entre, otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito el 21 de diciembre de 1966, aprobado por la ley 74 de 1968 y ratificado el 29 de octubre de 1969; la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita el 22 de noviembre de 1969, aprobada por la ley 16 de 1972, y ratificada el 31 de julio de 1973; la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, suscrita el 10 de abril de 1985, aprobada por la ley 70 de 1986 y ratificada el 8 de diciembre de 1987; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada el 28 de octubre de 1977.

El artículo 148 de Toma de rehenes del Código Penal colombiano establece:

El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado prive a una persona de su libertad condicionando ésta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas, o la utilice como defensa, incurrirá en prisión de 20 a 30 años, multa de 2000 a 4000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 15 a 20 años.

En este sentido, frente a la categoría dogmática de la tipicidad, tenemos un tipo penal en blanco y el operador jurídico debe acudir a los instrumentos internacionales para establecer su contenido.

Frente al conflicto armado, éste es un ingrediente normativo del tipo que indica que la privación a la libertad tiene que ser con ocasión y en desarrollo del conflicto, porque de lo contrario, nos encontraremos frente al típico caso penal.

Frente a la conducta, se realiza cuando quien se apodera de otra persona o la detiene, y amenaza con matarla, hierirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero —se trate de un Estado, una Organización Internacional Intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas— a realizar o no una acción como condición explícita para la liberación del rehén.

En el campo de la autoría y la participación, también existe la figura del determinador y el partícipe, como cómplice de otra persona que cometa o intente cometer un acto de toma de rehenes.

En cuanto a la *satisfacción de exigencias formuladas a la otra parte o la utilice como defensa*, es un ingrediente subjetivo del tipo, debido a que se puede entender que esto se traduce como amenazas a dicho sujeto pasivo y detenido ilegalmente, como infringirle tratamientos inhumanos, y que esas amenazas constituyen un medio para alcanzar una determinada ventaja sobre la otra parte<sup>60</sup>.

En segunda medida, frente a la antijuridicidad, es necesario que exista una lesión o puesta en peligro del bien jurídico de las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario desde la antijuridicidad material; de igual forma, que dicha conducta sea antijurídica formalmente, confrontando la conducta no sólo frente a la norma penal, sino además frente al derecho internacional humanitario.

Finalmente, frente a la categoría dogmática de la culpabilidad, el autor debe tener capacidad de culpabilidad, no ser inimputable y el juicio de exigibilidad se entenderá como una culpabilidad sustentada en el poder actuar de otra manera al no omitir la acción antijurídica, aunque podía hacerlo, en lo que constituye reprochabilidad del acto dentro del marco de las instituciones del derecho internacional humanitario.

---

60 Tribunal Penal Internacional para juzgar los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia, Sala de Primera Instancia. Sentencia del 26 de febrero de 2001 en el asunto de Darío Kordic y Mario Cerkez.



## IV. | MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LA TOMA DE REHENES

Este capítulo tiene como objetivo contextualizar el marco jurídico internacional concatenándolo con el marco jurídico colombiano referente a los crímenes de guerra, específicamente en la toma de rehenes, a fin de acceder a una comprensión que permita unificar y coordinar esfuerzos internacionales y nacionales conducentes a erradicar este delito.

## **A. Convenios internacionales**

Los convenios que actualmente existen en relación con la toma de rehenes son aplicables en cualquier tiempo y lugar por los países que los ratifican en el marco de bloque de constitucionalidad o fuerza de ley interna.

## **B. Convención Internacional contra la Toma de Rehenes**

La Convención Internacional contra la Toma de Rehenes fue adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en su resolución 34/146 el 17 de diciembre de 1979 y abierta a la firma, ratificación y adhesión el 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor el 3 de junio de 1983, de conformidad con el artículo 8°, que en su artículo primero expresa la finalidad de dicha Convención:

Artículo 1°:

“1. Toda persona que se apodere de otra —que en adelante se denominará ‘el rehén’—, la detenga y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención.

2. Toda persona que:

a) intente cometer un acto de toma de rehenes, o

b) participe como cómplice de otra persona que cometa o intente cometer un acto de toma de rehenes comete igualmente un delito en el sentido de la presente Convención”.

La Convención tiene como propósito el mantenimiento de la paz, la seguridad y cooperación internacional, mediante el fomento de integración internacional entre los Estados en la perspectiva de elaborar y adoptar medidas eficaces para la prevención, el enjuiciamiento y castigo de todos los actos de toma de rehenes como manifestaciones del terrorismo internacional.

### ***Colombia, un caso de excepción***

La peculiaridad del conflicto interno en Colombia y su complejidad involucran a agentes civiles, militares y de policía; es decir, la consecución del delito de toma de rehenes tiene dos campos de acción jurídica en función de sus actores.

En el caso de los civiles secuestrados y tomados como rehenes por las FARC-EP, puede apoyarse en el Preámbulo del Protocolo II Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra. En el caso de los militares y policías en poder de las FARC-EP, puede apoyarse en el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra.

### C. Principales convenios ratificados por Colombia frente al delito de toma de rehenes

Dentro de los convenios ratificados ante la comunidad internacional por Colombia se destacan:

1. El artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra, aprobados por Colombia mediante la ley 5ª de 1960<sup>61</sup>, y el artículo 4º, 2, c) del Protocolo II Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra, aprobado por Colombia conforme la ley 171 de 1994<sup>62</sup>, que prohíben la toma de rehenes. El artículo 5º del mismo Protocolo señala el mínimo de garantías que deben reconocerse a las personas privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto armado.

2. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2004/13, 17 de febrero de 2004, párrafo 112.

---

61 *Ley 5ª de 1960*. El 8 de noviembre de 1961, Colombia, previa aprobación del Congreso Nacional, mediante ley publicada en el *Diario Oficial* número 30318, depositó ante el Consejo Federal suizo el instrumento de ratificación de los anteriores convenios; instrumentos internacionales que entraron en vigor para Colombia el 8 de mayo de 1962, seis meses después de haber sido depositados los instrumentos de ratificación.

Que en la Conferencia Diplomática de Ginebra del 12 de agosto de 1949 se adoptaron los siguientes convenios:

1. Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.
2. Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.
3. Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.
4. Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

62 *Ley 171 de 1994: Diario Oficial* número 41.640, de 20 de diciembre 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)", realizado en Ginebra el 8 de junio de 1977. Título II. *Trato humano*. Artículo 4º. *Garantías Fundamentales*. 1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respete su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad, en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes. [...] c) La toma de rehenes; [...].

3. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informes del Alto Comisionado.

4. Artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968 y el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada por la ley 16 de 1972.

5. El Protocolo II Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra, aprobado por Colombia mediante la ley 171 de 1994, distingue dos grupos de personas cuya libertad está afectada por el conflicto armado interno. El primer grupo es el de las personas privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto armado (art. 5º), en este marco se encuentran los soldados y policías que los integrantes de las FARC-EP aprehenden por haber depuesto las armas, o por haber quedado fuera de combate. En el segundo grupo se encuentran las personas que han sido víctimas del crimen de guerra denominado “toma de rehenes” (art. 4º, 2, c) a este grupo pertenecen los civiles secuestrados por los miembros de ese grupo armado.

Cabe advertir que, según la legislación nacional vigente —artículo 148 del Código Penal adoptado mediante la ley 599 de 2000— y en discrepancia con los instrumentos internacionales, debe considerarse como víctima de toma de rehenes toda persona a la cual, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, se haya privado de la libertad para condicionar ésta a la satisfacción de exigencias formuladas por sus captores a la otra parte contendiente.

6. Las obligaciones de respeto, protección y garantía adquiridas por el Estado colombiano a través de los tratados internacionales demandan que él actúe, con solicitud y eficacia, a fin de terminar la injusta condición de las personas que han sido víctimas de conductas punibles contra el derecho a la libertad individual —la toma de rehenes y el secuestro extorsivo—. Cuando, a pesar de las medidas de prevención de las autoridades nacionales, una persona ha sido secuestrada, el Estado debe procurar, por todos los medios legítimos a su alcance, liberarla de esta situación.

7. Según el principio de legalidad, la fuerza sólo puede ser usada en las circunstancias, por las causas, por las autoridades competentes y con los procedimientos señalados en la normativa internacional sobre los derechos humanos y en las disposiciones del derecho interno compatible con aquélla. Según el principio de necesidad, la fuerza sólo puede ser usada en la medida estrictamente necesaria para el desarrollo de las legítimas funciones del Estado en materia de conservación y restablecimiento del orden público. Según el principio de proporcionalidad, la fuerza sólo puede ser usada de manera

proporcional a la entidad y gravedad de los hechos, sin exageraciones ni desbordamientos.

8. Protocolo II Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, Preámbulo, Considerando.4°.

9. La Cláusula Martens —llamada así por el diplomático ruso Frederic de Martens, que la formuló— figura en el Preámbulo del Convenio sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre adoptado en La Haya, el 18 de octubre de 1907. Su texto es el siguiente:

Mientras que se forma un código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.

De la citada cláusula se infiere que los principios del derecho de gentes se aplican en todo conflicto armado, tanto si una situación dada estuviera prevista por el derecho convencional, como si éste no vinculara, en cuanto tal, a las partes en conflicto. (Ver Comité Internacional de la Cruz Roja, comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, párr. 56).

10. Al referirse al tercer apartado del artículo 3°, 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra ha expresado el CICR:

Aunque las partes, cada una por lo que le atañe, no tienen el deber de observar unilateralmente otra norma [de los Convenios de Ginebra] que el artículo 3°, están obligadas a procurar una aplicación más amplia, mediante un acuerdo bilateral [...]. Señalemos que, aunque el Gobierno legal debe esforzarse en suscribir tales acuerdos, queda libre en cuanto a su decisión final. Además, tiene la posibilidad de estipular explícitamente que su adhesión no implica ningún reconocimiento de la legalidad de su adversario. Por lo demás, en la práctica, la concertación de los acuerdos previstos en el apartado 3 estará condicionada por las circunstancias. Generalmente, sólo se efectuará a raíz de una situación de hecho que ninguna de las partes podrá negar, sea cual fuese su apreciación jurídica de esta situación". (Comité Internacional de la Cruz Roja, —Comentario 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 sin carácter internacional [Protocolo II] y del artículo 3° común de estos Convenios—.

#### 11. Convenios de Ginebra.

12. Según el artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional debe entenderse por crímenes de lesa humanidad los actos en la misma norma enunciados —asesinato, toma de rehenes, exterminio, tortura, desaparición forzada de personas— cuando se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

Según el artículo 8° del mismo Estatuto, en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional debe entenderse por crímenes de guerra “las violaciones graves del artículo 3° común a cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949” —el homicidio en todas sus formas, la tortura y toma de rehenes— y “otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional”. —Los ataques intencionales contra la población civil, ataques contra bienes sanitarios, saqueo de ciudades o plazas, desplazamiento de la población civil—.

En cuanto a la selección de los métodos para cumplir con estas obligaciones, los Estados deben guiarse por el respeto y la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal de las personas en poder de un grupo armado.ilegal.

En la eventualidad de considerar el uso de la fuerza, el Estado debe actuar salvaguardando la vida y la integridad de las personas, y además, siempre dentro de los parámetros internacionales de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Cuando esto no es posible, se necesita emprender la búsqueda de otros caminos que permitan la liberación<sup>63</sup>.

### **D. Conflictos no internacionales**

La trascendencia en la categoría de conflictos no internacionales señalado en los estatutos internacionales, para que se configure el delito de toma de rehenes, debe existir un conflicto interno o guerra exterior. En este sentido, uno de los Convenios de Ginebra explica en qué casos el conflicto es interno:

---

63 La complejidad del conflicto armado, la subjetividad de los actores, la rebeldía o docilidad de la víctima, la característica de conflicto asimétrico, dificultan garantizar el éxito del ejercicio de la fuerza para liberar a los secuestrados.

Artículo 3° de los Convenios de Ginebra: en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, en cualquier tiempo y lugar, en relación con las personas arriba mencionadas, se prohíben:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas y las ejecuciones dictadas sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

### ***Dominio conceptual de conflicto armado***

Debido a la complejidad de la temática y la dificultad para delimitar el ámbito de la categoría analítica denominada conflicto armado, fue aprehendido por muchas delegaciones internacionales, que debieron sesgar una definición que permitiese cubrir todo acto cometido por la fuerza de las armas, o sea, cualquier forma de anarquía, de rebelión, incluso de simple bandidaje, era difícil. En este sentido, una amplia definición involucraría a actos tales como que, un puñado de individuos se rebelen contra el Estado y ataque un puesto de policía para que haya conflicto armado en el sentido del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra. En términos de la cobertura, sólo se había previsto el conflicto armado como una serie de condiciones para facilitar la interpretación y aplicabilidad del convenio; a pesar de que estas diferentes condiciones no tienen ningún carácter obligatorio, constituyen criterios aceptables.

Con el fin de precisar los dominios del campo jurídico y la categorización de conflicto, señalamos algunos criterios a considerar:

a) Que la parte en rebelión contra el Gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el Convenio.

2. Que el Gobierno legítimo esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponen de una parte del territorio nacional.

3. Que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien:

a) que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante; o sino, b) que haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o bien, c) que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de una amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión.

4. Que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado: a) que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; b) que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y estén dispuestas a conformarse a las leyes y costumbres de la guerra y c) que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Estos criterios permiten distinguir un verdadero conflicto armado de un acto de sabotaje o vandálico, o de una insurrección desorganizada y de corta duración.

### **E. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Toma de rehenes: de las generalidades, ámbito de aplicación y definición interna**

El Comité Internacional de la Cruz Roja en situaciones de afrontar una toma de rehenes, en el marco de su neutralidad y en el rol de actividades operacionales —cubiertas o no por el DIH—, opta por ejecutar acciones acorde con sus reglamentos.

Estas líneas directrices también son aplicables cuando la toma de rehenes tiene lugar en un tercer país, y está relacionada con la situación de violencia reinante en un contexto en el que el CICR efectúa actividades operacionales.

Se configura el delito de toma de rehenes, en el sentido de estas líneas directrices, cuando se reúnen simultáneamente los siguientes elementos:

- Capturar y detener a una persona ilícitamente;
- obligar explícita o implícitamente a una persona a hacer o a abstenerse de hacer algo, como condición previa para liberar al rehén, para no atentar contra su vida o su integridad física.

### ***Posición del Comité Internacional de la Cruz Roja respecto de la toma de rehenes***

La contextualización histórica del Comité Internacional de la Cruz Roja, su reglamento y operatividad le permiten posesionarse en los espacios y tiempos de conflicto acordes con los objetivos de su filosofía institucional; en este sentido, se destacan las siguientes normas referentes a la toma de rehenes:

1. La toma de rehenes está prohibida por el derecho internacional humanitario [véase artículo 34 del IV Convenio; artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra; artículo 75, 2, c) del Protocolo Adicional I, y artículo 4°, 2 c) del Protocolo Adicional II].

2. El Comité Internacional de la Cruz Roja condena los actos cometidos en violación del derecho internacional humanitario o de los principios de derecho y de humanidad, en particular, los actos que afectan o amenazan la vida humana o la integridad de las personas, como la toma de rehenes. En este ámbito, como en cualquier otro, la Institución sólo se guía por el interés de las víctimas y el deseo de mitigar su sufrimiento. Una eventual intervención del CICR en caso de toma de rehenes no avala en modo alguno esta práctica ni atenúa la gravedad de la violación del derecho que implica.

3. La obligación a intervenir en una situación de esa índole, el CICR recordará a las partes que la toma de rehenes está prohibida tanto por el derecho internacional humanitario como por los principios de derecho y de humanidad, y exigirá la liberación de los rehenes o, en todo caso, que se libere en primer lugar a las personas vulnerables, como son los heridos, los enfermos y los niños.

### **F. Condiciones en las que el Comité Internacional de la Cruz Roja puede intervenir**

En concordancia con su normatividad, grado de complejidad del acontecimiento y su repercusión, cabe destacar las condiciones para su participación:

1. El Comité Internacional de la Cruz Roja intervendrá a petición de una parte y con el consentimiento explícito de la otra parte, si todas las partes aceptan su ofrecimiento de servicio.

2. En situaciones en las que el derecho internacional humanitario no sea aplicable, el Comité Internacional de la Cruz Roja sólo tomará la iniciativa de ofrecer sus servicios a las partes si es la única Institución que puede intervenir y considera que está en condiciones de hacerlo.

3. En todo caso, el Comité Internacional de la Cruz Roja sólo intervendrá si conoce suficientemente a las partes, si el grado de aceptación por éstas permite pensar que respetarán los compromisos que deban contraer respecto del Comité Internacional de la Cruz Roja, particularmente, en relación con la seguridad de los delegados; y por último, en caso de que los rehenes tengan necesidades que la Institución puede satisfacer.

***Rol que el Comité Internacional de la Cruz Roja puede desempeñar en caso de toma de rehenes***

1. En caso de toma de rehenes, el Comité Internacional de la Cruz Roja puede realizar las actividades siguientes:

- Prestar a los rehenes asistencia médica, psicológica y material, en su papel de intermediario neutral.

- Ofrecer sus buenos oficios a las partes.

2. En todos los casos, el Comité Internacional de la Cruz Roja:

- Dará a conocer a las partes que, en consulta con ellas, reevaluará con regularidad la prosecución de su intervención. Además, se reservará la posibilidad de poner término a su intervención, decisión que notificará a las dos partes, pero sin tener que justificarla.

- Informará a quien corresponda que no puede garantizar que los socorros materiales que suministra no son vectores de medios técnicos de observación o de comunicación introducidos sin su conocimiento.

- Tendrá en cuenta que las autoridades tienen siempre el derecho de hacer reinar o de restablecer el orden, por los medios que estimen adecuados, siempre que se respeten las disposiciones pertinentes del derecho humanitario y de los derechos humanos. A fin de garantizar la seguridad de sus delegados y maximizar las posibilidades de intervenir con éxito, el Comité Internacional de

la Cruz Roja procurará obtener de las partes, y en particular de las autoridades, los compromisos necesarios para facilitar su trabajo.

3. Las partes deberán comprometerse a no tomar ninguna medida que perjudique a los delegados, a no intentar aprovechar la acción del Comité Internacional de la Cruz Roja para engañar a la(s) otra(s) parte(s) y a no recurrir a la fuerza mientras el Comité Internacional de la Cruz Roja realiza sus actividades en favor de los rehenes, en especial mientras sus representantes se dirigen al escenario de operaciones y regresan de él.

Las partes deberán comprometerse a facilitar el trabajo de los delegados en sus tareas de asistencia a las víctimas, garantizándoles en particular que podrán comunicarse entre ellos y con la delegación o la sede del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Si una de las partes retira su consentimiento dado a la intervención del Comité Internacional de la Cruz Roja, debe otorgarle la posibilidad de notificar esa decisión a la otra parte implicada.

4. En su función de buenos oficios, el Comité Internacional de la Cruz Roja:

- No participará en las negociaciones entre las partes; en cambio, podrá ponerlas en contacto o servir de agente de enlace.

- Las partes serán las únicas responsables de las propuestas transmitidas, así como de las decisiones que se tomen al respecto. Los delegados del Comité Internacional de la Cruz Roja no serán garantes de la ejecución de las decisiones o de las condiciones que establezcan las partes, las cuales serán informadas sobre estas condiciones.

- Con el consentimiento previo de la sede y tras un examen a fondo de la situación, los delegados podrán participar en la ejecución de ciertos puntos de los acuerdos entre las partes, como la repatriación de los rehenes.

## **G. Responsabilidad de las autoridades políticas respecto a la toma de rehenes**

1. En situaciones cubiertas por el derecho internacional humanitario y cuando los rehenes están en poder de las autoridades —están detenidos, por ejemplo, en establecimientos que forman parte del sistema carcelario oficial—, el Comité Internacional de la Cruz Roja solicitará poder visitar a los rehenes según sus modalidades de trabajo habituales en materia de protección de las personas privadas de la libertad.

Además de las recomendaciones usuales sobre las condiciones de detención de las personas que visita en las cárceles, el Comité Internacional de la Cruz Roja solicitará, en principio, su liberación.

2. En situaciones contempladas por el derecho internacional humanitario y cuando los autores de la toma de rehenes no actúan, aparentemente, por orden de las autoridades y las víctimas pertenecen a la otra parte en conflicto, el Comité Internacional de la Cruz Roja:

- Se esforzará en visitar a los rehenes según sus modalidades habituales de trabajo. Solicitará la liberación y la entrega de los rehenes a las autoridades, si éstas no intervienen;

- No solicitará, que los rehenes sean entregados a las autoridades si esta acción implicara un riesgo para la salud o la vida de los rehenes o si, una vez en poder de las autoridades, existan grandes probabilidades de que los rehenes queden detenidos por un período prolongado en condiciones menos favorables a las que estaban.

3. Incluso en esas circunstancias, el Comité Internacional de la Cruz Roja recordará que las autoridades son responsables de los riesgos que corran los rehenes.

En principio, el Comité Internacional de la Cruz Roja no ofrecerá sus servicios cuando las tomas de rehenes no estén relacionadas con una situación de conflicto armado internacional o de violencia interna.

En términos generales, la autopoiesis del sistema legal internacional permitió que Colombia concatenara su marco jurídico para contrarrestar delitos, cuya trascendencia supera los espacios y los tiempos estatales; en este sentido, la problemática que afronta Colombia cuya noción de violencia se dramatiza en la toma de rehenes facilita la firma de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes y logra identificar que en el caso colombiano este delito acusa dos campos de acción jurídico, en función al tipo de actores (agentes civiles y militares).

Por otro lado, cabe destacar la trascendencia del rol que cumple el Comité Internacional de la Cruz Roja como instrumento mediador en la atención en este tipo de delito.

## V. EL CANJE, MECANISMO CATALIZADOR DEL CONFLICTO INTERNO Y LA TOMA DE REHENES

El análisis concreto del acontecimiento del conflicto armado interno en Colombia y la toma de rehenes tiene como objetivo explorar el campo de problematización e identificar los posibles espectros de solución que contribuyan a que la sociedad civil o las instituciones del Estado desplieguen instrumentos tales como el canje o el intercambio humanitario.

## **A. Del dispositivo de canje de rehenes**

La problemática y su impacto en el espacio y tiempo histórico de la violencia en Colombia, la indefinición del Estado y la emergencia y consolidación de los grupos en colisión han creado —en términos del profesor Giorgio Agamben— un espacio vacío de derecho en el que todas las determinaciones jurídicas y la distinción entre lo público y lo privado están desactivadas y los intentos de acciones discursivas como mecanismo de propiciar una relación biunívoca tienen inmersa las características siguientes: reconocimiento de un estado de colisión, que quiebra el contrato social, una situación de anomia explicada fundamentalmente por la asimetría económica y un vacío jurídico no desarrollado en la Constitución Política, ni por legislaciones internacionales que permitan viabilizar un sistema de derecho.

El marco legal colombiano, sus adhesiones a tratados, pactos, protocolos, convenciones y acuerdos internacionales permiten identificar y homologar un consenso doctrinal razonable que exprese una concepción política de justicia, que prevalezca sobre cualquier tipo de interés o valores que colisionen con los intereses del individuo secuestrado y de su entorno familiar. En este sentido, es factible, por extensión del ordenamiento jurídico colombiano, viabilizar mecanismos y procedimientos orientados al canje de rehenes, sin erosionar la autoridad del Estado, eliminando la zona de anomia y estableciendo los límites de un nuevo orden jurídico.

## **B. Acuerdos humanitarios y canje de prisioneros en el conflicto colombiano**

Desde la perspectiva de la legalidad institucional del gobierno íntimamente vinculada a la legitimidad de Estado, se infiere la necesidad de cohesionar y homologar criterios que hagan factible insertar los nuevos pronunciamientos de la sociedad civil, que están en armonía con la pluralidad de las percepciones políticas.

Es evidente que la toma de rehenes y su carácter fortuito no discriminan clase social ni ideologías políticas, hecho que explica el acto del 2 de abril de 1996 cuando el señor Juan Carlos Gaviria, hermano del ex presidente César Gaviria, fuera secuestrado por el grupo Jega en Dosquebradas (Risaralda). La evolución de este acontecimiento propició la incorporación de un rehén temporal —asumida por el Comandante General de la Policía Nacional señor Rozo José Serrano<sup>64</sup>—, modalidad que garantizó la liberación del ciudadano.

---

64 El general Rozo fue declarado el mejor policía del mundo.

Este hecho amplía las dimensiones del concepto delictivo de la toma de rehenes por cuanto se utiliza un actor adicional al de secuestrado, es decir, hace más complejo el ejercicio del biopoder. Una figura aún más conflictiva y compleja en el sentido de justicia tiene su caracterización en la liberación de rehenes, tiene su expresión trascendente en la intervención del ex presidente de la república de Costa Rica, Rodrigo Carazo, el negociador Manuel Conde Orellana, que conjuntamente con representantes de la Iglesia, lograron el 15 de junio de 1997 en Cartagena del Chairá, departamento del Caquetá en Colombia, la liberación de 70 militares. Es interesante destacar que a pesar de tratarse de la liberación de personas con cargos en la fuerza pública se observa la ausencia de la mediación de representantes del Estado.

Los diálogos efectuados durante el gobierno del ex presidente Andrés Pastrana y las FARC, no obstante sus críticas, obstáculos y frustraciones, contribuyeron directamente a que el 29 de junio de 2001 fueran liberados, en la Macarena y en la zona rural del departamento de Antioquia, otros 248 soldados y policías que estuvieron cautivos durante más de tres años. Posteriormente, la guerrilla en forma unilateral, entregó a cerca de 300 soldados y policías luego de un acuerdo y canje humanitario —14 guerrilleros enfermos, 50 policías y soldados igualmente enfermos— en un intercambio humanitario realizado el 5 de marzo de 2001 en un sitio rural del Caquetá denominado La Y. Estos actos no constituyen experiencias acumuladas por cuanto no constituyó una política de Estado, sino sólo una acción de gobierno en la que los actores de las administraciones han sido múltiples.

La evidencia empírica gestada en las últimas conversaciones relativas a las perspectivas de canje de rehenes acusa algunos términos generales susceptibles de ser aceptados por ambas partes, entre los que se destacan: comisiones de negociación con observadores internacionales, participación de la Cruz Roja, términos asimétricos en cuanto al número de individuos a canjear y zonas de distensión. Sin embargo, entre los parámetros incompatibles, el Estado enfatiza sobre las zonas de despeje, la restricción del uso de armas. De la misma manera, el Estado buscaba que poscombatientes se incorporaran al proceso de paz. Además, la guerrilla condicionaba el canje al reconocimiento de conflicto no internacional.

En resumen, es imprescindible evaluar los actores y los factores internos y externos que contribuyen a identificar intereses comunes, que garanticen la elaboración de una agenda de negociación que permita real y efectivamente acciones destinadas a obtener la liberación de los retenidos.

### C. El dominio de la penalidad y el financiamiento del conflicto

Desde una noción económica estrictamente utilitarista, los grupos irregulares sacrifican la libertad de algunos ciudadanos a fin de obtener ingresos que financien su confrontación. En este sentido, el ejercicio de la confrontación durante más de 40 años les ha permitido diseñar estrategias conducentes a dominar determinadas zonas geográficas, ejercer protección, ubicando a su población bajo dominio y ejerciendo una modalidad de poder diferente a la del Estado.

Una de las modalidades de financiamiento de estas agencias de protección ha sido la del secuestro, orientadas fundamentalmente a tres objetivos: el primero, a mantener y ampliar su zona de influencia; la segunda, a obtener cierto nivel de presencia en la agenda pública nacional e internacional y, la tercera, constituirla en fuente de financiamiento de su campaña.

De esta manera, en las tradicionales confrontaciones realizadas contra el Estado por grupos irregulares, se ha observado el recrudescimiento de enfrentamientos entre los grupos alzados en armas debido a su propia naturaleza e ideología de confrontación; esta pugna está sustentada por la necesidad de ampliar los territorios y de abrir nuevas fuentes de financiamiento. Este escenario se caracteriza por la crudeza de la violencia y la elección de zonas aptas para cultivos ilícitos.

La amplia dimensión y complejidad gestada en el transcurso de un acto de rebelión que supera los 40 años tienen múltiples características: desde la necesidad de redefinir los paradigmas revolucionarios acordes con el espacio, tiempo histórico de la globalidad —donde el concepto de soberanía ha sufrido una gran transformación—, seguido por la infertilidad de la violencia como gestora de nuevas perspectivas de modificación estructural, hasta la impotencia del Estado moderno como movilizador de recursos y gestor autónomo de políticas públicas. Por otro lado, en el marco internacional se privilegia la visión del concubinato ejercido por el imperio, mediante los organismos financieros internacionales que ejecutan el ejercicio de biopolíticas, condicionando y limitando al cuerpo social.

En este contexto, la estrategia optada por las FARC, después de la formalización de la ley 2ª del 2000 que estableció un impuesto del 10% sobre los colombianos que tuvieran un patrimonio ascendente a un millón de dólares, tiende a confrontar los intereses de las clases más privilegiadas y gestar indiferencia o simpatía en las clases menos favorecidas. Podemos inferir que las fuentes

de financiamiento de los grupos irregulares transitan desde la extorsión hasta el secuestro por medio de la toma de rehenes.

La complejidad del escenario político en el cual transitan los grupos insurgentes —FARC, ELN y AUC— se ubica discursivamente en el núcleo de intereses institucionales y personales como consecuencia del descubrimiento de la vinculación de líderes políticos y congresistas con las AUC, así como por la apropiación forzada e ilícita de extensiones de tierra aunado a la imposición de un nuevo estilo de servidumbre establecido en zonas de su dominio. Este escenario problematiza todavía más la legitimidad del régimen democrático y crea marcos referenciales que tienden a fortalecer el acto de rebelión ejercido por los grupos insurgentes; situación que genera un desgaste en la clase dirigente, e incredulidad en la efectividad de la política de seguridad democrática, y un desconcierto en la sociedad civil.

La sociedad colombiana afronta un conflicto interno, donde el riesgo por el biopoder está representado tanto por el Estado como por los grupos insurgentes de líneas y concepciones diametralmente opuestas, unas de ellas están dispuestas a validar el contrato social vía Estado; y otras, sustentando la necesidad de un nuevo sistema contractual. La primera con posibilidades de incursionar directa o indirectamente en el actual régimen político, y la otra, limitada por argumentos constitucionales que restringen su poder decisorio.

#### **D. De la Corte Constitucional y la Convención Internacional de Toma de Rehenes**

La Corte Constitucional en concordancia con el artículo 241, numeral 10 de la Constitución Política colombiana, que señala sus funciones, es la encargada de:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario, no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva<sup>65</sup>.

65 Corte Constitucional, sentencia C-405 de 2004, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

El 21 de julio del 2003, la Secretaría Jurídica de la Presidencia, en cumplimiento de la Carta Política remitió a esa Corporación fotocopia autenticada de la ley 837 del 16 de julio del 2003, en la que se aprueba la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

El 15 de agosto del 2003, la magistrada ponente Clara Inés Vargas, ordenó la práctica de algunas pruebas relacionadas con el trámite legislativo concluyendo que el tratado busca prevenir, sancionar y eliminar la práctica “toma de rehenes” que constituye una de las estrategias terroristas más graves, que dan lugar a acciones como los atentados del 11 de septiembre, o como algunas que han ocurrido en Colombia. Esto lo hace, sin embargo, reconociendo el principio de soberanía de los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Al mismo tiempo, resalta que el Gobierno de Colombia entiende que ninguna de las disposiciones de este Convenio afectan las obligaciones y facultades que tiene el Estado en virtud de las disposiciones señaladas en los tratados de derecho internacional humanitario, de los cuales Colombia es parte, así lo pondrá en conocimiento del depositario; igualmente, que varias entidades del Estado han coincidido en la importancia de que Colombia sea parte de este instrumento.

En este sentido, la Corte Constitucional emitió la sentencia C-405 de 2004, en el sentido de que la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes es un instrumento internacional que propende la prevención, investigación y enjuiciamiento de los autores y cómplices del delito de toma de rehenes, constituyendo un medio para hacerle frente a un crimen que atenta contra la libertad individual, y muchas veces, contra la integridad física de quienes lo padecen. Esta Corporación concluye que los objetivos y principios que aparecen consignados en el instrumento internacional lejos de contradecir los fines y fundamentos de Estado colombiano los desarrolla<sup>66</sup>.

Recientemente, el 7 de junio de 2007, la Corte Constitucional se pronunció respecto a la demanda de uno de los apartes del artículo 148 del Código Penal en la sentencia C-291 de 2007.

---

66 Corte Constitucional, sentencia C-405 de 2004. Revisión constitucional de la “Convención Internacional contra la Toma de Rehenes”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el diecisiete (17) de diciembre de mil novecientos setenta y nueve (1979), y de la ley 837 del 10 de julio de 2003, por medio de la cual se aprueba la misma. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Expediente D-6476. sentencia C-291/07. Magistrado ponente: doctor Manuel José Cepeda Espinosa. Normas acusadas: ley 599 de 2000 (julio 24).

La Corte debe resolver los siguientes problemas jurídicos: (i) si la inclusión exclusiva de los combatientes que hayan depuesto las armas, entre las personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario, para efectos de la tipificación del tipo penal homicidio en persona protegida, resulta contraria o no a los artículos 93 y 214, conforme a los cuales deben respetarse los principios de derecho internacional humanitario; entre ellos, el establecido en el artículo 3º común de los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional II de 1977, que forman parte del bloque de constitucionalidad y no utilizan el término restrictivo de combatiente; (ii) si la exigencia de que los bienes culturales y lugares de culto que se busca proteger contra las conductas tipificadas en los artículos 156 y 157 de la ley 599 de 2000 estén debidamente señalados con los signos convencionales, desconoce normas del derecho internacional humanitario, reconocido en los artículos 93 y 214 de la Carta, como el artículo 15 del Protocolo II de 1977 o el artículo 56.7. La ley 599 de 2000 debe interpretarse en un sentido amplio, de manera que la exigencia para liberar al rehén no tenga que formularse exclusivamente a uno de los actores armados sino a cualquier otro sujeto, de conformidad con las reglas del DIH reconocidas por la Constitución Política en los preceptos del Protocolo I del mismo año que no establecen dicho requisito; (iii) si la expresión “a la otra parte” del artículo 148 del Código Penal debe declararse inexecutable.

La Corte declara inexecutable la expresión “a la otra parte” contenida en el artículo 148 de la ley 599 de 2000.

Razones de la decisión:

La Corte se basó en la línea jurisprudencial trazada en torno al bloque de constitucionalidad, en especial, el artículo 3º común de los Convenios de Ginebra, aplicable a todos los casos de conflicto armado no internacional, según el cual las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso, los miembros de las fuerzas armadas y las personas que hayan quedado fuera de combate por cualquier otra razón, —serán, en toda circunstancia— tratadas con humanidad y sin distinción alguna de índole desfavorable. En desarrollo de esa norma, el legislador estableció en el Título II de la ley 599 de 2000, los “delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, entre los cuales está previsto el homicidio en persona protegida”. A su vez, el numeral 6 del párrafo del artículo 135 de la ley 599 de 2000 incluye, en esa categoría, a los “combatientes que hayan depuesto las armas por cap-

tura, rendición u otra causa análoga". El vocablo "combatientes" no desconoce el bloque de constitucionalidad, porque no excluye de esta protección a las personas que hayan participado en las hostilidades en un conflicto interno que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga. Aunque la demanda recae exclusivamente sobre la palabra "combatientes", la Corte consideró que dicha expresión debe ser interpretada a la luz del texto integral del artículo en el que se enuncia cuáles son los sujetos protegidos por el derecho internacional humanitario.

En efecto, la interpretación sistemática del artículo 135 del Código Penal permite deducir que los hostiles que depongan las armas también están protegidos por este tipo penal. Esto se reafirma con la protección consagrada en el artículo 3º común de los Convenios de Ginebra, acorde con el principio de distinción, que obliga a diferenciar en un conflicto armado entre combatiente y no combatiente, y entre objetivo militar, bienes protegidos y bienes de la población civil. Precisamente, el tipo penal que establece el artículo 135 del cual hace parte el vocablo *acusado* busca salvaguardar la vida e integridad física de quienes, en virtud de los convenios e instrumentos internacionales, tienen un estatus especial de personas protegidas, en este caso, en los conflictos armados de orden interno.

La Corte entiende que una interpretación que se refiera exclusivamente a la palabra "combatientes" para excluir a los hostiles, resultaría contraria a lo señalado en esta sentencia y al bloque de constitucionalidad. Por consiguiente, no prospera el cargo formulado contra la expresión combatientes contenida en el numeral 6 del párrafo del artículo 135 de la ley 599 de 2000.

Por otro lado, de acuerdo con las normas que integran el bloque de constitucionalidad "la otra parte" a que alude el tipo penal establecido en el artículo 148 de la ley 599 de 2000, no puede restringirse a la contraparte del conflicto armado. Esto, por cuanto la toma de rehenes con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado está prohibida en las normas internacionales, sin limitarla a que las exigencias sean formuladas a la otra parte enfrentada. De tal forma, que cuando las exigencias son planteadas a cualquier sujeto como una condición para liberar o para preservar la seguridad del rehén, el tipo penal demandado protege tanto a la persona privada de la libertad como a toda persona que participe en las hostilidades. La Corte resaltó que la toma de rehenes en el Estatuto de Roma es un crimen de guerra y subrayó que el régimen jurídico aplicable a la toma de rehenes no puede asimilarse al régimen jurídico del secuestro. Por ello, al ir en contra de los artículos 93 y 124 que reconocen la prevalencia del bloque de constitucionalidad, la Corte

retiró del ordenamiento la expresión “a la otra parte” contenida en el artículo 148 de la ley 599 de 2000.

Finalmente, la Corte declaró inexecutable la expresión “debidamente señalados con los signos convencionales” contenida en los artículos 156 y 157 de la ley 599 de 2000 del Código Penal, en razón a que por mandato de las normas que en virtud de los artículos 93 y 214 de la Constitución Política integran el bloque de constitucionalidad, los signos convencionales de distinción no son necesarios para que sean protegidos los bienes señalados en los tipos penales establecidos en los artículos 156 y 157 de la ley 599 de 2000. Es decir, que el legislador se excedió en los requerimientos para tipificar las conductas de destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto y ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, pues quedarían en la impunidad estas conductas de no ostentar los correspondientes signos convencionales. En cuanto a los cargos formulados en contra de los artículos 174, 175, 178 y 179 de la ley 599 de 2000, la Corte encontró que no reúnen los requisitos de precisión y claridad exigidos para poder abordar un estudio de fondo, ya que el actor se limita a afirmar que los delitos que tipifican no pueden ser considerados como “actos del servicio”. Por ello, esta Corporación se inhibió de emitir un fallo de mérito.

El magistrado Jaime Araújo Rentería manifestó su salvamento de voto parcial por considerar que la expresión “combatientes” del artículo 135 del Código Penal ha debido ser declarada inexecutable por ir en contra del bloque de constitucionalidad, al excluir de la protección que busca dicho artículo a otras personas que participan en las hostilidades para que depongan las armas. Asimismo, era partidario de un pronunciamiento de fondo sobre los artículos 174, 175 y 178 de la ley 522 de 1999, puesto que, en su sentir, los cargos cumplían los requisitos para ello.

El magistrado Humberto Antonio Sierra Porto expresó un salvamento de voto parcial, toda vez que, a su juicio, la expresión “a la otra parte”, contenida en el artículo 148 de la ley 599 de 2000, corresponde a la potestad para fijar la política criminal, sin que la circunstancia de que el tipo penal de toma de rehenes no coincida con el tipo internacional más amplio, implique una inconstitucionalidad.

En resumen, la conceptualización del dispositivo permite magnificar la ruptura de un Estado en colisión con los intereses e ideologías de los grupos armados cuyas posiciones polarizadas dificultan el diálogo y vislumbran un vacío jurídico constitucional que no permite la ejecución de acciones

racionales con un amplio consenso de legitimidad, pero con una carencia de legalidad.

La evidencia histórica y los acontecimientos recientes han permitido descartar la importancia que tiene el secuestro como modalidad de financiamiento sustancial y ha podido evaluar que la toma de rehenes tiene objetivos como es mostrar que las manifestaciones de poder superan el ámbito territorial y demuestra los bordes críticos del sistema de seguridad del Estado, precorinizando la identificación de un vacío entre legitimidad y violencia, el cual ha requerido la intervención de la Corte Constitucional para aclarar ciertos aspectos referentes.

## | CONCLUSIONES

El antagonismo evidente entre la política de Estado para viabilizar el intercambio humanitario y la praxis política de gobierno, evidenciada mediante la Ley de Justicia y Paz, tiene su punto de inflexión en el impacto crítico, histórico y político por el entorno institucional y mecanismos de poder vigente.

En este marco se imbrican escenarios múltiples cuya complejidad —no obstante interrumpir situaciones de colisiones directas y eliminar derechos singulares— posee dispositivos y mecanismos institucionales que configuran un nuevo orden civil, un nuevo concepto de paz, un nuevo concepto de cuerpo social, una nueva política de distribución de riqueza, reinstauración de la autoridad con un orden de subordinación por debajo del Estado y reagrupamiento de ex grupos antagónicos y por tanto, nuevas estrategias de confrontación. Es decir, se configuran escenarios frágiles, transitorios e imaginarios de racionalidad temporal, donde las representaciones, los discursos políticos, tenderán a investirse de certidumbre que garanticen un régimen jurídico estable, en el que el análisis histórico de los hechos de rebelión colaborarán a generar una nueva trama y estrategia del sistema de poder.

En términos generales, la imbricación de las dimensiones sociohistóricas y políticas del conflicto armado colombiano tendería a caracterizarse por sus atributos *sui generis*, configurantes de factores de oportunidades de vida, distribución asimétrica de riqueza y la exigencia de intereses legítimos que operan como desestabilizadores del sistema; el mismo que se sustenta fundamentalmente en una democracia de discursos consensuales no necesarios racionalmente verdaderos y que funcionan como operadores de dominio.

Por otro lado, la crisis y regresión democrática que han estado presente por más de cinco décadas en Colombia —evidenciadas constitucionalmente como Estado de excepción— que no obstante legitiman la gobernabilidad democrática, cuestionan los límites de desobediencia civil, insurrección, desobediencia, rebeldía, indisciplina, desacato, insumisión, levantamiento, sublevación, motín. En esta perspectiva, la praxis política de las diversas administraciones estuvo orientada a modificar total o parcialmente algunas estructuras de la sociedad colombiana a fin de desviar la crisis y atenuarla por medio de la reestructuración del Estado, sin reconocer que su patrimonio se tornó impreciso y ha contribuido a que las crisis del Estado colombiano transiten por los planos de crisis económica y de racionalidad, las que conducen inevitablemente a crisis de legitimación; situación que se agrava por el tráfico de drogas y conducen a una crisis de motivación por la erosión y pérdida de los valores sociales.

La fundamentación discursiva entre secuestro y toma de rehenes tiende a transformarse en explicaciones de índole teórico-legal y de justificaciones legales y políticas. En este umbral de legalidad y de legitimidad, se presupone que los actores de los secuestros aceptan en forma irrestricta el riesgo de la ilegalidad del hecho y del impacto individual y social. En este sentido, las acciones de secuestro en el caso colombiano tienden a ser institucionalizadas por grupos al margen de la ley quienes legitiman estos actos.

En cuanto a la diferencia entre secuestro y toma de rehenes, se concluye que el primero es un delito tipificado en la legislación interna y el segundo es un crimen de guerra contemplado en la legislación internacional. La Convención contra la Toma de Rehenes ha entrado en vigencia; no obstante, se vislumbra la conformación de atributos y acontecimientos políticos que están configurando un nuevo escenario internacional que genera una agenda interna de cambio. Cabe destacar el surgimiento de posiciones políticas rizomáticas referente a la estrategia de posición o de avanzada a adoptar por la complejidad del tema. Al mismo tiempo, es imprescindible asumir como hipótesis de trabajo que la difusión y el impacto de los hechos de secuestro en los sistemas legalmente normados han contribuido a crear una imagen global legitimante que repudia la toma de rehenes y ha propiciado un consenso intersubjetivo que garantiza la aplicación internacional de la Convención contra este delito.

En el marco de estrategias políticas, y el clivaje histórico de un escenario en crisis permanente y de cuestionamiento a la Ley de Justicia y Paz, es factible vislumbrar alternativas de evolución en la praxis política, cuyas dimensiones podrían presentarse en la primera fase como el impulso radical y de juzgamiento de los paramilitares inmersos en la ley y que, por tanto, estarían exceptuados de ser juzgados por tribunales internacionales como criminales de guerra; en este sentido, quedarían excluidas las FARC y el ELN. Sin embargo, el hecho de que los organismos internacionales y las declaraciones de los paramilitares involucren la fuerza pública, genera una confrontación entre la jurisdicción penal militar, la justicia ordinaria y la justicia penal internacional; situación que aumentaría la complejidad de la problemática. La segunda fase, sustentada en el agotamiento de la confrontación y ante la presión de los organismos internacionales, podría gestar un proceso de paz general; proceso que también afrontaría dificultades estructurales para lograr un incrementalismo democrático y una nueva racionalidad social; y la tercera fase podría estar constituida por una confrontación total de aniquilamiento del Estado contra antiguos grupos guerrilleros y el surgimiento de nuevos grupos antisociales —origi-

narios del paramilitarismo y de grupos insurgentes, cuyo fin es estrictamente delictivo—; esta situación propiciaría la agudización interna del conflicto en la que las presiones internacionales carecerían de trascendencia y las violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y crímenes de guerra acusarían niveles límite.

Las imbricaciones de los intereses políticos, económicos y la adopción de la concepción de razón de Estado, permitieron que las características del proceso judicial iniciado al amparo de la Ley de Justicia y Paz se propusieran como mecanismo de difuminación de la culpa y responsabilidad social; el condicionante que exige como requisito la confesión pública de los delitos cometidos y la posibilidad de que los familiares de las víctimas exijan la entrega de los restos de sus familiares. Esta situación tiende a atenuar la real focalización del problema y lo trasfiere al ámbito de la subjetividad y del dolor humano, factores que han contribuido a vislumbrar la atrocidad del delito y han permitido corroborar la impunidad y permanencia del poder delictivo, que aún presiona sobre los familiares de las víctimas, ha eliminado testigos y ha motivado el exilio de familiares, periodistas, integrantes de ONG, quienes han denunciado la gravedad de los hechos. En este contexto, emerge el vacío del sentido de la sociedad ante la evidente ausencia de una verdad como prerrequisito para el ejercicio de la política, hechos que mantendrán latente la patología del escenario social producto de la desterritorialización como dimensión máxima del poder ilegal y cuya impunidad se configurará en expresiones rizomáticas y la perpetuación de mapas cognitivos electorales cuyas expresiones serán prácticas políticas fundamentalmente regionales. Este entorno exige reevaluar el marco jurídico electoral que excluye la posibilidad de que estos sujetos se constituyan en ciudadanos.

La evidencia empírica latinoamericana relacionada con los crímenes de guerra —específicamente la toma de rehenes—, cuyo impacto más evidente es el de Chile y Argentina, ha demostrado que aunque la dación de leyes, amnistías e indultos asignados por los gobiernos de turno se mantienen en la conciencia social como una patología, es también el producto de la culpa social que es inmune al olvido, un hecho que ha contribuido a que diversas instancias gubernamentales anulen todos los procesos y beneficios otorgados. En este sentido, cabe recordar los acontecimientos históricos de Chile y Argentina, donde el interés se ha trasladado de los argumentos y las explicaciones a la apropiación de una verdad y del sentido como lineamiento de cohesión y de vida nacional.

La complejidad de la política como expresión de verdad tiene su escenario en el conflicto armado colombiano, cuyas aristas transitan desde la crisis económica y social hasta la legitimidad del sistema. De esta manera, los grupos en conflicto al margen de la ley segmentaron el mapa territorial y electoral que les permitió un acceso al poder legal; sin embargo, sus praxis de apropiación y de violencia, que originaron la desterritorialización de algunas zonas de su interés, condujeron obligatoriamente a penalizar su acción e ilegitimar su participación como defensores de determinados sectores de la sociedad; hechos que condujeron a la toma de rehenes y demás crímenes de guerra, como asesinatos, violaciones a los derechos humanos y por ende, a la intervención de los organismos internacionales, cuyo rol decisorio se apreciará en los próximos años.



## | BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio (1999). *Lo que queda de Auschwitz, —Homo sacer III—*, Bogotá, Editorial Pre-Textos.
- ALEXY, Robert (2002). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia.
- AMBOS, Kai (edit.) (2004). *La parte general del Derecho Penal Internacional*, Alemania, Duncker y Humblot.
- AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (editores) (2003). *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Alemania, Duncker y Humblot.
- BAUDRILLARD, Jean (1978). *Cultura y simulacro*, Pedro Rovira (trad.), Barcelona, Cairós.
- BAUDRILLARD, Jean (s.f.). *Olvidar a Foucault*. (s.l.), Editorial Pretextos.
- Colombia. Alcaldía Mayor de Bogotá, Distrito Capital (2005, 4 de marzo), "Decreto 051 del 4 de marzo de 2005, por medio del cual se reglamenta la aplicación de los beneficios establecidos en el acuerdo 124 de 2004 y el procedimiento para el cumplimiento de las obligaciones tributarias a cargo de víctimas de secuestro y de desaparición forzada", Bogotá.
- Colombia. Congreso Nacional de la República (2000, 24 de julio), "ley 599 del 24 de julio de 2000, por la cual se expide el 'Código Penal', en *Diario Oficial*, núm. 44.097, 24 de julio de 2000, Bogotá.
- Colombia. Congreso Nacional de la República (2002, 5 de junio), "ley 742 de 2002 del 5 de junio de 2002, por medio de la cual se aprueba el 'Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional', hecha en Roma, el 17 de julio de 1999", en *Diario Oficial*, núm. 44.826, 7 de junio de 2002, Bogotá.
- Colombia. Congreso Nacional de la República (2003, 16 de julio), "ley 837 de 2003 del 16 de julio de 2003, por medio de la cual se aprueba la 'Convención Internacional contra la Toma de Rehenes', adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979", en *Diario Oficial*, núm. 45.252, 18 de julio de 2003, Bogotá.
- Colombia. Congreso Nacional de la República (2004, 31 de agosto), "ley 906 de 2004 del 31 de agosto de 2004, por la cual se expide el 'Código de Procedimiento Penal', en *Diario Oficial*, núm. 45.658, 1º de septiembre de 2004, Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-574/92, 28 de octubre de 1992. M. P.: Angarita Barón, C., Bogotá.

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-578/02, 30 de julio de 2002. M. P.: Cepeda Espinosa, M. J. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 405/04, 4 de mayo de 2004. M. P.: Vargas Hernández, C. I., Bogotá.
- CAMARGO, Pedro Pablo (2004). *Manual de Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Leyer.
- CONVENIO DE GINEBRA, Convenio I (2 de agosto de 1949) para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.
- CONVENIO DE GINEBRA, Convenio II (12 de agosto de 1949) para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar.
- CONVENIO DE GINEBRA, Convenio III (12 de agosto de 1949) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.
- CONVENIO DE GINEBRA, Convenio IV (12 de agosto de 1949) relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.
- DECLARACIÓN DE SAN PETERSBURGO (1968) por el cual se hace prohibición de uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra.
- DUGARD, John (1998, 30 septiembre). *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 147, pp. 483-492.
- FOUCAULT, Michel (2006). *Seguridad, territorio, población*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- FOUCAULT, Michel (s.f.). "Estética, ética y hermenéutica", en *Obras esenciales* vol. III. (s.l.), Editorial Paidós.
- FOUCAULT, Michel (s.f.). "Tácticas generales de la gubernamentalidad. Estética, ética y hermenéutica", en *Obras esenciales*, vol. III.
- FRÜHLING, Michael (s.f.). *Los derechos humanos, derecho internacional humanitario, el secuestro y los acuerdos especiales: Naciones Unidas*.
- GIRALDO, Marcela (2003). "El conflicto, callejón con salida. Informe Nacional de Desarrollo Humano para Colombia", en revista *El Malpensante* (s.d.).
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo (2005). *Estudios de dogmática del Nuevo Código Penal*, Bogotá, Giro Editores.

- GREPPI, Eduardo (1999, 30 de septiembre), "La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 835, pp. 531-554.
- HART, Michael y NEGRI, Toni (2004). *Multitud, guerra y democracia en la era del imperio*, España (s.e).
- MALDONADO, Carlos Eduardo (2003). *Biopolítica de la guerra*. Bogotá: Siglo del Hombre, Bogotá, Editorial Universidad Libre.
- MOTTA, Deissy (2007). *La toma de rehenes en Colombia: un rescate político de la justicia* [Tesis de maestría], Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Maestría en Estudios Políticos.
- NACIONES UNIDAS, (1970, 11 de noviembre). "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad en su resolución 2391 (XXIII)", de 26 de noviembre de 1968.
- NOZICK, Robert (1988). *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica.
- PATIÑO DÍAZ, Gustavo Adolfo (2005). *Citas y referencias bibliográficas*, Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- PROTOCOLO Adicional a los Convenios de Ginebra (12 de agosto de 1949) relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Protocolo I.
- PROTOCOLO Adicional a los convenios de Ginebra (12 de agosto de 1949) relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Protocolo II.
- RAMELLI, Alejandro (2000). *Derecho Internacional Humanitario y estado de beligerancia*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia.
- REVISTA SEMANA (2006, 29 de noviembre). Artículos Judiciales. "Verdaderos falsos positivos". *Semana.com*. República Federativa Socialista de Yugoslavia, Consejo de Seguridad (1991, de 25 de septiembre) resolución 713 de 1991.
- RIEFF, David y GUTMAN, Roy (2003). *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*, Barcelona, Random House Mondadori (trad.)
- ROXIN, Claus (1997). *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas.

VALENCIA VILLA, Alejandro (2003). *Compilación de Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

WELZEL, Hans (1976). *Derecho Penal alemán. Parte General*, Santiago de Chile, Editora Jurídica de Chile.



## | ANEXOS

## ANEXO 1.

### CONVENCIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA TOMA DE REHENES

Los Estados partes en la presente Convención

*Teniendo presente* los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y al fomento de las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados,

*Reconociendo* en particular que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, como se establece en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

*Reafirmando* el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y en otras resoluciones pertinentes de la Asamblea General,

*Considerando* que la toma de rehenes es un delito que preocupa gravemente a la comunidad internacional y que, en conformidad con las disposiciones de esta Convención, toda persona que cometa dicho delito deberá ser sometida a juicio o sujeta a extradición,

*Convencidos* de que existe una necesidad urgente de fomentar la cooperación internacional entre los Estados con miras a elaborar y adoptar medidas eficaces para la prevención, el enjuiciamiento y el castigo de todos los actos de toma de rehenes como manifestaciones del terrorismo internacional,

Han convenido en lo siguiente:

#### Artículo 1º

1. Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará "el rehén") o la detenga, y amenace con matarla, hierla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención.

1. Toda persona que:
  - a) Intente cometer un acto de toma de rehenes;

b) Participe como cómplice de otra persona que cometa o intente cometer un acto de toma de rehenes comete igualmente un delito en el sentido de la presente Convención.

#### Artículo 2º

Cada Estado Parte establecerá, para los delitos previstos en el artículo 1º, penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos.

#### Artículo 3º

1. El Estado Parte en cuyo territorio el delincuente tenga detenido al rehén adoptará todas las medidas que considere apropiadas para aliviar la situación del mismo, en particular para asegurar su liberación, y, una vez que haya sido liberado, para facilitar, cuando proceda, su salida del país.

2. Si llegare a pedir de un Estado Parte cualquier objeto que el delincuente haya obtenido como resultado de la toma de rehenes, ese Estado Parte lo devolverá lo antes posible al rehén o al tercero mencionado en el artículo 1º, según proceda, o a sus autoridades competentes.

#### Artículo 4º

Los Estados partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 1º, en particular:

a) Adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de tales delitos tanto dentro como fuera de ellos, en particular medidas para prohibir en los mismos las actividades ilegales de personas, grupos u organizaciones que alienten, instiguen, organicen o cometan actos de toma de rehenes;

b) Intercambiando información y coordinando la adopción de medidas administrativas y de otra índole, según proceda, para impedir que se cometan esos delitos.

#### Artículo 5º

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en el artículo 1º que se cometan:

a) En su territorio o a bordo de un barco o de una aeronave matriculados en ese Estado;

b) Por sus nacionales, o por personas apátridas que residan habitualmente en su territorio, si en este último caso, ese Estado lo considera apropiado;

- c) Con el fin de obligar a ese Estado a una acción u omisión;
- d) Respecto de un rehén que sea nacional de ese Estado, si este último lo considera apropiado.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos previstos en el artículo 1° en el caso de que el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicho Estado no acceda a conceder su extradición a ninguno de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción criminal ejercida de conformidad con el derecho interno.

#### Artículo 6°

1. Si considera que las circunstancias lo justifican, todo Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente procederá, de conformidad con su legislación, a su detención o tomará otras medidas para asegurar su presencia por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición. Ese Estado Parte procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

2. La detención y las otras medidas a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo serán notificadas sin demora, directamente o por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas:

- a) Al Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito.
- b) Al Estado contra el cual haya sido dirigida o intentada la coacción.
- c) Al Estado del que sea nacional la persona natural o jurídica contra la cual haya sido dirigida o intentada la coacción.
- d) Al Estado del cual sea nacional el rehén o en cuyo territorio tenga su residencia habitual.
- e) Al Estado del cual sea nacional el presunto delincuente o, si éste es apátrida, al Estado en cuyo territorio tenga su residencia habitual.
- f) A la organización internacional intergubernamental contra la cual se haya dirigido o intentado la coacción.
- g) A todos los demás Estados interesados.

2. Toda persona respecto de la cual se adopten las medidas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo tendrá derecho:

a) A ponerse sin demora en comunicación con el representante competente más próximo del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones compete el establecimiento de esa comunicación o, si se trata de una persona apátrida, del Estado en cuyo territorio tenga su residencia habitual.

b) A ser visitada por un representante de ese Estado.

4. Los derechos a que se hace referencia en el párrafo 3 del presente artículo se ejercerán de conformidad con las leyes y reglamentaciones del Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, a condición, sin embargo, de que esas leyes y reglamentaciones permitan que se cumplan cabalmente los propósitos a que obedecen los derechos concedidos en virtud del párrafo 3 del presente artículo.

5. Lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del presente artículo se entenderá sin perjuicio del derecho de todo Estado que, con arreglo al inciso b) del párrafo 1 del artículo 5º pueda hacer valer su jurisdicción, a invitar al Comité Internacional de la Cruz Roja a ponerse en comunicación con el presunto delincuente y visitarlo.

6. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 1 del presente artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados u organización mencionados en el párrafo 2 del presente artículo e indicará si se propone a ejercer su jurisdicción.

#### Artículo 7

El Estado Parte en que se entable una acción penal contra el presunto delincuente comunicará, de conformidad con su legislación, el resultado final de esa acción al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá la información a los demás Estados interesados y a las organizaciones internacionales intergubernamentales pertinentes.

#### Artículo 8º

1. El Estado Parte en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no concede su extradición, estará obligado a someter el caso a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave de acuerdo con el derecho de tal Estado.

2. Toda persona respecto de la cual se entable un procedimiento en relación con cualquiera de los delitos previstos en el artículo 1º gozará de las garantías de un trato equitativo en todas las fases del procedimiento, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos en el derecho del Estado en cuyo territorio se encuentre.

#### Artículo 9º

1. No se accederá a la solicitud de extradición de un presunto delincuente, de conformidad con la presente Convención, si el Estado Parte al que se presenta la solicitud tiene motivos fundados para creer:

a) que la solicitud de extradición por un delito mencionado en el artículo 1º se ha hecho con el fin de perseguir o castigar a una persona por causa de su raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política; o

b) que la posición de esa persona puede verse perjudicada:

i) por alguna de las razones mencionadas en el inciso a) del presente párrafo, o

ii) porque las autoridades competentes del Estado que esté facultado para ejercer derechos de protección no pueden comunicarse con ella.

2. Con respecto a los delitos definidos en la presente Convención, las disposiciones de todos los tratados y acuerdos de extradición aplicables entre Estados partes quedan modificadas en lo que afecte a los Estados partes en la medida en que sean incompatibles con la presente Convención.

#### Artículo 10

1. Los delitos previstos en el artículo 1º se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados partes. Los Estados partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

2. Si un Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado recibe de otro Estado Parte, con el que no tiene tratado, una solicitud de extradición, podrá discrecionalmente considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición con respecto a los delitos previstos en el artículo 1º. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigidas por el derecho del Estado al que se ha hecho la solicitud.

3. Los Estados partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos previstos en el artículo 1º como casos de extradición entre ellos, con sujeción a las condiciones exigidas por el derecho del Estado al que se ha hecho la solicitud.

4. A los fines de la extradición entre Estados partes, se considerará que los delitos previstos en el artículo 1º se han cometido no sólo en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5º.

#### Artículo 11

1. Los Estados partes se prestarán la mayor ayuda posible en relación con todo proceso penal respecto de los delitos previstos en el artículo 1º, incluso el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder.

2. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo no afectarán las obligaciones de ayuda judicial mutua estipuladas en cualquier otro tratado.

#### Artículo 12

Siempre que los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de la guerra o los Protocolos adicionales a esos Convenios sean aplicables a un acto determinado de toma de rehenes y que los Estados partes en la presente Convención estén obligados en virtud de esos Convenios a procesar o entregar al autor de la toma de rehenes, la presente Convención no se aplicará a un acto de toma de rehenes cometido durante conflictos armados tal como están definidos en los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos, en particular, los conflictos armados mencionados en el párrafo 4 del artículo 1º del Protocolo Adicional I de 1977, en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a la libre determinación, consagrada en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

#### Artículo 13

La presente Convención no será aplicable en el caso de que el delito haya sido cometido dentro de un solo Estado, el rehén y el presunto delincuente sean nacionales de dicho Estado y el presunto delincuente sea hallado en el territorio de ese Estado.

#### Artículo 14

Ninguna de las disposiciones de la presente Convención se interpretará de modo que justifique la violación de la integridad territorial o de la independencia política de un Estado, en contravención de lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas.

#### Artículo 15

Las disposiciones de esta Convención no afectarán la aplicación de los tratados sobre asilo, vigentes en la fecha de la adopción de esta Convención, en lo que concierne a los Estados que son partes en esos tratados; sin embargo, un Estado Parte en esta Convención no podrá invocar esos tratados con respecto a otro Estado Parte en esta Convención que no sea parte en esos tratados.

#### Artículo 16

1. Toda controversia que surja entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención que no se solucione mediante negociaciones se someterá al arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

2. Todo Estado, en el momento de la firma o ratificación de la presente Convención o de su adhesión a ella, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo 1 de este artículo. Los demás Estados partes no estarán obligados por lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo respecto de ningún Estado Parte que haya formulado esa reserva.

3. Todo Estado Parte que haya formulado la reserva prevista en el párrafo 2 de este artículo podrá retirarla en cualquier momento mediante una notificación al secretario General de las Naciones Unidas.

#### Artículo 17

1. La presente Convención está abierta a la firma de todos los Estados hasta el 31 de diciembre de 1980, en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

2. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación serán depositados en poder del secretario General de las Naciones Unidas.

3. La presente Convención está abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

#### Artículo 18

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha de depósito del vigésimo segundo instrumento de ratificación o adhesión en poder del secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada uno de los Estados que ratifiquen la Convención o se adhieran a ella después del depósito del vigésimo segundo instrumento de ratificación o adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que dicho Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

#### Artículo 19

1. Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación por escrito dirigida al secretario General de las Naciones Unidas.

2. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el secretario General de las Naciones Unidas reciba la notificación.

#### Artículo 20

El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en poder del secretario General de las Naciones Unidas, que enviará copias certificadas de él a todos los Estados.

## **ANEXO 2.**

### **RESUMEN DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 Y DE SUS PROTOCOLOS ADICIONALES**

#### *Contenido*

- Normas generales comunes a los cuatro Convenios y a los Protocolos Adicionales.
- I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña del 12 de agosto de 1949.
- II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, del 12 de agosto de 1949. Protocolo Adicional I, Título II; Protocolo II, Título III.
- III Convenio de Ginebra sobre el trato debido a los prisioneros de guerra del 12 de agosto de 1949. Protocolo Adicional I (en particular Título III, Sección II).
- IV Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra y protocolos Adicionales.

#### *Introducción*

En tiempo de guerra, se deben observar ciertas normas de humanidad, incluso para con el enemigo. Tales normas figuran principalmente en los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Las bases de los Convenios de Ginebra son el respeto y la dignidad del ser humano. En ellos se estipula que las personas que no participan directamente en las hostilidades y las que están fuera de combate a causa de enfermedad, herida, cautiverio o por cualquier otro motivo, deben ser respetadas, protegidas contra los efectos de la guerra, y las que sufren deben ser socorridas y atendidas sin distinción.

En los Protocolos adicionales se extiende esa protección a toda persona afectada por un conflicto armado. Además, se impone a las Partes en conflicto y a los combatientes abstenerse de atacar a la población civil y los bienes civiles y conducir sus operaciones militares de conformidad con las normas reconocidas y de la humanidad.

***Normas generales comunes a los cuatro Convenios  
y a los Protocolos Adicionales***

Los Convenios y los Protocolos son aplicables en toda circunstancia, tan pronto como hay un conflicto armado (I-IV, 2; PI, 1) [1], pero con restricciones en caso de conflicto armado no internacional de gran intensidad, en el cual sólo se aplican ciertas normas (PII). En todos los casos se deben salvaguardar los principios de humanidad (I-IV, 3). Así, están prohibidos, en cualquier tiempo y lugar: el homicidio, la tortura, los castigos corporales, las mutilaciones, los atentados contra la dignidad personal, la toma de rehenes, los castigos colectivos, las ejecuciones efectuadas sin juicio previo (I-IV, 3; I, II, 12; III, 13; IV, 32, 4; PI, 75; PII, 4,6). Están prohibidas, en los Convenios y en el Protocolo I, las represalias contra las personas y los bienes que protegen, es decir: los heridos, los enfermos y los náufragos, el personal sanitario y los servicios sanitarios, el personal y los servicios de protección civil, los prisioneros de guerra, las personas civiles, los bienes civiles y culturales, el medio ambiente natural y las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (I, 46; II, 47; III, 13; IV, 33; PI, 20, 51-56). Nadie podrá ser obligado a renunciar ni renunciará voluntariamente a los derechos que se le otorgan en los Convenios (I-III, 7; IV, 8).

Las personas protegidas deberán siempre poder beneficiarse de la actividad de una Potencia protectora (Estado neutral encargado de salvaguardar sus intereses) o de la del Comité Internacional de la Cruz Roja o de la de cualquier otra organización humanitaria imparcial (I-III, 8, 9, 10; IV, 9, 10, 11; PI, 5).

**I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña del 12 de agosto de 1949**

**II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, del 12 de agosto de 1949.**

**Protocolo Adicional I, Título II; Protocolo II, Título III**

Todos los *heridos, enfermos y náufragos* serán respetados y protegidos en toda circunstancia (I, 12; II, 12; PI, 10; PII, 7). No se puede atentar contra su vida ni se los puede perjudicar de ninguna manera. Serán recogidos y tratados humanamente y recibirán, en toda la medida de lo posible y en el plazo más breve, la asistencia médica que exija su estado. No se hará para con ellos

ninguna distinción que no esté basada en criterios médicos (I, 12, 15; II, 12, 18; PI, 10; PII, 7).

Cada adversario, si captura a heridos, a enfermos o a náufragos miembros de las fuerzas armadas enemigas, debe atenderlos como si fueran los propios heridos (I, 12, 14; II, 12, 16; PI, 44).

Se tomarán todas las medidas posibles para recoger a los muertos e impedir que sean despojados (I, 15; II, 18; PI, 33; PII, 8).

Ningún cadáver debe ser enterrado, incinerado o sumergido antes de haber sido debidamente identificado y sin que se haya comprobado la muerte, si es posible, mediante un examen médico (I, 16, 17; II, 19, 20).

Además, se tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar y recoger a los heridos, a los enfermos, a los náufragos y a los desaparecidos (I, 15; II, 18; IV, 16; PI, 33; PII, 8).

Se deberán registrar todos los datos para poder identificar a los heridos, los enfermos, los náufragos y los muertos recogidos (I, 16; II, 19).

En el interés directo de los heridos, de los enfermos y de los náufragos, también serán protegidas las unidades sanitarias, militares o civiles, que estén bajo el control de la autoridad competente (I, 19-37; II, 22-40; PI, 8, 9, 12; PII, 11). Se trata del personal, del material, de los establecimientos y de las instalaciones sanitarias, así como de los transportes organizados con finalidad sanitaria y que se reconocen por llevar el signo de la cruz roja o de la media luna roja sobre fondo blanco.

El personal sanitario y religioso está integrado por:

a) El personal (médicos, enfermeros, enfermeras, camilleros) destinado, sea permanentemente o temporalmente, sólo con finalidad sanitaria (búsqueda, evacuación, transporte, diagnóstico, tratamiento de heridos, de enfermos y de náufragos), así como para la prevención de enfermedades; b) el personal (administradores, choferes, cocineros, etc.) destinado, permanente o temporalmente, sólo a la administración o al funcionamiento de unidades sanitarias o de medios de transporte sanitarios; c) el personal religioso está integrado por las personas, militares o civiles, tales como los capellanes, dedicados exclusivamente al ejercicio de su ministerio (I, 24-27; II, 36, 37; PI, 8; PII, 9).

Ese personal lleva el signo distintivo de la Cruz Roja o de la media luna roja sobre fondo blanco (I, 40; II, 42; PI, 18, Anexo I, 3; PII, 12) y una tarjeta de identidad (I, 40; II, 42; PI, Anexo I, 1, 2). Puede llevar armas para la defensa propia o la de los heridos y de los enfermos (I, 22; II, 35; PI, 13).

Si los miembros del personal sanitario y religioso caen en poder del adversario, deben poder continuar ejerciendo su ministerio en favor de los heridos y de los enfermos (I, 19). No se podrá obligar a que las personas realicen actos contrarios a las normas de la deontología médica, ni a que se abstengan de realizar actos exigidos por tales normas (PI, 16; PII, 10). Serán repatriados todos aquellos cuya retención no sea indispensable para atender a los prisioneros de guerra (I, 30, 31; II, 37). Los retenidos no serán considerados como prisioneros de guerra y disfrutarán de grandes facilidades para cumplir su misión (I, 28). En territorio ocupado, el personal sanitario civil no podrá ser requisado, salvo si están cubiertas las necesidades médicas de la población y si se garantiza la asistencia a los heridos y a los enfermos que siguen un tratamiento (PI, 14).

La población civil respetará a los heridos, a los enfermos y a los náufragos aunque pertenezcan a la Parte adversa, y no cometerá acto alguno de violencia contra ellos (PI, 17). Las personas civiles estarán autorizadas a recoger y asistir a los heridos, a los enfermos y a los náufragos, cualesquiera que sean, y no deberán ser castigadas o molestadas por ello. Al contrario, habrá que ayudarlas en su trabajo (I, 18).

Se entiende por unidades sanitarias, militares o civiles, todos los edificios o instalaciones fijas (hospitales y otras unidades similares, centros de transfusión de sangre, de medicina preventiva, de suministro, depósito) o formaciones móviles (lazaretos y tiendas de campaña, instalaciones al aire libre) organizados con finalidad sanitaria (I, 19; PI, 8, 9, 12; PII, 11). No podrán, en ningún caso, ser atacados o dañados ni se podrá impedir su funcionamiento, aunque entonces no haya allí heridos ni enfermos (I, 19).

De la misma manera serán protegidos los transportes sanitarios por tierra, por agua o por aire: ambulancias, camiones, barcos-hospitales, aeronaves sanitarias (I, 35, 36; II, 22-27, 38, 39; PI, 8, 21-31; PII, 11).

El material sanitario (camillas, aparatos e instrumentos médicos y quirúrgicos, medicamentos, apósitos, etc.) jamás será destruido, sino que se dejará a disposición del personal sanitario en cualquier lugar en que se encuentre (I, 33, 34; II, 28, 38).

El signo de la Cruz Roja o de la media luna roja sobre fondo blanco, símbolo de asistencia a los heridos y a los enfermos, sirve para identificar a distancia las unidades y los transportes, el personal y el material que tienen derecho a la protección. No puede ser utilizado con otra finalidad ni enarbolado sin el consentimiento de la autoridad competente. Debe ser siempre escrupulosamente respetado (I, 38-44; II, 41-43; PI, 18; PII, 12).

### **III Convenio de Ginebra sobre el trato debido a los prisioneros de guerra del 12 de agosto de 1949**

#### **Protocolo Adicional 1 (en particular Título III, Sección II).**

##### **Estatuto**

Los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (que no sea el personal sanitario o religioso) son combatientes, y todo combatiente capturado por la Parte adversa será prisionero de guerra (III, 4; PI, 43, 44) [2]. Esas fuerzas armadas deberán estar organizadas; estarán bajo un mando responsable de sus subordinados ante esa Parte y sometidas a un régimen de disciplina interna que garantice el respeto de las normas del derecho internacional aplicable en los conflictos armados (PI, 43).

Ese respeto implica, en particular que los combatientes deben distinguirse de la población civil mediante un uniforme, o por otro signo distintivo, al menos mientras participan en un ataque o en un despliegue militar preparatorio de un ataque (PI, 44). En situación excepcional, debido a la índole de las hostilidades, se pueden distinguir llevando solamente las armas a la vista (PI, 44).

Los prisioneros de guerra están en poder de la Potencia enemiga, y no de los individuos o de los cuerpos de tropa que los hayan capturado (III, 12).

##### **Trato**

Se considera que la persona que participe en las hostilidades y sea capturada será prisionero de guerra y debe ser tratada como tal, incluso en caso de duda acerca de su estatuto (III, 5; PI, 45).

Los prisioneros de guerra tienen, en toda circunstancia, derecho a un trato humano, así como al respeto de su persona y de su dignidad (III, 13, 14). Las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo (III, 14).

Todos los prisioneros de guerra deben ser tratados de la misma manera: sólo el estado de salud, el sexo, la edad, la graduación o las aptitudes profesionales pueden justificar un trato privilegiado (III, 16). Deben indicar, si así se solicita, sus nombres y apellidos, su edad, su graduación y su número de matrícula. Pero no tendrán obligación de dar otras informaciones (III, 17).

Tienen derecho a conservar sus efectos y objetos personales. De su equipo militar, que podrá ser requisado por el enemigo, tienen derecho a conservar lo que sirva para alimentarse y para vestirse. Las cantidades de dinero y los objetos de valor que sean portadores no les podrán ser retirados más que con

la entrega de un recibo, y deben ser restituidos cuando finalice el cautiverio (III, 18).

Todos los prisioneros de guerra están sometidos a la disciplina y a las leyes vigentes para las fuerzas armadas de la Parte en conflicto en cuyo poder estén, llamada Potencia detentora (III, 39, 82-88). Para su seguridad, ésta puede limitar la libertad, pero no los puede encarcelar, a no ser que violen sus leyes (III, 21). Como mínimo, deben tener la posibilidad de defenderse antes de ser condenados (III, 96, 99, 105, 106).

Quien por haber participado en las hostilidades se vea privado del estatuto de prisionero de guerra, se beneficiará, además de las disposiciones del IV Convenio que le son aplicables, las garantías fundamentales relativas al respeto de su persona (prohibición de atentar contra su vida y su salud) y de su dignidad (prohibición de tratos humillantes y degradantes) (PI, 75). En caso de diligencias penales, tendrá derecho a un proceso equitativo (PI, 75). También se le reconocen esas garantías en caso de conflicto armado no internacional (I-IV, 3), especialmente si dicho conflicto es de gran intensidad (PII, 4, 6).

### **Condiciones del cautiverio**

La Potencia captora suministrará gratuitamente a los prisioneros de guerra alimentos y vestimentas suficientes, condiciones de alojamiento no inferiores a las de sus propias fuerzas, así como la asistencia médica exigida por el estado de su salud (III, 15, 25, 26, 27, 30).

A los prisioneros de guerra, excepción hecha de los oficiales, se les podrá obligar al trabajo, a cambio de una módica indemnización y en condiciones por lo menos iguales a las de los ciudadanos de la Potencia captora. Sin embargo, no podrá imponérseles ninguna actividad de carácter militar, ni faenas peligrosas, malsanas o humillantes (III, 49-54).

Desde el comienzo del cautiverio, se les pondrá en condiciones de avisar a sus familias y a la Agencia Central de Búsquedas sobre los Prisioneros de Guerra (Comité Internacional de la Cruz Roja). Después, podrán mantener correspondencia con sus familias, recibir paquetes de socorros y beneficiarse de la asistencia espiritual de los ministros de su religión (III, 33, 63, 70, 71, 72).

Tendrán derecho a elegir, entre ellos, a un «hombre de confianza», encargado de representarlos ante las autoridades de la Potencia captora y de las instituciones que acudan en su ayuda (III, 79).

Tendrán igualmente derecho a elevar quejas y solicitudes a los representantes de las Potencias protectoras, los cuales, con los delegados del Comité

Internacional de la Cruz Roja, están autorizados a visitar sus campamentos y conversar con ellos, directamente o por mediación de su hombre de confianza (III, 78, 126).

El texto del Convenio deberá estar expuesto en cada campamento de prisioneros de guerra, a fin de que en todo tiempo puedan informarse acerca de sus derechos y deberes (III, 41).

### **Repatriación**

Los prisioneros de guerra, calificados de enfermos gravísimos o grandes mutilados serán repatriados; después de su repatriación, no podrán volver a desempeñar servicio militar activo (III, 109, 117).

Terminadas las hostilidades activas, los prisioneros de guerra habrán de ser liberados y repatriados sin demora (III, 118).

### **Protocolo Adicional I**

#### ***Título III, Sección I. Comportamiento de los combatientes***

En el Protocolo se recuerdan las normas relativas al comportamiento de los combatientes durante las hostilidades.

El principio fundamental en que se inspiran estas normas es que no es ilimitado el derecho de las Partes en conflicto a elegir métodos o medios de hacer la guerra. De ahí que esté prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra para causar males superfluos o sufrimientos innecesarios (PI, 35).

Tampoco se podrá utilizar la presencia de personas civiles para poner ciertos puntos o ciertas zonas a cubierto de las operaciones militares (PI, 51).

Está prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios péfidos (PI, 37). Se prohíbe hacer uso indebido de los emblemas reconocidos (signo de la cruz y de la media luna roja, bandera blanca, signo de los bienes culturales, etc.) (PI, 38). Está prohibido hacer uso de los signos de nacionalidad de la Parte adversa y de los Estados que no sean Partes en el conflicto (PI, 39). Así, en el Protocolo se afirma que el derecho de los conflictos armados exige de los combatientes un mínimo de lealtad.

Está prohibido rechazar el cuartel (PI, 40). El enemigo fuera de combate, quien se rinda o manifieste la intención de rendirse no podrá ser objeto de ataque (PI, 41, 42). El captor que no tenga los medios para evacuar a sus prisioneros debe liberarlos (PI, 41).

#### ***Título IV, Sección I. Protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades***

En la norma fundamental se estatuye que siempre hay que hacer la distinción entre población civil y combatientes, así como entre bienes civiles y objetivos militares y, por consiguiente, que se dirigirán las operaciones únicamente contra objetivos militares (PI, 48).

Es persona civil quien no pertenezca a las fuerzas armadas (PI, 50). Son bienes civiles aquellos que no son objetivos militares, es decir, que no contribuyen eficazmente a la acción militar y cuya destrucción no ofrece ninguna ventaja militar definida (PI, 52).

Se prohíben los ataques indiscriminados (PI, 51). No sólo están prohibidos los ataques contra personas y contra bienes civiles, sino que deben tomarse todas las precauciones posibles cuando se atacan objetivos militares o cuando se sitúan esos objetivos, para evitar o reducir al mínimo las pérdidas y los daños civiles causados incidentalmente (PI, 57, 58). En ningún caso las pérdidas y los daños serán excesivos con respecto a la ventaja militar concreta y directa prevista (PI, 51, 57).

Está prohibido hacer padecer hambre a la población civil del adversario, destruir los bienes indispensables para su supervivencia y causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural (PI, 54, 55).

Los bienes culturales, las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, las localidades no defendidas y las zonas desmilitarizadas (incluso las zonas de seguridad y las zonas neutralizadas) serán objeto de especial protección y de apropiada identificación, así como los miembros y las instalaciones de los organismos de la protección civil (PI, 53, 56, 59, 60 y 61-67. Anexo 1 caps. V y VI).

La prohibición de atacar a la población civil, de destruir los bienes indispensables para la supervivencia, así como la de atacar las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas y los bienes culturales, también se aplica en los conflictos armados no internacionales (PII, 13, 14, 15, 16).

Incumbe, en especial, a los mandos militares velar por la observancia de estas normas (PI, 86, 87).

#### **IV Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra y protocolos adicionales**

Algunas normas mínimas de protección se aplican a las personas afectadas por un conflicto armado, sea cual fuere su nacionalidad y el territorio donde residan.

Así, deben autorizarse las acciones de socorro en víveres, medicamentos, ropa, etc. (IV, 23; PI, 69-71; PII, 18).

Las mujeres y los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor (IV, 24; PI, 76-78).

Se debe facilitar la reunión de familias dispersas y el intercambio de noticias familiares (IV, 25, 26; PI, 74).

Y, especialmente, toda persona afectada por el conflicto armado tiene derecho a sus garantías fundamentales, sin discriminación alguna: se respetará su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas; ningún agente civil o militar atentará contra su vida, su salud y su integridad física o mental ni contra su dignidad. En caso de diligencias penales, tendrá derecho a un proceso equitativo (PI, 75). Estas garantías se aplican igualmente en caso de conflicto armado no internacional (PII, 4 y 6).

Además, en el IV Convenio se trata especialmente de las personas civiles en poder del enemigo y se distinguen dos categorías (IV, 4);

### **Personas civiles en tierra enemiga**

Estas personas civiles, siempre que a ello no se opongan consideraciones de seguridad, podrán salir del país (IV, 35). Si no salieran o quedaran retenidas, su trato habrá de ser análogo al del conjunto de los extranjeros (IV, 38). Si la seguridad del país hiciese su internamiento absolutamente necesario, podrán recurrir contra tal medida y obtener un examen imparcial de su caso (IV, 41-43).

### **Población de territorios ocupados**

En tanto que sea posible, la población civil debe poder continuar viviendo normalmente. El ocupante tiene el deber de mantener el orden público (IV, 64).

Quedan prohibidas, en general, las deportaciones o traslados de poblaciones (IV, 49). Toda requisita de mano de obra debe estar sometida a reglas estrictas. Las personas de menos de 18 años quedan excluidas de ella, y los trabajadores requisados no podrán ser obligados a faenas que les hagan participar en operaciones militares (IV, 51). Está prohibido el saqueo, lo mismo que las destrucciones inútiles de propiedades (IV, 33, 53).

Incumbe al ocupante el deber de atender la suerte de la infancia (IV, 50), el mantenimiento de los servicios médicos y de higiene (IV, 56) y el aprovisionamiento de la población (IV, 55). Deberá autorizar la entrada de envíos de socorro, facilitando su entrega (IV, 59-62). De manera general, las autoridades,

la administración y las instituciones, tanto públicas como privadas, continuarán funcionando (IV, 54, 63 y 64).

El ocupante tiene derecho a defenderse contra los actos hostiles de su administración de los miembros de sus tropas. Puede promulgar, a tal propósito, leyes especiales (IV, 64) y perseguir a los acusados ante sus propios tribunales (IV, 66), pero no podrá pronunciarse condena alguna sin previo proceso regular (IV, 71). Podrá proceder, si su seguridad lo exigiere imperiosamente, el internamiento de ciertas personas (IV, 78). No obstante, todas estas medidas habrán de estar sometidas a reglas concretas y al control de la Potencia protectora (IV, 65-78, 136, 137 y 143).

Las personas civiles en tierra enemiga y los habitantes de territorios ocupados tienen ciertos derechos en común.

En todas circunstancias, tendrán derecho al respeto a sus personas, a su honor, a sus privilegios familiares, a sus convicciones y prácticas religiosas, a sus hábitos y costumbres. Serán siempre tratadas humanamente (IV, 27); no serán sometidas a ninguna sujeción (IV, 31). Las mujeres estarán particularmente amparadas en su honor, especialmente contra violaciones y atentados al pudor (IV, 27).

Podrán dirigirse libremente a la Potencia protectora para pedir su intervención, así como al Comité Internacional de la Cruz Roja y a la Cruz Roja Nacional del país donde se encuentren (IV, 30). Los representantes de la Potencia protectora y del Comité Internacional podrán visitarlos libremente (IV, 30, 143).

El Gobierno enemigo será responsable por el trato que les den sus funcionarios o militares (IV, 29).

Finalmente, si estuvieren sometidos al internamiento, medida que no puede tener carácter de castigo, disfrutará de un trato que, en sus grandes rasgos, habrá de ser análogo al aplicado a los prisioneros de guerra, habida cuenta de las diferencias implicadas en su calidad de personas civiles (IV, 79-135).

**Notas:** 1. Los números arábigos, entre paréntesis, se refieren a los artículos de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales. Los números romanos indican el número del Convenio o del Protocolo (indicado con la letra P).

2. Además, tiene derecho al Estatuto de prisionero de guerra la población del territorio no ocupado que, cuando se acerca el enemigo, toma espontáneamente las armas para luchar contra las tropas invasoras, siempre que lleve las armas a la vista y respete las leyes y costumbres de la guerra (sublevación en masa) (III, 4).

### **ANEXO 3.**

#### **CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. SENTENCIA C-578/02**

Referencia: expediente LAT-223

Revisión de la ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”.

Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil dos (2002).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

Sentencia

En el proceso de revisión de la ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”.

I. Antecedentes

El Presidente de la República remitió a esta Corporación el 5 de junio de 2002 copia de la ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”, para su control constitucional de conformidad con el artículo 241 numeral 10 de la Constitución.

Mediante providencia del doce (12) de junio de 2002 el magistrado sustanciador avocó el conocimiento del presente asunto, y solicitó al Secretario General del Senado de la República enviar con destino al proceso de la referencia copia de la totalidad del expediente legislativo relativo al trámite del proyecto correspondiente a la ley 742 del 5 de junio de 2002. Luego, mediante auto del catorce (14) de junio de 2002 se ofició al Ministro de Relaciones Exteriores para que se sirviera remitir los antecedentes de la suscripción del ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. En dicho auto se ordenó que, una vez vencido el período probatorio y recibidas las pruebas solicitadas, se fijará en lista el proceso y se diera traslado al procurador general de la nación para que rindiera el concepto de rigor. Igualmente, se ordenó en el auto comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República, al presidente

del Congreso, a los ministros de Relaciones Exteriores, del Interior, de Justicia y del Derecho, de Defensa y Seguridad Nacional, al fiscal general de la nación y al defensor del pueblo, para los efectos legales pertinentes.

Cumplidos los trámites previstos en el decreto 2067 de 1991, procede esta Corte a decidir sobre la exequibilidad del tratado y de la ley que lo aprueba.

## II. Texto del Estatuto y de la ley objeto de revisión

El texto del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional y de la ley aprobatoria que son objeto de revisión son los siguientes, según la publicación efectuada en el *diario oficial* núm. 44826 del 7 de junio de 2002.

LEY 742 de 2002

(5 de junio)

“Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma, el diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”.

## EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

### D E C R E T A:

**ARTÍCULO PRIMERO.** Apruébese el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

**ARTÍCULO SEGUNDO.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 7ª de 1944, el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), que por el artículo primero de esta ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo.

**ARTÍCULO TERCERO.** La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.

El presidente del honorable Senado de la República, Carlos García Orjuela.

El secretario general (E) del honorable Senado de La República, Luis Francisco Boada Gómez.

El presidente de la honorable Cámara de Representantes, Guillermo Gaviria Zapata.

El secretario general de la honorable Cámara de Representantes, Angelino Lizcano Rivera.

República de Colombia – Gobierno Nacional

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

**EJECÚTESE**, previa revisión de la Corte Constitucional, conforme al artículo 241-10 de la Constitución Política.

Dada en Bogotá, D. C., el 5 de junio de 2002.

## V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### VI. CONCLUSIONES FINALES

Al terminar el análisis del contenido del Estatuto de Roma, la Corte Constitucional reitera que los tratamientos diferentes en materias sustanciales fueron permitidos por el acto legislativo 2° de 2001 exclusivamente dentro del ámbito del ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional. Por tanto, no se menoscaba el alcance de las garantías establecidas en la Constitución respecto del ejercicio de las competencias propias de las autoridades nacionales. Así, la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones del Estatuto de Roma que contienen tales tratamientos diferentes no autorizan ni obligan, por ejemplo, a los jueces nacionales a imponer la pena de prisión perpetua ni al legislador colombiano a establecer la imprescriptibilidad de las penas. Por consiguiente, la Corte Constitucional concluye que no es necesario que el Jefe de Estado, como director de las relaciones internacionales, efectúe declaraciones interpretativas en relación con cada uno de los tratamientos diferentes identificados en esta sentencia, al momento de ratificar el tratado.

No obstante se advierte que, como el acto legislativo citado forma parte del cuerpo permanente de la Constitución y, por tanto, ha de ser interpretado de tal forma que guarde consonancia con las otras disposiciones de la Carta, la Corte señala las materias respecto de las cuales procede, sin que ello contraríe el Estatuto, que el Presidente de la República, en el ámbito de sus atribuciones, declare cuáles son las interpretaciones de algunos apartes del mismo que armonizan plenamente la Constitución con el Estatuto de Roma. Dicho señalamiento por la Corte en ningún caso supone que existe una inconstitucionalidad parcial del Estatuto. Esta determinación obedece al cumplimiento del principio fundamental según el cual todas las autoridades tienen como finalidad asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Nacional (artículo 2°), así como al propósito de concretar el mandato de colaboración armónica entre los

órganos que integran las ramas del poder público, dentro del respeto a las órbitas de competencia de cada uno, en este caso, de la Corte Constitucional a la cual se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Carta y del Presidente de la República al cual se le ha atribuido la dirección de las relaciones internacionales de Colombia (Constitución Nacional, artículo 113). Tales materias son las siguientes:

(1) Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.

(2) Siempre será el interés de la justicia que a los nacionales colombianos les sea garantizado plenamente el derecho de defensa, en especial el derecho a ser asistido por un abogado durante las etapas de investigación y juzgamiento por parte de la Corte Penal Internacional (artículo 61, párrafo 2, literal b, y artículo 67, párrafo 1, literal d).

(3) Si llegare a darse el caso de que un colombiano haya de ser investigado y enjuiciado por la Corte Penal Internacional, procede la interpretación del Estatuto de Roma de conformidad con los principios y normas que integran el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, siempre y cuando éstos no sean incompatibles con dicho Estatuto ni restrinjan el alcance de sus disposiciones.

(4) En relación con el artículo 17, párrafo 3, del Estatuto de Roma, las “otras razones” a fin de determinar la incapacidad del Estado para investigar o enjuiciar un asunto se refieren a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio.

(5) Como el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia.

(6) Los artículos 9º y 51 del Estatuto de Roma, relativos a los Elementos del Crimen y a las Reglas de Procedimiento y Prueba cuya adopción compete a la Asamblea de los Estados partes por una mayoría de los dos tercios de sus

miembros, no sustraen dichos instrumentos de la aprobación por el Congreso de la República ni del control constitucional previstos en la Constitución Política.

## VII. DECISIÓN

En mérito a las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

**Primero.** Declarar **EXEQUIBLE** la ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

**Segundo.** Declarar **EXEQUIBLE** el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

**Tercero.** Disponer que se comunique inmediatamente esta sentencia al Presidente de la República para lo de su competencia, así como al presidente del Congreso de la República.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA  
Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA  
Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA  
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO  
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL  
Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT  
Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS  
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ  
Magistrada

**ANEXO 4.**  
**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)**

Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados.

Entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978, de acuerdo con el artículo 95.

Preámbulo: Las Altas Partes contratantes

Recordando que los principios humanitarios refrendados por el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, constituyen el fundamento del respeto a la persona humana en caso de conflicto armado sin carácter internacional,

Recordando, asimismo, que los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental,

Subrayando la necesidad de garantizar una mejor protección a las víctimas de tales conflictos armados,

Recordando que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública,

Convienen en lo siguiente:

**TÍTULO I: ÁMBITO DEL PRESENTE PROTOCOLO**

Artículo 1°: Ámbito de aplicación material

1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a 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) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, 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.

2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

#### Artículo 2º: Ámbito de aplicación personal

1. El presente Protocolo se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo (denominada en adelante “distinción de carácter desfavorable”), a todas las personas afectadas por un conflicto armado en el sentido del artículo 1º.

2. Al fin del conflicto armado, todas las personas que hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad por motivos relacionados con aquél, así como las que fuesen objeto de tales medidas después del conflicto por los mismos motivos, gozarán de la protección prevista en los artículos 5º y 6º hasta el término de esa privación o restricción de libertad.

#### Artículo 3º: No intervención

1. No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo con objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al Gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos.

2. No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo como justificación para intervenir, directa o indirectamente, sea cual fuere la razón, en el conflicto armado o en los asuntos internos o externos de la Alta Parte contratante en cuyo territorio tenga lugar ese conflicto.

### TÍTULO II: TRATO HUMANO

#### Artículo 4º: Garantías fundamentales

1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.

2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1:

a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal;

b) los castigos colectivos;

c) la toma de rehenes;

d) los actos de terrorismo;

e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor;

f) la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas;

g) el pillaje;

h) las amenazas de realizar los actos mencionados.

3. Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular:

a) recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos;

b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas;

c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;

d) la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de quince años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados;

e) se tomarán medidas, si procede, y siempre que sea posible con el consentimiento de los padres o de las personas que, en virtud de la ley o la costumbre, tengan en primer lugar la guarda de ellos, para trasladar temporalmente a los niños de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país

más segura y para que vayan acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar.

#### Artículo 5º: Personas privadas de libertad

1. Además de las disposiciones del artículo 4º, se respetarán, como mínimo, en lo que se refiere a las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, ya estén internadas o detenidas, las siguientes disposiciones:

a) los heridos y enfermos serán tratados de conformidad con el artículo 7º;

b) las personas a que se refiere el presente párrafo recibirán, en la misma medida que la población local, alimentos y agua potable y disfrutarán de garantías de salubridad e higiene y de protección contra los rigores del clima y los peligros del conflicto armado;

c) serán autorizadas a recibir socorros individuales o colectivos;

d) podrán practicar su religión y, cuando así lo soliciten y proceda, recibir la asistencia espiritual de personas que ejerzan funciones religiosas, tales como los capellanes;

e) en caso de que deban trabajar, gozarán de condiciones de trabajo y garantías análogas a aquellas de que disfrute la población civil local.

2. En la medida de sus posibilidades, los responsables del internamiento o la detención de las personas a que se refiere el párrafo 1 respetarán también, dentro de los límites de su competencia, las disposiciones siguientes relativas a esas personas:

a) salvo cuando hombres y mujeres de una misma familia sean alojados en común, las mujeres estarán custodiadas en locales distintos de los destinados a los hombres y se hallarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres;

b) dichas personas serán autorizadas para enviar y recibir cartas y tarjetas postales, si bien su número podrá ser limitado por la autoridad competente si lo considera necesario;

c) los lugares de internamiento y detención no deberán situarse en la proximidad de la zona de combate. Las personas a que se refiere el párrafo 1 serán evacuadas cuando los lugares de internamiento o detención queden particularmente expuestos a los peligros resultantes del conflicto armado, siempre que su evacuación pueda efectuarse en condiciones suficientes de seguridad;

d) dichas personas serán objeto de exámenes médicos;

e) no se pondrán en peligro su salud ni su integridad física o mental, mediante ninguna acción u omisión injustificadas. Por consiguiente, se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a cualquier intervención médica que no esté indicada por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a las personas no privadas de libertad.

3. Las personas que no estén comprendidas en las disposiciones del párrafo 1 pero cuya libertad se encuentre restringida, en cualquier forma que sea, por motivos relacionados con el conflicto armado, serán tratadas humanamente conforme a lo dispuesto en el artículo 4° y en los párrafos 1 a), c) y d) y 2 b) del presente artículo.

4. Si se decide liberar a personas que estén privadas de libertad, quienes lo decidan deberán tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de tales personas.

#### Artículo 6°: Diligencias penales

1. El presente artículo se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado.

2. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad. En particular:

a) el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios;

b) nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual;

c) nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello;

d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada;

f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

3. Toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de otro tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos.

4. No se dictará pena de muerte contra las personas que tuvieren menos de 18 años de edad en el momento de la infracción ni se ejecutará en las mujeres encinta ni en las madres de niños de corta edad.

5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

### TÍTULO III: HERIDOS, ENFERMOS Y NÁUFRAGOS

#### Artículo 7º: Protección y asistencia

1. Todos los heridos, enfermos y náufragos, hayan o no tomado parte en el conflicto armado, serán respetados y protegidos.

2. En toda circunstancia serán tratados humanamente y recibirán, en toda la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos distinción alguna que no esté basada en criterios médicos.

#### Artículo 8º: Búsqueda

Siempre que las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, se tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar y recoger a los heridos, enfermos y náufragos a fin de protegerlos contra el pillaje y los malos tratos y asegurarles la asistencia necesaria, para buscar a los muertos, impedir que sean despojados y dar destino decoroso a sus restos.

#### Artículo 9º: Protección del personal sanitario y religioso

1. El personal sanitario y religioso será respetado y protegido. Se le proporcionará toda la ayuda disponible para el desempeño de sus funciones y no se le obligará a realizar tareas que no sean compatibles con su misión humanitaria.

2. No se podrá exigir que el personal sanitario, en el cumplimiento de su misión, dé prioridad al tratamiento de persona alguna salvo por razones de orden médico.

#### Artículo 11: Protección de unidades y medios de transporte sanitarios

1. Las unidades sanitarias y los medios de transporte sanitarios serán respetados y protegidos en todo momento y no serán objeto de ataques.

2. La protección debida a las unidades y a los medios de transporte sanitarios solamente podrá cesar cuando se haga uso de ellos con objeto de realizar actos hostiles al margen de sus tareas humanitarias. Sin embargo, la protección cesará únicamente después de una intimación que, habiendo fijado cuando proceda un plazo razonable, no surta efectos.

### TÍTULO IV: POBLACIÓN CIVIL

#### Artículo 13: Protección de la población civil

1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.

2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

#### Artículo 14: Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil

Queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles. En consecuencia, se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones, las reservas de agua potable y las obras de riego.

#### Artículo 17: Prohibición de los desplazamientos forzados

1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera

que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.

2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.

## TÍTULO V: DISPOSICIONES FINALES

### Artículo 19: Difusión

El presente Protocolo deberá difundirse lo más ampliamente posible.

### Artículo 20: Firma

El presente Protocolo quedará abierto a la firma de las Partes en los Convenios seis meses después de la firma del Acta Final y seguirá abierto durante un período de doce meses.

### Artículo 21: Ratificación

El presente Protocolo será ratificado lo antes posible. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Consejo Federal Suizo, depositario de los Convenios.

### Artículo 22: Adhesión

El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de toda Parte en los Convenios no signataria de este Protocolo. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del depositario.

### Artículo 23: Entrada en vigor

1. El presente Protocolo entrará en vigor seis meses después de que se hayan depositado dos instrumentos de ratificación o de adhesión.

2. Para cada Parte en los Convenios que lo ratifique o que a él se adhiera ulteriormente, el presente Protocolo entrará en vigor seis meses después de que dicha Parte haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

### Artículo 24: Enmiendas

1. Toda Alta Parte contratante podrá proponer una o varias enmiendas al presente Protocolo. El texto de cualquier enmienda propuesta se comunicará al depositario, el cual, tras celebrar consultas con todas las Altas Partes contratantes y con el Comité Internacional de la Cruz Roja, decidirá si conviene convocar una conferencia para examinar la enmienda propuesta.

2. El depositario invitará a esa conferencia a las Altas Partes contratantes y a las Partes en los Convenios, sean o no signatarias del presente Protocolo.

#### Artículo 25: Denuncia

1. En el caso de que una Alta Parte contratante denuncie el presente Protocolo, la denuncia sólo surtirá efecto seis meses después de haberse recibido el instrumento de denuncia. No obstante, si al expirar los seis meses la Parte denunciante se halla en la situación prevista en el artículo 1º, la denuncia no surtirá efecto antes del fin del conflicto armado. Las personas que hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad por motivos relacionados con ese conflicto seguirán no obstante beneficiándose de las disposiciones del presente Protocolo hasta su liberación definitiva.

2. La denuncia se notificará por escrito al depositario. Este último la comunicará a todas las Altas Partes contratantes.

#### Artículo 26: Notificaciones

El depositario informará a las Altas Partes contratantes y a las Partes en los Convenios, sean o no signatarias del presente Protocolo, sobre:

a) las firmas del presente Protocolo y el depósito de los instrumentos de ratificación y de adhesión, de conformidad con los artículos 21 y 22;

b) la fecha en que el presente Protocolo entre en vigor, de conformidad con el artículo 23; y

c) las comunicaciones y declaraciones recibidas de conformidad con el artículo 24.

#### Artículo 27: Registro

1. Una vez haya entrado en vigor el presente Protocolo, el depositario lo transmitirá a la Secretaría de las Naciones Unidas con objeto de que se proceda a su registro y publicación, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

2. El depositario informará igualmente a la Secretaría de las Naciones Unidas de todas las ratificaciones y adhesiones que reciba en relación con el presente Protocolo.

La edición, diseño e impresión de este  
libro se terminó en diciembre de 2010  
en Proceditor.  
Bogotá, D. C., Colombia

Se compuso en la fuente  
Myriad Pro de cuerpo 10 puntos.