

Fortalecimiento del derecho internacional humanitario que protege a las personas privadas de libertad: principales aspectos de las consultas y los debates desde 2011

Tilman Rodenhäuser

Tilman Rodenhäuser es asesor jurídico de la División Jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja, con sede en Ginebra. Asumió la conducción de este proyecto en sustitución de Ramin Mahnad, que lo dirigió entre 2012 y 2015 y redactó la mayoría de los informes del CICR que se citan en este artículo.

Resumen

Un ámbito clave en que es necesario fortalecer el derecho internacional humanitario (DIH) es la protección de las personas privadas de libertad en relación con conflictos armados no internacionales. Los Convenios de Ginebra contienen más de 175 normas que regulan la privación de libertad en relación con los conflictos armados internacionales en casi todos sus aspectos, pero no existe un régimen jurídico comparable que pueda aplicarse a los conflictos armados no internacionales. Desde 2011, los Estados y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) han trabajado en conjunto para establecer formas de fortalecer el DIH que protege a las personas privadas de libertad. Entre 2011 y 2015, el CICR llevó adelante consultas destinadas a

identificar opciones y recomendaciones de cara a fortalecer la protección de las personas detenidas en tiempo de conflicto armado. Desde 2015, el objetivo de ese proceso ha cambiado para centrarse en mayor medida en un trabajo que permita alcanzar uno o varios resultados concretos y de aplicación viable. Esta nota recuerda la necesidad jurídica de fortalecer la protección de las personas detenidas en conflictos armados no internacionales, así como los pasos principales que se han dado en los últimos años para fortalecer el DIH.

Palabras clave: detención, fortalecimiento del DIH que protege a las personas privadas de libertad, resolución 1, Conferencia Internacional, internamiento, transferencias de detenidos, conflicto armado no internacional, CICR.

Introducción

Desde 2011, los Estados y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) han trabajado en conjunto para establecer formas de fortalecer el derecho internacional humanitario (DIH) que protege a las personas privadas de libertad. Entre 2011 y 2015, el CICR llevó adelante consultas destinadas a identificar opciones y recomendaciones de cara a fortalecer la protección de las personas detenidas en conflictos armados. Desde 2015, el objetivo de ese proceso ha cambiado, para centrarse en mayor medida en un trabajo que permita alcanzar uno o varios resultados concretos y de aplicación viable.

Este esfuerzo por fortalecer el DIH que protege a las personas detenidas en relación con conflictos armados no internacionales, en particular, aborda un desafío humanitario importante. En los conflictos armados, la privación de libertad es una realidad. La detención vuelve vulnerables a las personas, porque pasan a depender de las fuerzas o autoridades detenedoras para satisfacer sus necesidades básicas. Desde una perspectiva jurídica, la protección de las personas privadas de libertad es motivo de especial preocupación en conflictos armados no internacionales porque debe aclararse y fortalecerse el marco de protección del DIH para las personas detenidas en esos conflictos.

Entre 2011 y 2016, el número de personas detenidas a las que visitó el CICR aumentó de 540.000 a casi un millón¹. El CICR visita a detenidos en diversos contextos, y el motivo de la detención de la mayoría de ellos tiene relación con conflictos armados. Sin embargo, las visitas a personas detenidas brindan al CICR una visión única de las consecuencias humanitarias, muchas veces graves, de la privación de libertad, además de plantear a la Institución diversos desafíos jurídicos y desafíos relacionados con la protección. La protección de las personas detenidas

1 El aumento constante del número de personas a las que el CICR visita en sus lugares de detención puede verse en los informes anuales de la Institución correspondientes a los años 2011-2016, disponibles en: <https://www.icrc.org/es/informe-de-actividad> (todas las referencias a internet se consultaron en octubre de 2017).

plantea diversos problemas según el contexto, pero los conflictos armados muchas veces agravan las necesidades humanitarias y los desafíos. Independientemente de quién sea el actor que procede a la privación de libertad y del lugar de detención, con demasiada frecuencia se somete a los detenidos a ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas o torturas y otros malos tratos. Análogamente, el CICR suele observar que las personas detenidas son alojadas en condiciones inapropiadas, sin acceso adecuado a alimentos, agua, ropa, alojamiento, instalaciones de higiene o atención de salud. Muchas veces no se registran debidamente los datos de las personas detenidas, a las que además se priva de un contacto significativo con el mundo exterior. De la misma forma, no siempre se satisfacen adecuadamente las necesidades específicas de ciertos grupos de detenidos, como los niños y las niñas, las mujeres o las personas mayores². La incertidumbre sobre los motivos y la duración de la detención, así como sobre los procedimientos judiciales que se van a aplicar, puede provocar profunda angustia a las personas privadas de libertad y a sus familiares³. Además, en conflictos recientes, las transferencias de personas detenidas de una autoridad a otra han puesto a algunos de los afectados en grave peligro de sufrir violaciones de sus derechos humanos fundamentales, desde persecución con diversos argumentos hasta torturas y privación arbitraria de la vida⁴.

En muchos casos, el desconocimiento de la legislación vigente o la incapacidad de aplicarla dan lugar a un trato inhumano de las personas detenidas. En otros casos, la falta de infraestructura y recursos impide el establecimiento de un régimen de detención adecuado. Además, en un estudio realizado, en 2011, sobre el fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados, el CICR destacó que “la falta de normas jurídicas aplicables a los conflictos armados no internacionales también es un obstáculo significativo para la protección de la vida, la salud y la dignidad de las personas detenidas”⁵. En efecto, mientras los Convenios de Ginebra contienen más de 175 normas que regulan la privación de libertad en relación con conflictos armados internacionales en casi todos sus aspectos, no existe un régimen jurídico comparable que pueda aplicarse a los conflictos armados no internacionales⁶. En este contexto, basándose en la resolución 1 adoptada en la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (la Conferencia Internacional), el CICR condujo, entre 2012 y 2015, un importante proceso de investigación y consultas sobre cómo fortalecer el DIH que protege a las personas privadas de libertad. En la XXXII Conferencia Internacional, los miembros recomendaron continuar trabajando al respecto, con el objetivo de lograr

2 Para un análisis integral (en inglés) de las preocupaciones humanitarias relacionadas con las condiciones de detención y las personas con necesidades específicas, v. CICR, “Strengthening Legal Protection for Persons Deprived of their Liberty in relation to Non-International Armed Conflict: Regional Consultations 2012”, documento de antecedentes, 2013, pp. 6-7, disponibles en: www.icrc.org/eng/assets/files/2013/strengthening-legal-protection-detention-consultations-2012-2013-icrc.pdf.

3 V. *ibíd.*, pp. 10-11.

4 V. *ibíd.*, p. 15.

5 CICR, *Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados*, Ginebra, 2011, p. 8, disponible en: www.icrc.org/spa/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-5-1-1-report-strength-ihl-es.pdf.

6 Para un análisis más detallado, v. más adelante.

uno o varios resultados concretos y de aplicación viable, bajo cualquier forma pertinente o apropiada, de naturaleza jurídicamente no vinculante, con miras a fortalecer las protecciones que otorga el derecho internacional humanitario y velar por que este no pierda su carácter práctico y pertinente en cuanto a la protección de las personas privadas de libertad en relación con un conflicto armado, en particular, en lo que concierne a los conflictos armados no internacionales⁷.

El consenso que los Estados alcanzaron en la XXXII Conferencia Internacional sobre la necesidad de hacer mayores esfuerzos en profundidad sobre el fortalecimiento del DIH que protege a las personas privadas de libertad fue oportuno e importante por, al menos, tres razones.

Primero, como se apuntó antes, las graves consecuencias humanitarias de la privación de libertad requieren medidas al respecto. Para proteger mejor a los miembros de las fuerzas armadas estatales, los grupos armados y los civiles privados de libertad, se requieren medidas jurídicas, políticas y operacionales adicionales. Los esfuerzos por lograr resultados concretos y de aplicación viable que fortalezcan de una manera eficaz el DIH que protege a las personas privadas de libertad dan un lugar central a la cuestión de los desafíos humanitarios y jurídicos que rodean a las detenciones relacionadas con los conflictos armados en las agendas de los Estados.

Segundo, como se verá después, el DIH aplicable a los conflictos armados no internacionales no es lo suficientemente claro y detallado en lo que respecta a la protección de las personas privadas de libertad. Puede argumentarse que esa falta de detalle del DIH aplicable podría compensarse plenamente con las protecciones que establece el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)⁸. Si bien el DIDH confiere garantías importantes a las personas privadas de libertad, la medida en que las normas del DIDH pueden regular con eficacia o fortalecer la protección de las personas privadas de libertad en todas las situaciones de conflicto armado no internacional (incluidos distintos contextos operacionales, como las detenciones cerca del campo de batalla o en conflictos armados extraterritoriales) es aún objeto de debate. Por ello, los jefes militares y los asesores jurídicos tienen la difícil tarea de brindar instrucciones operacionales concretas sin contar siempre con una orientación lo suficientemente clara en relación con el derecho internacional aplicable⁹. Por consiguiente, con resultados concretos y de aplicación viable, se

7 XXXII Conferencia Internacional, resolución 1, 32IC/15/R1, 2015 (resolución 1), párr. 8, disponible en: http://rcrcconference.org/wp-content/uploads/2015/04/32IC-AR-Persons-deprived-of-liberty_ES.pdf.

8 Además, especialmente en los conflictos armados no internacionales tradicionales que tienen lugar únicamente en territorio del Estado detenedor, las constituciones nacionales y el derecho nacional muchas veces disponen garantías esenciales para las personas privadas de libertad.

9 De hecho, los Estados han tenido que hacer frente a cuestionamientos jurídicos ante tribunales nacionales y regionales por sus prácticas en materia de detención. Un caso conocido es el que se planteó ante el Tribunal Superior de Justicia de Reino Unido, *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence and Others*, [2017] UKSC 2, 17 de enero de 2017. Para consultar más referencias a la jurisprudencia nacional, v. Thomas Winkler, "The Copenhagen Process and the Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations", *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 5, n.º 1-2, 2014.

podría resaltar en mayor medida la cuestión del trato humano de las personas detenidas, que no solo es esencial para proteger su vida y su dignidad, sino también para alcanzar resultados fructíferos en el plano operacional. De esa forma, se podría ayudar a todas las partes en conflictos armados a cumplir sus obligaciones y a prevenir posibles incumplimientos de esas obligaciones.

Tercero, esta incertidumbre jurídica es especialmente importante en lo que respecta a las detenciones en el contexto de operaciones multinacionales. Por ejemplo, si los Estados realizan operaciones conjuntas, deben establecer criterios comunes sobre la privación de libertad. En la práctica, ello ha planteado dificultades significativas, porque, en las coaliciones, las obligaciones jurídicas de los Estados miembros suelen surgir de tratados de DIH distintos¹⁰, así como del derecho internacional y regional de los derechos humanos¹¹. Como ha señalado un exasesor jurídico del Departamento de Estado de Estados Unidos, “un conjunto de normas básicas comunes podría facilitar las operaciones de detención multinacionales, ya que los aliados partirían de las mismas proposiciones en materia de procedimientos”¹². Dado el mayor número de operaciones multinacionales y la creciente colaboración entre Estados con distintas obligaciones jurídicas, los resultados concretos y de aplicación viable ayudarían a dar una orientación esencial sobre la protección de las personas detenidas que todos los miembros de una coalición acepten respetar.

Antes de analizar la necesidad de fortalecer el DIH que protege a las personas privadas de libertad, es necesario mencionar brevemente otros procesos internacionales que han abordado diversos aspectos de las detenciones en los últimos años. Entre ellos, cabe mencionar, en particular, el Proceso de Copenhague y la revisión de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. El proceso basado en la resolución 1 tiene un ámbito de aplicación diferente e involucra a actores distintos, por lo que su objetivo es complementar los otros dos procesos y abordar cuestiones importantes que no se plantearon en ellos.

En primer lugar, el Proceso de Copenhague (que tuvo lugar entre 2007 y 2012 y contó con la facilitación del gobierno de Dinamarca) abordó cuestiones relativas a “las detenciones en operaciones militares internacionales”¹³. En ese proceso, un grupo de Estados definió varios principios y pautas aplicables a las operaciones militares internacionales (en el sentido de extraterritoriales) en el contexto de conflictos armados no internacionales, así como en operaciones para hacer cumplir la ley¹⁴. A diferencia del Proceso de Copenhague, el proceso basado

10 Aunque todos los Estados deben cumplir el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el DIH consuetudinario, no todos han ratificado el Protocolo adicional II (PA II), por ejemplo.

11 V. T. Winkler, *supra* nota 9, p. 260.

12 Ashley S. Deeks, “Administrative Detention in Armed Conflict”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 40, n.º 3, 2009, p. 434.

13 Para consultar los principios, un comentario sobre ellos y un resumen de todo el proceso, v. Bruce Oswald, “The Copenhagen Principles, International Military Operations and Detentions”, *Journal of International Peacekeeping*, vol. 13, 2013.

14 El Párrafo IX del preámbulo de los Principios y Directrices de Copenhague aclara: “Se pretende que los Principios y Prácticas del Proceso de Copenhague se apliquen a las operaciones militares internacionales en el contexto de conflictos armados no internacionales y operaciones de paz; no pretenden abordar los conflictos armados internacionales”.

en la resolución 1 de la XXXII Conferencia Internacional tiene un alcance distinto y una participación más amplia. En lo que respecta al alcance, el proceso se centra en la privación de libertad “en relación con un conflicto armado, en particular, en lo que concierne a los conflictos armados no internacionales”¹⁵. Ello incluye todo tipo de conflictos armados no internacionales, es decir, los que son puramente internos así como los extraterritoriales¹⁶. Sin embargo, no abarca situaciones que no sean conflictos armados, como las operaciones para hacer cumplir la ley. Además, los debates en el marco del proceso basado en la resolución 1 de la XXXI Conferencia Internacional son universales, es decir, están abiertos a todos los Estados.

En segundo lugar, entre 2011 y 2015, un comité de expertos revisó las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos¹⁷. Las Reglas Mínimas revisadas se conocen como “Reglas Mandela” y brindan orientación detallada sobre las condiciones de detención en instalaciones penitenciarias, sobre todo en relación con el sistema de justicia penal. No obstante, puede considerarse que contienen disposiciones clave en relación con el tratamiento de los reclusos y sus condiciones de detención, que son pertinentes en todos los casos. Como complemento de las Reglas Mandela, el proceso basado en la resolución 1 de la XXXII Conferencia Internacional se centra explícitamente en las detenciones relacionadas con los conflictos armados y se propone abordar los desafíos jurídicos y operacionales que son especialmente pertinentes en esas situaciones. Entre esos desafíos, se cuentan las detenciones en entornos operacionales complejos, como las detenciones extraterritoriales o los internamientos en instalaciones militares, que a veces son de naturaleza temporal, o las detenciones en bases de operaciones cercanas al campo de batalla.

Esta nota reitera, primero, los fundamentos *jurídicos* por los cuales es necesario fortalecer el DIH que protege a las personas privadas de libertad. Muestra que, mientras el DIH aplicable a los conflictos armados internacionales contiene una normativa suficiente sobre la privación de libertad, no existe un marco de protección jurídica con un grado similar de detalle que sea aplicable a los conflictos armados no internacionales. Segundo, la nota resume las etapas principales del proceso de consultas que se llevó a cabo entre 2012 y 2015, y explica los puntos clave que plantearon los Estados sobre la privación de libertad en relación con los conflictos armados no internacionales. Por último, describe los principales aspectos del trabajo realizado desde la adopción de la resolución 1 de la XXXII Conferencia Internacional.

15 Resolución 1, *supra* nota 7, párr. 8.

16 No se consideran las operaciones para hacer cumplir la ley que no alcanzan el nivel de conflicto armado.

17 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, E/CN.15/2015/L.6/Rev.1, 21 de mayo de 2015 (Reglas Mandela).

La necesidad jurídica de fortalecer el DIH que protege a las personas privadas de libertad

Dos ramas del derecho internacional son pertinentes para regular la privación de libertad en relación con los conflictos armados: el DIH y el DIDH¹⁸. Esas ramas son complementarias y comparten algunos objetivos, como proteger la vida y la dignidad de las personas privadas de libertad, pero su ámbito de aplicación y sus fundamentos difieren. Además, la interacción entre ambas es objeto de debate y depende necesariamente del contexto¹⁹. Esta sección resume, en primer lugar, los elementos de protección que establece el DIH para las personas privadas de libertad en relación con los conflictos armados internacionales. En segundo lugar, muestra que el DIH de los conflictos armados no internacionales brinda una protección insuficiente en el contexto de la detención. En tercer lugar, analiza la medida en que el DIDH puede complementar al DIH y abordar algunas de las necesidades de protección identificadas.

La protección de las personas privadas de libertad en relación con conflictos armados internacionales

Los cuatro Convenios de Ginebra, el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra y el DIH consuetudinario constituyen un régimen jurídico integral aplicable a la privación de libertad en relación con conflictos armados internacionales. El Convenio de Ginebra III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra reglamenta el internamiento de los prisioneros de guerra²⁰, y el Convenio de Ginebra IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, el de los civiles que caben en las categorías de personas protegidas por el Convenio²¹. El Protocolo adicional I complementa ese régimen, entre otras cosas, en lo que respecta a las personas que no pertenecen a las categorías definidas en el Convenio de Ginebra III y el Convenio de Ginebra IV²².

18 En general, se acepta que el DIDH es aplicable en tiempo de conflicto armado. V., por ejemplo, Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, opinión consultiva, 1996, párr. 25; CIJ, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva, 2004, párr. 106; CIJ, *Causa relativa a las actividades armadas en el territorio del Congo (RDC v. Uganda)*, 2005, párr. 116. Esta es también la posición adoptada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase también CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, Ginebra, 2011, pp. 15-26, disponible en: www.icrc.org/spa/resources/documents/report/31-international-conference-ihl-challenges-report-2011-10-31.htm.

19 Por ejemplo, durante el proceso de consultas que el CICR facilitó entre 2012 y 2015, los Estados expresaron puntos de vista distintos sobre la pregunta conceptual de si el derecho de los derechos humanos es aplicable a distintos tipos de conflictos armados no internacionales y en qué medida lo es. CICR, *Fortalecimiento del derecho internacional humanitario que protege a las personas privadas de libertad: Informe final*, Ginebra, 2015 (Informe final del CICR), p. 21, disponible en: http://rcrcconference.org/wp-content/uploads/2015/04/32IC-Concluding-report-on-persons-deprived-of-their-liberty_ES.pdf.

20 La definición de prisioneros de guerra está establecida en el artículo 4 del CG III, así como en el art. 44 del PA I.

21 El art. 4 del CG IV define las personas protegidas. V. también el artículo 73 del PA I.

22 V. PA I, art. 72-79.

El DIH de los conflictos armados internacionales reglamenta la privación de libertad en prácticamente todas sus facetas. Tanto el Convenio de Ginebra III como el Convenio de Ginebra IV contemplan razones por las que se puede internar a prisioneros de guerra y civiles²³, con los procedimientos aplicables a esas personas²⁴, y definen en qué punto debe cesar la privación de libertad²⁵. En todos los casos de internamiento, los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I prohíben cualquier tipo de maltrato²⁶ y establecen normas detalladas sobre las condiciones de detención, que abarcan desde los lugares de internamiento adecuados hasta la provisión de una alimentación adecuada y de acceso a aire libre, así como el registro de los datos de los detenidos y el contacto con los familiares²⁷. También, incluyen elementos de protección específicos para mujeres, niños y niñas en situaciones de internamiento²⁸. Además, el DIH regula las transferencias de prisioneros de guerra y personas civiles internadas. Prescribe en qué circunstancias estaría autorizada la transferencia de esas personas y establece el retorno de la persona transferida si la potencia receptora no le garantiza, de alguna forma significativa, la protección que establecen los Convenios²⁹. El Convenio de Ginebra IV destaca la prohibición de transferencia en casos en los que la persona transferida “pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas”³⁰. Por ello, dada la reglamentación integral de la privación de libertad que contienen los Convenios de Ginebra, ratificados a nivel universal, así como el Protocolo adicional I (de ser aplicable) y el

23 V. CG III, art. 21(1); CG IV, art. 42(1), 78(1).

24 El artículo 5(2) del CG III solo establece que, en caso de duda sobre si puede considerarse prisionero de guerra a una persona, esa persona contará con la protección que establece el CG III hasta el momento en que “un tribunal competente haya determinado su estatuto”. Por el contrario, el CG IV establece que las personas internadas tienen derecho a que se revise en el más breve plazo la decisión inicial de internarlas y que se realicen revisiones periódicas, al menos dos veces al año. V. CG IV, art. 43 (1), 78(2).

25 Los prisioneros de guerra “serán liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado las hostilidades activas”: CG III, art. 118(1). Las personas civiles internadas serán “puesta[s] en libertad [...] tan pronto como desaparezcan los motivos de su internamiento” o “lo antes posible después de finalizadas las hostilidades”. V. CG IV, art. 46 (1), 132(1), 133(1); PA I, art. 75(3). Para un debate más sustancioso sobre el internamiento en conflictos armados internacionales, v. CICR, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, documento de opinión, Ginebra, noviembre de 2014, pp. 3-6, disponible en: www.icrc.org/en/document/internment-armed-conflict-basic-rules-and-challenges; y la presentación de las protecciones del DIH vigentes que recoge el documento de antecedentes elaborado para las consultas con expertos gubernamentales en 2014: CICR, *Thematic Consultation of Government Experts on Grounds and Procedures for Internment and Detainee Transfers*, documento de trabajo, Ginebra, 2014, disponible en: www.icrc.org/eng/assets/files/2015/consultation-internment-detainee-transfers-apr-2015.pdf.

26 V., en particular, CG III, art. 13-14; CG IV, art. 27-28, 31-34; PA I, art. 75(2).

27 Para una presentación exhaustiva sobre las protecciones que brinda el DIH para los conflictos armados internacionales, v. CICR, *Thematic Consultation of Government Experts on Conditions of Detention and Particularly Vulnerable Detainees*, documento de trabajo, Ginebra, 2014, disponible en: www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4230.pdf.

28 En lo que respecta a las mujeres, v. CG IV, art. 89(5), 97(4), 132(2); Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (eds.), *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. 1: *Normas*, CICR, Buenos Aires, 2007, normas 119 y 134 (en adelante, Estudio sobre el DIH consuetudinario). En lo que respecta a los niños y las niñas, v. CG IV, arts. 81(3), 82(2), 89(5), 94(2), 94(3); Estudio sobre el DIH consuetudinario, normas 120 y 135. V. también CICR, *supra* nota 27.

29 CG III, art. 12(2)-(3); CG IV, art. 45(2).

30 CG IV, art. 45(4).

DIH consuetudinario, parece que, de momento, el DIH aplicable en los conflictos armados internacionales ofrece un marco de protección sólido para las personas privadas de libertad³¹.

La protección de las personas privadas de libertad en relación con conflictos armados no internacionales

A diferencia del régimen de detención sólido e integral definido en relación con los conflictos armados internacionales, el DIH de los conflictos armados no internacionales contiene un número significativamente menor de normas para la protección de las personas privadas de libertad. El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (aplicable a todos los conflictos armados no internacionales) establece garantías esenciales contra todo tipo de maltrato, requiere garantías de un proceso equitativo en los casos de enjuiciamiento penal y exige garantías mínimas sobre las condiciones de detención, en el marco del requisito de trato humano³². Sin embargo, el artículo 3 común no establece normas explícitas sobre las necesidades de protección específicas de ciertos grupos de personas detenidas, ni tampoco menciona los fundamentos y procedimientos necesarios para su internamiento. Además, si bien ha de interpretarse que el artículo 3 común prohíbe las transferencias de detenidos “a otra autoridad cuando esas personas correrían el peligro de sufrir una violación de esos derechos fundamentales, al ser transferidas”³³, dicho artículo no establece explícitamente ningún aspecto de procedimiento de esa prohibición, como las medidas previas y posteriores a una transferencia.

El Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra (PA II) desarrolla y complementa el artículo 3 común, especialmente en lo que respecta a las garantías fundamentales de trato humano, las condiciones de detención, el trato debido a ciertos grupos de detenidos y los enjuiciamientos penales³⁴. En particular, “en lo que se refiere a las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, ya estén internadas o detenidas”, el Protocolo adicional II define normas generales sobre atención y control médico, provisión de “alimentos y agua potable”, “garantías de salubridad e higiene”, protección contra “los rigores del clima y los peligros del conflicto armado”, autorización para “recibir socorros individuales o colectivos”, derecho a practicar su religión y a recibir asistencia espiritual, condiciones de trabajo, alojamiento por separado para hombres y

31 V. Informe final del CICR, *supra* nota 19, p. 10. De hecho, como se apuntó en el informe, “los Estados que participaron en el proceso de consultas sobre la resolución 1 no señalaron ningún ámbito específico del DIH aplicable a la detención en relación con los CAI [conflictos armados internacionales] que fuera necesario [fortalecer]”. No obstante, algunos Estados expresaron interés en fortalecer también el DIH que protege a las personas detenidas en conflictos armados internacionales.

32 Para un análisis integral de las obligaciones fundamentales que establece el artículo 3 común, v. CICR, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, segunda edición, Ginebra, 2016, párrs. 581-716. V. también Jelena Pejic, “The Protective Scope of Common Article 3: More than Meets the Eye”, *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n.º 881, 2011.

33 Comentario del CG I, *supra* nota 32, párr. 708.

34 PA II, arts. 4, 5, 6.

mujeres, comunicación con el mundo exterior, posibilidades de evacuación de las personas detenidas y educación de los niños y las niñas³⁵. No establece fundamentos ni procedimientos para el internamiento, ni tampoco incluye normas específicas sobre las transferencias de detenidos.

Aunque el Protocolo adicional II suma elementos importantes a las garantías fundamentales que se definen en el artículo 3 común, ese instrumento no ha sido ratificado universalmente y solo es aplicable a los conflictos armados no internacionales que superan el umbral que establece el Protocolo³⁶. Además, incluso en lo que respecta a las condiciones de detención, “cabe preguntarse si sus disposiciones son realmente suficientes para abordar los problemas humanitarios que plantean las condiciones de detención”³⁷. Las normas del Protocolo adicional II no se acercan siquiera al nivel de detalle de las que establecen los Convenios de Ginebra.

Además de las normas que establecen los tratados del DIH, el DIH consuetudinario brinda diversos elementos de protección importantes para las personas privadas de libertad en relación con conflictos armados no internacionales. Se trata, en particular, de garantías fundamentales relativas al trato de las personas detenidas³⁸, normas sobre los procesos judiciales³⁹ y algunas normas sobre las condiciones de detención y el trato debido a grupos específicos de detenidos⁴⁰. El DIH consuetudinario no define fundamentos y procedimientos para el internamiento ni normas y procedimientos sobre las transferencias de personas detenidas. Además, como el derecho consuetudinario se formula muchas veces en términos más generales, establece normas amplias que a menudo no brindan “orientaciones suficientes a las autoridades detenedoras sobre la manera de establecer y administrar un régimen de detención apropiado”⁴¹.

Por consiguiente, parece que el DIH aplicable en los conflictos armados no internacionales establece normas contundentes para prohibir todo tipo de violencia y trato inhumano y para garantizar un proceso judicial equitativo. Además, el Protocolo adicional II y el DIH consuetudinario incluyen varias garantías esenciales, aunque básicas, sobre las condiciones de detención y la protección de grupos vulnerables. En claro contraste con el DIH de los conflictos armados internacionales, sin embargo, es posible que el DIH de los conflictos armados no internacionales no establezca normas suficientes sobre las condiciones de detención

35 PA II, arts. 5, 4(3)(a).

36 Como se define en el art. 1 del PA II, este instrumento solo se aplicará a conflictos armados no internacionales “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”. Por ello, el PA II no sería aplicable a los conflictos armados no internacionales que enfrenten únicamente a grupos armados no estatales ni a los conflictos en los que la parte no estatal no controle ningún territorio.

37 V. Informe final del CICR, *supra* nota 19, p. 13.

38 V. Estudio sobre el DIH consuetudinario, *supra* nota 28, normas 87-99.

39 V. *ibid.*, normas 100-103.

40 V. *ibid.*, normas 118-128.

41 V. CICR, *supra* nota 5, p. 9.

(especialmente si no es aplicable el Protocolo adicional II y si se cuestionan las normas que establece el DIH consuetudinario) y no contiene normas específicas sobre los fundamentos y procedimientos para el internamiento ni sobre las normas de procedimiento para la transferencia de personas detenidas.

¿En qué medida puede el derecho internacional de los derechos humanos fortalecer la protección de las personas privadas de libertad en relación con conflictos armados?

En los conflictos armados internacionales, las normas del DIH prevalecen sobre las normas del DIDH en relación con la privación de libertad, por la sencilla razón de que los Estados han acordado las disposiciones pertinentes del DIH específicamente para su aplicación en conflictos armados internacionales⁴². En los conflictos armados no internacionales, sin embargo, la situación no está clara: el DIH de los conflictos armados no internacionales establece normas limitadas en relación con algunas cuestiones y no establece ninguna norma en relación con otras. En cambio, los tratados de derechos humanos contienen disposiciones importantes sobre, por ejemplo, los fundamentos y procedimientos para la privación de libertad o el principio de no devolución⁴³, existe jurisprudencia detallada sobre varios de esos puntos y la normativa de derechos humanos contiene normas exhaustivas sobre las condiciones de detención o sobre la protección de mujeres, niñas y niños privados de libertad⁴⁴. Esta nota no es el lugar adecuado para analizar en profundidad cuestiones jurídicas importantes, por ejemplo, cómo se aplican exactamente las normas y los principios de derechos humanos durante los conflictos armados o cómo pueden resolverse los posibles conflictos entre normas contradictorias del DIH. De todos modos, se argumenta que, pese a que el derecho de los derechos humanos es aplicable durante los conflictos armados, tendría un gran valor práctico reiterar y aclarar los elementos de protección esenciales aplicables en los conflictos armados, ya que de ese modo podría fortalecer y complementar las normas y los principios vigentes en situaciones en las que se cuestiona o restringe su aplicación, o cuando no brindan orientación suficiente. Al mismo tiempo, está claro que lo único que puede hacer cualquier resultado jurídicamente no vinculante para fortalecer el DIH que protege a las personas privadas de libertad es complementar el derecho

42 V. CICR, *supra* nota 18, p. 19. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretó el Convenio Europeo de Derechos Humanos “de manera que tuviera en cuenta el contexto y las normas aplicables del derecho internacional humanitario”. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Asunto Hassan contra el Reino Unido*, demanda n.º 29750/09, sentencia, 16 de septiembre de 2014, párrs. 101-106. Eso no significa, sin embargo, que el DIDH no pueda complementar el DIH.

43 V., por ejemplo, el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

44 V., por ejemplo, las Reglas Mandela, *supra* nota 17; las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes, Doc. ONU/RES/2010/16, 22 de julio de 2010 (conocidas como “Reglas de Bangkok”); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, GA Res. 40/33, Doc. ONU A/40/53, 1985 (conocidas como “Reglas de Beijing”).

y las normas vigentes, más allá de cualquier obligación jurídica que puedan tener, según el DIH o el DIDH, las partes en conflictos armados.

Hay tres razones principales para fortalecer el DIH aplicable en los conflictos armados no internacionales pese a la existencia del derecho de los derechos humanos y las normas de derechos humanos. Primero, la medida en que el derecho de los derechos humanos y las normas de derechos humanos se aplican a distintas situaciones de conflicto es objeto de cierto debate; segundo, los instrumentos del DIDH se desarrollaron principalmente para aplicarlos fuera de conflictos armados y no siempre brindan orientación suficiente para los desafíos específicos de los conflictos; y, tercero, persiste el debate sobre si las partes no estatales en conflictos armados tienen obligaciones conforme al DIDH.

En lo que respecta al primer punto, la Corte Internacional de Justicia, los tribunales regionales de derechos humanos y los órganos de los tratados de DIDH han concluido sin ambigüedad que los tratados de DIDH pertinentes son aplicables durante los conflictos armados, tanto interna como extraterritorialmente⁴⁵. Sin embargo, persisten las discusiones entre Estados, especialmente sobre la cuestión de en qué medida se aplican extraterritorialmente o en tiempo de conflicto armado los tratados de DIDH, y qué relación tienen con el DIH aplicable⁴⁶. Eso es particularmente pertinente en lo que respecta a los fundamentos y procedimientos para el internamiento y a las cuestiones relativas al principio de no devolución, que no regula explícitamente el DIH, pero que se definen en algunos tratados de DIDH o en la jurisprudencia pertinente. Una cuestión particular en relación con el DIDH son las suspensiones en situaciones de emergencia o de conflicto armado, incluidos los conflictos armados no internacionales extraterritoriales. En efecto, se plantea cada vez más en la práctica la cuestión de en qué medida se permite a los Estados suspender la aplicación de derechos sustantivos y de procedimiento en relación con la privación de libertad, aunque la jurisprudencia aún no se ha definido. En 2015 y 2016, por ejemplo, tres Estados europeos suspendieron la aplicación de algunas de sus obligaciones en materia de derechos humanos según tratados regionales y universales del derecho de los derechos humanos⁴⁷. En todos esos casos, una de las disposiciones que suspendían los Estados era el derecho. Está claro que solo

45 V., por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hassan*, *supra* nota 42, párrs. 74-80; CIJ, *Wall*, *supra* nota 18, párrs. 107-113.

46 V., por ejemplo, Consejo de Derechos Humanos, *Fourth Periodic Report: United States of America*, CCPR/C/USA/4, 22 de mayo de 2012, párrs. 505-509; Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *The Draft Basic Principles: Comments by the Government of Canada*, 28 de abril de 2015, párrs. 4-8; Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *The Draft Basic Principles: Comments by the Government of Australia*, 17 de marzo de 2015, párrs. 2-6.

47 V. las suspensiones adoptadas por Ucrania, Francia y Turquía en lo que respecta al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, Reino Unido anunció en 2016 que introduciría “una presunción para suspender la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos [...] en futuros conflictos”. V. www.gov.uk/government/news/government-to-protect-armed-forces-from-persistent-legal-claims-in-future-overseas-operations.

se permiten suspensiones dentro de límites estrictos⁴⁸, y, además, los tribunales u órganos de los tratados pertinentes deben supervisar esas suspensiones y pronunciarse sobre su licitud. Sin embargo, ese control solo se produce mucho después de que los Estados hayan aplicado las suspensiones y las medidas relacionadas con ellas, basándose en la evaluación que hayan hecho de la situación.

Además, los tratados de DIDH pertinentes no contienen disposiciones detalladas sobre las condiciones de detención. En cambio, las condiciones de detención se han abordado en normas universalmente reconocidas, como las Reglas Mandela, las Reglas de Bangkok y las Reglas de Beijing⁴⁹. Esos instrumentos establecen principios mínimos para el trato humano de las personas recluidas y constituyen, en la práctica, un marco de referencia importante y ampliamente utilizado, pero se centran en cómo los Estados administran sus instituciones penitenciarias ordinarias: es posible que no tengan específicamente en cuenta las circunstancias particulares de la privación de libertad en conflictos armados⁵⁰. En este contexto, algunos Estados han cuestionado abiertamente la aplicabilidad de esas normas a las personas privadas de libertad en relación con conflictos armados⁵¹. Además, las Reglas Mandela, por ejemplo, reconocen explícitamente que “es evidente que [...] no se pueden aplicar indistintamente todas las reglas en todas partes y en todo momento”⁵².

Surge así un segundo desafío clave para la aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos y las normas de derechos humanos a todas las situaciones de conflicto armado no internacional. El derecho de los derechos humanos y la jurisprudencia sobre los fundamentos y procedimientos para el internamiento, y en cierta medida también sobre el principio de no devolución, se basan en la presunción de que hay una administración del Estado que funciona,

48 V., por ejemplo, el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. V. también Consejo de Derechos Humanos, “Observación General n.º 29 del Centro de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 4 (suspensión de las obligaciones contraídas en situaciones excepcionales)”, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001.

49 V. *supra* nota 44. Esas normas se invocan con frecuencia para interpretar las disposiciones más generales que contienen los tratados de derechos humanos sobre el trato humano de las personas detenidas. V., por ejemplo, Consejo de Derechos Humanos, “Observación General n.º 21 del Centro de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 10 (trato humano de las personas privadas de libertad)”, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev. 9, 1992.

50 Las Reglas Mandela, *supra* nota 17, no especifican si son aplicables en tiempo de conflicto armado. Tradicionalmente, se ha entendido que las Reglas Mínimas se aplican a detenidos por delitos comunes en instituciones penitenciarias ordinarias, pero se han enmendado para aplicarlas también a “personas detenidas o encarceladas sin imputación de cargos” (v. enmienda aprobada en ECOSOC Res. 2076 (LXII), 13 de mayo de 1977). Por su parte, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de la ONU solo es aplicable a “todas las personas en el territorio de un Estado”, lo cual excluye las detenciones extraterritoriales y las detenciones por parte de fuerzas no estatales.

51 Se ha informado que, durante el proceso de revisión reciente, la cuestión de si debía ampliarse el ámbito de aplicación de las Reglas Mandela se dejó de lado porque cuestiones como “la interacción del derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos en relación con el tratamiento de las personas privadas de libertad [...] también podría haber llevado a un punto muerto, y posiblemente incluso hecho peligrar la finalización del proceso de revisión”. Katrin Tiroch, “Modernizing the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners – A Human Rights Perspective”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 19, n.º 1, 2016, p. 299.

52 Reglas Mandela, *supra* nota 17, Observación Preliminar 2(1).

incluido un sistema judicial capaz de brindar todas las garantías judiciales necesarias⁵³. Por ello, en conflictos armados no internacionales puramente internos entre fuerzas gubernamentales y un grupo armado no estatal o varios, “el derecho interno, que reflejará las obligaciones del Estado en relación con los derechos humanos y el DIH, es el ordenamiento que contiene las garantías procesales que debe garantizar el Estado a los miembros de esos grupos que estén detenidos”⁵⁴. Dado que las fuerzas armadas del Estado operan “en casa” y pueden depender de la infraestructura judicial del Estado, en esas situaciones se debe esperar que el Estado siga aplicando las garantías en materia de derechos humanos a todas las personas detenidas en relación con ese conflicto. Sin embargo, los conflictos armados no internacionales también pueden derivar en situaciones en las que las instituciones o los sistemas judiciales del Estado se desintegren, o en las que sistemas judiciales ya disfuncionales deban hacer frente a un mayor número de personas privadas de libertad en relación con el conflicto armado. Esos desafíos se plantean también si los Estados actúan fuera de su territorio sin tener disponible su sistema judicial ordinario. En esos contextos, los Estados con frecuencia deben afrontar grandes desafíos para brindar a todas las personas detenidas garantías de procedimiento similares a las que les brindarían en tiempo de paz. Por ejemplo, podría ser muy difícil dar a todas las personas recluidas la posibilidad de que un tribunal revise su privación de libertad o dar a un tribunal el nivel de pruebas necesario para lograr la confirmación del internamiento. Como destaca un comentarista:

Al menos en lo que respecta a las capturas en hostilidades activas, es poco realista esperar que soldados que deben aceptar la rendición de sus enemigos creen un archivo que se pueda emplear ante un tribunal, que abandonen el campo de batalla para testificar ante el tribunal y que obtengan pruebas adicionales necesarias para que el Estado pueda refutar el argumento de la persona detenida que afirma que no participó directamente en las hostilidades y que no pertenecía a un grupo armado; todo eso mientras prosiguen los combates. El tema principal es que, si para el Estado no es realista un procedimiento de *habeas corpus*, la obligación de realizarlo podría provocar que un tribunal independiente e imparcial dejara en libertad a la mayoría de los combatientes detenidos por fuerzas armadas en el campo de batalla, lo cual podría, a su vez, traducirse en un menor cumplimiento de las normas a largo plazo. Es decir, podría llevar a ejecuciones sumarias disfrazadas de muertes en el campo de batalla y a detenciones secretas⁵⁵.

53 Sin embargo, también es cierto que, en varios contextos, incluidos algunos en los que los Estados no participan en conflictos armados, las administraciones del Estado, entre ellas los sistemas judiciales, no funcionan bien y muchas veces no están en condiciones de ofrecer, en la práctica, todas las garantías necesarias.

54 V. CICR, *supra* nota 18, p. 17. Para consultar ejemplos de cómo Colombia ha aplicado un enfoque de justicia penal/DIDH en relación con la detención en el contexto de un conflicto armado no internacional, v. Lawrence Hill-Cawthorne, *Detention in Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 165-166.

55 Marco Sassòli, “Legal Framework for Detention by States in Non-International Armed Conflict”, *Proceedings of the Bruges Colloquium*, 16-17 de octubre de 2014, p. 65, disponible en: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:77195>.

Para decirlo claramente, los desafíos prácticos de la aplicación de reglas o normas jurídicas no implican que esas reglas o normas no sean aplicables. Sin embargo, es evidente que plantean la cuestión de qué garantías humanitarias deben darse en todas las circunstancias.

Tercero, tradicionalmente se ha entendido que el derecho de los derechos humanos solo es aplicable a los Estados, no a los actores no estatales, lo cual implica que solo sería aplicable a una parte en conflicto. En el Consejo de Seguridad, en el Consejo de Derechos Humanos y en los procedimientos especiales de la ONU, se está extendiendo la práctica de exigir que distintos tipos de grupos armados respeten los derechos humanos fundamentales y las normas humanitarias, como la prohibición de la tortura⁵⁶. La mayoría de los grupos armados, sin embargo, no tendría capacidad para cumplir la totalidad de las obligaciones que establece el derecho de los derechos humanos, a menos que cumpliera funciones similares a las de los gobiernos en las que se basa la aplicación de numerosas normas de derechos humanos⁵⁷. Muchos grupos carecen de un aparato adecuado para garantizar el cumplimiento del amplio abanico de normas sobre condiciones de detención o la capacidad de privar de libertad a personas en cumplimiento de los requisitos que establece el DIDH sobre fundamentos y procedimientos para la detención⁵⁸. Por ello, incluso si el derecho internacional se sigue desarrollando en una dirección que requiera el respeto de ciertas normas de derechos humanos por parte de los grupos armados no estatales, solo los grupos más sofisticados podrán privar de libertad en cumplimiento de todos los principios y las normas del DIDH pertinentes.

Por ello, un documento de DIH que brinde garantías mínimas y orientación concreta en materia de aplicación sobre las condiciones de detención y el trato de grupos específicos de personas detenidas, los fundamentos y procedimientos para el internamiento y las normas sobre la transferencia de detenidos podría establecer una base operacionalmente pertinente para la protección de las personas privadas de libertad en relación con conflictos armados no internacionales y fortalecer así la protección de esas personas. Al concebirse y aceptarse específicamente para situaciones de conflicto armado, debería calibrar meticulosamente las consideraciones militares y humanitarias y tendría que diseñarse de manera que fuera aplicable a todas las partes. Cualquier resultado así necesitaría encontrar (de una vez) formas de brindar orientación pertinente a partes con capacidades muy diferentes en los conflictos armados. El propósito y la ventaja principales de un instrumento de esa índole serían dar a todas las partes en un conflicto armado

56 Para un análisis de las prácticas recientes, v., por ejemplo, Jean-Marie Henckaerts y Cornelius Wiesener, "Human Rights Obligations of Non-state Armed Groups: A Possible Contribution from Customary International Law?", en Robert Kolb y Gloria Gaggioli (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 146-169; Tilman Rodenhäuser, "International Legal Obligations of Armed Opposition Groups in Syria", *International Review of Law*, n.º 2, 2015.

57 En opinión del CICR, sin embargo, en los casos "en que un grupo, generalmente porque controla un territorio de forma estable, tenga la capacidad de actuar como una autoridad estatal [se pueden] reconocer *de facto* sus responsabilidades en relación con los derechos humanos". V. CICR, *supra* nota 18, p. 17.

58 Para un análisis de la capacidad de los grupos armados para gestionar procesos judiciales, v. Comentario del CG I, *supra* nota 32, párrs. 689-695.

no internacional orientación muy clara sobre el trato que deben brindar en cualquier situación de conflicto, sin importar dónde se libere ese conflicto. Podría complementar así la protección de derechos humanos aplicable sin hacer peligrar su aplicabilidad⁵⁹.

El proceso de investigación y consultas de 2012–2015

El proceso de investigación y consultas que el CICR condujo entre 2012 y 2015 se basa en la resolución 1 adoptada en la XXXI Conferencia Internacional, celebrada en 2011. La resolución invita

al CICR a proseguir las investigaciones, las consultas y los debates, en cooperación con los Estados y, si procede, con otros actores pertinentes, incluidas organizaciones internacionales y regionales, para hallar y proponer diversas opciones y formular sus recomendaciones a fin de i) garantizar que el derecho internacional humanitario es útil y pertinente para prestar protección jurídica a todas las personas privadas de libertad en relación con los conflictos armados⁶⁰.

Por consiguiente, entre 2012 y 2015, el CICR condujo un amplio proceso de consultas con Estados, Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y con otros actores pertinentes. De acuerdo con la resolución 1, esas consultas fueron de naturaleza exploratoria, para permitir al CICR proponer opciones y hacer recomendaciones para el fortalecimiento del DIH que protege a las personas privadas de libertad en relación con conflictos armados⁶¹. La sección siguiente resume brevemente los puntos principales que destacó el CICR de las tres etapas del proceso de consultas: consultas regionales en 2012–2013, consultas temáticas en 2014 y una reunión de todos los Estados en 2015. Luego, subraya varios puntos clave que los Estados consideraron importante tener en cuenta en lo que respecta a la privación de libertad en relación con conflictos armados no internacionales.

El proceso de consultas

Consultas regionales (2012–2013)

Para iniciar las consultas sobre el fortalecimiento del DIH que protege a las personas privadas de libertad, el CICR organizó cuatro consultas regionales con Estados, que se celebraron en Pretoria, Sudáfrica (noviembre de 2012); San José,

59 Dado que, en cualquier caso, el resultado de ese proceso no será jurídicamente vinculante, no puede modificar las obligaciones que el DIH impone a los Estados.

60 XXXI Conferencia Internacional, resolución 1, 31IC/11/R1, 2011, párr. 6.

61 Las opciones identificadas y las recomendaciones del CICR se presentaron ante la Conferencia Internacional en el Informe final del CICR, *supra* nota 19, en junio de 2015.

Costa Rica (noviembre de 2012); Montreux, Suiza (diciembre de 2012); y Kuala Lumpur, Malasia (abril de 2013)⁶². Basándose en una vasta investigación sobre si el DIH que protege a las personas privadas de libertad debía fortalecerse y en qué ámbitos, el CICR sugirió centrarse en la privación de libertad en relación con conflictos armados no internacionales, especialmente en cuatro ámbitos amplios: condiciones de detención, protección de personas vulnerables, fundamentos y procedimientos para el internamiento y transferencias de personas privadas de libertad⁶³.

Durante las consultas regionales, los participantes en general estuvieron de acuerdo en que era adecuado centrarse en los ámbitos de protección sugeridas. Como se vio anteriormente, están lo suficientemente bien reglamentados en el DIH aplicable a los conflictos armados internacionales, pero no, en el DIH aplicable a los conflictos armados no internacionales. Al plantearse a qué normas podía recurrirse para llenar ese vacío, los participantes generalmente identificaron el DIH de los conflictos armados internacionales como primer punto de referencia. También, más allá de la cuestión de su aplicabilidad jurídica, la mayoría de los participantes consideró que los principios y las normas de derechos humanos son fuentes de orientación e inspiración valiosas, además de la práctica de los Estados. Los participantes debatieron, asimismo, los desafíos operacionales para la aplicación de las distintas normas. Además, hicieron una puesta en común de sus posturas preliminares sobre cuáles podrían ser los resultados del proceso. Aunque muchos participantes dieron su apoyo a la elaboración de un nuevo tratado de DIH, la tendencia general favoreció la búsqueda de resultados no vinculantes jurídicamente⁶⁴.

Consultas temáticas (2014)

A partir de las sugerencias realizadas durante las consultas regionales, el CICR celebró en 2014 dos sesiones de consultas temáticas con expertos gubernamentales: una centrada en cuestiones relativas a las condiciones de detención y los grupos de detenidos vulnerables en conflictos armados no internacionales, y otra sobre cuestiones relativas a los fundamentos y procedimientos para el internamiento y las transferencias de detenidos en conflictos armados no internacionales⁶⁵. Se pidió a los expertos participantes que analizaran los elementos de protección sustantivos tomados del DIH de los conflictos armados internacionales y del derecho de los derechos humanos y las normas de derechos humanos, y que evaluaran (independientemente de si esos principios y normas son formalmente aplicables) qué desafíos prácticos

62 Los informes sobre esos cuatro encuentros están disponibles (en inglés) en: www.icrc.org/en/document/detention-non-international-armed-conflict-consultations-government-experts.

63 V.CICR, *supra* nota 2.

64 V. CICR, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty: Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, Ginebra, 2013, pp. 30-31.

65 La documentación sobre el primer encuentro está disponible (en inglés) en: www.icrc.org/en/document/detention-non-international-armed-conflict-first-thematic-consultation-government-experts. La documentación sobre el segundo encuentro está disponible (en inglés) en: www.icrc.org/en/document/detention-non-international-armed-conflict-second-thematic-consultation-government-experts.

afrontan las partes en conflictos armados al aplicar esos elementos de protección en conflictos armados no internacionales. Además, se les pidió su opinión sobre elementos de protección específicos, es decir, elementos más detallados en los que pudiera centrarse el debate a futuro⁶⁶. Como se explicó en el Informe final del CICR:

El enfoque adoptado por el CICR en relación con los elementos de protección se basa en la premisa de que las necesidades humanitarias en las situaciones de detención son, en gran parte, las mismas tanto en tiempo de conflicto armado como de paz, si bien podría hacer falta adaptar el contenido normativo de las protecciones de DIH que atienden esas necesidades a la realidad de los conflictos armados⁶⁷.

No es posible ni necesario reproducir aquí la totalidad del debate; sin embargo, varias de sus consideraciones generales se resumen a continuación⁶⁸.

Reunión de todos los Estados (2015)

La tercera etapa del proceso consistió en diversas consultas bilaterales y multilaterales, así como en una reunión de todos los Estados celebrada en Ginebra, en 2015. El objetivo de la reunión fue brindar a todos los Estados, incluidos los que no habían participado en consultas anteriores, una oportunidad de debatir y precisar los puntos principales surgidos en los debates anteriores, incluidos los elementos de protección sugeridos. Además, se pidió a los Estados que intercambiaran ideas más precisas sobre los resultados potenciales del proceso, en el que pudieran basarse el informe final y las recomendaciones del CICR que se iban a presentar ante la XXXII Conferencia Internacional, en diciembre de 2015⁶⁹.

Consideraciones principales planteadas por los Estados sobre la privación de libertad en relación con conflictos armados no internacionales

Los siguientes párrafos presentan en forma sintética y no exhaustiva las cuestiones generales planteadas durante el proceso de consultas. Sin embargo, no reflejan los detalles de los debates entre los Estados sobre elementos de protección específicos⁷⁰.

66 Por ejemplo, sobre alimentos y agua, los elementos de protección en los que deben centrarse las conversaciones incluyen la cantidad y la calidad de los alimentos, el régimen alimenticio al que estén acostumbrados los detenidos, los horarios de las comidas y el acceso a agua potable en cantidad suficiente. V. Informe final del CICR, *supra* nota 19, p. 39.

67 *Ibid.*, pp. 22-23.

68 Se han publicado (en inglés) resúmenes de los debates en los informes sobre las consultas temáticas del CICR que se citaron anteriormente en las notas 25 y 27.

69 Las conclusiones de la presidencia están disponibles (en inglés) en: www.icrc.org/en/document/strengthening-compliance-ihl-meeting-all-states-geneva-switzerland-27-29-april-2015.

70 El CICR ha publicado informes de todas las consultas con los Estados, que están disponibles (en inglés) en: www.icrc.org/en/document/detention-non-international-armed-conflict-icrc-work-strengthening-legal-protection-0. El siguiente resumen se basa principalmente en el informe final del CICR, *supra* nota 19, pp. 27-34.

En general, los Estados consideran importante que sus fuerzas den a las personas detenidas en relación con conflictos armados no internacionales condiciones de detención adecuadas, incluida protección específica para ciertos grupos de detenidos. Sin embargo, el nivel de protección que los Estados se consideran capaces de brindar depende de las circunstancias: a las personas recluidas en instalaciones de detención ordinarias alejadas del campo de batalla, se les podría dar, en principio, los mismos elementos de protección que se aplican fuera de los conflictos armados, pero ello podría no ocurrir en situaciones de “detención sobre el terreno”, es decir, en el caso de las personas privadas de libertad en un contexto de hostilidades que posteriormente sean recluidas en lugares de detención temporales o de transición en bases de operaciones. En esas circunstancias, que tienen normalmente una duración limitada, la infraestructura o los alimentos disponibles podrían no permitir la aplicación de las mismas normas que se aplican en instalaciones penitenciarias estables. Análogamente, los Estados consideraron que no todos los elementos de protección que son importantes en detenciones a largo plazo, como brindar una alimentación variada o acceso a la educación, serán necesarios en las detenciones a corto plazo. Los participantes destacaron la necesidad de planificar con antelación, para permitir a las fuerzas que proceden a una detención brindar, por lo menos, los elementos de protección esenciales. Ello incluiría aspectos materiales, como el desarrollo de una infraestructura de detención, así como preparativos no materiales, como estudiar la composición de las fuerzas sobre el terreno para garantizar, por ejemplo, la disponibilidad de mujeres que sean miembros del personal para registrar o custodiar a las mujeres detenidas.

Las consultas confirmaron, asimismo, que los fundamentos y procedimientos para el internamiento son necesarios para proteger a las personas frente a detenciones arbitrarias. Volvió a subrayarse la necesidad de diferenciar el internamiento de la detención penal, porque no constituye un castigo por una conducta delictiva pasada, sino que es más bien una privación de libertad preventiva que se impone por razones de seguridad relacionadas con un conflicto armado. Por consiguiente, uno de los puntos principales que el CICR extrajo de las consultas fue que los Estados “en general consideran que la justificación subyacente para el internamiento es, en todos los casos, la existencia de la amenaza que plantea la persona que está siendo detenida”⁷¹. Sin embargo, los Estados expresaron opiniones distintas sobre la definición de posibles motivos de internamiento. Algunos eran de la opinión de que “imperiosas razones de seguridad”, como las que establece el Convenio de Ginebra IV en relación con las detenciones de civiles, son una norma adecuada, mientras que otros se mostraban en desacuerdo con la aplicación de esa norma fuera del contexto de ese Convenio, y otros argumentaban que la pertenencia formal a un grupo armado podía ser un fundamento suficiente para el internamiento⁷².

71 *Ibíd.*, p. 31.

72 Respecto de esas normas, se expresaron opiniones distintas sobre qué constituyen “imperiosas razones de seguridad” en relación con los criterios que deben aplicarse para establecer la pertenencia a un grupo armado.

Más allá de las obligaciones jurídicas aplicables, los Estados sostuvieron que debe haber garantías de procedimiento clave que estén en vigor en el momento de la captura⁷³, como la revisión inicial y periódica de la decisión de internar a cada persona, y la provisión de algún tipo de representación o asistencia a la persona internada en relación con el proceso. Aunque las consultas confirmaron que un órgano de revisión debería ejercer una verdadera supervisión del poder de tomar decisiones de la autoridad detenedora, se analizaron distintos atributos de un órgano de ese tipo, por ejemplo, si debía ser “independiente e imparcial” u “objetivo e imparcial”, poniendo este último concepto el énfasis en la posición de que no sería necesaria una revisión judicial. Análogamente, se debatió la composición del órgano de revisión, y algunos Estados insistieron en que debía tener cierta flexibilidad sobre esta cuestión para abordar las circunstancias particulares de, por ejemplo, los conflictos armados no internacionales extraterritoriales en los que los Estados podían no tener disponible su sistema judicial completo. Hubo consenso, sin embargo, en la posición de que debe informarse a todas las personas internadas de los motivos de su internamiento, y de que el proceso debe ser justo y tener en cuenta toda la información pertinente.

Respecto de la transferencia de detenidos, los Estados subrayaron la diferencia entre las operaciones en territorio propio de un Estado y las detenciones en el extranjero. Aunque los Estados, en general, consideraron que el principio de no devolución es aplicable a las personas detenidas en su propio territorio según el derecho de los derechos humanos o el derecho de los refugiados, la cuestión pareció ser más compleja cuando los Estados actúan extraterritorialmente y se plantean la transferencia de un detenido bien a las autoridades del Estado anfitrión o a otros Estados. En esas situaciones, los tipos de riesgos que impedirían una transferencia, además de la privación de libertad arbitraria, la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, o los actos que prohíbe el artículo 3 común, dependerían de las obligaciones internacionales de cada Estado en particular⁷⁴. Los Estados debatieron también las ventajas y los desafíos relacionados con las medidas prácticas para evitar esos riesgos, como evaluar antes de una transferencia las políticas y prácticas de detención de la autoridad receptora y la condición y los temores individuales de la persona a la que se va a transferir y hacer un seguimiento tras la transferencia.

De hecho, en los conflictos armados no internacionales, pueden detener a una persona no solo las autoridades del Estado, sino también los grupos armados no estatales, y las personas privadas de libertad por parte de grupos armados tienen necesidades de protección similares a las de las personas detenidas por los Estados. Dado que, en algunos casos, los grupos armados no tienen a su disposición infraestructura de detención ni instituciones judiciales comparables a las de los

73 En ese sentido, se debatieron distintos fundamentos y procedimientos. Aunque es probable que, en los conflictos armados no internacionales puramente internos, la legislación nacional sea de vital importancia, es posible que se necesiten otros fundamentos y procedimientos en lo que respecta a las detenciones en conflictos armados no internacionales extraterritoriales.

74 En cuestión de prácticas, los Estados debatieron diversos motivos que impedirían una transferencia. V. *ibíd.*, pp. 32-34.

Estados, es probable que sus prácticas de detención planteen desafíos humanitarios particulares. En el transcurso de las consultas, distintos Estados expresaron su preocupación por la posibilidad de que la regulación de las detenciones por parte de los grupos armados pudiera legitimarlos conforme al derecho internacional. Además, los Estados advirtieron que la gran diversidad de grupos armados, en particular, en lo que respecta a su nivel de organización interna y su capacidad, haría difícil identificar un conjunto de expectativas comunes aplicables a todos esos grupos. Un tercer desafío que se identificó fue cómo fortalecer el DIH y simultáneamente incentivar el respeto de esas normas.

Esas preocupaciones demuestran que la cuestión de las detenciones por parte de grupos armados no estatales es un tema especialmente sensible⁷⁵. Sin embargo, se debe recordar que los Estados siempre han hallado en los instrumentos del DIH cláusulas adecuadas y formulaciones cuidadosas que aclaran que someterse a la reglamentación del DIH no afecta el estatuto jurídico de las partes en un conflicto armado no internacional⁷⁶. El DIH impone a los grupos armados obligaciones humanitarias esenciales, pero los Estados tienen la libertad de penalizar según su legislación nacional las actividades de las partes no estatales en un conflicto armado no internacional. Además, lo ideal sería que los resultados potenciales del proceso establecieran elementos de protección mínimos que puedan cumplir todas las partes en conflictos armados, a la vez que brindaran orientación sobre cómo deben aplicarse los elementos de protección esenciales en circunstancias en las que las partes tienen mayor capacidad.

Perspectivas

El proceso de investigación y consultas realizado entre 2012 y 2015 permitió un intercambio muy rico y sin precedentes entre los Estados sobre sus prácticas de detención en relación con conflictos armados. El CICR documentó toda la investigación y todas las consultas en cuatro documentos de antecedentes que presentan su lectura de la legislación, ocho informes de reuniones que contienen resúmenes de los distintos debates mantenidos en el proceso de consultas y un informe final que presenta las recomendaciones de la Institución sobre cómo fortalecer el DIH que protege a las personas privadas de libertad en relación con conflictos armados no internacionales. Esos informes sientan una base sólida para esfuerzos futuros.

Ese proceso de consultas llevó a la adopción de la resolución 1, por consenso, en la XXXII Conferencia Internacional. Esa resolución “*reconoce* que el fortalecimiento de la protección que el derecho internacional humanitario brinda a las personas privadas de libertad, por todas las partes en un conflicto armado, es una prioridad”⁷⁷. Por ello,

75 Las sugerencias concretas sobre cómo superar esos desafíos se debaten en *ibíd.*, pp. 34-37.

76 V., por ej., el art. 3 común y el art. 22(6) del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya, de 1954, para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 1999.

77 Resolución 1, *supra* nota 7, párr. 5.

recomienda la continuación de una labor detenida, de conformidad con esta resolución, encaminada al *logro de uno o varios resultados concretos y de aplicación viable*, bajo cualquier forma pertinente o apropiada, de naturaleza jurídicamente no vinculante, con miras a fortalecer las protecciones que otorga el derecho internacional humanitario y velar por que este no pierda su carácter práctico y pertinente en cuanto a la protección de las personas privadas de libertad en relación con un conflicto armado, en particular, en lo que concierne a los conflictos armados no internacionales⁷⁸.

La resolución invitó a los Estados y al CICR a establecer, con el consenso de los Estados participantes, las modalidades de sus labores futuras, para asegurarse de que estuvieran impulsadas por los Estados y fueran colaborativas y no politizadas⁷⁹. En una reunión formal de los Estados celebrada en abril de 2017, sin embargo, no fue posible acordar las modalidades del trabajo a futuro. Dadas las posiciones ampliamente divergentes de los Estados (también evidentes en las consultas posteriores por escrito) sobre si debía continuar la labor de aplicación de la resolución 1 y cómo, el CICR no va a convocar de momento más reuniones para debatir “las modalidades” de esa labor. En cambio, el CICR convocará reuniones de expertos para continuar las conversaciones sobre los desafíos actuales en relación con la privación de libertad. Esta plataforma de participación facilitará un espacio para el intercambio de opiniones y prácticas dirigido a abordar preocupaciones humanitarias comunes y a analizar cuestiones identificadas en momentos anteriores del proceso que puedan explorarse más. Esos debates de expertos no se celebrarán según la resolución 1, y no tendrán por objetivo generar resultados concretos y de aplicación viable, tal como contemplaba la resolución. Su finalidad será permitir la realización de debates con sustancia entre expertos, en los que puedan basarse las posiciones jurídicas y las políticas de todas las partes interesadas y que puedan fortalecer la colaboración y el intercambio entre los Estados y preparar el terreno para una labor posterior en el marco de la resolución 1, si los Estados lo desean y si surgen vías para lograr un acuerdo sobre las modalidades.

78 *Ibíd.*, párr. 8 (énfasis añadido).

79 *Ibíd.*, párr. 9.