

# LO JURÍDICO Y LO POLÍTICO ALREDEDOR DEL ACUERDO HUMANITARIO: OPCIONES Y LÍMITES

**Roberto Eduardo Mora Sarasti\***

## **Resumen**

*El secuestro extorsivo de miles de civiles cada año por parte de los grupos armados irregulares es una de las importantes características del conflicto armado colombiano. Algunos de estos secuestros (42 políticos y 81 miembros de la policía y el ejército) son reivindicados como políticos por la insurgencia, que exige un intercambio de estos "prisioneros de guerra" por sus hombres presos. El gobierno colombiano enfrenta dilemas políticos, jurídicos y éticos que dificultan un acuerdo con la guerrilla. No puede, de acuerdo con la Constitución nacional y las leyes, excarcelar a insurgentes acusados de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Tampoco puede, desde el punto de vista político, dar la impresión de estar aflojando en su política de seguridad democrática. Solamente un gesto político y humanitario de la guerrilla, liberando a todos los secuestrados, puede facilitar el camino de la negociación humanitaria y por qué no, de la negociación política del conflicto.*

## **Abstract**

*The kidnaping of thousands of civilians for ransom each year by irregular armed groups is one of the most prominent features of the Colombian conflict. Some of those kidnappings (42 politicians and 81 members of the Police and the Army) are claimed to be political by the insurgency who demands the exchange of these "prisoners of war" for its men in yale. The colombian government confronts political, legal and ethical dilemmas that makes any agreement with the guerrillas extremely difficult. It cannot, according to the Constitution and domestic law, order the release of those insurgents charged or condemned for grave breaches of International Humanitarian Law. Neither can it, politically, appear to be weakening its democratic security policy. Only a political and humanitarian gesture on the part of the guerrillas, releasing all the kidnapped, could facilitate the humanitarian negotiation and perhaps, a political settlement of the conflict.*

\* Director del Instituto de Derechos Humanos y Relaciones Internacionales.

## INTRODUCCIÓN

**A**un cuando el secuestro extorsivo de civiles por parte de las FARC ha sido una práctica reiterada desde principios de los ochenta, el número de víctimas aumenta considerablemente desde los noventa, con lo que se ha dado en llamar la “democratización” del secuestro<sup>1</sup>. De acuerdo con cifras de la Fundación País Libre, entre 1996 y 2002 han sido secuestradas 18.793 personas, la mitad de ellas por grupos guerrilleros. Sin embargo, cuando se trata de secuestros “políticos”, y salvo algunos casos aislados perpetrados por el M-19 en los setenta y ochenta, fueron los narcotraficantes, y de manera especial Pablo Escobar, quienes en primer término acudieron de manera sistemática al secuestro de figuras públicas para obtener beneficios en su lucha contra el establecimiento y, de manera especial, contra la extradición<sup>2</sup>.

De acuerdo con cifras de Fondelibertad, actualmente están en poder de las FARC 1.085 civiles respecto de quienes se exige una contraprestación económica, a la par de 42 políticos y 81 miembros de la Fuerza Pública (17 militares, 51 policías, y los tres asesores norteamericanos) a quienes se les confiere la condición de “prisioneros de guerra” y se exige a cambio de su libertad la de guerrilleros presos en las cárceles colombianas.

Esta situación enfrenta al gobierno con complejos dilemas jurídicos, políticos y éticos. Este trabajo intenta contribuir a clarificar los obstáculos y posibilidades jurídicas, sin dejar de plantear las consecuencias políticas y éticas de las diferentes opciones.

En la primera parte se presentan las posiciones oficiales tanto del gobierno como de las FARC, y su evolución en el tiempo. Se valoran a continuación, desde el punto de vista jurídico, tanto las pretensiones de las FARC como las iniciativas de la sociedad civil para facilitar el acuerdo, y se proponen caminos jurídicamente viables. Por último se evalúan políticamente diferentes opciones para el acuerdo.

- 
- 1 El término alude al hecho de que si bien antes de los noventa las víctimas eran cuidadosamente seleccionadas de acuerdo con su fortuna personal, desde entonces se priva de la libertad a personas de clase media, mediante retenes aleatorios en las carreteras del país, entre otros métodos.
  - 2 Los secuestros de Marina Montoya, Francisco Santos, Andrés Pastrana y Carlos Mauro Hoyos, entre otros, respondieron a esa lógica.

## LOS PLANTEAMIENTOS DEL GOBIERNO Y DE LAS FARC

Luego del rompimiento de las negociaciones de paz del gobierno de Andrés Pastrana con las FARC, el Secretariado del Estado Mayor Central de esta organización, mediante comunicado de mayo 15 de 2003 reitera “al pueblo colombiano y al nuevo presidente, sea quien fuere, su profunda convicción en la urgente necesidad de la solución política al conflicto social y armado que padece la familia colombiana”, y señala que está dispuesto a retomar la Agenda Común para el Cambio hacia la Nueva Colombia, pactada con la administración Pastrana, siempre que el Estado asuma una política clara para erradicar el paramilitarismo, elimine el uso de los términos terroristas y narcoterroristas para referirse a las FARC y proceda a desmilitarizar los departamentos de Putumayo y Caquetá. Esta posición se reitera al nuevo gobierno mediante comunicado de agosto 20 de 2002 (De acuerdo al comunicado del Secretariado del Estado Mayor Central aparecido en su página Web).

Respecto al asunto específico de los secuestrados las FARC señalan, mediante comunicado de agosto 2, la falta de voluntad del gobierno Pastrana para concretar un “canje de prisioneros”, a pesar de que Manuel Marulanda, su comandante en jefe, se reunió en repetidas ocasiones con Camilo Gómez, Comisionado de Paz, durante los tres años y medio que duraron las conversaciones. Igualmente,

“ratifican ante el pueblo colombiano y los sectores populares su inequívoca voluntad política de aportar iniciativas con soluciones viables a un acuerdo, que permita el canje para liberar los prisioneros de guerra de las dos partes”. (Página Web de las FARC)

En febrero 8 de 2003, un nuevo comunicado del Secretariado del Estado Mayor de las FARC precisa las demandas del grupo guerrillero:

(...)“b) Para efectuar las entrevistas conducentes al canje, el gobierno proporcionará garantías suficientes para los voceros guerrilleros encargados de construir y firmar el eventual acuerdo, para lo cual se requieren zonas desmilitarizadas.

c) En desarrollo del acuerdo sobre canje, las FARC están dispuestas a dejar en libertad a todos los militares y policías en su poder, los doce diputados del Valle del Cauca, los dos ex ministros de Estado, el gobernador de Antioquia, el ex gobernador del Meta, la ex candidata presidencial Ingrid Betancourt.

d) En contraprestación a la liberación de sus prisioneros, exigimos del Estado y del gobierno liberación de todas las guerrilleras y todos los guerrilleros privados de la libertad, actualmente en su poder.

e) Recibiremos del gobierno los prisioneros guerrilleros en Colombia, en el mismo lugar en que haremos entrega de las suyos". (Página Web de las FARC).

Con posterioridad, mediante comunicado de febrero 24, el secretario incluyó a los norteamericanos capturados el día 13 del mismo mes, los cuales

"serán liberados, junto con los prisioneros de guerra del Estado colombiano, una vez se materialice el canje en una amplia zona desmilitarizada, entre el gobierno de Uribe Vélez y las FARC" (Página Web de las FARC).

Frente a estas demandas, el presidente de la República había declarado desde la campaña que un eventual acuerdo humanitario debería estar necesariamente ligado a un cese de hostilidades y realizarse en el marco de un acuerdo de paz.

Sin embargo, a finales de septiembre de 2003, luego de establecer diálogos con el gobierno francés y el Secretario General de las Naciones Unidas, modifica su posición respecto de exigir un cese de hostilidades y unas negociaciones de paz, pero en su discurso del 15 mayo de 2003 ante el Primer Panel Internacional Sobre Acuerdo Humanitario y Niños Secuestrados, el Alto Comisionado para la Paz, establece una serie de condiciones: la ONU debe ser facilitadora en un eventual acuerdo humanitario en los términos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra; debe producirse la liberación de todos los secuestrados; los guerrilleros que salgan de las cárceles no volverán a cometer delitos y quedarán bajo la tutela de un país amigo; la desmilitarización de zonas no es necesaria ni pertinente.

Al parecer, el gobierno ha flexibilizado la tercera de estas condiciones, de manera que no sea perentoria la salida del país de los guerrilleros liberados, siempre que se brinden garantías de que no van a retomar sus actividades delictivas.

En síntesis, aun cuando las partes manifiestan su voluntad política de llegar a un acuerdo, de hecho parece haber grandes diferencias en cada uno de los puntos:

- Las FARC piden un canje de prisioneros; mientras el gobierno habla de un acuerdo humanitario en los términos del artículo 3 común;
- Las FARC ofrecen la liberación de soldados, policías, asesores norteamericanos y figuras públicas; mientras el gobierno exige la liberación de todos los secuestrados.

- Las FARC exigen la desmilitarización de una amplia zona<sup>3</sup>; mientras el gobierno rechaza su pertinencia o necesidad para firmar un acuerdo.
- Las FARC no aceptan la exigencia del gobierno de que los guerrilleros liberados queden bajo la tutela de un país amigo.

Los dos últimos puntos de desacuerdo son eminentemente políticos, y no serán objeto de este trabajo. Los dos primeros, que están estrechamente relacionados entre sí, tienen además de elementos políticos y éticos, un componente jurídico muy relevante que ha dado lugar a enormes equívocos, algunos de los cuales nos proponemos clarificar a continuación, explicando brevemente tres conceptos fundamentales para esta discusión: el origen y finalidades del Derecho Internacional Humanitario, el estatuto de prisionero de guerra y los acuerdos especiales del artículo 3 común.

## MARCO JURÍDICO

### Origen y finalidades del derecho internacional humanitario

Aun cuando existen muchas normas consuetudinarias y tratados bilaterales de Derecho Internacional Humanitario que se remontan al siglo V antes de Cristo, el moderno Derecho Internacional Humanitario nace con el Convenio de Ginebra de 1864. Como antecedente es necesario recordar que en 1863 un comité privado, integrado por Henry Dunant, el general Dufour, Gustave Moynier y los médicos Theodore Maunoir y Louis Appia, ciudadanos suizos y más adelante fundadores de la Cruz Roja Internacional, organizó un congreso que se celebró en Ginebra y en el cual participaron representantes de 16 países. Allí se recomienda la fundación de sociedades nacionales de socorro con la protección y apoyo de los gobiernos. También se expresa el deseo de que las potencias beligerantes declaren neutrales en tiempo de guerra los hospitales de campaña, y que esta protección incluya también al personal sanitario de los ejércitos, a los auxiliares voluntarios y a los heridos, e igualmente que los gobiernos elijan un signo distintivo común para las personas y los bienes protegidos.

---

3 No es claro si insisten en los departamentos de Putumayo y Caquetá o si aceptarían una zona menor.

Con el impulso de este comité privado<sup>4</sup>, el gobierno suizo convocó en el año 1864 una Conferencia Diplomática, en la que participaron 16 Estados que aprobaron el “Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña”.

El Convenio, suscrito el 22 de agosto, contiene 10 artículos que consagran principios humanitarios vigentes hasta nuestros días: las ambulancias y los hospitales militares son reconocidos como neutrales y hay que protegerlos y respetarlos; su personal así como los capellanes, participan de esa neutralidad mientras estén ejerciendo sus funciones, y si caen en poder de la parte adversa quedarán exentos de captura y regresarán a su ejército; serán respetados los habitantes que lleven socorro a los heridos; se prestará asistencia a los militares heridos y enfermos, sea cual fuere su nacionalidad; los hospitales y el personal sanitario ostentarán el signo de la Cruz Roja sobre fondo blanco, signo visible de la inmunidad.

Este Convenio sienta las bases para el desarrollo del DIH moderno al incorporar normas permanentes, escritas y de alcance universal destinadas a proteger a las víctimas de los conflictos. Se trata de un tratado multilateral que en 1867 había sido ratificado por todas las grandes potencias, excepto los Estados Unidos., que lo hicieron en 1882. Desde entonces ha conservado su universalidad, que es uno de los factores principales de su importancia.

El DIH tiene entonces origen y vocación internacional. Durante siglos se ha ocupado de proteger a las víctimas de la guerra entre naciones, ya se trate de militares heridos o enfermos, prisioneros de guerra o civiles. De los más de 600 artículos que regulan la conducción de las hostilidades internacionales, contenidos en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos adicionales, únicamente 29 artículos se ocupan de regular los conflictos internos: el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y los 28 artículos que integran el Protocolo II Adicional de 1977.

El primero de los Convenios de Ginebra de 1949 contempla el régimen de protección de los enfermos y heridos en situación de guerra terrestre, consta de 64 artículos y tiene sus antecedentes en los Convenios de 1864, 1906 y 1929. El segundo se ocupa de la protección de

---

4 Este “Comité de los Cinco” se transformó luego en el “Comité Internacional de Socorro a los Militares Heridos” y más tarde, en 1880, en el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

heridos, enfermos y náufragos en situación de guerra naval, tiene 63 artículos y se basa en la Convención X de La Haya, de 1907. El tercer convenio reglamenta el trato debido a los prisioneros de guerra, contiene 143 artículos y se inspira tanto en el Convenio Adicional de 1929, como en los de La Haya de 1899 (II) y 1907 (IV). El cuarto consta de 154 artículos, contiene el régimen de protección de la población civil, y responde a las atrocidades cometidas por el régimen nazi durante la guerra. Su único antecedente es un proyecto elaborado en Tokio, en el marco de una Conferencia Internacional de la Cruz Roja reunida en 1934, texto que nunca fue aprobado por los Estados. Todos estos regímenes regulan el comportamiento de los ejércitos en situación de guerra internacional, salvo el artículo 3 común que se aplica a los conflictos internos.

El Protocolo I Adicional complementa y desarrolla las disposiciones de los Convenios de Ginebra aplicables en situaciones de conflicto armado internacional, mientras que el Protocolo II Adicional desarrolla y complementa, a su vez, la norma del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, aplicable a los conflictos armados no internacionales.

### **Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra**

Mucho antes de que la comunidad internacional pensara siquiera en regular los conflictos de carácter interno, el estatuto del combatiente había sido perfilado en la IV Convención de La Haya de 1907, cuyos lineamientos fueron recogidos en el III Convenio de Ginebra y el Protocolo I Adicional.

Esta figura, propia de los conflictos armados internacionales, confiere a los miembros de las fuerzas armadas de los Estados enfrentados el privilegio de participar en las hostilidades sin ser procesado penalmente por el solo hecho de hacerlo, ni por causar la muerte o herir a sus adversarios en combate, ni por los daños que se causen a bienes civiles como consecuencia de una operación militar que se conduzca de acuerdo con el derecho de la guerra<sup>5</sup>.

Los combatientes están no sólo prevalidos de este privilegio, sino que además en caso de ser capturados por la potencia enemiga, tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra, regulado en detalle en el

---

5 Esta aclaración es fundamental, por cuanto quienes incurren en graves violaciones del derecho de la guerra (atacar civiles, tomar rehenes, torturar, etc.) son criminales de guerra y deben ser juzgados por estos actos, perdiendo su inmunidad.

Convenio III de Ginebra, en el que se les otorga una amplia gama de derechos, incluido el de ser repatriado al final de las hostilidades (Convenio III de Ginebra, artículo. 118).

En este asunto, más que en cualquier otro, es evidente el interés de los Estados por excluir el estatuto de combatiente de los conflictos armados internos, por la sencilla razón de que tal cosa equivaldría a promover internacionalmente el quebrantamiento de la legalidad interna de un país, por quienes se hallan sujetos al mismo en calidad de ciudadanos. Conferir este tratamiento a los rebeldes los autorizaría para atacar a miembros de la Fuerza Pública y a sus instalaciones impunemente, por tratarse de objetivos militares legítimos de acuerdo con las normas del DIH.

No es entonces casual que ni el artículo 3 común ni en el Protocolo II Adicional—únicas normas escritas que, antes de la firma del Estatuto de Roma que dio origen a la Corte Penal Internacional, regulan los conflictos armados no internacionales— contienen la expresión “combatiente”, sino que se refiere a “personas que participan activamente en las hostilidades”. Más aún, el 3 Común señala que “la aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes”.

La importancia de este inciso ha sido resaltada por el CICR en los siguientes términos:

“Esta disposición es esencial. Sin ella nunca se habría votado el artículo 3, ni ningún otro en su lugar. Responde al temor—siempre el mismo—de que, en caso de guerra civil, la aplicación del Convenio, incluso muy restringida, entrabase al gobierno legal en su represión legítima de la rebelión o confiriese al bando adverso el estatuto de beligerante, acrecentando así su autoridad y poder.” (CICR, 1998: 348)

En el mismo sentido, el artículo 3 del Protocolo II establece que:

“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”.

De todo lo anterior se desprende que, las “personas que participan directa o activamente en las hostilidades” quedan sometidas al régimen penal del Estado en el cual se desarrollan las hostilidades.

Más aún, la Corte Constitucional dio aplicación a este postulado dos años después de la ratificación por el Estado colombiano del Protocolo II Adicional, cuando declaró contraria al orden jurídico la disposición

contenida en el artículo 127 del entonces vigente Código Penal<sup>6</sup>, que consagraba una exclusión de responsabilidad penal respecto de crímenes cometidos en combate. En efecto, en sentencia C-456 del 23 de septiembre de 1997, con ponencia de los magistrados Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz, se sostuvo:

“Si al combate acude el rebelde o sedicioso munido de la permisión de asesinar a su contrario, sin consecuencias penales distintas de las que de suyo ya se desprenden de su estado de rebelión o sedición, se anula paradójicamente por obra del mismo ordenamiento penal su entero potencial disuasivo (...) y se extiende carta de naturaliza normativa a la lógica de la violencia y abdique (el Estado) de su función de control social”<sup>7</sup>.

Es claro entonces que el estatuto de combatiente y de prisionero de guerra no se aplica en conflictos no internacionales, y que los rebeldes no ostentan esa categoría. Mucho menos pueden ostentarla civiles ajenos al conflicto que han sido tomados como rehenes, sin importar que las demandas que se hagan para su liberación tengan carácter económico o político. Por ello es improcedente, en los términos del DIH, la pretensión de las FARC de que el Estado colombiano proceda a un “canje de prisioneros de guerra” como si los miembros de la guerrilla, o los civiles ajenos al conflicto puedan tener este carácter.

### **Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y acuerdos especiales**

El concepto de soberanía es quizás uno de los conceptos que más ha evolucionado desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, a comienzos de siglo, el principio de la autonomía y libertad absoluta de los Estados para manejar sus asuntos domésticos, constituía aún la piedra angular sobre la que se edificaban las relaciones internacionales. No debe sorprender, por tanto, que los esfuerzos del Comité de la Cruz Roja por introducir, desde 1912, normas de DIH aplicables a los conflictos armados no internacionales, hayan sido objeto de gran resistencia por parte de los Estados (CICR, 1998: 326 y s.s.).

---

6 El artículo declarado inexecutable disponía: “Exclusión de pena. Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”.

7 Conviene aclarar que el hecho de que no exista el estatuto de combatiente en los conflictos armados internos no desvirtúa el principio de distinción, por cuanto persiste la obligación de distinguir entre quienes participan directamente en las hostilidades (que constituyen objetivo militar legítimo) y quienes, por no participar directamente, no pueden ser atacados militarmente.

No obstante lo anterior, y animado por dos resoluciones favorables proferidas en la X (1921) y la XVI (1938) Conferencias Internacionales de la Cruz Roja, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) redactó un artículo con destino a la XVII Conferencia Internacional de Estocolmo, el cual sirvió de base a las discusiones de la Conferencia Diplomática de 1949 -que habría de adoptar los Convenios de Ginebra- y que preceptuaba:

“En cualquier caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, en particular en los casos de guerras civiles, conflictos coloniales o guerras de religión, que surjan en el territorio de una o varias de las Altas Partes Contratantes, todos los adversarios estarán obligados a aplicar las disposiciones del presente Convenio. En tales circunstancias, la aplicación del Convenio no dependerá en modo alguno del estatuto jurídico de las partes en conflicto, ni tendrá efectos jurídicos sobre ese estatuto” (CICR, 1998: 329 y 330).

Los representantes de los gobiernos reaccionaron negativamente ante esta propuesta, argumentando que el proyecto confería cierta legitimidad a todas las formas de insurrección e incluso a delincuentes comunes, quienes podrían alegar que sus actos criminales constituían actos de guerra para evadir su responsabilidad penal, quedando amparados por el estatuto de prisioneros de guerra.

Se presentaron entonces seis enmiendas para limitar la aplicación de los Convenios a casos en que los conflictos, aún internos, revistieran las características de una verdadera guerra. La delegación francesa presentó una alternativa que pretendía limitar las normas aplicables y no las situaciones de hecho que desencadenarían su aplicación. Esta fue la opción que luego de varios debates y modificaciones se adoptó, en los siguientes términos:

“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, 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” (artículo común 3 de los Acuerdos de Ginebra de 1949).

Es necesario hacer tres precisiones. En primer lugar es claro según el texto, que las obligaciones y prohibiciones allí señaladas constituyen un *mínimo humanitario*, por debajo del cual un gobierno no puede pactar, como lo ha reconocido Camilo Gómez, Alto Comisionado para la Paz del gobierno Pastrana en entrevista con la WFM, en marzo 5 de 2004.

En segundo término, ese mínimo humanitario comprende la prohibición explícita e incondicional (se prohíbe, en cualquier tiempo y lugar) de tomar rehenes. La toma de rehenes no solamente está expresa e inequívocamente prohibida por el artículo 3 común, sino en los artículos 34 y 147 del IV Convenio, en el artículo 75 del Protocolo II y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, donde está tipificado como crimen de lesa humanidad (artículo 7, parágrafo 1, literal e) y crimen de guerra (artículo 8, parágrafo 2, literal a).

Finalmente, el artículo 3 común es fruto de una fórmula transaccional, en la cual se opta por aplicar sólo un mínimo de las normas humanitarias a cambio de obtener la aquiescencia de los Estados para incorporar (por primera vez en la historia) normas para regular los conflictos armados internos. Por ello se exhorta a los Estados, sin que ello tenga el carácter de obligación, a firmar acuerdos especiales a fin de poner en vigor “la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio”.

Lo que se pretende con la firma de un Acuerdo Especial no es negociar el mínimo humanitario, sino aumentar la protección mediante la incorporación de otras normas de los Convenios de Ginebra de 1949.

Por lo demás, no existe norma alguna en los cuatro Convenios de Ginebra, ni en sus protocolos adicionales, que autorice a las partes en

conflicto, ya sea de carácter internacional o interno, a convenir mecanismos para intercambiar combatientes o personas que participan en las hostilidades, con civiles. Y esto es así por cuanto un pacto de esta naturaleza va en contravía del espíritu y la finalidad del DIH, cuerpo normativo que para humanizar la guerra contiene un serie de prohibiciones absolutas y de principios inmutables, el más importante de los cuales es precisamente el de distinción entre combatientes (o quienes participan directamente en las hostilidades) y civiles, quienes no pueden ser objeto de ningún tipo de ataque, ni ser privados de su libertad. La toma de rehenes está expresa e inequívocamente prohibida, tanto en conflictos armados internos como de carácter internacional.

Es por ello que convertir a civiles en moneda de cambio y canjearlos por rebeldes, derogando con ello el tipo penal de toma de rehenes, no tiene el carácter de acuerdo "humanitario" sino que por el contrario está en contravía de las normas básicas de este ordenamiento, como lo ha señalado el CICR en Colombia. En efecto, esa entidad ha señalado al diario *El Colombiano* (febrero 18 de 2004), que:

(...)“durante gestiones anteriores tendientes a la liberación de personas retenidas con ocasión del conflicto armado colombiano, las diferentes fórmulas escogidas entre las partes para lograr dichas actividades, no iban en contra de los preceptos fundamentales del DIH; esto porque se trataba ante todo de personas que habían participado directamente en las hostilidades”.

“En la situación actual, se encuentran retenidas personas civiles, por las cuales el DIH contempla diferentes medidas para mejorar su situación y protección en el marco del conflicto armado”-

“La participación del CICR en negociaciones que harían caso omiso de los principios del mismo derecho, es difícilmente compatible con su mandato” (...).

### **Antecedentes de la negociación humanitaria**

Se citan con frecuencia dos eventos históricos como casos en los que se han firmado y ejecutado acuerdos humanitarios, durante los gobiernos de Samper y Pastrana. Ninguno de ellos ha tenido, sin embargo, este carácter.

Durante la administración Samper lo que se dio fue una liberación unilateral de 60 miembros de la Fuerza Pública en poder de las FARC, y la única contraprestación que se exigió a cambio fue la desmilitarización, por 100 horas, de una zona alrededor de Cartagena del Chairá, lugar en que se efectuó la liberación. Aun cuando la liberación de personas puede considerarse un objetivo humanitario en términos generales, este acuerdo no es un acuerdo especial en términos del

artículo 3 común, puesto que no incorpora otras normas de las Convenciones.

Respecto al “Acuerdo para la liberación de policías y soldados” suscrito por la administración Pastrana y las FARC, puede decirse exactamente lo mismo, puesto que se trata de un acuerdo instrumental (esto es para facilitar la aplicación del DIH), más no un acuerdo especial en los términos del artículo 3 común. En el texto se hace alusión a éste artículo, pero no para afirmar que se trata de un acuerdo especial, sino para aclarar que el gobierno nacional no está negociando por debajo del mínimo humanitario. En efecto, en las “Disposiciones generales”

se afirma que “Ninguna de las disposiciones del presente ACUERDO menoscaba las obligaciones mínimas contenidas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo adicional a ellos...”.

En efecto, en el marco de las conversaciones de paz entre las FARC y el gobierno nacional, la discusión comienza considerando la demanda de esa organización por aprobar una ley de canje, postura que es rechazada de plano por el Gobierno. La negociación adquiere entonces un carácter humanitario y se concreta en implementar el punto 6 del Acuerdo de los Pozos, según el cual «se agilizará la concreción del Acuerdo Humanitario que permita la próxima liberación de soldados, policías y guerrilleros enfermos».

Fue, por tanto, su condición de enfermos, certificada por el CICR, lo que facilitó la liberación tanto de policías y soldados como de guerrilleros. No se hace a título de canje, sino como una liberación unilateral de cada una de las partes: 42 soldados y policías por parte de las FARC y 15 guerrilleros enfermos por parte del gobierno nacional.

En relación con los mecanismos jurídicos de orden interno necesarios para efectuar la liberación, el gobierno nacional acudió a las facultades contenidas en el artículo 8 de la Ley 418 de 1997 para

“obtener soluciones al conflicto armado, la efectiva aplicación del Derecho Internacional Humanitario, el respeto a los derechos humanos, el cese o disminución de la intensidad de las hostilidades, la reincorporación a la vida civil de los miembros de tales organizaciones, y la creación de condiciones que propendan por un orden político, social y económico justo”.

Para aplicar el Acuerdo se expidió un decreto reglamentario, el 1072 de 2001, según el cual el Procurador Delegado del Proceso Judicial, a petición del Ministerio de Justicia y del Derecho, solicitaría al juez de conocimiento la suspensión de la medida de aseguramiento o de la pena, según el caso.

## Hacia un acuerdo humanitario

Es claro que cualquier instrumento para lograr la liberación de personas secuestradas por las FARC debe contemplar la liberación *unilateral* de civiles en poder de esa organización, por la sencilla razón de que no existe, ni desde el punto de vista del DIH ni del derecho interno, justificación alguna para la toma de rehenes, y porque no es posible jurídica ni éticamente, convertir a civiles que no participan directamente en las hostilidades en “personas privadas de la libertad con ocasión del conflicto”.

Ahora bien, lo ideal para el país es que ese instrumento sea un Acuerdo Especial en los términos del artículo 3 común. Ello implicaría que las partes, además de expresar su compromiso con el artículo 3 (que implica renunciar a la práctica del secuestro en todas sus formas) se comprometan a cumplir con otras normas de los Convenios de Ginebra, u otros principios que, aún cuando no están expresamente en el artículo 3 común, son fundamentales e informan el nacimiento y desarrollo del DIH, como son los de distinción, proporcionalidad y limitación.<sup>8</sup>

En desarrollo de estos compromisos las FARC podrían, por ejemplo, renunciar al uso de armas indiscriminadas (como los cilindros bomba) mientras el Estado colombiano podría reconocer a esa organización el derecho a tener unas brigadas médicas que no serían objeto de captura o judicialización por parte del Estado<sup>9</sup>.

Sin embargo, como es por todos conocido que las FARC no aceptan tener ninguna obligación frente al DIH —obligaciones respecto de cuya existencia no tienen por cierto ninguna duda la comunidad internacional ni la Corte Penal Internacional—, quizá lo más viable es un acuerdo político que incluya, además de la liberación unilateral de los civiles, un canje de guerrilleros presos por militares y policías en poder de las FARC.

---

8 Por virtud del principio 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 (Protocolo I Adicional, art. 35). De acuerdo con el principio de limitación “En todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios para hacer la guerra no son ilimitados (Protocolo Adicional I, art. 35), lo cual implica la prohibición de ciertas armas. El principio de proporcionalidad ordena que deberán evitarse los ataques “cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas...” (Protocolo Adicional I, art. 51 (b).

9 Tampoco, por supuesto, de ataque militar.

En efecto, aun cuando los rebeldes no ostentan la condición de combatientes a la luz del DIH, podría argumentarse que quienes purgan penas de prisión por el delito de rebelión son “personas privadas de la libertad con ocasión del conflicto” en los términos del artículo 5 del Protocolo II Adicional, de manera que su liberación discrecional está prevista en el numeral 4 del mismo artículo, y podría tomarse en el marco de un acuerdo político. Con base en esta interpretación podría procederse a un “canje” por policías y soldados en poder de esa organización. Sin embargo, existen límites legales puesto que de acuerdo con las normas legales vigentes, esa liberación sólo puede darse respecto de guerrilleros que estén procesados exclusivamente por el delito de rebelión.

Contrario a lo que han sostenido algunos ilustres ex presidentes, el gobierno nacional no tiene, con base en el DIH, facultades omnímodas para liberar guerrilleros presos en las cárceles. De hecho existe un preciso marco legal dentro del cual puede el presidente de la República adelantar negociaciones de paz, o en este caso humanitarias, el cual está constituido por los artículos 150 (numeral 17) y 201 (inciso 2) de la Constitución Nacional, así como por las Leyes 40 de 1993 y 782 de 2002.

En cuanto a las normas constitucionales, de acuerdo con el artículo 150, numeral 17, corresponde al Congreso de la República

“Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías e indultos generales por delitos políticos”.

Por su parte el artículo 201, inciso 2, establece que corresponde al presidente de la República, en relación con el Congreso, “Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad”.

El primer interrogante que surge es el de determinar cuáles son los delitos políticos, puesto que no están definidos en la Carta Fundamental. La jurisprudencia ha señalado que se trata de los delitos de rebelión, sedición y asonada, tipificados en el Código Penal colombiano. También ha aclarado la jurisprudencia, porque la Constitución no lo dice, que el indulto y la amnistía pueden extenderse a delitos conexos con los anteriores. Sin embargo, es la propia ley la que determina que ciertos delitos en ningún caso pueden ser objeto de estos beneficios.

En primer lugar, la Ley 40 de 1993, sobre secuestro, señala en su artículo 14:

“Amnistía e indulto. En ningún caso el autor o los copartícipes del delito de secuestro, en cualquiera de sus modalidades, podrán ser beneficiados con amnistías e indultos o sus consecuentes de cesación de procedimiento o auto inhibitorio, ni podrá considerarse el secuestro como delito conexo con el político, dada su condición de atroz”.

La Ley 782 de 2002 contiene disposiciones en el mismo sentido. De acuerdo con el inciso 3 del artículo 50,

“No se aplicará lo dispuesto en este artículo (se refiere a los indultos) a quienes realicen conductas que configuren actos atroces, de ferocidad y barbarie, terrorismo, secuestro, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate, o colocando a la víctima en estado de indefensión”.

A su vez el parágrafo del artículo 14 preceptúa que

“Los miembros de organizaciones armadas al margen de la ley que incorporen a las mismas menores de dieciocho (18), no podrán ser acreedores de los beneficios jurídicos de que trata la presente ley”.

Ahora bien, estas precisas normas legales no pueden ser desconocidas mediante la invocación del DIH, porque ese derecho no se opone sino que es perfectamente compatible con nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, aun cuando el Protocolo II Adicional señala en su artículo 6, numeral 4, que:

“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 la libertad, internadas o detenidas con ocasión del conflicto”,

esta norma debe entenderse referida únicamente respecto de personas que no hayan sido condenadas ni estén siendo investigadas por crímenes de guerra. No podría ser de otra manera puesto que es el mismo derecho humanitario el que impone a los Estados tanto la obligación de tipificar dentro de su ordenamiento jurídico las conductas constitutivas de crímenes de guerra, como la de procesar o juzgar a las personas acusadas de graves infracciones a la normatividad humanitaria.

De manera que, como lo ha expresado el presidente del Colegio de Abogados de Colombia, Dr. Saúl Emir Ramírez en su ponencia presentada el 21 de enero de 2004 ante el Congreso de la República:

“Si se quiere liberar a guerrilleros acusados de delitos atroces, es necesario dotar al gobierno nacional de la legislación pertinente para que pueda demandar de las autoridades judiciales su cumplimiento. De lo contrario, éstos serían inviables o podrían comprometer la responsabilidad penal y disciplinaria de los representantes del gobierno e incluso la de los jueces y fiscales que aplicaran dichos acuerdos. Dado que los guerrilleros presos están a órdenes de la rama judicial y no del gobierno, no se entendería cómo pudieran ser dejados en libertad aduciendo que se ha llegado a un acuerdo humanitario con sus comandantes alzados en armas (...), y agrega: “lo más probable es que jueces y fiscales dirían: Eso está muy bien, pero ¿dónde está la norma de derecho interno que me indica que debo dejar en libertad a unas personas por el hecho de que el gobierno se ha puesto de acuerdo con sus jefes?”.

Con base en las anteriores consideraciones jurídicas, es claro que el gobierno nacional no puede comenzar a liberar a su voluntad a personas acusadas de graves infracciones al DIH, ni para proceder al acuerdo humanitario ni para facilitar un proceso de paz con los grupos armados organizados al margen de la ley, sin incurrir en grave incumplimiento de sus obligaciones tanto en el ámbito interno como internacional. En ambos casos, el ejecutivo necesita de las atribuciones que le confiere la “ley de alternatividad penal” o “de justicia y reparación”, actualmente objeto de estudio por el Congreso de la República.

En síntesis, tanto un acuerdo humanitario como un acuerdo político es viable jurídicamente, con base en el DIH y en el derecho interno, siempre que se proceda a liberar unilateralmente a los civiles, quienes no pueden ser considerados como prisioneros de guerra. Sin embargo, el gobierno nacional carece de los instrumentos jurídicos para liberar a guerrilleros acusados de graves infracciones al DIH, de manera que un eventual canje con miembros de la Fuerza Pública sólo puede hacerse respecto de aquellos integrantes de las FARC sindicados del delito de rebelión y conexos, quienes son los únicos que pueden ser objeto de indulto en el derecho interno, y a la vez pueden considerarse como “personas privadas de la libertad con ocasión del conflicto”.

### **Interrogantes y posibilidades políticas**

Más allá de las opciones y límites jurídicos alrededor del acuerdo humanitario, es innegable que la distancia entre las partes gira alrededor de cuestiones políticas. Tal como se explicó al comienzo de este ensayo, existen al menos cuatro puntos de desacuerdo que sólo parcialmente pueden resolverse mediante el diseño y aplicación de instrumentos jurídicos adecuados.

Quizás el más importante es el que tiene que ver con la política de seguridad democrática, que puede verse afectada de varias maneras. En primer lugar, la liberación de decenas o cientos de guerrilleros

presos podría implicar un retroceso en la medida en que no se trataría, seguramente, de “soldados rasos” de las FARC sino de algunos de sus más importantes jefes, que regresarían de inmediato a la lucha armada, la cual como todos sabemos se dirige cada vez menos a combatir a las Fuerzas Armadas, y más al secuestro, la extorsión, el desplazamiento de civiles y el sabotaje económico.

En segundo término, podría afirmarse que la liberación masiva de hombres de las FARC, en cuya captura las Fuerzas Militares han perdido hombres y el Estado invertido ingentes recursos, puede ser desmoralizante para la tropa. Sin embargo, algunos rechazan este argumento señalando que lo verdaderamente desmoralizante para los miembros de las FFMM es constatar que el Estado y la sociedad, a los que han servido, no se esfuerzan lo suficiente para lograr su liberación en caso de caer en poder del enemigo.

De igual forma, la desmilitarización de una amplia zona concedería a esa organización una importante ventaja estratégica, perdiéndose la iniciativa militar del Estado, iniciativa que ha forzado el repliegue de los irregulares y ha significado una importante disminución de sus ataques a la población civil.

Finalmente, no puede descartarse que al lograr sus objetivos estratégicos mediante el secuestro de civiles, tanto las FARC como otras organizaciones al margen de la ley, de izquierda o de derecha, pretendan de nuevo acudir al secuestro de importantes figuras de la política nacional, a fin de conseguir nuevas concesiones.

Pero aún si los anteriores temores se superan y se opta por un acuerdo humanitario o político, persisten las dificultades. ¿Cómo podría un gobierno legítimo acceder a una negociación para liberar únicamente una parte de los secuestrados, abandonando a su suerte a los secuestrados económicos e incluso legalizando por esta vía la práctica de la toma de rehenes? Esta objeción podría por supuesto superarse si las FARC deciden tomar la iniciativa política y humanitaria ofreciendo la liberación de todos los secuestrados y el fin de la práctica del secuestro, actitud frente a la cual el gobierno tendría un muy estrecho margen de maniobra, puesto que no podría rehusarse. Es claro entonces que la presión nacional e internacional debería dirigirse a los rebeldes, quienes, independientemente de su voluntad, tienen obligaciones jurídicas frente al ordenamiento humanitario, cuyo cumplimiento podría convertirse en la puerta de entrada a un acuerdo humanitario y por qué no, a una negociación de paz.