

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS EN RELACIÓN CON UN CONFLICTO ARMADO

REINALDO BOTERO*

Notas preliminares

Con la expresión privación de la libertad de las personas nos queremos referir a la suspensión o pérdida definitiva de la libertad de locomoción, movimiento y residencia de las personas. En ese sentido, la privación de la libertad de las personas es una expresión genérica que contiene varias situaciones específicas o modalidades de ocurrencia: privaciones legales de la libertad y privaciones de facto de la libertad. En el primer caso, la privación de la libertad de las personas se produce como consecuencia de la expedición de una orden de autoridad competente y con el lleno de unos requisitos previamente fijados en la ley y, en el segundo caso, la privación de la libertad se presenta cuando una persona no autorizada para hacerlo expide o ejecuta la orden de privación de la libertad –que la hace ilegal por el hecho de no ser la autoridad competente–.

Esa distinción, sin embargo no ayuda mucho, puesto que nos lleva a indagar en el plano político si quien expide una orden es o no autoridad, si la orden

emitida es o no legal y, finalmente, si la autoridad y el orden son o no legítimos. Igualmente, las llamadas privaciones de hecho o factuales no resuelven por sí los problemas teóricos y humanitarios que se presentan y no deja de ser una expresión ambigua y abstracta.

Por tanto, nos parece más aconsejable hablar de tipologías de privación de la libertad de las personas. Una primera referencia, en ese orden, sería: a) privaciones de la libertad de las personas sin ninguna relación directa con un conflicto armado y, b) privaciones de la libertad de las personas en relación con un conflicto armado.

Son varias las distinciones que a ese respecto podemos hacer: en primer lugar, cuando la privación de la libertad no tiene relación con un conflicto armado no se aplica el Derecho Internacional Humanitario. En esos casos, resulta más adecuado plantear las dificultades teóricas y humanitarias que pudieran presentarse, desde la perspectiva de los tratados internacionales de derechos humanos y, especialmente, podría ser muy útil el uso de los instrumentos específicos de las Naciones Unidas relativas a la protección de las personas encarceladas, como por ejemplo las reglas y códigos de ética que contienen normas mínimas para el tratamiento de los reclusos por parte del personal de la guardia y los organismos de persecución primaria del delito. Normas estas que, aplica-

* Profesor de DH, Universidad Nacional de Colombia y Consejero Jurídico del Comité Internacional de la Cruz Roja. Nota: las opiniones del autor no necesariamente expresan la opinión oficial de las instituciones para las cuales trabaja.

das concurrentemente con las normas internas de un país podrían ayudar considerablemente en el mantenimiento de un ampliado marco de garantías judiciales y carcelarias.

En ese rango de aplicación normativa, queda claro que ni el derecho interno ni las normas internacionales de derechos humanos autorizan la suspensión de la libertad de las personas por quienes no cuentan con ninguna clase de autoridad para hacerlo. Este tema, queda, por ahora enunciado, pero lo abordaremos más adelante.

En cambio, cuando se trata de privaciones de la libertad de las personas en relación con un conflicto armado, por las razones que aquí diremos, es imperioso el uso del DIH, sin detrimento de otras normas complementarias.

En el grupo de privaciones de la libertad de las personas en relación con un conflicto armado, por su parte, hay que distinguir, en cada caso, las siguientes cuatro situaciones:

a) Las privaciones de la libertad de las personas en relación con un conflicto armado de carácter internacional. En tales casos, la privación de la libertad de un combatiente se llama toma de prisioneros y, su situación jurídica es regulada por el estatuto de los prisioneros de guerra a que se refiere el Convenio III de Ginebra de 1949 y en el Protocolo I de 1977 adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

b) Las privaciones de la libertad relacionadas con un conflicto armado no internacional, caso en el cual el marco jurídico de regulación y protección lo constituye el artículo 3o. común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y el Protocolo II de 1977 adicional a esos convenios;

c) *Toma de rehenes*, que constituye una infracción grave al DIH, si se trata de un conflicto armado con carácter internacional o de una violación grave al DIH si se trata de un conflicto armado no internacional. En estricto sentido son las privaciones de la libertad de las personas que no participan directamente en las hostilidades militares o, igualmente, puede ser una privación de la libertad de un combatiente por otro combatiente en relación con un conflicto armado, pero que como contraprestación para su liberación se exige algo a cambio distinto a las condiciones materialmente necesarias para permitir la libertad del capturado.

d) Finalmente, se habla de las tomas de rehenes con fines terroristas cuando la privación de la libertad de las personas ocurre en el marco de hechos esporádicos u ocasionales cometidos por grupos armados o por personas armadas contra personas extranjeras o en territorios internacionales o extranjeros y sin ninguna relación con un conflicto armado. También este punto intentaremos desarrollarlo totalmente en este documento.

Advertimos, como consecuencia de lo anterior, que en este documento no haremos referencia las privaciones de la libertad de las personas por hechos que no guardan ninguna clase de relación con un conflicto armado o cuando se presenta como actos terroristas esporádicos.

Notas introductorias

En la doctrina del DIH hay dos claras tendencias frente a la comprensión de esta conducta vulneratoria de los derechos básicos de la persona humana: un sector dominante señala que la toma de rehenes tiene el rango de infracción grave al DIH y que su práctica es tan antigua como la guerra misma; distinguiendo

entre los rehenes que son tomados en relación con un conflicto armado y aquellos que lo son por hechos ajenos a tales situaciones o son simplemente consecuencia de hechos ocasionales.

Otro sector, en el que se destaca Joseph J. Lambert¹ cataloga este delito como una manifestación moderna del terrorismo internacional, para señalar con ello la gravedad de tal solicitud y recalcar cómo su ocurrencia poco o nada tiene que ver con las guerras convencionales. No obstante, esa posición puede resultar bastante extremista ante la evaluación de cada situación práctica. Este documento, entre otras cosas, pretende recordar que los hechos terroristas² de toma de rehenes nada tienen que ver con el DIH, por lo menos cuando se trata de conductas que no tienen relación alguna con un conflicto armado, y que la toma de rehenes en el marco de un conflicto armado es una infracción grave al DIH.

En consideración a las dificultades que el mismo Lambert reconoce por las distintas definiciones que se han dado sobre "terrorismo"³ y, por las razones que

• Cuando se trata de privaciones de la libertad de las personas en relación con un conflicto armado, es imparioso el uso del DIH, sin detrimento de otras normas complementarias •

adelante diremos, no sería apropiado definir, para el caso colombiano, la toma de rehenes como un acto de terrorismo, puesto que tal ubicación no ayuda a la comprensión del fenómeno tal y como se presenta. Pero, también porque a pesar de la actual tendencia hacia la categorización de los grupos guerrilleros colombianos como actores inclinados al bandidaje, al delito común o al pillaje, desde la perspectiva del DIH tales expresiones odiosas

contra una de las partes no hacen posible entender la naturaleza del conflicto. Además, como dice Hernando Valencia Villa: "...en realidad las guerras se alimentan ante todo de palabra: son palabras las que despiertan a las armas y las que las mantienen activas"⁴.

prendido en el DIH. "El terrorismo —agrega un comentarista suyo— es un fenómeno social con demasiadas variables como para permitir una definición sencilla y práctica". Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 76, 1986. La Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo (Ginebra, 1937) define este delito como aquellos "...hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin o naturaleza es provocar el terror en personalidades determinadas, en grupos de personas o en el público". Gasser encuentra varias dificultades para definir el terrorismo, pero aporta una metodología basada en la siguiente regla: toda guerra implica violencia, como todo acto terrorista implica violencia. Pero, en la guerra la violencia puede ser lícita, por estar regulada por el derecho de la guerra, mientras que en el terrorismo la violencia siempre es ilícita. Revista Internacional de la Cruz Roja, CICR, Julio-Agosto de 1986, 11 año, No. 76, p. 211.

1. Joseph J. Lambert, *Terrorism and hostages in international law - A Commentary on the Hostages Convention 1979*, Grotius, Cambridge.
2. La Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, por su parte se ocupó de la cuestión al referirse a la necesidad de los estados de castigar "...todos los actos de toma de rehenes en su calidad de manifestaciones del terrorismo internacional".
3. Hans-Peter Gasser dice que el terrorismo nacional o internacional en tiempos de paz, es decir, en situaciones que no pueden clasificarse como un conflicto armado, no está com-
4. Hernando Valencia Villa, *La justicia de las armas, una crítica normativa de la guerra metodológica en Colombia*. Ed. Tercer Mundo Editoriales e Instituto de Estudios Políticos Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1993, pág. 15.

Tal advertencia tiene importancia en un momento en el cual, dadas las características especiales del conflicto armado en Colombia, es corriente que los actores armados incurran en infracciones reiteradas a las normas del DIH, dando lugar a interpretaciones diferentes sobre la naturaleza jurídica de los hechos.

Breve reseña histórica de la toma de rehenes

Claudio Pilloud⁵ observa que etimológicamente la expresión "toma de rehenes" significa la prenda que se otorga a cambio de algo, pues es el sentido que los romanos le daban a la palabra *obse*. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por su parte, define el verbo tomar como: *Coger o asir una cosa con la mano. Tomar una cosa así no sea con la mano.*

Lo cierto es que, la toma de rehenes es una práctica tan antigua como la guerra misma. Autores como Pilloud han realizado estudios sobre este tema y ha encontrado varios grupos de las principales tendencias de esa práctica en la historia de la guerra:

a) En la Edad Media y hasta el siglo XVII, los rehenes estaban constituidos por personas cercanas al soberano o eran personas notables de una ciudad que al ser entregados al Estado o al partido vencedor, eran tomados por estos para garantizar la ejecución de un tratado, de un armisticio o de cualquier otro compromiso. Según Salinas Burgos⁶, en ese período era común que se cobrara un rescate por los rehenes, lo cual implicaba la necesidad de preservarle la vida. En el período postgrociano, además del rescate, existió

la toma de rehenes como represalia contra el adversario y como castigo a los criminales de guerra.

Esa práctica hoy está en desuso en los conflictos internacionales, pues se recurre más bien a la ocupación temporal o parcial del territorio del Estado vencido mientras se obtiene la contraprestación.

b) Según el mismo Pilloud, los denominados "rehenes de acompañamiento", generalmente son habitantes de un territorio ocupado obligados a subir a bordo de trenes o convoyes de vehículos, con el propósito de que sus compatriotas no ataquen las caravanas.

c) Los rehenes "garantía", que son tomados como aval del orden y la seguridad de las tropas de ocupación. Esta fue una práctica ampliamente utilizada en la segunda guerra mundial por las tropas alemanas y francesas.

d) Los rehenes "delatores", que son tomados a fin de que la población denuncie a los culpables de un atentado sufrido por las tropas ocupantes.

e) Los rehenes que son tomados para garantizar la entrega de víveres o el pago de indemnizaciones reclamadas a municipios o ciudades.

f) Los rehenes que son tomados para garantizar la vida de otros rehenes.

g) Podría decirse que hay otro grupo de rehenes bastante común en la poca actual, no incluido por Pilloud, pero que reúne todas las prácticas reseñadas desde la Edad Media. Esta "nueva" modalidad de toma de rehenes adquiere varias formas: desvío de naves o aeronaves, vehículos terrestres; tomas de embajadas o dependencias oficiales o particulares, de edificaciones nacionales o internacionales; raptos de particulares, mujeres y niños, o de funcionarios estatales,

5. Claude Pilloud, Comentarios al artículo 34 del Convenio IV, anexo III. Trad. no oficial.

6. Hernán Salinas Burgos, Revista Internacional de la Cruz Roja, No. 93, de Mayo-junio 1989.

empresarios e industriales. Generalmente los captores exigen recompensas económicas o transformaciones sociales o cambios institucionales en la composición de los Estados o reformas legales a cambio de dejar libres a los rehenes.

h) También, han ocurrido casos en los cuales personas individuales ajenas a cualquier clase de agrupación armada, sin embargo, han recurrido a esa práctica para obtener favores o prebendas, como asilo político o recompensas económicas.

En los conflictos armados actuales todo pareciera indicar que la toma de rehenes, lejos de ser un hecho del pasado, es un método bélico usado reiterativamente. Así por ejemplo, recientemente la prensa internacional informaba sobre las difíciles condiciones y los perversos propósitos del canje de rehenes en el Cáucaso en la guerra entre Armenia y Azerbaiyán, en el Alto Karabaj; la venta pública de rehenes o el poco valor económico que tenían los ancianos y, en general, el desprecio por los rehenes enfermos, mostraban esa cruda realidad.

Esos hechos, cualquiera sea su origen o propósito, la época o las modalidades de los conflictos, ponen en alto riesgo la vida, la seguridad, la libertad, la dignidad y la tranquilidad de las personas, entre otros derechos protegidos por el Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. En no pocos casos, los rehenes han sido hacinados en campos de concentración, incomunicados, deportados, humillados y otros han sido ejecutados sin juicio previo y sin el respeto de ninguna clase de garantía judicial.

Por eso, la suerte de los rehenes y de los prisioneros de guerra ha sido, desde hace varios siglos, una preocupación humanitaria, inclusive, de los propios actores que participan de las hostilidades militares. Así

por ejemplo, en el derecho hispanoamericano, desde el siglo XVI, Francisco de Vitoria (fundador de la Escuela Clásica del Derecho Internacional Público) había dicho que: *...en la guerra hay muchas cosas establecidas en el derecho de gentes, parece admitido por la costumbre y por el uso de la guerra que, lograda la victoria y conjurado el peligro, no sé de muerte a los prisioneros (a no ser que sean prófugos)*⁷...

En uno de los primeros armisticios celebrados en América Latina, con ocasión de las guerras de independencia nacional en el siglo XIX, Simón Bolívar (general de las tropas independentistas) y Pablo Morillo (general del Ejército Español), suscribieron un pacto el 26 de noviembre de 1820 en el cual se estableció que: *Todo militar o dependiente de un ejército tomado en el campo de batalla, aún antes de decidirse esta, se conservan y guardan como prisionero de guerra, y ser tratado y respetado conforme a su grado, hasta lograr su canje*⁸.

De la misma manera, se le reconoció esa calidad a las personas capturadas en marchas, destacamentos, partidas, playas, guarniciones, puestos fortificados, aún cuando fueran aprehendidos en asalto; a los militares o civiles que individualmente o en grupos realizaran actividades de inteligencia o espionaje. En cambio, los heridos o enfermos en los hospitales debían ser dejados en libertad para que se reincorporaran a su respectiva bandera militar.

Finalmente, el citado tratado creó un mecanismo de canje de prisioneros de guerra, respetando los grados militares de los detenidos.

7. Alejandro Valencia Villa, *Derecho Humanitario para Colombia*. Defensoría del Pueblo, Santafé de Bogotá, 1994, pág. 46.

8. *Ibidem*, pág. 51.

Experiencias similares para el tratamiento humanitario de los prisioneros de guerra y de los rehenes tomados por las partes en conflicto da cuenta la historia europea y americana con abundantes ejemplos.

Habría que advertir que no fue muy clara la línea divisoria entre rehenes civiles y prisioneros de guerra, puesto que, generalmente, los combatientes entendían que los civiles que habitaban en los territorios ocupados eran también enemigos. La distinción, entonces, entre rehenes y prisioneros, es clave para entender por qué del equívoco de quienes piensan que son prisioneros los civiles que no participan directamente de las hostilidades militares.

Prohibición de usar la libertad como negocio y método de combate

Durante muchos siglos, la toma de rehenes no fue una práctica prohibida, sino que, por el contrario, estaba permitida por los usos regulares y costumbres de la guerra. Pero también, esos usos y costumbres de la guerra se fueron modificando lentamente hasta prohibir, de manera rotunda, esa práctica. La evolución no fue fácil, pues por ejemplo, con el Convenio de la Haya de 1907, para la potencia detentora los prisioneros de guerra eran, en cierta medida, rehenes sobre los cuales podía ejercerse presiones y obligaciones y, en estricto sentido, tenían la condición de "prenda" de garantía para el cumplimiento de una contraprestación a cargo de un tercero, que generalmente era un Estado.

La distinción, entre rehenes y prisioneros, es clave para entender por qué del equívoco de quienes piensan que son prisioneros los civiles que no participan directamente de las hostilidades militares.

Hasta antes de las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 no hubo norma positiva que estrictamente prohibiera la toma de rehenes y que limitara las facultades de la Potencia detentadora.

Precisamente, en orden a garantizar el principio de la pena personal, según el cual a un nacional de un país no puede imponerse una pena penal como castigo por los daños cometidos

o como represalia por los hechos causados por un Estado⁹ y, procurando aminorar el sufrimiento de los prisioneros de guerra y los rehenes, el CICR presentó un proyecto de convenio en la XV Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada en Tokio en 1934 sobre esa materia. El artículo 19 literal a) de ese proyecto establecía que: En caso de que, a título excepcional, al Estado ocupante le parezca indispensable tomar rehenes, estos deben ser siempre tratados con humanidad. No se debe, bajo ningún pretexto, darles muerte o someterlos a castigos corporales¹⁰.

En la Segunda Guerra Mundial esa práctica inhumana se incrementó, al punto que se convirtió en una forma regular para presionar y eliminar a los nacionales de un Estado enemigo. Esa situación obligó a la

9. Dice Polloud que "En el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, el Comité intervino en varias ocasiones ante los gobiernos y las Cruces Rojas de los países beligerantes solicitándoles encarecidamente respetar, incluso ante consideraciones militares, el derecho natural que tiene el hombre a que se le trate sin arbitrariedad y sin que se impute la responsabilidad de actos que no ha cometido". Obra. Cit., pág. 9.

10. Citado por C. Pilloud. Obra. Cit., pág. 9.

comunidad internacional a preocuparse por la situación de los prisioneros de guerra, los rehenes tomados por las partes en un conflicto armado y por la suerte de los desaparecidos¹¹, como una nueva categoría independiente de las demás.

Por eso al terminar la guerra, y luego de muchos esfuerzos humanitarios en diferentes conferencias internacionales, las potencias aliadas que habían prometido el castigo de los crímenes de guerra, tomaron algunas medidas para reprimir los delitos internacionales¹². Fue así como acordaron el 8 de agosto de 1945 en el Acta de Londres, relativa al castigo de los crímenes de guerra, en el artículo 6, literal b) de la Carta Anexa al Acuerdo, el castigo para los responsables de las "ejecuciones de rehenes", por ser consideradas crímenes de guerra.

A partir de ese momento varios países, inclusive Alemania, adoptarían en sus legislaciones el castigo penal para quien diera muerte al rehén. El 30 de septiembre de 1946, el Tribunal Militar Internacional que sesionó en Nuremberg, consideró que los malos tratos infligidos a las poblaciones civiles en los territorios ocupados y la ejecución de rehenes –que según el Acta de Londres debían ser considerados como crímenes de guerra– violaban las leyes y costumbres de la guerra, tal como estaba expresado en el artículo 46 del Reglamento de La Haya.

Los artículos 4, 46 y 50 del reglamento anexo al Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, el Convenio de Ginebra de 1929

relativo a los prisioneros de guerra, el acuerdo de 1945 relativo al juicio y al castigo de los principales crímenes de guerra del eje europeo y la declaración de las potencias aliadas del 30 de octubre de 1949 relativo a la responsabilidad por los malos tratos infligidos a los rehenes, constituyen el conjunto de normas que dieron inicio a una normativa específica sobre la materia, prohibiendo su práctica.

Todo ese proceso concluye con la aprobación del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de los civiles en tiempos de guerra, en el que se prohíbe de manera expresa la toma de rehenes (art. 34) - prohibición que se ratifica en el art. 75, párrafo 2C del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 y en el artículo literal c) del Protocolo II de 1977. La privación de la libertad de los combatientes en las guerras sin carácter internacional y las personas privadas de la libertad como prisioneros de guerra en los conflictos internacionales y la situación de los civiles no combatientes tomados como rehenes, dejó de ser una mercancía negociable o simplemente de personas sobre las cuales se podía ejercer cualquier tipo de represalias o de tratos inhumanos y degradantes.

Sin embargo, una fue la suerte de los prisioneros de guerra y los rehenes cautivos en relación con los conflictos armados y, otra muy distinta, la de los rehenes tomados por grupos extremistas hacia la década de los años setenta, cuando esa práctica se incrementó. En ese período la comunidad internacional fue testigo de múltiples hechos ocurridos en varios países en los que grupos irregulares tomaron como rehenes a personas civiles ajenas a las confrontaciones armadas. Tales hechos impulsaron una iniciativa tendiente a que la XXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja, reunida en Bucarest en 1977, adoptara la Resolución VIII en la que se condenó esa práctica y,

11. Sobre este tema puede verse: Amnistía Internacional, *Desaparecidos*, Buenos Aires, 1979. Reinaldo Botero B. *En busca de los desaparecidos*, Defensoría del Pueblo, Santafé de Bogotá, 1996.

12. A ese respecto puede verse una exposición más detallada. *En busca de los desaparecidos*, obr. cit.

al mismo tiempo, se hizo un llamado a los gobiernos de todo el mundo para que tomaran las medidas necesarias en orden a evitar la repetición de tales crímenes.

El día 7 de diciembre de 1979, en la 105 Asamblea General, la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Convención Internacional contra la toma de rehenes con fines terroristas definiéndola de la siguiente forma: *Comete infracción de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención quien quiera que se apodere de una persona, o la detenga y la amenace con matarla, hierirla o mantenerla detenida, a fin de obligar a que una tercera parte, a saber: un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona física o moral o un grupo de personas, realice un acto cualquiera o que se abstenga de hacerlo como condición explícita o implícita para la liberación del rehén.*

En esta forma termina por imponerse en el derecho internacional de los conflictos armados y en el derecho penal internacional una serie de prohibiciones que buscan eliminar esa antigua práctica inhumana.

La toma de rehenes en el DIH

En primer lugar, debe decirse que en el sistema de sanciones, en el DIH se prevén dos tipos de infracciones: la graves y las leves o simples infracciones. El art. 147 del IV Convenio de Ginebra enumera las infracciones graves y entre ellas, de manera especial la toma de rehenes. En segundo lugar, el art. 3o. común a los cuatro Convenios de Ginebra, prescribe que los actos ilícitos de cualquier índole contra personas que no participan en las hostilidades están absolutamente prohibidos. Y, el párrafo segundo, literal b) expresamente prohíbe la *toma de rehenes*.

Teniendo en cuenta las prohibiciones anteriores, es necesario precisar algunos elementos a ese respecto:

A-. *Rehenes y combatientes:*

En primer lugar, la toma de rehenes se predica de la captura o retención de quien no estaba participando directamente en las hostilidades militares en el momento de la aprehensión física; en tanto que, la privación de la libertad de un adversario militar realizada por la otra parte, se presenta cuando tal captura guarda una relación de causalidad con un conflicto armado. En este último caso, si el conflicto armado es internacional, esa privación adquiere la forma de una captura de prisioneros de guerra y, si se trata de un conflicto armado no internacional, nos encontramos ante una privación de la libertad en relación con un conflicto armado, simplemente.

Por analogía, citando a Jean De Preux, es necesario aclarar el punto relacionado con la privación de la libertad de los combatientes que no están desarrollando actividades militares u hostiles en el momento de la captura. En el contexto del artículo 44 -dice Preux- (*Combatientes y prisioneros de guerra*), es perfectamente posible que dicho combatiente caiga en poder del adversario cuando está ejerciendo actividades civiles habituales y cotidianas, **tiempo en el cual nada lo distingue de cualquiera otra persona civil**¹² (subrayado fuera del texto).

Si tal interpretación se da en relación con los prisioneros de guerra en conflictos internacionales o en las guerras de independencia, con mayor razón habrá de hacerse en relación con los conflictos no internacionales, casos en los cuales debe hablarse de una toma de rehenes si la persona aprehendida no

13. Comentarios..., ob. cit., pág. 4.

estaba desarrollando actividades propias de un adversario militar en el momento de la aprehensión. Sin embargo, nos parece que ambas interpretaciones van muy lejos y ofrecen dificultades para su análisis si se afirma, contrario sensu, que la privación de la libertad de un miembro de un grupo armado irregular, contra quien existe una orden de captura, es privado de la libertad cuando estaba desarrollando actividades normales como cualquier persona de la población civil es una toma de rehenes. La confusión se presenta precisamente porque en algunos casos se confunde la privación de la libertad de las personas en relación con un conflicto armado con la toma de rehenes y, es claro, que entre ambas figuras jurídicas hay diferencias sustanciales.

Lo anterior no quiere decir, en manera alguna, que los Estados a través de sus funcionarios no puedan incurrir en una toma de rehenes. Ya cuando se priva de la libertad a una persona para pedir a cambio una contraprestación a la otra parte o ya cuando habiendo sido capturada en relación con un conflicto armado se toma la decisión de hacerle al adversario exigencias distintas a las que surgen de los procesos penales.

Este asunto admite una valoración más profunda que debemos estudiar: Inicialmente se presentaron algunas dudas, puesto que se preguntaba si el artículo 30. común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 protegía o no a los miembros o las tropas que han depuesto las armas o que han dejado de participar en las hostilidades. En relación con este tema, la Conferencia Diplomática que aprobó los Convenios de

“En algunos casos se confunde la privación de la libertad de las personas en relación con un conflicto armado con la toma de rehenes y, es claro, que entre ambas figuras jurídicas hay diferencias sustanciales.”

Ginebra, hizo resaltar claramente que no es necesario que las tropas en su conjunto hayan depuesto las armas, puesto que la normativa humanitaria está dirigida a proteger a las personas y no a los cuerpos armados. En ese sentido, entonces, el primer interrogante quedó despejado: cualquier persona que ha dejado de participar en las hostilidades militares puede ser sujeto de una violación de sus derechos mediante la toma de rehenes si a condición de su libertad se exige

una contraprestación.

Pero, hay más, surgió un segundo cuestionamiento destinado a saber si tales normas humanitarias protegían o no a los combatientes que no habían depuesto las armas y que eran capturados en plena actividad militar. Una primera interpretación llevó a pensar que no, puesto que se requería que los militares capturados por la otra parte hubiesen depuesto las armas y no así para los militares que no las depusieron y que eran capturados en combate.

Sobre el tema, los comentarios del Protocolo II adicional de 1977 han señalado que, en relación con los conflictos armados no internacionales, el art. 40. literal c) de dicho Protocolo II expresamente se refiere al asunto prohibiendo la toma de rehenes respecto de las personas que hayan dejado de participar en las hostilidades militares; están o no privados de la libertad. De ese modo, una vez capturados por vencimiento o rendición los combatientes no podrán ser objetos de tal conducta, por estar prohibida claramente. En otros términos, no podrán ser utilizados como rehenes, o como garan-

tía o como medio para hacer exigencias de ninguna índole. En tales casos, dentro del marco de competencia soberana de los Estados, que se deriva del artículo 30. del Protocolo II adicional de 1977, esa privación de la libertad del adversario se denomina captura de un actor armado irregular o privación de la libertad de adversario militar y podrá ser sancionada penalmente bajo la denominación y condiciones que desee el legislador nacional.

Todo indica que el DIH relativo a los conflictos armados no internacionales no establece de manera restrictiva quienes no son los beneficiarios o destinatarios activos de las normas, sino que, por el contrario, amplía el marco de aplicación indicando a qué personas protege: cualquier miembro de la población civil o cualquier militar que haya depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquiera otra causa, casos en los cuales no podrían ser tomadas como rehenes¹⁴. En este orden de ideas, la interpretación que surge, en un primer momento, es que, frente a conflictos no internacionales, la captura de soldados por parte de grupos armados irregulares, dadas las circunstancias jurídicas señaladas, sería una típica toma de rehenes proscrita por la normativa internacional cuando a cambio de su libertad se exige una contraprestación.

Ahora, deber insistirse en que no constituye una contraprestación la exigibilidad de las condiciones materiales básicas para el desarrollo de actividades humanitarias tendientes a dejar en libertad a las personas privadas de la libertad. De la misma manera, sobre la base de un acuerdo humanitario, con fundamento en el art. 30. común a los cuatro Convenios de

Ginebra de 1949, las partes en conflicto, y solo ellas, tienen la facultad legal de celebrar convenios dirigidos a salvaguardar la libertad de las personas privadas de la libertad. En tal caso, lo que en principio pudiera tomarse antijurídico ante la normativa humanitaria, adquiere la condición de un acto con plena juridicidad.

Por ahora, se ha insistido en que el Protocolo II adicional de 1977 protege, *ratione personae*, a todas las personas afectadas por el conflicto armado (ámbito de aplicación personal), cuando no participen directamente o hayan dejado de participar en las hostilidades y, *ratione temporis*, a los combatientes, desde el momento en que queden fuera de combate por cualquier causa. Bajo esas circunstancias, entonces, respecto de esas personas, es claro que el DIH prohíbe expresamente la toma de rehenes, 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, los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes o degradantes y las condenas y ejecuciones dictadas sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido con el respeto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

La situación jurídica que distingue a las personas privadas de la libertad en relación con un conflicto armado sin carácter internacional de los prisioneros de guerra está dada por la naturaleza del conflicto. Aspecto que es bien claro pero que bien vale la pena recordar: el II Convenio de Ginebra de 1949, conocido como estatuto del prisionero de guerra, relativo a los conflictos de rango internacional, define los prisioneros de guerra en el art. 40., referidos siempre a la captura realizada por una de las Altas Partes Contratantes o por una Parte que acoge las normas del Convenio, en relación con los miembros de las fuerzas

14. Sobre este punto puede verse los comentarios en español, no oficiales, de los Convenios de Ginebra, 4567.

armadas de la otra Parte. Por tanto¹⁵, no es posible jurídicamente aplicar el *estatuto del prisionero de guerra* a las personas privadas de la libertad en el marco de un conflicto armado no internacional, puesto que el Protocolo II adicional de 1977 se refiere a ellos como "personas privadas de la libertad" *por motivos relacionados con las hostilidades militares*, en cuyo caso la protección se deriva de las normas del propio Protocolo II adicional de 1977. Lo común en ambas situaciones es que, bajo ninguna circunstancia, le es permitido al aprehensor convertir al aprehendido en rehén.

En cambio, la simple neutralización del enemigo por o a través del vencimiento o la rendición¹⁶ (que puede implicar la captura material o la entrega voluntaria de quien depona las armas), está permitida siempre que se le respeten las garantías fundamentales al retenido. No es otra la interpretación que surge de la comparación de los artículos 2o., Numeral 2o. y el art. 4o., numeral 1. del Protocolo II que utilizan expresiones como: *todas las personas que hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad por motivos relacionados con (el conflicto) o*

todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de la libertad tienen derecho a que se les respete en sus garantías fundamentales. Estas privaciones de la libertad emergen de la naturaleza misma de una guerra y, por razones éticas y humanitarias, precisamente lo que se busca es que preferiblemente los combatientes vencidos o rendidos sean privados de la libertad, en todo caso, respetando su integridad personal y evitando el aniquilamiento de las fuerzas, ya que la orden de no dejar sobrevivientes es también, como la toma de rehenes una grave infracción y violación al DIH.

Una pregunta interesante a este respecto es la siguiente: ¿Cuándo se pasa de la simple captura para neutralizar al enemigo a la toma de rehenes? El interrogante es bien complejo, pero pensamos que en este caso como en otros tantos vacíos dejados por el derecho positivo internacional, debe llenarse por o a través de una interpretación histórico-sociológica que permite no restringir el alcance humanitario de las normas de los conflictos armados. Una aproximación de respuesta a ese interrogante podría darse interpe-
lando que el Protocolo II adicional de 1977 en el artículo 5o. prohíbe tomar contra las personas privadas de la libertad cualquiera de las prohibiciones establecidas en el art. 4o., entre ellas la toma de rehenes. De suerte que, si retomamos los contenidos históricos arriba señalados y que dieron origen a la prohibición, según los cuales la toma de rehenes es un acto de aprehensión de una persona con el fin de garantizar el cumplimiento de una contraprestación, lo que prohíbe, entonces, el tantas veces citado Protocolo II adicional de 1977, no es la privación de la libertad en relación con un conflicto armado, sino la toma de rehenes. Es decir, la exigencia de una contraprestación a cambio de la liberación o el bienestar del retenido.

15. Para una mayor precisión sobre el tema de los prisioneros de guerra, puede verse el excelente comentario Jean de Preux sobre el artículo 45 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, en Comentarios a los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, Claudie Pilloud y otros. Editores Yves Sandoz, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra 1987. Traductor Mauricio Duque; traducción no oficial.

16. Fernández-Flores dice que "la rendición, en sentido estricto, es la rendición sin condiciones o rendición a discreción, también llamada rendición simple.. Sin embargo, en algunos casos se habla de rendición con condiciones, lo que, realmente, es una capitulación, en sentido estricto". José-Luis Fernández-Flores, *El derecho de la guerra*, Publicaciones del E.M.E., Madrid, 1982, p. 286. Entonces, aquí nos referimos a la acción de deponer las armas como una forma de la rendición simple.

B. En relación y con ocasión de las hostilidades militares:

Sylve-S. Junod, en los comentarios al Protocolo II adicional de 1977 (no. 4.568) advierte: La expresión "personas privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto armado" se ha tomado del artículo 2 (ámbito de aplicación personal), párrafo 2. del Protocolo. Conviene recordar aquí su gran alcance, ya que cubre tanto a las personas encausadas penalmente como a las privadas de libertad por razones de seguridad sin ser objeto de diligencias penales. Sin embargo, debe existir una relación entre la situación de conflicto y la privación de libertad; por consiguiente, esta disposición no está dirigida a los detenidos de derecho común¹⁷.

En ese orden, es necesario hacer la siguiente distinción: una es la situación que se presenta con las personas privadas de la libertad en relación con las hostilidades militares y otra, muy distinta, es la de las personas privadas de la libertad con ocasión a esas hostilidades.

Una interpretación literal del Protocolo II adicional de 1977 nos lleva a esa conclusión, puesto que, en el primer caso se presenta una relación directa de causalidad entre las hostilidades militares (como una operación o acto de guerra) y la privación de la libertad de un adversario; de suerte que, esta se presenta dentro del contexto y el entorno de las acciones militares: combates, enfrentamientos, reyertas, hostigamientos, persecuciones, etc. En estos casos la relación de causalidad está mediatizada por la condición de adversario militar que tiene la persona privada de la libertad, requisito sin el cual la privación

adquiere el carácter de ilegal desde la lógica del DIH. Por la misma razón, una privación es ocasional a las hostilidades militares cuando, por ejemplo, miembros de una de las partes, por fuera y sin relación directa con el conflicto armado y aprovechándose de su capacidad superior, privan de la libertad a una persona. Aquí, como en el caso anterior, no interesa el fin de la privación sino el hecho de que la privación de la libertad es ocasional y nada tiene que ver con el conflicto armado propiamente dicho.

En este último caso, es decir, cuando la privación de la libertad de las personas no guarda ninguna relación de causalidad con un conflicto armado, en principio, podría hablarse de una toma de rehenes. Desde la óptica del derecho internacional público, tales conductas podrían encajar dentro del rango de los llamados delitos internacionales, distintos a los crímenes de guerra, y solo comparables con las medidas promovidas por las Naciones Unidas en orden a prevenir y reprimir el delito. Cuando, la privación de la libertad se produce por nacionales contra sus connacionales en el propio territorio de su propio Estado, estamos en presencia de un delito común que debe ser calificado por la legislación del respectivo país donde ocurrió el hecho.

Esta distinción es importante porque permite precisar la llamada responsabilidad penal individual¹⁸ de los adversarios por crímenes de guerra cuando la toma de rehenes se produce por fuera de un conflicto armado, caso en el cual no se aplica el DIH; y, también sirve para establecer el tipo de delito internacional en

17. Sylve-S. Junod, Comentarios a los Protocolos ACG de 1949, CICR, Ginebra, 1987, apartado 4.568, trad. no oficial.

18. Fernández Flores *ius criminis belli* a las medidas penales y administrativas que tiende a castigar "los delitos cometidos en relación con la guerra" o "...durante el desarrollo de la guerra como los que resultan del recurso a la guerra contra las normas prohibitivas de la misma": obra. Cit. p. 136.

el que incurren los grupos terroristas que toman rehenes por fuera de un conflicto armado.

La toma de rehenes como delito internacional de terrorismo

Hay dos claras tendencias actuales en la doctrina del DIH a este respecto: de una parte, quienes como Gasse sostienen que todo acto ilícito en la guerra puede, según la gravedad del hecho, acarrear la tipificación de un acto terrorista. De manera más clara señala este autor que: *En virtud de los Convenios I, II y III de Ginebra de 1949, los miembros de las fuerzas armadas de una parte adversa deben ser respetados y protegidos en cuanto se rindan o en cuanto se haya vencido su resistencia. Atentar contra las vidas o hacer uso de la violencia contra sus personas está estrictamente prohibido (I y II Convenios, art. 12, párrafo 2); además deben ser protegidos contra los actos de violencia o de intimidación (III Convenio, art. 13, párrafo 2). En este contexto, revisten extrema importancia las restricciones relativas a los prisioneros que se especifican en el III Convenio de Ginebra: "Los cautivos que se nieguen a responder no podrán ser amenazados, ni insultados, ni expuestos a molestias o desventajas de cualquier naturaleza" (art. 17, apartado 4). Estas disposiciones equivalen a una prohibición global de cometer actos de terrorismo contra enemigos vencidos. El IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección de las personas civiles en tiempos de guerra, es el único Convenio de Ginebra de 1949 en el que el término "terrorismo" se emplea explícitamente¹⁹ (subrayas nuestras).*

A renglón seguido, Gasser dice que entre las conductas terroristas se encuentra la toma de rehenes

y el pillaje, la violencia contra todas las personas que estén en poder de la parte adversa y que no se beneficien de la protección en virtud de alguna otra norma.

Una segunda posición a este respecto lleva a pensar que es necesario aclarar varios aspectos: a) que una es la situación jurídica de los actos terroristas relacionados con un conflicto armado y, b) que otra es la situación de la toma de rehenes como un simple acto terrorista.

También, en este último caso, la toma de rehenes puede presentar dos variables:

1-. Que se trate de grupos o de personas particulares que de manera independiente a un conflicto armado toman rehenes para exigir una contraprestación o simplemente para intimidar y,

2-. Cuando grupos irregulares o fuerzas armadas oficiales de un Estado toman como rehenes a personas de la población civil con los propósitos señalados por la Convención contra la toma de rehenes con fines terroristas.

En ambos casos, como puede verse, nada tiene que ver la toma de rehenes con la naturaleza jurídica y material de las hostilidades militares y, por tanto, esa situación queda por fuera del alcance de las normas del DIH.

El delito de toma de rehenes con fines terroristas es bien distinto de la toma de rehenes como infracción del DIH, aunque entre ambos haya un elemento en común: es una típica privación de la libertad con carácter extorsivo en la cual se usa la vida y la libertad de las personas como medio para presionar la obtención de una recompensa o una contraprestación. Según la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes con Fines Terroristas: Comete infracción de

19. Gasser, obr. Cit., pág. 215.

toma de rehenes en el sentido de la presente Convención quien quiera que se apodere de una persona, o la detenga y la amenace con matarla, hierla o mantenerla detenida, a fin de obligar a que una tercera parte, a saber: un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona física o moral o un grupo de personas, realice un acto cualquiera o que se abstenga de hacerlo como condición explícita o implícita para la liberación del rehén.

La anterior definición, entre otros, exige los siguientes presupuestos para que se configure tal conducta:

1-. Ejercicio de la fuerza física o moral de una persona o contra otra o contra un grupo de personas. Valga decir, que la víctima del apoderamiento o del raptó lo sea en virtud de la violencia ejercida contra ella o contra su voluntad. Puesto que el apoderamiento significa exactamente una conducta contra otro, es decir, en contra de su voluntad de actuar libremente, es discutible la ocurrencia del apoderamiento cuando la propia víctima, sin que medie presión alguna (física o moral) facilita el hecho²⁰.

En otros términos, la auto-toma de rehenes es una contradicción o un imposible jurídico. Cuando se dice toma de rehenes, se indica con ello la acción de una persona (tercero con relación a la víctima) que desarrolla la acción de la aprehensión; esto es, exclu-

ye, de suyo, la posibilidad de que la conducta sea desplegada por la propia víctima.

2-. El raptó puede ser cometido por una persona o grupo de personas contra una persona o contra un grupo de personas.

3-. Se necesita que haya la exigencia de una contraprestación, que puede consistir en hacer u omitir una acción.

4-. Debe haber una relación de causalidad entre la promesa de la liberación del rehén y la exigencia de hacer u omitir algo.

A pesar de la claridad con la cual están expuestos estos básicos presupuestos hay varias cuestiones que es necesario resolver:

a) Por *ratione iuris*, el artículo 12 de la precitada Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes establece que ese instrumento *no es aplicable* "...a un acto de toma de rehenes cometido *en el transcurso de un conflicto armado* en el sentido de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus protocolos relativos a ello..."²¹ (subrayado nuestro).

20. No sería el caso del intercambio de rehenes cuando una persona se entrega "voluntariamente" para ser canjeada por otra por razones de consideración o humanidad. Por el contrario, cuando una persona se "autosocuestra", es decir, se oculta para presionar a otra a hacer o para que se abstenga de realizar algo, en efecto no estamos en presencia de la circunstancia especial de la violencia contra ella ejercida, sino de un delito de extorsión contra otra sobre la cual recae la amenaza.

21. El artículo 12 de la Convención contra la Toma de Rehenes dice textualmente: "En la medida en que los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de guerra o los Protocolos adicionales a esos Convenios son aplicables a un acto de toma de rehenes particular, y en la medida en que los Estados Partes en esta Convención están obligados, en virtud de dichos Convenios, a enjuiciar o a entregar al autor de la toma de rehenes, *la presente Convención no se aplica a un acto de toma de rehenes cometido en el transcurso de un conflicto armado en el sentido de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos relativos a ello*, inclusive los conflictos armados aludidos en el párrafo 4 del artículo primero del Protocolo adicional I de 1977, en los que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación

No es correcto decir que toda toma de rehenes es un acto terrorista cuando se produce en el contexto de un conflicto armado; lo que ocurre es que siendo toma de rehenes, en esa situación, se trata de una infracción grave al DIH.

Ahora bien, para precisar cuando estamos en presencia de un autor del delito de toma rehenes que tiene el carácter de combatiente o de adversario militar a un Estado, y cuando estamos en presencia de un conflicto armado propiamente dicho, es necesario recurrir a los principios normativos del DIH que definen expresamente esas materias. Para el caso de los conflictos armados no internacionales la base jurídica aplicable está en el artículo 1o. del Protocolo I adicional de 1977 (que preceptúa el ámbito de aplicación material) y en el artículo 2o., *Ibidem*, (que establece el ámbito de aplicación personal).

Con todo lo anterior podría decirse que: la toma de rehenes que no se encuentre dentro del marco del DIH, por no tratarse de un conflicto armado, es, concretamente, un acto terrorista si se dan las condiciones establecidas en la Convención contra la Toma de Rehenes. Esa es la calificación que le da el propio instrumento internacional, al precisar que el sentido de la Convención está signado por la: *...la necesidad urgente de desarrollar una cooperación internacional entre los Estados por lo que atañe a la elaboración y adopción de medidas eficaces destinadas a prevenir, reprimir y castigar todos los actos de toma de rehenes*

extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los Principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas" (subrayas fuera del texto)

*en su calidad de manifestaciones del terrorismo internacional.*²² (subrayas fuera de texto).

Pues bien, la anterior definición, así como los argumentos antes planteados no quieren decir que quienes se encuentren trenzados en un conflicto armado, nacional o internacional, no están exentos de cometer actos terroristas. Por el Contrario, como dice Gasser: "...incluso los miembros de las fuerzas armadas que tienen legítimamente derecho a hacer uso de la violencia pueden convertirse en terroristas si violan las leyes de la guerra"²³. Lo que ocurre es que, frente a la toma de rehenes, es decir a la privación de la libertad de las personas (participantes o no de las hostilidades militares) con fines prendarios o prestacionarios, el acto adquiere la categoría de terrorista cuando a cambio de la libertad, seguridad y respeto por la integridad física o moral del detenido se exige una contraprestación, puesto que, de una parte, nada tiene que ver con la reglamentación o la licitud de las hostilidades militares esa situación extrema y, de otra parte, porque el acto adquiere un carácter ocasional al conflicto y pierde, en consecuencia, la relación de causalidad entre las hostilidades militares y la privación de la libertad con fines de neutralización del enemigo.

b) Por *ratione materiae* y *ratione personae*, el artículo 13 de la Convención contra la Toma de Rehenes, de manera clara señala que: La presente Convención no será aplicable cuando la infracción se comete en el territorio de un solo Estado, el rehén y el presunto autor de la infracción tienen la nacionali-

22. Convención contra la Toma de Rehenes. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 34/146 del 7 de diciembre de 1979.

23. Gasser, Prohibición de los actos de terrorismo..., obra. cit., pág. 210.

dad de ese Estado y el presunto autor de la infracción es descubierto en el territorio de ese Estado.

Este ámbito de aplicación material y personal de la Convención es bastante claro y no ofrece mayores dificultades, puesto que se trata precisamente de una prohibición de toma de rehenes como delito de terrorismo internacional, el cual debe ser cometido contra extranjeros o en territorio internacional. Por eso mismo, obsérvese cómo, desde la perspectiva de ese instrumento internacional, los secuestros cometidos por nacionales de un país contra sus compatriotas, dentro del territorio de su Estado, no son un acto de terrorismo.

Régimen de los prisioneros de guerra

El Derecho Internacional Humanitario comenzó a estudiar un régimen especial para los "prisioneros de guerra" a partir de las reflexiones que hicieron filósofos como Rousseau y Montesquieu sobre los trágicos acontecimientos ocurridos durante la guerra de los treinta años²⁴.

Con el paso del tiempo, el Derecho Internacional Humanitario fue regulando, cada vez con mayor precisión, los derechos de los prisioneros de guerra, ampliándolos y determinándolos de acuerdo a las necesidades que han surgido con la aparición de nuevos tipos de guerras y costumbres internacionales. Sin embargo, a lo largo de la historia de las guerras con prisioneros de guerra, gravitó el principio básico expuesto por Rousseau y Montesquieu, según el cual, un Estado no posee poder sancionatorio frente a un prisionero de guerra, pues su único derecho frente al

particular, es impedirle que vuelva nuevamente a las hostilidades.

En la actualidad existen dos instrumentos internacionales básicos que regulan los derechos de los prisioneros de guerra, ellos son: el Convenio III de Ginebra de 1949 y el Protocolo I de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

El Convenio III, llamado Convenio Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, fue creado gracias a las reflexiones suscitadas al finalizar la Segunda Guerra Mundial y de acuerdo a los tratados internacionales ya existentes sobre la materia²⁵. El Protocolo I adicional de 1977, surgió de la necesidad de regular conflictos distintos a los comprendidos en los Convenios de Ginebra de 1949.

Para comprender los requisitos exigidos en ambos instrumentos internacionales se realizará un cuadro comparativo en la siguiente página, en el cual se mostrarán las diferencias y semejanzas de los requisitos que debe cumplir una persona para ser considerada "prisionero de guerra".

El delito de secuestro en la legislación colombiana

En la legislación colombiana hay dos clases de secuestro: el simple y el extorsivo. La ley 40 de 1993, en el art. 10., que subroga el artículo 268 del Código

24. Ver: ROUSSEAU, Charles. *Le Droit des conflits armés*. Paris: Editions A. Perleone, 1983 p. 85.

25. Ver: PICIET, Jean et al. *Commentary III Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war*. International Committee of the Red Cross, 1960. Entre los tratados internacionales que existían con anterioridad a los Convenios de Ginebra pueden citarse los siguientes: Reglamento de la Haya Anexo a la Convención IV del 18 de octubre de 1907 y Convención de Ginebra del 27 de julio de 1929 para mejorar la suerte de los prisioneros de guerra.

Art. 40. Convenio III de Ginebra de 1949

1. **Caer en poder del enemigo:** Esta fórmula, implica o bien la captura propiamente dicha o bien la rendición o entrega voluntaria a la parte enemiga. Por tanto, no existe diferencia en el tratamiento jurídico que debe darse a quien se rinde o a quien es capturado directamente por el enemigo: ambos son, para el Derecho Internacional Humanitario, prisioneros de Guerra.

2. **Carácter exclusivamente internacional.**

El Convenio III sólo es aplicable en situaciones en las cuales intervienen sujetos de derecho internacional, absolutamente, esto es, no se aplica directamente para casos de beligerancia.

3. **¿Quiénes pueden ser considerados como prisioneros de guerra?**

Es necesario que la persona cumpla cualquiera de las siguientes posibilidades:

– Miembros de las Fuerzas Armadas. Expresamente se incluyen los miembros de las milicias y de los cuerpos voluntarios de estados reconocidos por la comunidad internacional. Es importante aclarar que se incluyen cualquier tipo de tropas, es decir de aire, agua o tierra.

– Miembros de otras milicias y cuerpos de voluntarios pertenecientes a una de las partes en conflicto que reúnan las siguientes condiciones:

1. Mando responsable.

2. Signo distintivo fijo y reconocible a la distancia.

3. Llevar armas a la vista.

4. Dirigir sus operaciones de conformidad con los usos de la guerra.

– Personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan.

– Miembros de las tripulaciones.

– Población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber crido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares.

– Personas que sigan voluntariamente a las fuerzas armadas regulares, sin hacer parte de ellas.

4. **Pérdida del carácter de combatiente.**

En casos de miembros de cuerpos de voluntarios o de movimientos de resistencia organizados en conflicto no serán considerados como prisioneros de guerra cuando no dirijan sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de guerra.

Artículos 43 y 44. Protocolo I adicional de 1977

1. **Caer en poder del enemigo:** Iguales precisiones que en el anterior.

2. **Carácter internacional.**

El Protocolo I sólo se aplica en casos en los cuales las dos partes son sujetos de derecho internacional, al menos parcialmente, esto es cuando es reconocida como beligerante.

3. **¿Quiénes pueden ser considerados como prisioneros de guerra?**

– Para el Protocolo I, únicamente pueden ser prisioneros de guerra las personas capturadas que formen parte de Fuerzas Armadas, sin embargo, la descripción de éstas es más general que en la regulada por el Convenio III. Para el Protocolo I toda fuerza armada debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que sean fuerzas, grupos o unidades armadas organizadas: Esto implica que la lucha debe tener un carácter colectivo, que debe llevarse a cabo bajo una dirección y según unas normas.

2. Que dichas fuerzas estén colocadas bajo un mando responsable: No se concibe un mando responsable sin que las personas que lo asumen conozcan las normas aplicables en caso de conflicto armado.

3. Que las fuerzas armadas sean regulares, es decir que hayan sido organizadas por un Estado, en virtud de una legislación apropiada o bien por otra parte en el conflicto o que al menos sean sujetos parciales de derecho internacional, es decir que se les haya reconocido su carácter de beligerancia.

4. **Pérdida del carácter de beligerante.**

La violación de las normas de Derecho Internacional Humanitario no priva al beligerante de, en caso de caer en poder de una parte adversa, su derecho a ser considerado prisionero de guerra, salvo cuando el combatiente no porta las armas abiertamente durante todo enfrentamiento militar y durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar.

Penal, define el delito de secuestro extorsivo como: *El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, incurrir en prisión de 25 años a 40 años y multa de 100 a 500 salarios mínimos mensuales.*

En la misma pena incurrirá quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una personalidad de reconocida notoriedad o influencia pública.

De otra parte, la citada ley 40 de 1993 en el artículo 2o. define el secuestro simple como: *El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo anterior, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a un persona, incurrirá en prisión de 6 a 25 años y multa de 100 a 200 salarios mínimos mensuales.*

Si el propósito del agente es contraer matrimonio u obtener una finalidad erótico-sexual, incurrirá en prisión de 1 a 3 años. Para proceder en este caso se requiere querrela de parte.

La Corte Suprema de Justicia ha interpretado la norma penal relativa al secuestro extorsivo de la siguiente forma: *Obsérvese que la norma -C.P., art. 268- sólo exige como resultado el arrebato, la sustracción, la retención u ocultación de una persona, bastando para la consumación del delito que esta conducta se realice con el "propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad", de donde se desprende con absoluta claridad que no es necesaria la efectiva obtención del provecho o utilidad buscado por el secuestrador, ya que el texto legal no la exige, lo cual es apenas razonable, tratándose, como ya se anotó, de un delito que fundamentalmente atenta contra libertad individual²⁶.*

El delito de secuestro extorsivo, para la legislación colombiana, no es de por sí terrorista, sino que,

cuando los fines son tales, la pena se agrava de 8 a 20 años de prisión (art. 270-8 del C.P.). En otras palabras, no todo secuestro es terrorista, como tampoco todo secuestro es extorsivo. Es decir, de acuerdo a la legislación penal colombiana, puede presentarse un secuestro simple, un secuestro extorsivo o un secuestro extorsivo con fines terroristas.

No es clara todavía la normativa penal colombiana frente al tema de "los fines terroristas" de que trata el agravante penal antes citado, puesto que no se encuentra delimitado en ninguna parte de la legislación que debe entenderse por fines terroristas. Sin embargo, se ha interpretado que son los mismos que persigue quien comete el delito de terrorismo que se encuentra definido el artículo 187 del C.P., que dice: *El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva...*

Si se compara la definición de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes y la del artículo 268 del C.P. que define el delito de secuestro extorsivo, se podrían observar no pocas similitudes.

26. C.S.J., Sala Casación Penal, Sentencia, enero 17 de 1989. El elemento de la violencia al que hacemos referencia en relación con la Toma de Rehenes definida en la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, es un elemento también tenido en cuenta por la jurisprudencia colombiana en relación con el delito de secuestro: "Hoy no puede hablarse de secuestro consentido, pues tal como lo dijo la comisión redactora los verbos que se emplean para tipificar este hecho punible denotan de suyo actitud violenta o engañosa. En otras palabras, el delito de secuestro se tipifica cuando se actúa contra la voluntad del sujeto pasivo por cuanto no ha prestado en forma aparente... El delito de secuestro es conducta que no se estructura cuando el sujeto afectado actúa por su voluntad y válida determinación..." CSJ, Casación Penal, auto del 30 de noviembre de 1983.

Sin embargo, de la misma manera, son varias las diferencias de fondo que encontramos. Revítese cómo la norma colombiana no distingue, como sí lo hace la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, sobre la calidad de los sujetos que participan en el hecho en su condición de víctima y victimario - ni de sujeto activo y sujeto pasivo- (que no deben ser connacionales), ni del territorio donde se comete el hecho (que no debe ser su propio país), sino que simple y llanamente se refiere a un autor indeterminado (que igual puede ser nacional o extranjero) y sobre una víctima que también puede no ser nacional y que se produzca en territorio nacional.

Por tanto, una primera similitud es que en ambas normas se trata de delitos privativos de la libertad de las personas sin consideración a la circunstancia especial exigida en el DIH: privaciones de la libertad en relación con un conflicto armado. Sin embargo, son categorías jurídicas muy distintas y, lo correcto es que cuando se viola la Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes que hemos comentado atrás, se le reconozca como una toma de rehenes con fines terroristas como delito internacional; y, cuando se den las circunstancias del Código Penal colombiano referentes al secuestro extorsivo con fines terroristas, el hecho debe denominarse de esa forma y no de otra.

A manera de CONCLUSION revisemos las siguientes posibilidades:

1. Si la privación de la libertad recae contra una persona o grupo de personas de la población civil que no participa directamente de las hostilidades militares de conforraidad con el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 4o. del Protocolo II adicional de 1977, cualquiera sea la condición económica, social o política de los retenidos la conducta es sencillamente una toma de rehenes, prevista como infracción o violación grave del

DIH. Sin embargo, esa regla tiene las siguientes variables:

1.1. Si no se exige nada a cambio, frente al derecho penal colombiano estamos en presencia de un secuestro simple.

1.2. Si la toma de rehenes, en esas circunstancias, tiene por finalidad principal aterrorizar a la población civil, tal como lo prohíbe el artículo 13 del Protocolo II adicional de 1949, es claro que estamos en presencia de una toma de rehenes con fines terroristas, catalogado por el DIH como crimen de guerra.

1.3. Desde la perspectiva del derecho penal nacional colombiano tal conducta es un secuestro con fines terroristas.

1.4. Si dadas esas circunstancias se exige una contraprestación a cambio y, además, la finalidad es aterrorizar o causar zozobra o pánico en la población o a un grupo de personas, el delito, en la legislación colombiana es catalogado como secuestro extorsivo con fines terroristas.

2. Si la privación de la libertad recae contra una persona o grupo de personas que participan directamente en las hostilidades militares y si la privación de la libertad se produce en relación con tales hostilidades es necesario tener en cuenta si el capturado estaba o no cumpliendo actividades hostiles en el momento de la captura. Si no lo estaba, estamos en presencia de una toma de rehenes si a cambio se pide una contraprestación. Pero, si desarrollaba actividades militares (por ejemplo cumpliendo funciones de espionaje, inteligencia, logística, etc.) se trata de una privación de la libertad en relación con un conflicto armado, desde la perspectiva del DIH relativo a los conflictos armados no internacionales y, en consecuencia, es legal a la luz del DIH, independientemente de la consideración normativa del régimen jurídico de

cada Estado, pero, se insiste, solo a condición de que las exigencias solo cumplan con el cometido humanitario de la liberación.

2.1. Desde la perspectiva del derecho penal colombiano ese delito se denomina secuestro simple si no concurre la extorsión a cambio de la liberación.

2.2. Y, si de esa situación se pasa a la exigencia de una contraprestación o a la atemorización de la población o de un grupo de personas, es claro, entonces, que estamos en presencia de un secuestro extorsivo o con fines terroristas, respectivamente, a la luz del derecho penal colombiano.

3. Finalmente, si el delito es cometido por un nacional o un extranjero en territorio que no sea de su nacionalidad, contra un ciudadano extranjero, por fuera de un conflicto armado, el delito se denomina toma de rehenes con fines terroristas como delito internacional.

Ahora bien, queda un punto álgido por responder, aunque el debate es bien distinto: constituye delito de secuestro en el régimen penal colombiano la privación de la libertad de personas que participan directamente en las hostilidades militares?

Debe decirse que la discusión sobre este punto, por lo menos desde la doctrina del DIH, no puede plantearse de esa manera, pues, no es posible catalogar una conducta con consecuencias jurídicas desde la arista de las normas nacionales de un país de manera principal, sino que, frente a tales conflictos, la normativa aplicable y el punto de referencia, preferencialmente, son y seguir siendo las normas internacionales.

El punto adquiere importancia si existe un régimen de penalización especial a nivel interno relativo a las infracciones graves al DIH, puesto que, al estar permitido en la normativa internacional la privación de la libertad de las personas en relación con un conflicto armado, el derecho penal interno—por virtud de los ámbitos de aplicación personal y material de los estatutos—no sería punible tal conducta; como lo sería el homicidio en combate o cualesquiera otra conducta que las normas imperativas no prohíben en el marco de una confrontación armada.

Estas denominaciones no son formales, pues de ella depende el régimen jurídico aplicable a los autores del hecho y el marco jurídico de las acciones humanitarias que puedan desarrollar las instituciones humanitarias.