

**PROTECCIÓN POR EL DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD
EN PODER DE LA PARTE ADVERSA. EN PARTICULAR
DURANTE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER
INTERNACIONAL**

María Esperanza Rubio Ángel
Teniente coronel del Cuerpo Militar de Intervención

Resumen

Una de las posibles consecuencias de los conflictos armados es la privación de libertad de las personas que caen en poder de la parte adversa. Las condiciones materiales en las que se desarrolle dicha privación, la posibilidad de que los detenidos sean sometidos a torturas y malos tratos son algunas de las preocupaciones del derecho internacional humanitario, en especial cuando se refiere a determinados grupos de personas con necesidades especiales o especialmente vulnerables como es el caso de las mujeres o los niños, de ahí la importancia de determinar cuál será el régimen jurídico aplicable y las consecuencias que se producirán en caso de incumplimiento.

Palabras clave: conflicto armado, privación de libertad, protección, incumplimiento.

Abstract

One of the possible consequences of armed conflicts is the deprivation of liberty of the persons who fall into the power of the adverse party. The

material conditions in which this deprivation takes place, the possibility that detainees are subjected to torture and ill-treatment are some of the concerns of international humanitarian law, especially when it refers to certain groups of people with special or especially vulnerable needs. As is the case of women or children, hence the importance of determining what will be the applicable legal regime and the consequences that will occur in case of non-compliance.

Keywords: armed conflicts, deprivation of liberty, protection, non-compliance.

SUMARIO

Introducción. 1. Tipología de los conflictos armados. 1.1 Ámbito de aplicación material. 1.2 Delimitación espacial. 1.3 Referencia a la «guerra contra el terrorismo». 2. Tipos de privación de libertad y estatuto aplicable. 2.1 Prisioneros de guerra. 2.2 Internamiento de personas civiles. 2.3 Detención preventiva por delitos comunes. 2.4 Detención por fuerzas multinacionales en operaciones de paz. Traslado y entrega. 2.5 La detención de combatientes extranjeros. 3. Normativa aplicable. 3.1 Internacional: D.º convencional y D.º consuetudinario. 3.2 Nacional (referido al ordenamiento jurídico español). 4. Condiciones materiales de la detención. 4.1 Personas con necesidades específicas. 4.1.1 Heridos, enfermos y náufragos. 4.1.2 Personal médico y sanitario. 4.1.3 Periodistas. 4.2 Grupos humanos de personas vulnerables. 4.2.1 Mujeres. 4.2.2 Niños. 4.2.3 Extranjeros. 4.3 Prohibiciones. 4.3.1 Ejecuciones sumarias y extrajudiciales. 4.3.2 Prohibición de la tortura, malos tratos y tratos humillantes. 4.3.3 Prohibición de detención arbitraria. 4.4 Trato humano. 5. Garantías procesales. 5.1 Internacional: derecho convencional y derecho consuetudinario. 5.2 Ordenamiento jurídico español. 6. Eficacia del derecho internacional humanitario y mecanismos de control. 7. Consecuencias de las violaciones del derecho internacional humanitario. 7.1 Protección penal internacional. 7.2 Protección en el ordenamiento penal español. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

La incapacidad del ser humano y de la comunidad internacional para mantener la paz y la seguridad trae como consecuencia los conflictos armados entre Estados y, sobre todo, en los últimos tiempos, conflictos internos que enfrentan al propio Estado con grupos rebeldes o a estos últimos entre sí.

Entre las horribles consecuencias que cualquier conflicto armado trae consigo; muerte y destrucción, una de ellas es la privación de libertad de las personas que caen en poder de la parte adversa y que con frecuencia son

sometidas a malos tratos y cuyas condiciones materiales de detención son, en muchos casos, inaceptables.

La protección que el derecho de Ginebra, brinda a dichas personas en el caso de los conflictos de carácter internacional (CAI) recogida en los convenios de Ginebra III y IV, así como en el Protocolo Adicional I en relación al estatuto del prisionero de guerra y las personas protegidas, es extensa y detallada, pero no ocurre así en los conflictos armados no internacionales (CANI) en los que no existe la consideración de prisionero de guerra y a las personas privadas de libertad únicamente se les aplica, el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra (CG) y, en su caso, el escueto Protocolo Adicional II.

Es por lo anterior que el objeto del presente trabajo es el análisis de si esa normativa, por lo que se refiere a los CANI, es suficiente y adecuada o si, por el contrario, sería necesario su desarrollo o al menos la adopción de mecanismos para fortalecer su aplicación.

1. TIPOLOGÍA DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

Para determinar la protección que el DHI otorga a las personas privadas de libertad en poder de la parte adversa es imprescindible definir, o al menos delimitar, «las situaciones que quedan comprendidas dentro de su ámbito material de aplicación» (Vité, 2009, 2).

Si bien la distinción más importante es la que diferencia entre conflictos de carácter internacional (CAI) y conflictos sin carácter internacional (CANI), existen otras situaciones más controvertidas que será preciso definir a efectos de determinar cuál será el régimen jurídico aplicable, tales como: el control de un territorio sin presencia militar en el terreno, la intervención extranjera en conflictos de carácter no internacional, la intervención de fuerzas multinacionales en un conflicto de carácter no internacional, CANI que tienen lugar en territorios de varios Estados, los llamados conflictos armados exportados, los conflictos armados transfronterizos, o la llamada guerra contra el terrorismo (Vité, 2009, 16-27).

1.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

El DIH se basa en una distinción fundamental, «la que separa los CAI de los denominados CANI también llamados internos» (Gutiérrez Espada,

1996, 13), esta es también la distinción que realiza el CICR en su Documento de Opinión de 2008¹:

«Un conflicto armado internacional (CAI) es aquel en que se enfrentan “altas partes contratantes”, en el sentido de Estados. Un CAI ocurre cuando uno o más Estados recurren a la fuerza armada contra otro Estado, sin tener en cuenta las razones o la intensidad del enfrentamiento. Las normas pertinentes del DIH pueden ser aplicables incluso si no hay hostilidades abiertas. Además, no hace falta que se haga oficialmente una declaración de guerra o un reconocimiento de la situación. La existencia de un CAI y, por consiguiente, la posibilidad de aplicar el DIH a esa situación, depende de lo que efectivamente ocurre sobre el terreno. Se basa en las condiciones de hecho. Por ejemplo, puede haber un CAI, aunque uno de los beligerantes no reconozca al gobierno de la parte adversaria (CICR, 2008, 1-2)».

Es, por tanto, «la calidad de las partes implicadas la que va a determinar su carácter internacional o interno» (Pérez González, 2017, 1002), no se tiene en cuenta la intensidad del conflicto. La definición que realiza el CICR se basa en el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949 ya que, con anterioridad a los mismos, ninguna de las declaraciones o textos internacionales sobre los conflictos armados contenía esta distinción, si bien es cierto que no olvidó las guerras civiles, «condicionaba la aplicación del derecho de guerra a que existiera un reconocimiento de beligerancia» (Gutiérrez Espada, 1996, 14).

Sin embargo en la actualidad la tendencia muestra una disminución de los conflictos interestatales o CAI y un aumento y/o agravamiento de los CANI, en su mayoría conflictos crónicos que abarcan situaciones que van más allá de la clásica guerra civil. En opinión de Suárez Leoz, «estaremos ante tal conflicto armado interno cuando existan acciones hostiles de carácter colectivo, dirigidas contra un gobierno en principio legítimamente establecido, con una organización y que presentan carácter armado» (Suárez Leoz, 2017, 975).

Se distinguen dichos conflictos internos de los CAI en primer lugar por la naturaleza jurídica de las partes en conflicto, ya no son Estados soberanos sino el gobierno de un Estado, en principio legítimo, y uno o varios

¹ CICR. «¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el DIH?». *Documento de opinión*, marzo de 2008. [Consultada el 3 de enero de 2019]. Puede consultarse en <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>.

grupos armados dentro de su territorio, en segundo lugar por la desigualdad de los sujetos que se enfrentan ya que el gobierno de dicho Estado cuenta con la legitimidad y medios, para actuar en el mantenimiento del orden interno, mientras que los grupos armados, si bien tendrán cierta organización, control y mando sobre el grupo, sus capacidades normalmente serán limitadas, lo cual va a dificultar la aplicación de las disposiciones humanitarias (Suárez Leoz, 2017, 975).

La redacción del artículo 3, común a los CG, fue fruto de un intenso debate al afectar a la soberanía nacional, y «el hecho de que varios de los Estados participantes sufrieran guerras en sus territorios o en sus colonias tampoco ayudó, de ahí su laxitud a la hora de referirse a conflicto armado sin carácter internacional, pero sin realizar una definición» (Suárez Leoz, 2017, 980).

Según el citado precepto:

«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:

[...]

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efecto sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto».

Esta redacción trataba de evitar a toda costa el que se pudiera interpretar un reconocimiento *de facto* a los grupos insurrectos, de ahí la inclusión del último párrafo señalando expresamente que en «nada afectaría al estatuto jurídico de las partes en conflicto».

En cuanto al umbral para su aplicación, debe tratarse de un conflicto armado, es decir debe alcanzar un nivel de intensidad que lo distinga de «situaciones de disturbios o tensiones internas, actos de violencia aislados y esporádicos, y otros de naturaleza similar» (Vité, 2009, 76-77).

Según señala el CICR en su documento de opinión de marzo de 2008, el artículo 3 común se aplica a un conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las altas partes contratantes. El CICR utiliza dos criterios:

«Por una parte, las hostilidades deben alcanzar un nivel mínimo de intensidad. Puede ser el caso, por ejemplo, cuando las hostilidades son de índole colectiva o cuando el gobierno tiene que recurrir a la fuerza militar contra los insurrectos, en lugar de recurrir únicamente a las fuerzas de policía.

Por otra, los grupos no gubernamentales que participan en el conflicto deben ser considerados “partes en el conflicto”, en el sentido de que disponen de fuerzas armadas organizadas. Esto significa, por ejemplo, que estas fuerzas tienen que estar sometidas a una cierta estructura de mando y tener la capacidad de mantener operaciones militares (CICR, 2008, 3-4)».

La evolución de los conflictos internos, desde la aprobación de los CG en 1949, puso de manifiesto la necesidad de completar el contenido del artículo 3, aprobándose en 1977 el PII² aplicable a los CANI, que sin embargo resultó mucho más restrictivo. De hecho, en su proyecto, el CICR había previsto la aplicabilidad del Protocolo en caso de que varias facciones se enfrentaran sin intervención de las fuerzas armadas gubernamentales, si el gobierno establecido hubiera desaparecido por ejemplo, o fuera demasiado débil para intervenir, sin embargo, no las incluyó en la definición y solo les será aplicable el artículo 3 común (CICR, 1998)³.

Así, los conflictos armados no internacionales a los que se refiere el PII deben tener lugar:

«[...] 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».

No obstante, y tras la creación de la Corte Penal Internacional (CPI), se incluye el llamado «conflicto armado prolongado», en el artículo 8.2.f) según el cual no es necesaria la concurrencia de todos los requisitos del PII, como que intervenga un Estado, ni la necesidad de mantener un control sobre el territorio que permita operaciones militares sostenidas, por lo que «abarcaría la lucha armada de forma prolongada entre fuerzas armadas disidentes o grupos organizados entre sí» (David, 2001, 16).

Según el CICR en sus comentarios al PII:

«El criterio fundamental que justifica los otros elementos de la definición es que los insurrectos, que deben estar dirigidos por un mando

² Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

³ Ver Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 Adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

responsable y controlar una parte del territorio, estén en condiciones de aplicar el Protocolo. El umbral de aplicación parece así bastante elevado. Sin embargo, aparte de que refleja la voluntad de la Conferencia Diplomática, hay que reconocerle cierto realismo. Las condiciones enunciadas en este párrafo 1, analizadas más arriba, corresponden a situaciones de hecho, en las que cabe razonablemente esperar que las partes apliquen las normas que ha desarrollado el Protocolo, puesto que poseen la infraestructura mínima indispensable (CICR, 1998)⁴».

1.2 DELIMITACIÓN ESPACIAL

Hay situaciones de conflicto que claramente se incardinan dentro de un CAI o un CANI, ahora bien, existen otras situaciones en que su calificación no está clara, como ocurre, por ejemplo, en «el caso de que se retiren físicamente las fuerzas armadas de un territorio ocupado, ¿necesariamente ha de considerarse que el control territorial efectivo ha concluido?» (Vité, 2009,83), es el caso de la situación de la Franja de Gaza tras la retirada de los israelíes, pues bien Naciones Unidas (NNUU) en el informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967 señala expresamente⁵:

«El gobierno de Israel prefiere no reconocer el hecho de que el territorio palestino ocupado, es decir la Ribera Occidental y Gaza, incluida Jerusalén oriental, es territorio ocupado y prefiere hablar de los “territorios en disputa” y afirmar que, con la retirada de los colonos y las Fuerzas de Defensa de Israel (FDI) en agosto de 2005, se puso fin a la ocupación de Gaza. Se trata de un error de hecho y de derecho. La Corte Internacional de Justicia, el Consejo de Seguridad e incluso el Tribunal Supremo de Israel han afirmado que el territorio palestino ocupado es y sigue siendo territorio ocupado y que, por lo tanto, su régimen jurídico es especial. De acuerdo con ese régimen, en su trato con los palestinos Israel está obligado a respetar las normas del DIH y de derechos humanos. Hay que admitir que no es una ocupación habitual, ya que se ha prolongado casi 40 años. Sin embargo, la responsabilidad de la potencia ocupante no decrece por el hecho de que la ocupación

⁴ Vid. nota 3, párrafo 4470.

⁵ NN. UU. Asamblea General, A/61/470. *Informe situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967*. 27 de septiembre de 2006.

se prolongue, sino que aumenta. Para algunos, la duración de la ocupación permite asimilarla a una situación de colonialismo o *apartheid*. Aunque la conducta de Israel a veces se parece a la de una potencia colonial o de un régimen de *apartheid*, es más correcto clasificar a Israel como una potencia ocupante en el territorio palestino ocupado y aplicarle las normas del derecho internacional relativas a la ocupación (Falk R. 2006, 5-6)».

En el contexto de un CANI con un elemento extraterritorial, es decir, un escenario en el que las fuerzas armadas de uno o más Estados (los Estados «asistentes») combaten junto a las fuerzas armadas de un Estado «anfitrión» en su territorio contra uno o más grupos armados organizados, puede plantearse la cuestión de la aplicabilidad del DIH a los territorios de las partes en el conflicto. Para algunos, el DIH se aplica, en principio, solo en el territorio del Estado en el que se desarrolla el conflicto armado. Otros sostienen que el DIH también se aplica en los territorios de los Estados que participan extraterritorialmente en un CANI, aun cuando las hostilidades vinculadas con el conflicto no tengan lugar en su propio suelo (CICR, 2015, 17).

Una cuestión completamente aparte es la de las normas aplicables a las fuerzas multinacionales presentes en un territorio en virtud de un mandato de las Naciones Unidas. Estas fuerzas en ocasiones no prestan su apoyo a ninguna de las partes beligerantes y «no necesariamente se convierten en partes en el conflicto» (Vité, 2009, 87):

«Para la mayoría de los autores estas situaciones son equivalentes a conflictos armados internacionales. En tanto son organizaciones internacionales las que deciden, definen y llevan a cabo las operaciones correspondientes, los conflictos en cuestión pertenecen a la categoría de internacionales. En este caso no tiene demasiada importancia si el adversario es un Estado o un grupo no gubernamental (Vité, 2009, 87)».

Para el CICR se aplicará el derecho de los CAI cuando se enfrentan fuerzas internacionales con fuerzas gubernamentales y las aplicables a los CANI si luchan contra grupos no estatales (Vité, 2009, 88).

Otra situación difícil de calificar se produce cuando el conflicto entre un gobierno y un grupo armado se lleva a cabo en el territorio de dos o más Estados con el consentimiento explícito o tácito de los gobiernos implicados, también cabe la posibilidad de que las fuerzas

armadas de un Estado se enfrenten con un grupo armado situado en el territorio de un Estado vecino y dicho grupo actúe o no bajo el control de su Estado de residencia o a iniciativa propia, en estos casos según sea calificado como CAI o CANI se aplicará un régimen distinto a los participantes en las hostilidades según se consideren combatientes, civiles que participan en las hostilidades (CAI) o insurrectos (CANI) (Vité, 2009, 88-90).

1.3 REFERENCIA A LA «GUERRA CONTRA EL TERRORISMO»

En palabras de Borelli, el concepto de «guerra contra el terrorismo», entendido como conflicto armado, «que se libra contra una red terrorista transnacional que no cuenta con una organización articulada que no tiene asidero alguno cuando se analiza desde el punto de vista del derecho internacional» (Borelli, 2005, 50).

Es esta también la opinión de Castillo Daudí, cuando se refiere a la guerra entre Estados Unidos y Afganistán al afirmar que:

«[...] se estaban librando dos conflictos de distinta naturaleza: un conflicto armado internacional contra Afganistán y los talibanes, al que eran de aplicación los Convenios de Ginebra, y un conflicto armado sin carácter internacional contra un grupo armado organizado, Al Qaeda, al que tales disposiciones no eran aplicables (Castillo Daudí, 2014, 166)».

Hasta 2001, no existía duda de que los terroristas debían ser tratados como delincuentes comunes, ahora bien, el fenómeno terrorista puede producirse dentro del contexto de un CAI o un CANI en cuyo caso, en opinión de Silva Sánchez, pueden ser un objetivo legítimo de acciones de combate por tomar parte en las hostilidades, o quedar fuera de combate por heridas o detención siéndole aplicable el DIH, o producirse fuera del contexto de cualquier conflicto armado, caso en el que habrá de aplicarse el derecho penal del Estado y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) (Silva Sánchez, 2017, 7-8).

Si consideramos al terrorista como un «combatiente ilegal»⁶ en el contexto de un CAI puede ser dudosa la categoría a la que pertenece con arre-

⁶ Cuando se utiliza la expresión «combatiente/beligerante ilegal/ no privilegiado» nos referimos a todas las personas que participan directamente en las hostilidades sin estar autorizadas a hacerlo y que, por ello, no pueden ser consideradas como prisioneros de guerra cuando caen en poder del enemigo.

glo a los CG y el PI, pero por ello el art. 5 del CG III (PI, art. 45) prevé un procedimiento especial (tribunal competente) para determinar el estatuto de la persona capturada. En el caso de un CANI en el que «no existe el privilegio del combatiente en caso de captura o detención, las normas de protección se aplican independientemente de la manera en que esas personas hayan participado en las hostilidades» (Dörmann, 2003).

2. TIPOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y ESTATUTO APLICABLE

La privación de libertad es una realidad en los conflictos armados, cuando nos referimos a privación de libertad lo hacemos en un sentido amplio de forma que se incluyan «todas aquellas situaciones en las que un sujeto ve restringida su libertad y capacidad de movimientos o se vea confinado a un área limitada de la que no puede salir a voluntad» (CICR, 2015, 9), siguiendo a Henckaerts y Doswald-Beck el término «detenido» abarca a todas las personas privadas de libertad e incluye:

«Por lo que respecta a los CANI, a las personas que han participado directamente en las hostilidades y han caído en poder de la parte adversa, así como a las que han sido detenidas por un delito o por motivos de seguridad, siempre que exista una relación entre la situación de conflicto armado y la privación de libertad. En este capítulo, el término “detenido” abarca a todas las personas privadas de libertad por las razones indicadas (Henckaerts J-M. y Doswald-Beck L., 2007, 485)».

2.1 PRISIONEROS DE GUERRA

Hay ciertas categorías de personas, no solo los combatientes, en el ámbito de los CAI, a los que el DIH les otorga el estatuto de prisioneros de guerra y a los que, por lo tanto, les será de aplicación el III CG relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, así como el PI.

El elemento fundamental del estatuto de prisionero es que garantiza, hasta donde esto es posible, el llamado «privilegio» o «inmunidad del combatiente», es decir, la «irrelevancia penal de los actos de beligerancia realizados por el combatiente durante el conflicto, siempre que los ejecute respetando el DIH» (Martínez Guillén, R., 2014, 103).

La categoría de prisionero de guerra no existe en los CANI y por lo tanto no goza de su estatus privilegiado⁷, salvo acuerdos humanitarios especiales de las partes en conflicto al amparo del artículo 3 común a los CG⁸, y según el párrafo 4507 de los comentarios al PII «las normas y los enunciados en él contenidos, se aplican de igual manera a todas las personas afectadas por el conflicto armado y que se hallen en poder del adversario» (heridos, enfermos, personas privadas de libertad o cuya libertad se ha restringido), sean militares o civiles⁹. La doctrina «cuando trata este tipo de conflictos se refiere a la categoría del internamiento y la detención administrativa» (Martínez Guillén, R., 2014, 150).

El problema fundamental en esta clase de conflictos es precisamente el reconocimiento de su existencia por parte del Estado, cuestión aún más compleja cuando el conflicto se produce entre dos o más grupos insurgentes, porque en cierto modo supondría otorgar cierta legitimidad a los insurrectos, por lo que con carácter general se tenderá a considerarles delincuentes comunes y por lo tanto a aplicarles la normativa penal nacional.

2.2 INTERNAMIENTO DE PERSONAS CIVILES

Pejic define el internamiento o detención administrativa como «la privación de libertad de una persona ordenada por las autoridades administrativas, no las judiciales, sin que pese ninguna inculpación penal sobre la persona internada u objeto de detención administrativa», pero «no incluye la detención legal anterior al juicio de una persona retenida por inculpación penal, sea en tiempo de conflicto armado o no» (Pejic J., 2005, 356)¹⁰.

El internamiento o detención administrativa en los conflictos armados, «no es una medida que pretende reemplazar la acción penal», sino una medida de control para aquellas personas que suponen un peligro real para la seguridad del Estado (Pejic J., 2005, 361).

⁷ Comentario del Protocolo Adicional II... *Op. cit.*, punto 4363 «[...] el combatiente insurrecto no goza de inmunidad por haber tomado las armas, como ocurre con un miembro de las fuerzas armadas en un conflicto interestatal; al contrario, puede ser castigado por haber violado el derecho nacional».

⁸ Artículo 3 de los cuatro CG. *Op. cit.* «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».

⁹ Comentario del PII. *Op. cit.* punto 4507.

¹⁰ El término «internamiento» también engloba la noción de «residencia forzosa», a la que se aplican disposiciones idénticas del IV CG.

Una vez decidido el internamiento, «es necesario proteger a las personas civiles¹¹ frente a los abusos de la potencia en cuyo poder se encuentren, garantizándoles que serán tratadas con humanidad, lo que implica el reconocimiento de un conjunto de derechos ligados al respeto de la dignidad humana» (Jorge Urbina J., 2000).

Cuando nos referimos a las personas internadas por razón del conflicto, se trata de «una privación de libertad de carácter gubernativo o administrativo, sin límites temporales precisos» (Martínez Guillén, 2014, 118) y que puede decretarse tanto respecto de los extranjeros residentes en territorio de la potencia adversa¹², como respecto a personas protegidas en los territorios ocupados¹³.

En el caso de los CANI, en palabras de Salmón: «El tratamiento de las personas civiles detenidas resulta ser idéntico al del contendiente capturado quebrándose la distinción entre ellos» (Salmón E., 2012, 129), aplicándose las garantías mínimas recogidas en el artículo 3 común a los CG y lo establecido en los artículos 5 y 6 del PII.

En el caso de los CANI existe un problema adicional ya que una de las partes en conflicto no será un Estado sino grupos armados, que no siempre van a tener la voluntad de aplicar el DIH ya que al no ser un Estado tampoco será parte de los convenios que lo recogen. En otros casos, puede deberse a la falta de capacidad al no controlar de forma estable un territorio o al carecer de instituciones consolidadas. Ante esta situación, el CICR ha centrado sus esfuerzos en definir unas reglas básicas aplicables en cualquier caso, en aras de aplicar un trato humano y proteger la integridad de las personas privadas de libertad, estas normas mínimas se propusieron por el CICR en 2005 (Pejic J., 2005, 355-374) y se hicieron públicas en 2007 como anexo 1 al segundo informe del CICR sobre *El DIH y los desafíos de los conflictos contemporáneos* preparado para la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (CICR, 2007).

Con arreglo a esos mínimos el internamiento o detención sería una medida de carácter excepcional que no supone una alternativa a la acción penal, solo podrá ordenarse caso por caso y sin ningún tipo de discriminación, habrá de cesar en cuanto cesen las causas que lo motivaron y se hará con arreglo al principio de legalidad y con ciertas garantías procesales, como son la asistencia jurídica, la comunicación con familiares, y la revisión de su causa (Pejic J., 2005, 355-374), entre otras.

¹¹ Cuando nos referimos a personas civiles lo hacemos en sentido negativo como aquellas que no son combatientes.

¹² Artículos 41 a 43, en relación con el artículo 4 IV CG.

¹³ Artículos 68 y 78, en relación con el artículo 4 IV CG.

Aunque el PII hace referencia al internamiento no contiene mayores pautas acerca de las garantías judiciales que se han de observar, lo que puede complementarse mediante el recurso a otros cuerpos de derecho, particularmente el DIDH y el derecho interno (CICR, 2010).

2.3 DETENCIÓN PREVENTIVA POR DELITOS COMUNES

En el trascurso de un CANI, además de actos relacionados con el propio conflicto que puedan considerarse peligrosos para la seguridad del Estado y den lugar a la privación de libertad de una persona ordenada por una autoridad administrativa, también pueden llevarse a cabo acciones delictivas comunes castigadas por la normativa penal interna del Estado y que dará lugar a la detención del individuo, si bien en este caso ordenada por una autoridad judicial.

En el caso de los CANI cuando los insurgentes o rebeldes se levantan en armas contra el gobierno legítimamente establecido no tienen el estatuto de prisionero de guerra, sino que son considerados delincuentes comunes, no obstante, no significa que estas personas detenidas por la comisión de delitos comunes no gocen de ninguna protección por el DIH, de ahí que la protección de los artículos 5 y 6 del PII sea aplicable a todas las personas privadas de libertad, y por eso el artículo 2.2 se refiere a una «privación o restricción de libertad», para que no haya lagunas en la protección. «Estas expresiones cubren todas las posibles formas de privación de libertad incluido el encarcelamiento» (Suárez Leoz D., 2017, 986).

2.4 DETENCIÓN POR FUERZAS MULTINACIONALES EN OPERACIONES DE PAZ. TRASLADO Y ENTREGA

En los últimos años, se ha visto un incremento en la cantidad de operaciones de paz llevadas a cabo por fuerzas multinacionales. Las operaciones de paz actuales muestran que, con frecuencia, las fuerzas multinacionales intervienen en un CANI preexistente brindando apoyo a las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio se desarrolla el conflicto (CICR, 2015, 27-34), las funciones de apoyo, en ocasiones, pueden implicar la detención de personas civiles, pero dichas detenciones, que en ningún caso podrán ser arbitrarias y deberán llevarse a cabo conforme al derecho internacional aplicable, deberán respetar ciertas normas exis-

tiendo al respecto una fundamental aportación doctrinal contenida en el *Manual de Lovaina*¹⁴.

Así, el *Manual de Lovaina* establece una serie de normas mínimas que incluyen la necesidad de liberar al detenido una vez cesen las circunstancias que motivaron la detención; la sujeción a ciertas salvaguardas procedimentales como una revisión periódica adecuada, al menos cada seis meses, llevada a cabo en principio por un tribunal, o en todo caso por una autoridad independiente e imparcial; ser informadas de las razones de su detención; contar con asistencia legal si es posible; ciertas garantías procesales incluyendo el principio de legalidad y el de derecho a un juicio justo; acceso al CICR y otras organizaciones de derechos humanos; la protección diplomática y consular de los detenidos que tengan una nacionalidad distinta a la del Estado anfitrión, de conformidad con lo establecido en las convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares; contactar con sus familiares y presentar quejas o reclamaciones, entre otras (Manual Lovaina, 2017, 403).

2.5 LA DETENCIÓN DE COMBATIENTES EXTRANJEROS

El fenómeno de los denominados «combatientes extranjeros» (ciudadanos de un país que viajan al exterior para combatir junto a un grupo armado no estatal en el territorio de otro Estado) «ha tenido un crecimiento exponencial en los últimos años, pero no es un término específico del DIH. La aplicabilidad del DIH en especial de los artículos 2 y 3 comunes a los CG, dependerá de la existencia de una vinculación con un conflicto armado en curso» (CICR, 2015, 24).

Las acciones de los combatientes extranjeros se rigen por los mismos principios y normas del DIH que se aplican a cualquier otro beligerante. «La nacionalidad en la detención tiene incidencia en el estatuto de las “personas protegidas” en los CAI, pero no en los CANI». En cualquier caso, si un combatiente extranjero no puede gozar del estatuto de persona protegida de conformidad con el III o el IV CG por cuestiones de nacionalidad, de todos modos, podrá gozar de la «red de protección» que ofrece el artículo 75 del Protocolo Adicional I, como cuestión de derecho convencional y/o consuetudinario (CICR, 2015, 25). En los CANI «al no existir el estatu-

¹⁴ *Leuven Manual on the International Law applicable to Peace Operations* (Cambridge University Press, 2017), preparado por un Grupo Internacional de Expertos de la International Society for Military Law and the Law of War.

to de prisionero de guerra tendrán derecho a las garantías del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II, cuando este sea aplicable, así como a las salvaguardias que ofrecen las normas del derecho consuetudinario» (CICR, 2015, 26).

3. NORMATIVA APLICABLE

El DIH nació básicamente de la aceptación por parte de los Estados de los llamados usos y costumbres de la guerra que a través de la costumbre y de los tratados devinieron en normas jurídicas de carácter internacional, pero junto a estas fuentes existen las normas internas de los Estados que establecen reglas de conducta para sus fuerzas en los conflictos armados y aquellas que castigan los crímenes de guerra (Rodríguez- Villasante, 2017, 65).

3.1 INTERNACIONAL: D.º CONVENCIONAL Y D.º CONSUETUDINARIO

«La fuente más importante del DIH está formada por los tratados, convenios y acuerdos internacionales, así como sus protocolos de carácter complementario, con el mismo valor y eficacia» (Rodríguez- Villasante, 2017, 65).

Por lo que se refiere a la normativa de carácter convencional, aplicable a las personas privadas de libertad en poder de la parte adversa, aplicable a los CANI:

- Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

- Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

En este tipo de conflictos, es de suma importancia el derecho consuetudinario pues «si bien los Convenios de Ginebra gozan hoy de una adhesión universal, no sucede igual con otros importantes tratados, incluidos los protocolos adicionales» (Henckaerts J. M., 2007, XII). El derecho convencional obliga únicamente a los Estados parte, sin embargo, las normas del derecho consuetudinario son obligatorias para todos los Estados y en su caso, las partes en conflicto, sin necesidad de una adhesión oficial.

En 1995 el CICR recibió, tras la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, el encargo de preparar un informe

relativo a las normas consuetudinarias de DIH aplicables en los CAI y a los CANI, y a divulgarlo, el encargo dio su fruto en 2005, año en que se publicó por Henckaerts J. M. y Doswald-Beck L., *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge University Press, 2005), compuesto por dos volúmenes que contienen el conjunto de normas de DIH consuetudinarias derivadas del estudio, con los respectivos comentarios el volumen I, recogiendo el volumen II (en inglés) todas las referencias a la práctica recopilada en el ámbito del estudio.

Por lo que se refiere a la privación de libertad contiene con carácter genérico la norma 99: «Queda prohibida la privación arbitraria de la libertad» y dedica el capítulo 37 «Personas privadas de libertad», normas 118 a 128, la regulación de determinados aspectos (Henckaerts J. M., 2007, 485-510):

- Norma 118. «Se proporcionará a las personas privadas de libertad, alimentos, agua y ropa suficientes, así como un alojamiento y la asistencia médica convenientes».
- Norma 119. «Las mujeres privadas de libertad serán alojadas en locales separados de los ocupados por los hombres, excepto cuando estén recluidas con su familia como unidad familiar, y estarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres».
- Norma 120. «Los niños privados de libertad serán alojados en locales separados de los ocupados por los adultos, excepto cuando estén recluidos con su familia como unidad familiar».
- Norma 121. «Las personas privadas de libertad deberán estar recluidas en locales alejados de la zona de combate, en condiciones higiénicas y saludables».
- Norma 122. «Queda prohibido el pillaje de las pertenencias de las personas privadas de libertad».
- Norma 123. «Deberán registrarse los datos personales de las personas privadas de libertad».
- Norma 124. A. En los conflictos armados internacionales, se facilitará al CICR el acceso, con regularidad, a todas las personas privadas de libertad, a fin de verificar las condiciones de detención y de restablecer el contacto entre esas personas y sus familiares. B. En los conflictos armados no internacionales, el CICR puede ofrecer sus servicios a las partes en conflicto para visitar a todas las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto, a fin de verificar las condiciones de detención y de restablecer el contacto entre esas personas y sus familiares.

- Norma 125. «Las personas privadas de libertad estarán autorizadas a mantener correspondencia con sus familiares, con tal que se respeten las legítimas condiciones concernientes a su frecuencia y a la necesidad de censura por parte de las autoridades».
- Norma 126. «Los internados civiles y las personas privadas de libertad en relación con un conflicto armado no internacional serán autorizados, en la medida de lo posible, a recibir visitas, en particular de sus parientes cercanos».
- Norma 127. «Deberán respetarse las convicciones personales y las prácticas religiosas de las personas privadas de libertad».
- Norma 128. A. «Los prisioneros de guerra serán liberados y repatriados sin demora cuando hayan cesado las hostilidades activas». B. «Los internados civiles serán puestos en libertad tan pronto como dejen de existir los motivos de su internamiento, pero, en todo caso, lo antes posible tras el fin de las hostilidades activas». C. «Las personas privadas de libertad en relación con un conflicto armado no internacional serán liberadas tan pronto como dejen de existir los motivos por los cuales fueron privadas de su libertad. Si las personas mencionadas están cumpliendo una condena legalmente impuesta o si se han instruido diligencias penales contra ellas, podrá mantenerse su privación de libertad».

No podemos olvidar, dentro de este apartado, la aplicación de los principios generales del derecho de gentes aceptados por la comunidad internacional, y reconocidos expresamente en el artículo 2 del PI, así como la aplicación complementaria del DIDH que contiene una prohibición expresa de la detención arbitraria (Casalin, 2011, 746).

3.2 NACIONAL (REFERIDO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL)

Desde la aceptación de los CG y el PI, pesa sobre los Estados parte, la obligación incondicional e imperativa de respetar y hacer respetar en todas circunstancias dichos convenios y «de tomar las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales que correspondan a las personas que cometan o den orden de cometer las infracciones tipificadas como graves o crímenes de guerra en ellos recogidos» (Pignatelli, 2017, 1146).

Nuestro Código Penal (CP) de 1995¹⁵ tipifica los actos identificables como crímenes de guerra en sentido amplio, con independencia de su co-

¹⁵ LO 10/1995, de 23 de noviembre. *BOE* de 24 de noviembre de 1995.

misión en un contexto de CAI o CANI, y además «hace posible el castigo a los autores de dichos actos con independencia de su nacionalidad, condición civil o militar, que puedan quedar bajo la jurisdicción de los tribunales españoles» (Pignatelli, 2017, 1149).

Así el CP recoge como delitos contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado en los artículos 608 a 616, modificados por la Ley Orgánica 15/2003¹⁶ y la Ley Orgánica 5/2010¹⁷. Así mismo el Código Penal Militar (CPM) de 2015¹⁸ «contiene una remisión a dichos crímenes regulado en el CP cuando sean cometidos por militares con abuso de facultades o infracción de sus deberes» (Rodríguez-Villasante, 2017, 68).

También son muy importantes, desde la perspectiva del DIH otras disposiciones contenidas en normas como la Ley Orgánica 8/2014¹⁹, de 4 de diciembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (FAS), que sanciona la inobservancia por imprudencia de las normas humanitarias y el incumplimiento por el superior de su deber de garante de la conducta de sus subordinados, y en la misma línea las Reales Ordenanzas para las FAS aprobadas por Real Decreto 96/2009²⁰, de 6 de febrero (Pérez González, 2017, 1026-1027).

4. CONDICIONES MATERIALES DE LA DETENCIÓN

La privación de libertad en los conflictos armados es un hecho, pero la especial vulnerabilidad en que coloca a la persona detenida no debe verse agravada por circunstancias adicionales como las malas condiciones materiales en las que se desarrolle el internamiento, o la inseguridad que implica la inexistencia de normas que establezcan de forma clara e inequívoca las causas que pueden provocar la detención, así como la duración de esta (Aeschlimann, 2005, 78).

En cualquier caso siguiendo a Rodríguez Díaz:

«La autoridad detentora tiene la obligación en toda circunstancia de atender a las necesidades de los detenidos, y de proporcionarles un alojamiento adecuado y apropiado, alimentos, artículos y servicios necesarios para su salud y su dignidad. Tiene también la obligación de

¹⁶ BOE de 26 de noviembre de 2003.

¹⁷ BOE de 23 de diciembre de 2010.

¹⁸ BOE de 15 de octubre de 2015.

¹⁹ BOE de 5 de diciembre de 2015.

²⁰ BOE de 7 de febrero de 2009.

velar para que los detenidos sean tratados con humanidad, y, en particular, porque no reciban malos tratos» (Rodríguez Díaz, 2015, 49).

En el caso de los CAI el derecho de Ginebra dedica más de 175 artículos a la regulación de estos aspectos, pero no ocurre lo mismo en el caso de los CANI, cuyo régimen es mucho menos extenso (CICR, 2015, 10). «El DIH aplicable a los CANI contiene principios generales, pero es sucinto en cuanto a la situación, la organización y la gestión de los detenidos, el trato que se les da y las condiciones de la detención» (Aeschlimann, 2005, 105).

Las graves consecuencias humanitarias de la privación de libertad, la insuficiencia de la normativa a aplicar y ciertas incertidumbres planteadas en determinados contextos, no fueron razones suficientes para motivar el consenso en la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Rodenhäuser, 2017, 4), adoptando la Resolución sobre el Fortalecimiento del DIH que protege a las personas privadas de libertad, en la que en su punto 13 «invita al CICR a que presente un informe a la XXXIII Conferencia Internacional sobre las labores que se lleven a cabo de conformidad con la presente la resolución», Conferencia que se celebrará este año 2019²¹.

Con anterioridad a la citada resolución, el *Informe de CICR sobre el Fortalecimiento del DIH* que protege a las personas privadas de libertad, en el que afirmaba que el artículo 3 común y el Protocolo II ofrecen, «protecciones vitales a los detenidos, pero limitadas tanto en el ámbito como en la especificidad» y además, la «aplicabilidad y la adecuación del DIDH, los límites precisos del DIH consuetudinario, y la forma en que el derecho internacional puede influir en el comportamiento de las partes no estatales en un conflicto armado siguen siendo objeto de debate y disenso» (CICR, 2015, 11).

En el caso de los CANI, la falta de regulación, muchas veces agrava las necesidades humanitarias «independientemente de quién sea el actor que procede a la privación de libertad y del lugar de detención». «El riesgo de que se produzcan ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas o torturas y otros malos tratos aumenta considerablemente» (Rodenhäuser, 2016, 942).

Las condiciones del alojamiento pueden ser precarias, ya sea por falta de infraestructuras, ya sea por falta de voluntad de los detenedores, la

²¹ Resolución 32IC/15/R1. Fortalecimiento del DIH que protege a las personas privadas de libertad. Ginebra, Suiza. 8-10 de diciembre de 2015.

alimentación suele ser escasa y de mala calidad por los mismos motivos y lo mismo ocurre respecto a la ropa, la higiene o las condiciones sanitarias.

Muchas veces «no se registran debidamente los datos de las personas detenidas, o se les priva, además, de un contacto significativo con el mundo exterior», «estas circunstancias junto con 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 familiares» (Rodenhäuser, 2016, 942-943).

La inexistencia del estatuto de prisionero de guerra coloca a las personas que han participado en las hostilidades y que son privadas de libertad en una difícil posición, aunque en cualquier caso «es obligatorio cubrir las necesidades básicas de las personas que arrestan y detienen, y garantizarles un trato humano y digno» (Aeschlimann, 2005, 89).

El artículo 3 común a los CG protege en toda circunstancia a las personas que no hayan participado directamente en las hostilidades, miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y personas puestas fuera de combate, disponiendo que han de ser tratadas con humanidad y sin discriminación de ningún tipo, estableciendo una serie de conductas prohibidas que atentaría a ese trato humano exigido²².

Por su parte el PII añade a la lista de actos prohibidos según el artículo 3, la esclavitud y la trata de esclavos, las penas corporales, el pillaje, la violación, la prostitución forzada, los atentados al pudor y los actos de terrorismo (CICR, 2015, 12-13) y además, se refiere expresamente, en el artículo 4²³, a las personas que hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad o lo fueran después del conflicto, por motivos relacionados con aquel, hasta el término de esa privación o restricción, otorgándoles la protección prevista en los artículos 5 y 6.

Ahora bien, dichos preceptos únicamente hacen una referencia genérica al suministro de alimentos y agua, la salvaguardia de la salud y la higiene, y la protección contra los rigores del clima y los peligros del conflicto armado, en la misma medida que la población civil local. Contempla la posibilidad de autorizar a los detenidos a recibir socorros individuales o colectivos y a practicar su religión y, cuando así lo soliciten y proceda, recibir la asistencia espiritual y en caso de que deban trabajar, a que gocen de condiciones de trabajo y garantías análogas a aquellas de que disfrute la población civil local. El PII también aborda la ubicación de los estable-

²² Ver artículo 3 común CG.

²³ Ver artículo 4 PII.

cimientos de detención, los exámenes médicos y el envío y recepción de correspondencia, pero no contiene una regulación detallada²⁴.

4.1 PERSONAS CON NECESIDADES ESPECÍFICAS

4.1.1 Heridos y enfermos y náufragos

La regulación contenida al respecto en el PII es muy escasa. Según los Comentarios al PII en su párrafo 4637, la definición de heridos y enfermos que hay que tomar en consideración es la recogida en el PI:

«Se entiende por “heridos” y “enfermos” las personas, sean militares o civiles, que, debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o incapacidades de orden físico o mental, tengan necesidad de asistencia o cuidados médicos y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Esos términos son también aplicables a las parturientas, a los recién nacidos y a otras personas que puedan estar necesitadas de asistencia o de cuidados médicos inmediatos, como los inválidos y las mujeres encintas, y que se abstengan de todo acto de hostilidad»²⁵.

La protección se extiende a todos los heridos, los enfermos y los náufragos, «hayan o no tomado parte en el conflicto armado». No hay ninguna distinción entre militares y civiles, ni según que la persona provenga de una o, de otra parte; la obligación de respeto y protección es general y absoluta²⁶.

El PII únicamente establece que sean respetados, protegidos y tratados con humanidad, recibiendo en toda la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado además de las protecciones genéricas que establece el artículo 5 para todas las personas privadas de libertad. Si bien hay que entender que, aunque recogidas con carácter general para todas las personas privadas de libertad, las prevenciones contenidas en los apartados d) y e) de dicho precepto toman mayor relevancia en el caso de los heridos y enfermos dada su situación física y de salud.

²⁴ Artículo 5 PII.

²⁵ Comentario PII. *Op. cit.*, párrafos 4636 y 4637.

²⁶ Comentarios PII. *Op. cit.*, párrafo 4642.

La privación de libertad de personas heridas o enfermas en el contexto de un CANI plantea problemas no resueltos por el DHI, ¿han de ser internados en lugares diferenciados del resto de los detenidos o personas privadas de libertad?, ¿deben existir instalaciones específicas semejantes a hospitales? La única prevención contenida, con carácter general para todas las personas privadas de libertad, es que los lugares de internamiento y detención no deberán situarse en la proximidad de la zona de combate debiendo ser evacuados si las condiciones de seguridad lo permiten, cuando queden expuestos a los peligros del conflicto²⁷. Lo que es claro es que «el grado de protección que los Estados pueden proporcionar con respecto a necesidades humanitarias especiales dependerá de las circunstancias operacionales en que tiene lugar la detención» (CICR, 2015, 27).

Si bien en algunos casos dichas circunstancias pueden propiciar una adecuada protección, en otros muchos casos gran parte de las detenciones pueden tener lugar en circunstancias sumamente difíciles. «La detención sobre el terreno» o la detención por fuerzas desplegadas que no tienen acceso inmediato a una base. «En estos casos las condiciones materiales de la detención pueden llegar a ser muy precarias, pero no por falta de voluntad del detenedor, sino por la falta de medios, existente incluso para las propias fuerzas detenedoras» (CICR, 2015, 28).

4.1.2 Personal médico y sanitario

La especial protección que precisan los heridos y enfermos lleva implícita la protección del personal sanitario que los atiende. Así el PII dedica los artículos 9 a 12 a establecer una serie de garantías, como la obligación de que sea respetado y protegido, así como, apoyado para que preste sus funciones, sin que se le pueda obligar a realizar tareas distintas a las que le corresponden, ni discriminación alguna en el tratamiento que proporcione a los heridos o enfermos que no obedezca a razones médicas. No se podrá castigar al personal médico por cumplir sus funciones con independencia de quien haya sido el beneficiario de esta²⁸, siendo su única obligación llevar el distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o el cristal rojo sobre fondo blanco²⁹.

²⁷ Artículo 5 del PII.

²⁸ Artículo 9 y 10 del PII.

²⁹ Protocolo III Adicional a los CG relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional. Ginebra 8 de diciembre de 2005.

El personal médico no solo precisa protección mientras presta sus servicios a los heridos o enfermos, «es precisamente después de prestados estos servicios cuando dicho personal tiene mayor riesgo, pues los grupos o autoridades rebeldes pueden calificar la misión médica en beneficio de la parte adversa como una colaboración con el enemigo», de ahí la prevención del artículo 10 PII proscribiendo el castigo al personal médico por prestar sus servicios (Mangas Martín, 1999, 106).

4.1.3 Periodistas

La presencia de los periodistas en un conflicto armado conlleva además de los peligros tradicionales de la guerra otros como «el riesgo imprevisible de atentados, a los que se suma, los armamentos cada vez más perfeccionados, frente a los cuales resultan ineficaces incluso la formación y la protección de los periodistas» (Balguy-Gallois, 2004, 35).

El creciente número de muertes durante el transcurso de conflictos armados llevó a Reporteros sin Fronteras a elaborar una «Declaración sobre la seguridad de los periodistas y de los medios de comunicación en situación de conflicto armado»³⁰. (Balguy-Gallois, 2004, 36).

A la vista de lo dispuesto en el artículo 13 del PII cabría su consideración como persona civil (Jar Couselo, 2017, 893-894). Por ejemplo, el conflicto de los Balcanes planteó situaciones problemáticas por el bombardeo de estaciones de radio y televisión por considerarlas como parte de las redes de transmisión del enemigo y por lo tanto un objetivo militar, sin embargo «generalmente se rechaza que la participación en las hostilidades de los periodistas sea directa ya que a lo sumo participan indirectamente al realizar funciones de propaganda y mantenimiento de la moral de los combatientes» (Rodríguez-Villasante, 2017, 786).

En el mismo sentido el derecho consuetudinario en su norma 34 establece que «los periodistas civiles que realicen misiones profesionales en zonas de conflicto armado serán respetados y protegidos, siempre que no participen directamente en las hostilidades». Las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales han condenado, en general, los ataques deliberados contra periodistas, independientemente de si el conflicto era internacional o no internacional, de hecho la mayoría de esas condenas

³⁰ El objetivo de esa Declaración es recordar los principios y las normas del DIH que protegen a los periodistas y a los medios informativos en situaciones de conflicto armado, y proponen a la vez mejoras del derecho para adaptarlo a las exigencias actuales.

se referían a conflictos armados no internacionales como los de Afganistán, Burundi, Chechenia, Kosovo y Somalia (Henckaerts y Doswald-beck, 2007, 129-130).

4.2 GRUPOS HUMANOS DE PERSONAS VULNERABLES

«Las normas del PII no son detalladas ni abordan directamente muchas cuestiones humanitarias urgentes» (CICR, 2015, 13). No siempre se satisfacen adecuadamente las necesidades específicas de ciertos grupos de detenidos, como los niños y las niñas, las mujeres o las personas mayores. Además, como señala Rodenhäuser:

«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 vida. En muchos casos, el desconocimiento de la legislación vigente o la incapacidad de aplicarla dan lugar a un trato inhumano de las personas detenidas» (Rodenhäuser, 2016, 943).

4.2.1 Mujeres

Si la privación de libertad en sí misma supone para la persona una situación de particular vulnerabilidad, que «acarrea la pérdida de todos los puntos de referencia y es un salto hacia un mundo desconocido, donde las reglas son diferentes y los valores no son los tradicionales (Aeschlimann, 2005, 78), esta situación puede verse agudizada, todavía más, en el caso de las mujeres por una serie de problemas específicos como ha puesto de manifiesto Rodríguez Díaz:

«La existencia de pocas cárceles para mujeres, y su ubicación alejada del hogar, familia y amistades; problemas relacionados con el cuidado de los menores dependientes que residen fuera de la cárcel; problemas para cuidar de sus hijos dependientes que residen en la cárcel; mayor vulnerabilidad de las mujeres a ser objeto de abusos psicológicos y físicos; retos particulares en torno a cubrir sus necesidades de salud y acordes a las características físicas; mayor vulnerabilidad en

las mujeres a la autolesión y el suicidio; desventaja económica y social, menor acceso a la justicia; y una mayor estigmatización por parte de sus propias familias» (Rodríguez Díaz, 2015, 62).

La preocupación por los efectos de los conflictos armados sobre las mujeres ya fueron manifestadas en la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja en la que el CICR «expresó su compromiso de promover en todas sus actividades el respeto debido a las mujeres y a las niñas» (Ojinaga Ruiz, 2017, 827).

En el contexto de un CANI, es indudable que las mujeres privadas de libertad se benefician de las garantías fundamentales del artículo 3 común a los CG, así como, en su caso, de las disposiciones contenidas en los artículos 4, 5 y 6 del PII. Además de la aplicación de las garantías mínimas recogidas en el artículo 4 PII consistentes en una serie de prohibiciones y que se aplicarán sin distinción por razón de sexo, el artículo 5 contiene una garantía específica para las mujeres, en forma de obligación activa al establecer en su punto 2. a) que «las mujeres estarán custodiadas en locales distintos de los destinados a los hombres y se hallarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres salvo cuando hombres y mujeres de una misma familia sean alojados en común». Si bien esta obligación es siempre en la medida de las posibilidades de los responsables del internamiento y dentro de los límites de su competencia³¹.

Este trato diferenciado obedece principalmete a su «especificidad fisiológica, a situaciones especiales como el embarazo, el parto o la maternidad, así como, la protección del honor y el pudor de la mujer» (Ojinaga Ruiz, 2017, 837). Si bien, no faltan las críticas al trato diferenciado basadas en que tal trato atentaría al principio de no discriminación, a este respecto Plattner zanja la cuestión afirmando que «la no discriminación se aplica en mayor medida a la relación con el individuo que a la relación con una colectividad» aunque las distinciones que se prohíben pudieran llevar a privilegiar a una colectividad (Plattner, 1996, 175).

El PII no recoge ninguna referencia específica para las mujeres encintas o su asistencia médica, ni en relación a la prioridad en cuanto a la liberación o repatriación de las mujeres privadas de libertad que se encuentren en estado de gravidez o tengan niños menores a su cargo. Únicamente el artículo 4.2 e) del PII prohíbe expresamente «los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor».

³¹ Artículo 5.2 PII.

El CICR en su *Informe de 2015*, al referirse a las mujeres como grupo especialmente vulnerable plantea una serie de aspectos cuyo tratamiento sería necesario abordar como por ejemplo la indeterminación de las condiciones de detención o los motivos y procedimientos para el internamiento, por sus necesidades específicas (CICR, 2015, 12-14) y propone una serie de de «elementos de protección»³² en su parte IV dedicando el punto 20 a las mujeres (CICR, 2015, 47-48).

Concretamente se refiere al alojamiento y supervisión separados, la atención de salud e higiene que tengan en cuenta las cuestiones de género, intervenciones de atención preventiva de la salud pertinentes a las mujeres, necesidades de higiene propias de las mujeres. En relación con las mujeres embarazadas y lactantes se refiere al asesoramiento médico y nutricional, el entorno de detención sano para las embarazadas, los bebés, los niños y las madres lactantes, lactancia natural en el lugar de detención, limitaciones en las sanciones de aislamiento y segregación disciplinaria respecto de las detenidas embarazadas, las detenidas con hijos de corta edad o a las madres en período de lactancia, o para las detenidas que estén por dar a luz o durante el parto o después de este.

También pone de manifiesto la necesidad de tomar en consideración las necesidades especiales en el caso de las detenidas menores de edad. y las detenidas menores de edad embarazadas.

Otra cuestión que se plantea es la de instalaciones especiales para las mujeres que están dando a luz, mujeres acompañadas o visitadas por niños, o la atención médica para los niños que acompañan a las madres en el lugar de detención o la conveniencia de debatir sobre la liberación preferencial de las mujeres.

4.2.2 Niños

Ni los CG ni los protocolos adicionales contienen una definición de niño, sino que otorgan una protección específica en función de la edad, que varía según la protección a otorgar. Por lo que respecta a los niños privados de libertad en el contexto de un CANI, nada contiene el PII sobre las condiciones materiales de su internamiento, únicamente el artículo 4.3 contiene disposiciones específicas para los niños en relación a los cuidados a recibir, educación, prohibición de ser reclutados si son menores de quince años, o para su traslado de la zona en que tengan lugar las hostilidades.

³² La frase «elementos de protección» se refiere a las categorías específicas de protección que deberían constituir el interés de los futuros debates; no contempla el contenido normativo de las protecciones.

Habrá que acudir al derecho consuetudinario para encontrar una disposición específica en la norma 120, «serán alojados en locales separados de los ocupados por los adultos, excepto cuando estén reclusos con su familia como unidad familiar» (Henckaerts J. M. y Doswald-Beck, 2007, 490), en cuyo caso las autoridades deben tomar las medidas oportunas para reunirlos (CICR, 2015, 13). Esta exigencia de que los adultos y los menores detenidos estén alojados por separado se establece también en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*³³ y en la Convención sobre los Derechos del Niño³⁴, la cual ha sido ratificada prácticamente por todos los países del mundo, excepto por Estados Unidos (Henckaerts J. M. y Doswald-Beck, 2007, 491).

Dicho informe propone como elementos de protección en relación a los niños cuestiones tales como la necesidad de notificación de la detención, contacto con sus familiares y acceso a asistencia jurídica, el alojamiento ha de estar en relación con el de los adultos, la necesidad de que los niños accedan a la escuela donde se les dé una educación de calidad, la toma en consideración de una nutrición adecuada y ejercicio físico procurando espacios adecuados para ello (CICR, 2015, 50-51).

En fechas más recientes la Resolución del Consejo de Seguridad 2427 relativa a la protección de los niños afectados por los conflictos armados, expresa su grave preocupación porque los niños detenidos sean utilizados con fines de reunir información e insta a los Estados miembros a que

«Consideren la posibilidad de adoptar medidas no judiciales como alternativa al enjuiciamiento y la detención, con relación a los niños que hayan estado vinculados con las fuerzas armadas o grupos armados, debiendo utilizarse la privación de libertad como último recurso y durante el período de tiempo más corto posible³⁵».

4.2.3 Extranjeros

El nivel general de estrés, que causa la detención en cualquier persona, puede verse agravado por la incertidumbre que provoca a un extranjero el desconocimiento de los procedimientos administrativos y judiciales del Estado o grupo armado en cuyo poder haya caído, a lo que se suma la alta probabilidad

³³ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966), art. 10.

³⁴ Convención sobre los Derechos del Niño (1989), art. 37, apdo. c).

³⁵ NNUU. Consejo de Seguridad. Res/ 2427/ (2018), de 9 de julio.

de que no conozcan a ninguna persona en dicho Estado o territorio controlado por el grupo rebelde en cuestión, o incluso no entiendan el idioma.

En este caso, la protección no se limita a velar por que la parte captora las trate de forma apropiada, es necesario además, salvaguardar su bienestar en el caso de que sean transferidas a otra autoridad, pues es posible, que en su país de origen fueran objeto de persecución por razones religiosas, políticas o étnicas, por lo que los riesgos que correrían en caso de devolución serían enormes (CICR, 2015, 15-16).

El DIH aplicable en los CANI no contiene disposiciones explícitas acerca de los motivos para excluir las transferencias o, acerca de los procesos para evaluar los riesgos a que hace frente un detenido después de la transferencia, lo que los hace especialmente vulnerables (CICR, 2015,16).

De ahí que el CICR en su *Informe de 2015*, propone como elementos de protección el agrupamiento de los detenidos y el acceso a las autoridades consulares y otras autoridades diplomáticas (CICR, 2015, 51).

Siguiendo a Pejic:

«Las autoridades nacionales del Estado al que pertenece la persona internada u objeto de detención administrativa han de ser informadas de esta medida, a menos que la persona en cuestión haya expresado un deseo contrario al respecto. A las autoridades diplomáticas o consulares pertinentes se les deberá permitir comunicar con sus nacionales y visitarlos (si es que existen dichas relaciones). Dicha comunicación podría realizarse a través del CICR» (Pejic, 2005, 366).

4.3 PROHIBICIONES

Además de las condiciones puramente materiales que han de acompañar a toda privación de libertad, el DHI establece una serie de garantías, en forma de prohibiciones, que han de respetarse en toda circunstancia, contenidas en el artículo 3 común a los CG y que amplía el artículo 4 del PII.

4.3.1 Ejecuciones sumarias y extrajudiciales

Como establece el artículo 3 común a los CG quedan prohibidos los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, ahora bien, siguiendo a Rodríguez-Villasante:

«Esta prohibición no es obstáculo para el uso de la fuerza letal en determinados casos y bajo determinadas circunstancias, como lo es un ataque a objetivos militares, pero si lo es para utilizar dicha fuerza letal de forma selectiva asesinando a determinadas personas o para llevar a cabo ejecuciones extrajudiciales» (Rodríguez-Villasante, 2017, 804).

Autores como Tom Ruys ponen de manifiesto el «creciente recurso al asesinato selectivo de personas previamente escogidas por las fuerzas armadas, por la policía o por los servicios de información» (Ruys, 2005, 15).

Rodríguez-Villasante define las ejecuciones extrajudiciales o selectivas, sin juicio previo como:

«Ataques letales contra las personas no combatientes, o en poder de la parte adversa, que se dirigen por el Estado o por los grupos no estatales en un conflicto armado no internacional, porque consideran que esa persona supone una amenaza grave y se decide utilizar la fuerza letal, con independencia de que se trate de un objetivo militar e incluso fuera del ámbito de los conflictos armados» (Rodríguez-Villasante, 2017, 810).

La prohibición de matar a personas civiles figuraba ya en el *Código de Lieber*³⁶. También se recogía el homicidio de civiles y prisioneros de guerra en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg como un crimen de guerra³⁷. El homicidio constituye también un crimen de guerra en virtud del ECPI, tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales³⁸, así como de los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia³⁹ y Ruanda⁴⁰, y del Tribunal Especial para Sierra Leona⁴¹ (Henckaerts y Doswald-beck, 2007, 355-357).

El homicidio de personas civiles y personas fuera de combate está también prohibido por el DIDH, aunque en términos distintos. Los tratados de derechos humanos estipulan que nadie puede ser «privado de la vida

³⁶ *Código de Lieber* (1863), arts. 23 y 44.

³⁷ Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (1945), art. 6, párr. 2, apdo. b).

³⁸ Estatuto de la CPI (1998), art. 8, párr. 2, apdo. a), inciso i) y art. 8, párr. 2, apdo. c), inciso i).

³⁹ Estatuto del TPIY (1993), art. 2, párr. 1, apdo. a).

⁴⁰ Estatuto del TPIR (1994), art. 4, párr. 1, apdo. a).

⁴¹ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (2002), art. 3, párr. 1, apdo. a).

arbitrariamente»⁴², dicha prohibición es recogida por el derecho consuetudinario de los conflictos armados en su norma 89: «queda prohibido el homicidio» (Henckaerts y Doswald-Beck, 2007, 355).

Es por lo anterior, por lo que es tan importante que las personas que caigan en poder de la parte adversa y sean privadas de libertad tengan las garantías suficientes para que no sean ejecutadas sin un juicio previo, de ahí la necesidad de que dicha privación de libertad se produzca bajo el principio de legalidad, o que la detención sea inscrita en un registro y el lugar de internamiento o detención administrativa esté oficialmente reconocido. Así lo recoge el derecho consuetudinario en su norma 123 al disponer que «deberán registrarse los datos personales de las personas privadas de libertad».

4.3.2 Prohibición de la tortura, malos tratos y tratos humillantes

Los malos tratos constituyen un intolerable atentado contra la dignidad de la persona humana, además de una violación palmaria del DIH y del DIDH «no hay razón, sea esta de índole política, económica, de seguridad, cultural o religiosa, que pueda inducir a tolerarlos o justificarlos» (CICR, 2014, 1-2). No obstante, y a pesar de la prohibición expresa y en toda circunstancia que hace el artículo 3 común a los CG, dichas prácticas perviven.

Los elementos de los crímenes del Estatuto de la CPI⁴³ establecen que el crimen de guerra de la tortura consiste en infligir «grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales» para, por ejemplo, «obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo», por su parte definen el «trato inhumano»⁴⁴ como el hecho de infligir «grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales». El elemento que distingue el trato inhumano de la tortura es que no está presente el criterio de que el trato debe infligirse con una finalidad precisa.

⁴² *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)*. *Op. cit.*, art. 6, párr. 1; *Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)*, art. 4; *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)*, art. 4.

⁴³ Elementos de los crímenes de la CPI (2000). *Estatuto CPI*, art. 8, párr. 2, apdo. a), inciso ii) y art. 8, párr. 2, apdo. c), inciso i).

⁴⁴ Elementos de los crímenes. *Op. cit.*, art. 8, párr. 2, apdo. a), inciso ii).

Por último, se define en los elementos de los crímenes del ECPI la noción de atentados contra la dignidad personal⁴⁵ «como el hecho de someter a una persona a un trato humillante o degradante, o de atentar de cualquier otra forma contra su dignidad, en una medida tan grave que esté reconocido generalmente como atentado contra la dignidad personal» (Henckaerts y Doswald-Beck, 2007, 362-364).

También prohíbe el derecho consuetudinario estas conductas en su norma 90: «Quedan prohibidos los actos de tortura, los tratos crueles e inhumanos y los atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes».

Como señaló Wigger, en una entrevista realizada por el CICR el 25 de junio de 2013:

«Si bien la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes no pueden justificarse por ningún motivo, en los últimos años, sobre todo en el contexto de la llamada “guerra contra el terror”, muchos Estados han intentado justificar el empleo de métodos coercitivos para efectuar los interrogatorios, como método legítimo para proteger la seguridad nacional. La exigencia de responsabilidad penal a los autores es fundamental para la erradicación de estos métodos, así como que se promulguen y apliquen la legislación correspondiente a nivel nacional, a que quienes infrinjan esa legislación recurriendo a la tortura siendo enjuiciados y castigados. Por otro lado, el pleno respeto de las protecciones jurídicas fundamentales y de las garantías procesales de los detenidos ayuda no solo a prevenir abusos, sino también a mejorar las condiciones generales de detención» (Wigger, 2013).

No hay que olvidar que la obligación que incumbe a todas las partes en un conflicto de tratar humanamente o con humanidad a toda persona que se encuentre en su poder, constituye la base del DIH. «Ninguna guerra, ninguna imperiosa consideración de seguridad puede justificar el trato inhumano» (Droege, 2007, 2).

Existen además determinadas condiciones que favorecen la utilización sistemática de toda clase de tortura, como ha señalado el Comité contra la Tortura de la ONU:

«Así la detención en centros de detención secretos sin un proceso previo, o la detención en régimen de incomunicación absoluta por períodos prolongados pueden propiciar los interrogatorios mediante mé-

⁴⁵ Elementos de los crímenes. *Op. cit.* art. 8, párr. 2, apdo. b) inciso xxi) y art. 8, párr. 2, apdo. c), inciso ii).

todos brutales por parte de los funcionarios encargados de los centros de detención, o simplemente a intimidarle dado que saben que no están obligados a presentar al detenido en un plazo breve. También la Corte Internacional de Derechos Humanos ha manifestado reiteradamente la importancia de que los detenidos no se vean privados de ciertos recursos de protección como el *habeas corpus* o el recurso de amparo» (Costas Trascasas, 2008, 237).

4.3.3 Prohibición detención arbitraria

El artículo 6 del PII establece las garantías procesales que se aplicarán al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado, pero nada se dice sobre la prohibición de la detención arbitraria. No obstante, el derecho consuetudinario recoge en su norma 99 que «queda prohibida la privación arbitraria de la libertad», encuentra su base convencional en el artículo 3 común a los CG y en el PII, cuando exigen que todas las personas civiles y las personas fuera de combate sean tratadas con humanidad siendo la privación arbitraria de la libertad incompatible con esa exigencia (Henckaerts y Doswald-Beck, 2007, 392).

El requisito de una razón válida para la privación de la libertad se refiere tanto a la razón inicial que ha provocado esa privación de libertad como a la prolongación de la detención. «Una detención que se prolonga más de lo previsto por la ley constituye una infracción del principio de legalidad y equivale a una detención arbitraria» (Henckaerts y Doswald-Beck, 2007, 396-397).

En lo que respecta a las garantías contra la detención arbitraria «la jurisprudencia de los órganos internacionales no permite concluir una lista de garantías procesales inderogables», pero sí pone de manifiesto, que algunas medidas como el *habeas corpus* o recursos similares, así como limitar la aplicación del régimen de incomunicación o la práctica de detenciones por tiempo indefinido o limitar el tiempo máximo en que una persona puede permanecer detenida antes de pasar a disposición judicial, evitaría que se violasen los derechos fundamentales de los detenidos (Costas Trascasas, 2008, 239-240).

4.4 TRATO HUMANO

El PII dedica su título II al trato humano, según el artículo 4 del PII: «Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o

que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable», por su parte los artículos 5 y 6 amplían dichas garantías mínimas.

El principio de humanidad «supone imponer ante todo el respeto a la vida y a la integridad física de la persona lo que, además de restringir el uso ilegítimo de las armas de fuego», implica en especial «la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes que contienen todos los tratados de derechos humanos», prohibición que ni siquiera en el caso de la lucha contra el terrorismo pueden derogarse (Costas Trascasas, 2008, 486).

El principal problema consiste en definir el propio concepto de trato humano, pues para que un trato sea considerado inhumano en el sentido del artículo 3 común a los CG «debe alcanzar un nivel mínimo de severidad», lo cual ya es en sí mismo relativo, pues «dependerá de varios factores como la duración del tratamiento, la edad, el sexo, o el estado de salud de la víctima» (Costas Trascasas, 2008, 487).

En cualquier caso «los Estados tienen la obligación de proteger a las personas que tengan en su poder, siendo garante de su seguridad y responsable de que reciban un trato humano» (Rodríguez-Villasante, 2017, 71-72).

El principio de trato humano recogido en el artículo 3 común a los CG pertenece a la doble esfera del DHI y de los DIDH y contribuye a llenar posibles vacíos o lagunas en ausencias de derecho convencional sobre la base de la idea de humanidad.

En el caso de los CANI el principal obstáculo para preservar la vida, la salud y la dignidad de las personas detenidas es precisamente la escasez de normas jurídicas. Entre las principales carencias normativas destaca la falta de regulación de las condiciones de la detención, sobre todo en relación a determinados grupos de personas con necesidades específicas, o las garantías procesales, como puede ser la obligación de informar a los detenidos sobre las causas de su detención o las vías para poder recurrir dichas privaciones de libertad, entre otras (Pérez González, 2017, 761 -764).

Otra carencia se refiere a la actuación del CICR. Así como en el caso de los CAI se facilitará al CICR el acceso, con regularidad a todas las personas privadas de libertad, a fin de verificar las condiciones de detención y de restablecer el contacto entre esas personas y sus familiares, en el caso de los CANI el CICR solamente podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto. El propio derecho consuetudinario en su norma 124 establece tal diferencia (Henckaerts J. M. y Doswald-Beck, 2007, 500), «si bien para completar las lagunas originadas por la falta de regulación bien podría acudir a la normativa de DIDH» (Pérez González, 2017, 768).

La inclusión en el ECPI en su artículo 8.2.c) como crimen de guerra las violaciones graves del artículo 3 común a los CG, «no es más que la expresión del respeto del principio de trato humano a la población civil que no participa en las hostilidades y a los combatientes fuera de combate» (Pignatelli Meca, 2017, 1116).

5. GARANTÍAS PROCESALES

Por lo que se refiere a las garantías procesales en caso de privación de libertad de una persona en un CANI, el artículo 3 común a los CG solo habla expresamente del requisito del trato humano (Pejic, 2005, 358).

5.1 INTERNACIONAL: DERECHO CONVENCIONAL Y DERECHO CONSUECUDINARIO

En cuanto a los CANI el artículo 3 común a los CG y el PII determinan únicamente las normas mínimas que se han de aplicar en caso de internamiento. Si bien, en caso de acuerdos especiales las partes en conflicto pueden poner en vigor, todas o parte de las disposiciones del IV CG. Por su parte, el párrafo 2 del preámbulo del PII establece que «los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental» (Pejic, 2005, 360). El comentario del PII especifica que, la referencia a instrumentos internacionales incluye tratados adoptados por la ONU, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura, así como los tratados regionales de derechos humanos (CICR, 1998)⁴⁶.

Pejic, propone una serie de garantías procesales que han de aplicarse en todo caso, pero fundamentalmente a los CANI, donde las previsiones del DIH son mucho más escasas (Pejic, 2005, 365- 373):

Derecho a ser informado de los motivos del internamiento o detención administrativa, a ser inscrito en el registro y a permanecer en un lugar de internamiento o detención administrativa oficialmente reconocido. En caso de que el detenido sea extranjero habrá de informarse al Estado del que sea nacional. Derecho a impugnar, sin demora, la legalidad de su detención, al examen de la legalidad del internamiento o detención administrativa lo habrá de realizar un organismo independiente e imparcial, a la asistencia jurídica y a que su representante asista a las deliberaciones, a que se exami-

⁴⁶ CICR. Comentario del Protocolo II. *Op. cit.*, 1998, párrafo 4428.

ne periódicamente la legalidad del mantenimiento de la decisión de detención, a comunicarse con sus familiares, a presentar peticiones y quejas por lo que atañe al trato que recibe y a las condiciones de detención.

5.2 ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El artículo 9. 3.º de la Constitución (CE) garantiza el principio de la legalidad. Por su parte el artículo 25. 1.º de la CE establece, que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento» (Calaza López, 2011, 51).

El art. 24 CE, reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, y ha consagrado, entre otros, «los principios de contradicción e igualdad de armas, imponiendo la necesidad de que todo proceso esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción con la finalidad de que puedan defender sus derechos e intereses» (Calaza López, 2011, 54).

Establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)⁴⁷ en su artículo 1 que: «No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por juez competente». Consagra así el principio de legalidad, en su acepción más amplia, lo que supone que no hay delito ni pena sin ley previa que así lo establezca (Gómez Colomer, 1996, 66).

Respecto a las garantías procesales que amparan a los detenidos, nuestra legislación las recoge expresamente en el artículo 520 de la LECrim⁴⁸:

– La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma menos perjudicial para el detenido y con respeto a su honor, intimidad e imagen y libertad de información.

⁴⁷ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *BOE* n.º 260, de 17 de septiembre de 1882. Referencia: BOE-A-1882-6036.

⁴⁸ Este artículo fue redactado por la LO 14/1983 de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el artículo 17.3 de la Constitución, en materia de asistencia letrada al detenido y al preso, y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para adaptarlo a la CE en desarrollo de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 17 y 24.2 de dicho texto constitucional.

Esta cautela implica, por ejemplo, que no han de difundirse imágenes del detenido esposado, ni exponerse a la curiosidad de la prensa, ni ante la presencia del público, en aplicación del principio de proporcionalidad (Marchena Gómez, 2015, 120).

- La detención, en cuanto medida excepcional durará lo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos y en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.
- Toda persona detenida o presa será informada de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten, todo ello para evitar que se produzca indefensión. Dentro de sus derechos contempla el guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, a designar abogado, a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, a que se informe a algún familiar de su detención, a comunicarse telefónicamente, asistencia médica, ser visitado por las autoridades consulares de su país si es extranjero, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas, ser asistido gratuitamente por un intérprete, en su caso.
- El detenido designará libremente abogado y si no lo hace será asistido por un abogado de oficio, pudiendo entrevistarse reservadamente con él.
- Tras la reforma de los artículos 509 y 527 se modifica el régimen de la incomunicación que solo podrá durar el tiempo estrictamente necesario y como máximo cinco días, prorrogables por otros cinco días (Marchena Gómez, 2015, 131).

6. EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y MECANISMOS DE CONTROL

La eficacia de un sistema jurídico depende de su cumplimiento, por lo que es necesario que contenga una serie de «mecanismos que garanticen la correcta aplicación de sus normas en su triple vertiente; la prevención de las violaciones, el control del cumplimiento, y en caso de su incumplimiento la sanción o represión» (Pérez González, 2017, 995).

En la importante faceta de la prevención de las violaciones del DHI los Estados juegan un papel muy importante, adoptando medidas ya inclu-

so antes del conflicto, en tiempo de paz. En este sentido, en primer lugar los Estados tendrán la importante labor de promoción y difusión del DIH, entrenar a personal cualificado, adoptar las normas internas que correspondan para implementar en el ordenamiento interno las normas del DHI y traducir la normativa en vigor; por su parte los cometidos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, como importante actor en este sistema de eficacia, tendrá como funciones para la prevención de las violaciones del DHI, la promoción, difusión y desarrollo del DHI, así como la cooperación con los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones; por lo que se refiere al control del cumplimiento del DIH cobran relevancia instituciones como la Comisión Internacional de Encuesta; las Potencias Protectoras, la Organización de las Naciones Unidas y las instancias penales internacionales *ad hoc* o permanentes por lo que respecta a la represión de las infracciones y violaciones del DIH (Cáceres Brun, 2007, 932-938). Estos mecanismos en su mayoría son aplicables en el caso de los CANI, excepto el deber de tipificar como delitos las infracciones graves de los CG y PI y PII y otras normas de DIH.

Para cumplir la obligación de difusión del DHI, los Estados pueden disponer que su estudio se incorpore a los planes de estudio de las academias militares, disponer de asesores jurídicos en las fuerzas armadas para que asesoren a los comandantes militares o adoptar normas internas para asegurar el cumplimiento de las normas del DHI entre otras (Cáceres Brun, 2007, 934).

También el CICR juega un papel fundamental en esta fase, así encomienda a las delegaciones zonales el análisis de las situaciones, la anticipación de las crisis, la labor de formación y de comunicación en materia de DIH, así como la cooperación con las Sociedades Nacionales para prepararlas a la acción en caso de emergencia; el desarrollo y la participación activa del CICR en los trabajos jurídicos internacionales destinados a garantizar una mejor protección del ser humano y a prevenir el exceso de violencia y el uso de armas excesivamente crueles o cuyos efectos provocan sufrimientos inútiles; la formación en DIH, su enseñanza en muchos círculos, como fuerzas armadas, fuerzas policiales y de seguridad, escuelas y universidades; la organización de talleres sobre protección con representantes de ONG y de diversos órganos de las Naciones Unidas, el CICR procura así mismo compartir sus ideas con otros interesados, etc. (CICR, 2002, 170).

En nuestro ordenamiento jurídico con la inclusión en las Reales Ordenanzas⁴⁹ del excelente capítulo relativo a la ética de las operaciones milita-

⁴⁹ Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

res⁵⁰ que comprende los artículos 106 a 114, «se contribuye a una difusión de los principios del DIH y, con ello, se da abundante cumplimiento a lo previsto en los Convenios de Ginebra» (Eymar Alonso, 2009, 314).

A largo plazo, exige, reforzar las capacidades operativas locales, respaldar las iniciativas positivas en el seno de las comunidades y realizar una labor de integración, en particular de las minorías o grupos marginales. La consolidación de los elementos que garantizan una mayor seguridad para las personas y las colectividades contribuye a limitar los riesgos de violencia armada. Por último, y siempre respetando el principio de neutralidad que rige toda su actuación el CICR, puede instar a que los Estados tomen las medidas necesarias sobre el particular y, para ello «proporcionarles los elementos de información o de análisis que les permitan asumir esta responsabilidad con más pertinencia en el marco de una diplomacia humanitaria preventiva» (CICR, 2002, 172-174).

Como se ha dicho al comienzo de este epígrafe la eficacia de un sistema jurídico depende de su cumplimiento y por eso el control de dicho cumplimiento quizá sea la faceta más importante. Ahora bien, determinar quién y cómo se realiza dicho control no es tarea fácil en el caso de los CANI, solo el Comité de la Cruz Roja puede llegar a asumir un papel fundamental en caso de que las partes acepten el ofrecimiento de sus servicios.

Ni el artículo 3 común a los cuatro CG, que habilita al CICR a ofrecer sus servicios, ni el PII hablan de visitas a los detenidos ni de prerrogativas particulares del CICR respecto de este tema. Por lo tanto, desde el punto de vista jurídico, las partes no están obligadas a aceptar que el CICR visite a personas detenidas a causa de conflictos internos. Sin embargo, «esas visitas representan una práctica constante y son reconocidas en el plano internacional, la experiencia y la competencia profesional del CICR», así como el interés práctico que pueden tener sus visitas, sin olvidar que el hecho de «aceptar la intervención del CICR suele generar una imagen positiva contribuyen a tal aceptación» (Aeschlimann, 2005, 82- 84).

La preocupación fundamental del CICR es la de «mejorar el respeto del DIH buscando reforzar las estructuras de control existentes, sobre todo garantizando un mejor acatamiento por las partes en el caso de los CANI» (Pérez González, 2017, 2011). Así en 1981 el CICR aprobó unas directrices sobre las gestiones a realizar por el CICR en caso de violaciones del DIH, revisadas en 2005.

No obstante, hay que señalar que el derecho internacional consuetudinario sí establece en su norma 139 la obligación para las partes del conflic-

⁵⁰ Capítulo VI del título «De las operaciones». *Op. cit.*

to, ya tenga carácter internacional o no internacional, «de respetar y hacer respetar el DIH por sus fuerzas armadas, así como por otras personas y agrupaciones que actúen de hecho siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección o control». Se trata de un corolario de la norma 149, según el cual los Estados incurren en responsabilidad internacional por los actos de esas personas o agrupaciones (Henckaerts y Doswald-beck, 2007, 560). En este sentido, en relación con crímenes de guerra cometidos, la norma 161 establece que «los Estados se esforzarán en cooperar todo lo posible entre ellos a fin de facilitar la investigación de los crímenes de guerra y el enjuiciamiento de los imputados».

El cómo conseguir un mayor cumplimiento del DIH es, por tanto, la principal preocupación del CICR, y debería serlo también para los Estados, por eso uno de los temas nucleares de la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 8-10 de diciembre de 2015) fue la presentación en el Comité de Redacción, del Proyecto de Resolución «Fortalecimiento del cumplimiento del DIH»⁵¹, «con el lamentable resultado de que los Estados no hayan logrado acuerdo para establecer un mecanismo para fortalecer el cumplimiento del DIH» (Rodríguez-Villasante, 2015, 164).

A la misma conclusión se llegó respecto a la necesidad de hacer mayores esfuerzos en profundidad sobre el fortalecimiento del DIH que protege a las personas privadas de libertad, así la resolución 1 de la XXXII Conferencia Internacional se centra explícitamente en las detenciones relacionadas con los conflictos armados⁵² y «se propone abordar los desafíos jurídicos y operacionales que son especialmente pertinentes en esas situaciones siendo la cuestión de las detenciones por parte de grupos armados no estatales un tema especialmente sensible» (Rodenhäuser, 2017, 944-959).

En lo que parece haber acuerdo es que los mecanismos de aplicación del DIH adolecen de falta de uso y eficacia, lo que suscita dudas sobre si «conviene su revitalización o por el contrario sería conveniente la creación de nuevos mecanismos, lo que no necesariamente implicaría una mayor eficacia del DIH» (Pérez González, 2017, 1014). En el marco de esta segunda opción se creó por ejemplo el «Mecanismo internacional, imparcial para ayudar en la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de

⁵¹ CICR. Resolución 32IC/15/R2 «Fortalecimiento del cumplimiento del DIH». XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

⁵² CICR. Resolución 32IC/15/R1 «Fortalecimiento del DIH que protege a las personas privadas de libertad». *Op. cit.*

los delitos de derecho internacional más graves cometidos en la República Árabe Siria desde marzo de 2011»⁵³.

7. CONSECUENCIAS DE LAS VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El derecho penal internacional se distingue del derecho penal nacional no solo en que su ámbito de aplicación es universal, sino también, porque «se limita a proteger los bienes jurídicos fundamentales de los individuos y de la comunidad internacional» (Ambos, 2003, 195).

El DIH aspira a proteger a la persona en toda situación de conflicto, sea internacional o interno, mediante el control jurídico del fenómeno bélico, tanto a nivel internacional como a nivel interno, siendo los crímenes de guerra los actos contrarios al DIH y al derecho internacional de los conflictos armados más graves. Dicho control se lleva a cabo, por tanto en un doble plano: interno e internacional (Pignatelli y Meca, 2017, 1030-1032).

7.1 PROTECCIÓN PENAL INTERNACIONAL

«Hasta 1998, con la creación de la CPI, el orden jurídico internacional ha carecido de un sistema represivo de los delitos internacionales de carácter permanente y con vocación de eficacia y universalidad» (Pignatelli y Meca, 2017, 1030).

Aunque la CPI es la primera jurisdicción internacional penal permanente, su creación cuenta con el antecedente de los tribunales penales internacionales en relación con los hechos acaecidos en la ex Yugoslavia y en Ruanda creados por el Consejo de Seguridad. En ambos casos «su creación se debió a razones de extrema urgencia, para la represión de los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio producidos en el territorio de los Estados arriba mencionados» (Díez de Velasco, 2012, 979).

Las obligaciones cuyo incumplimiento o violación puede generar responsabilidad penal individual son las establecidas específicamente como infracciones graves en los cuatro CG de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977; la Convención IV de la Haya de 18 de octubre de 1907 y su reglamento anejo; la Convención de la Haya de 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y

⁵³ NN. UU. Asamblea General RES/71/248 de 21 de diciembre de 2016.

su Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999; y la Convención para la prevención y Sanción del delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948 (Pignatelli y Meca, 2017, 1033), la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 30 de noviembre de 1973, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, o la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 20 de diciembre 2006.

El Estatuto de la CPI sistematiza los crímenes de guerra en cuatro categorías dentro del apartado 2 del artículo 8, siendo la principal novedad las letras c) y e) referidas específicamente a los conflictos sin carácter internacional, lo que constituye un notable avance en orden a proteger a las víctimas de estos conflictos armados (Pignatelli y Meca, 2017, 1111).

Así establece expresamente el apartado c) del citado artículo que:

«c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra 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:

i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; iii) La toma de rehenes; iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

Conteniéndose en los cuatro subapartados citados, que lo componen, el principio de trato humano a la población civil que no participa en las hostilidades y a los combatientes fuera de combate (Pignatelli y Meca, 2017, 1116).

Siguendo a Martínez Alcañiz, podemos definir los crímenes de guerra como todo «acto u omisión doloso, cometido con ocasión de un conflicto armado, que vulnera gravemente una norma esencial del DIH que tiene por finalidad la protección de determinados bienes jurídicos y que genera responsabilidad penal con base en el derecho internacional» (Martínez Alcañiz, 2012, 228). Por lo que cualquier conducta que atente a dicho prin-

cipio que se realice respecto a las personas detenidas, podría calificarse de crimen de guerra.

El apartado e) contiene quince subapartados que incriminan prescripciones del PII así como otras infracciones relativas a la utilización de medios de combate proscritos en el derecho de La Haya (Pignatelli y Meca, 2017, 1116). Los subtipos del art. 8.2.e) parecen exigir que además del carácter no internacional del conflicto armado, este tenga también un carácter prolongado, «mientras el artículo 1 del PII no incluye esta posibilidad dentro de su noción de conflicto armado de carácter no internacional, la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones de los Tribunales *ad hoc* desde la decisión jurisdiccional en el caso Tadic así lo ha aceptado expresamente» (Olásolo, 2005, 118)⁵⁴.

Por último, el artículo 8.2.f) introduce una especie de *tertius genus* de los CANI al referirse al conflicto armado prolongado entre grupos armados organizados. Por lo demás «los apartados c) y e) no son aplicables a las situaciones de tensiones internas ni disturbios interiores, lo cual no afecta a la obligaciones de los Estados de mantener o restablecer el orden público del Estado o defender su integridad territorial» (Pignatelli y Meca, 2017, 1117).

«La inclusión en el Estatuto de la CPI de los apartados c) y e) en el artículo 8 supone un gran avance respecto a la eliminación de la distinción entre si las violaciones graves del derecho de Ginebra se cometen en el contexto de un CAI o un CANI» (Costas Trascasas, 2008, 47).

Por lo que se refiere a la competencia subjetiva de la CPI se establece el principio de responsabilidad penal individual de alcance universal, por el que la CPI «es competente para enjuiciar a cualquier persona mayor de dieciocho años que haya cometido un crimen de competencia de la Corte, sin que sea relevante el hecho de que la persona en cuestión desempeñe o haya desempeñado un cargo oficial». Lo que no significa que el desempeño de un cargo oficial sea completamente irrelevante para determinar la responsabilidad penal de los presuntos autores de crímenes de competencia de la Corte pues en determinados casos es el elemento que genera la responsabilidad penal (Escobar Hernández, 2003, 16)⁵⁵.

Señalar, por último, que «no todo delito cometido durante una contienda armada puede ser considerado como crimen de guerra, para que sea considerado como tal ha de existir un nexo entre el crimen en sí y el con-

⁵⁴ Ver *Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72*, 2 October 1995, párrafo 70.

⁵⁵ Artículo 28 del Estatuto de Roma.

flicto armado». Este nexo imprescindible, se contiene en los «elementos de los crímenes» relativos a los tipos penales de crímenes de guerra del Estatuto de la CPI. De no existir ese nexo los comportamientos delictivos podrán ser delitos ordinarios, pero en ningún caso crímenes de guerra» (Martínez Alcañiz, 2012, 239).

7.2 PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL

La creación de la CPI no afecta al papel principal de las jurisdicciones nacionales en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de guerra, sino que por el contrario lo refuerza en la medida que requiere la adopción en las legislaciones internas de los tipos penales contenidos en el Estatuto, «no pretende en ningún caso sustituir a las jurisdicciones nacionales en la sanción de los crímenes de guerra, sino que por el contrario las complementa» (Olásolo, 2005, 145). Así, la ratificación del Estatuto de la CPI por los Estados ha implicado un proceso de adaptación de las legislaciones internas al Estatuto, tanto en el ámbito de las normas sustantivas como en el ámbito de las normas procesales, en el caso de España ha supuesto la modificación del Código Penal (CP)⁵⁶, la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como «la promulgación de una Ley Orgánica de Cooperación con la CPI que permita la interrelación y el apoyo necesario entre los órganos de nuestro sistema y los pertenecientes al sistema jurisdiccional de la CPI» (Quesada Alcalá, 2005, 364).

Para adaptar nuestra legislación en materia de crímenes de guerra nuestro Código Penal ha sido extensamente modificado, primero por la Ley Orgánica 15/2003⁵⁷, y posteriormente, a la vista de las deficiencias de dicha reforma, por la Ley Orgánica 5/2010⁵⁸ (Pignatelli y Meca, 2017, 1153), ley, esta última que ha supuesto, siguiendo a Rodríguez Villasante «una incriminación modélica», de los delitos contenidos en el libro II, capítulo III del título XXIV, es decir: los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (Rodríguez-Villasante y Prieto, 2010, 150)⁵⁹.

⁵⁶ LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵⁷ LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE* 283, de 26 de noviembre.

⁵⁸ LO 5/2010, de 22 de junio *BOE* de 23/6/2010, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

⁵⁹ La última reforma del Código Penal por LO 1/2015, de 30 de marzo no afectó al capítulo III del título XXIV.

«El CP de 1995 incorporó por primera vez en los artículos 608 al 614 bis, el castigo de las infracciones del DIH y del derecho internacional, pues hasta entonces se regulaban en el derecho penal militar, tanto la tipificación como la sanción de los crímenes de guerra» (Pignatelli Meca, 2017, 1161).

Destacar, además, que la regulación contenida en el libro II, capítulo III del título XXIV, es aplicable, sin distinción a los CAI y a los CANI, es por tanto la situación de conflicto armado, con independencia de su carácter interno o no, lo que dará lugar a la aplicación de los preceptos contenidos en nuestro CP.

El legislador español «yendo más allá de las obligaciones exigidas convencionalmente optó por considerar al ser humano como objeto de protección privilegiada, en toda circunstancia, y ello conforme al preámbulo y el artículo 10 de nuestra Constitución», lo cual está en plena consonancia con la consideración de crímenes de guerra que el Estatuto de la CPI contiene en el ya mencionado artículo 8.2 en sus apartados c) y e) (Pignatelli Meca, 2017, 1165).

Por lo que se refiere a la privación de libertad, objeto de estudio del presente trabajo, el CP castiga con la pena de prisión de diez a quince años «a quien obligue a un prisionero de guerra o persona civil a servir, en cualquier forma, en las fuerzas armadas de la parte adversa, o les prive de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente» (artículo 611.3º), así como «a quien deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga o confine ilegalmente a cualquier persona protegida o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa» (artículo 611.4º). Castigando con igual pena a quien «realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal» (artículo 611.6º) o «a quien impida o demore, injustificadamente, la liberación o la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles» (artículo 611.7º).

Las conductas anteriormente citadas son contrarias a los mínimos contenidos en el artículo 3 común a los cuatro CG y en el caso del atentado al derecho a ser juzgado regular e imparcialmente es una garantía procesal consagrada para los CANI en el apartado 1.d) del artículo 3 común y en el artículo 6. 2 del PA II y en el artículo 8.2. c) iv).

El derecho a ser juzgado regular e imparcialmente «es una garantía fundamental reconocida en los artículos 24 y 25.1 de nuestra Constitución que ni siquiera con la declaración de los estados de sitio o excepción puede ser suspendida» (Pignatelli Meca, 2017, 1185).

En el caso de la demora injustificada de la liberación de las personas privadas de libertad es necesario recordar que la previsión contenida en el PA II en su artículo 5.4 contiene un cierto margen de discrecionalidad al establecer textualmente que «si se decide liberar a personas que estén privadas de libertad, quienes lo decidan deberán tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de tales personas».

Por su parte el artículo artículo 612 establece la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos «a quienes despoje de sus efectos a un prisionero de guerra o persona civil internada».

Señalar que, con las mismas penas responderá, en virtud de lo establecido en el artículo 615 bis, «la autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título».

CONCLUSIONES

La guerra o conflicto armado como se le denomina en la actualidad es una lacra que arrastra la humanidad desde sus orígenes, con independencia de su legitimidad o no, lo que es un hecho evidente es que, además de incontables daños materiales para todas las partes participantes, causa innumerables sufrimientos personales. A la destrucción de territorios, hogares y medios de subsistencia se une la pérdida de seres queridos, niños huérfanos, viudas, excombatientes mutilados que probablemente no puedan encontrar un medio de vida en el futuro.

Ante esta realidad el DHI es un intento valiosísimo de paliar estas consecuencias mediante la aplicación de sus normas a la conducción de las hostilidades, en el caso de los CAI, como ha quedado expuesto, existe un amplio desarrollo de las normas que protegen a las personas que por cualquier razón se ven privadas de su libertad y en poder de la parte adversa y además contiene unos principios inestimables que han de inspirar la actuación de los Estados en los casos no regulados o previstos expresamente en ellos, principios que como afirma Pictet, «expresan la sustancia del tema» y «sirven de líneas directrices en los casos no previstos», lo que no obsta para que en muchas ocasiones se incumplan sus preceptos y las operaciones militares se realicen al margen de los principios contenidos en sus normas reguladoras.

Sin embargo, la realidad muestra la tendencia a la desaparición de este tipo de conflictos y el aumento de los CANI con una creciente complejidad como consecuencia de la fragmentación de los grupos armados y los enfrentamientos asimétricos; la regionalización de los conflictos; los retos que suponen las guerras que ya llevan décadas; la ausencia de mecanismos eficaces de resolución de conflictos internacionales; y el derrumbamiento de los sistemas nacionales. La mayoría de las veces, los civiles son quienes sufren las consecuencias de las hostilidades, miles de personas son detenidas, con frecuencia al margen de todo marco jurídico vigente, y sometidas a malos tratos o condiciones inhumanas de detención.

La parquedad de las normas que regulan este tipo de conflictos, en especial en lo relativo a la privación de libertad, coloca a la persona en una situación de indefensión y desamparo, aunque el artículo 3 común a los cuatro CG contiene unos principios y normas que constituyen unos mínimos a respetar por los Estados parte, hay que recordar que en el caso de los CG su ratificación por parte de los Estados es prácticamente universal, la normas contenidas en el PII son a todas luces insuficientes y aunque podemos invocar las normas de DIDH como complementarias, no llenan todos los vacíos, no son aplicables en todos los casos, y cuando la parte adversa en cuyo poder se encuentran las personas privadas de libertad son grupos armados no estatales, la cuestión aún se complica más.

Cuando una persona es privada de su libertad y cae en poder de la parte adversa, las condiciones materiales en las que puede estar internado o detenido pueden llegar a ser absolutamente precarias, a ello se suma la incertidumbre de su futuro inmediato, el no ser informado de los motivos de su detención, el que no se le ponga a disposición de una autoridad judicial o al menos un órgano objetivo e independiente, la no comunicación con sus familiares, la separación de otros miembros de su familia, supone un estrés añadido al sufrimiento que ya de por sí implica verse privado de libertad.

En los CANI la intervención de grupos armados no estatales puede suponer que tengan distintos niveles de organización, y por lo tanto de capacidades a la hora de facilitar determinados mínimos en cuanto a las condiciones materiales de la detención, por ejemplo, instalaciones separadas para hombres y mujeres, establecimientos con condiciones higiénicas y sanitarias adecuadas, también es difícil que cuenten con órganos judiciales o al menos independientes y objetivos que pudieran realizar una revisión de las causas o motivos de la detención, o garantizar la asistencia de un letrado. Por otra parte, la preocupación por la posibilidad de que la regulación de las detenciones por parte de los grupos armados pudiera legitimarlos

conforme al derecho internacional, parece frenar la voluntad de los Estados a la hora de establecer instrumentos jurídicos vinculantes.

No obstante, el derecho internacional consuetudinario supone una contribución muy positiva, pues sus normas se aplican tanto a los CAI como a los CANI, siendo fuente del DIH.

Un problema especialmente delicado es el referido a la transferencia de los detenidos, en especial si intervienen varios Estados en coaliciones multinacionales, la falta de un régimen legal de DIH puede producir un trato diferente en función del Estado en cuyo poder se encuentre la persona detenida, o al cual se le transfiera.

En este contexto la labor que lleva a cabo el CICR como impulsor del desarrollo del DIH es inestimable, pero tampoco es desdeñable el papel que podrían jugar terceros Estados que no son parte en el conflicto ejerciendo su influencia y alentando a las partes a que respeten el DIH.

La aplicación analógica a los CANI de mecanismos previstos para los CAI como la Comisión Internacional de Encuesta, el establecimiento de una figura semejante a la de la potencia protectora, entre otros, supone un mayor respeto para las normas humanitarias por las partes en conflicto.

Llegados a este punto el CICR, como principal actor a la hora de velar por el cumplimiento del DIH, plantea como afrontar estos desafíos de los conflictos contemporáneos, si bien la opción de negociar y adoptar un tratado internacional vinculante sería la opción más eficaz, esta opción no es posible al no existir el apoyo político de los Estados, por lo tanto sería más realista la opción de aprobar un instrumento no vinculante *soft law*, pero que sin embargo, contribuiría a la mejora de la protección de las personas detenidas.

A nuestro juicio esta opción es insuficiente aun cuando se acompañe de herramientas e instrumentos complementarios que lo desarrollen. La persona privada de libertad ha de gozar de la misma protección con independencia del tipo de conflicto en el cual se vea inmersa, pues sus necesidades serán las mismas, su situación de desamparo será idéntica, con independencia de que el conflicto sea internacional o interno, pero la gran preocupación de los Estados por mantener a cualquier precio el no reconocimiento de los grupos armados como parte en un conflicto, no sea que esto implique el reconocimiento de facto de los grupos insurgentes, lleva a que sea el individuo el que al final sufra las consecuencias.

Por último, señalar que la inclusión en el Estatuto de Roma de de los apartados c) y e) en el artículo 8, ha supuesto un gran paso en orden a difuminar la distinción entre si las violaciones graves del DIH se cometen en el contexto de un CAI o un CANI, si bien habrá que esperar al resultado

de su aplicación. Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico, la regulación contenida en el CP (en los artículos 609, 611, 612, 613, 614 y 615 bis, y en particular los apartados que protegen específicamente a las personas privadas de libertad) no distingue entre si los delitos se cometen en marco de un CAI o un CANI lo cual hay que reconocer como un importante acierto del legislador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AESCHLIMANN, A. «La protección de los detenidos: la acción del CICR tras las rejas». *Revista Internacional de la Cruz Roja* 857. 2005, pp. 77-122.
- ALONSO PÉREZ, F. «La protección de la población civil». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 725-756.
- AMBOS, K. «Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional». *Revista de derecho penal y criminología*, 12. 2003, pp. 191-211.
- BORELLI, S. «Echar luz sobre un vacío jurídico: el derecho internacional y las detenciones extraterritoriales en el marco de la “guerra contra el terrorismo”». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 857. 2005, pp. 43-78.
- BALGUY-GALLOIS, A. «La protección de los periodistas y de los medios de comunicación en situaciones de conflicto armado». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 853. 2004, pp. 35-61.
- CÁCERES BRUN, J. «El sistema de eficacia del derecho internacional humanitario». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (2.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2007, pp. 931-952.
- CALAZA LÓPEZ, S. «Principios rectores del proceso judicial español». *Revista de Derecho UNED*, 8. 2011, pp. 49-84.
- CASALIN, D. «Toma de prisioneros: examen de las disposiciones del derecho internacional humanitario relacionadas con la privación de libertad por grupos armados de oposición». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 883. 2011, pp. 743-757.
- CASTILLO DAUDÍ, M. «Los campos de detención de la base naval de Guantánamo: aspectos de derecho internacional humanitario». *Revista Española de Derecho Internacional*, LXVI. 2014, pp. 159-179.
- CICR. «Prevención: comprensión del concepto y deficiencia del papel del CICR en la prevención de los conflictos armados. Directrices

- generales». *Revista Internacional de la Cruz Roja* 162. 2002, pp. 170-174.
- CICR. «Las gestiones del Comité Internacional de la Cruz Roja en caso de violaciones del derecho internacional humanitario o de otras normas fundamentales que protegen a las personas en situación de violencia». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 858. 2005, pp. 377-384.
- COSTAS TRASCASAS, M. *Violencia interna y la protección de la persona, una laguna en el derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch 2008.
- DAVID, E. *Introduction au droit international humanitaire*. Collegium (N.º 21-IX), 16. 2001.
- DÍEZ DE VELASCO, M. «Los tribunales penales internacionales». En *Instituciones del Derecho Internacional Público* (18.ª ed.). Madrid: Tecnos 2012, pp. 979-989.
- DÖRMANN, K. «La situación jurídica de los combatientes ilegales/ no privilegiados». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 85. Marzo de 2003, pp. 849.
- DROEGE, C. «El verdadero Leitmotiv: la prohibición de la tortura y otras formas de malos tratos en el derecho internacional humanitario». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 867, 2007, pp. 515-541.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. «La Corte Penal Internacional. Un instrumento al servicio de la paz». *Revista Internacional de Filosofía Política*, 21. 2003, pp. 5-35.
- EYMAR ALONSO, C. «El título IV de las Reales Ordenanzas a la luz del derecho militar operativo». *Revista Española de Derecho Militar*, 93, 2009, pp. 287-320.
- FALK R. «Informe del relator especial, sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967». NN. UU., Asamblea General, A/61/470, 2006.
- GÓMEZ COLOMER, J. *Constitución y proceso penal. Análisis de las reformas procesales más importantes introducidas por el nuevo Código Penal de 1995*. Madrid: Tecnos, 1996.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. «El derecho internacional humanitario y los conflictos armados internos». *Revista Española de Derecho Militar*, 68. 1996, pp. 13-36.
- HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L. «Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario». Volumen 1. CICR, 2007.
- JAR COUSELO, G. «Periodistas y guerra: una perspectiva desde el derecho internacional humanitario». En J. L. Rodríguez-Villasante

- y Prieto (3.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 881-911.
- JORGE URBINA G. «La protección de las personas civiles en poder del enemigo y el establecimiento de una jurisdicción penal internacional». *Revista Internacional de la Cruz Roja*. 2000. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdp9s.htm>.
- Leuven Manual on the International Law applicable to Peace Operations*. Prepared by an International Group of Experts at the Invitation of the International Society for Military Law and the Law of War. Cambridge: Cambridge University Press 2017.
- MANGAS MARTÍN, A. *Conflictos internos y derecho internacional humanitario*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999.
- MARCHENA GÓMEZ, M. *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2015.
- MARTÍNEZ ALCANIZ, A. «Crímenes de guerra y justicia universal». *Revista Española de Derecho Militar*, 99. 2012, pp. 221-269.
- MARTÍNEZ GUILLÉN, R. *La detención operativa en la frontera entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos*. Ministerio de Defensa 2014.
- OJINAGA RUIZ, M. R. «La protección de la mujer en el derecho internacional humanitario». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 827-866.
- OLÁSOLO, H. «Apuntes prácticos sobre el tratamiento de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional». *Revista Española de Derecho Militar*, 86. 2005, pp. 107-152.
- Orientaciones. El derecho de los conflictos armados*. Tomo I. OR7-004 (2.^a ed.). Resolución 552/07352/07. Mando de Adiestramiento y Doctrina. Dirección de Doctrina, Orgánica y Materiales. Ministerio de Defensa 2007.
- PEJIC J. «Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 858. 2005, pp. 355-376.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M. «Fundamentos del derecho internacional humanitario». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 77-117.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M. «La protección de las personas privadas de libertad en poder de la parte adversa». En J. L. Rodríguez-Villasante

- y Prieto (3.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 757-777.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M. «El sistema de eficacia del derecho internacional humanitario. En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.) *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 995-1028.
- PIGNATELLI Y MECA, F. La punición de las infracciones del derecho internacional humanitario. En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp.1029-1087.
- PIGNATELLI Y MECA, F. «La Corte Penal Internacional». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *El Derecho Internacional Humanitario*. 2017, pp. 1089-1144.
- PIGNATELLI Y MECA, F. «Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 1145-1230.
- PLATTNER, D. «La neutralidad del CICR y la neutralidad de la asistencia humanitaria». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 134. 1996, pp. 173-193.
- QUESADA ALCALÁ, C. «La Corte Penal Internacional y derecho interno: el impacto del Estatuto de Roma en la legislación española». *Revista Española de Derecho Militar*, 86. 2005, pp. 363-417.
- RODENHÄUSER, T. «Fortalecimiento del derecho internacional humanitario que protege a las personas privadas de libertad: principales aspectos de las consultas y los debates desde 2011». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 903. 2016, pp. 941-959.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, P. *La protección de las mujeres privadas de libertad en los conflictos armados*. UNED (IUGM) 2015.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L. «La modificación del Código Penal español por LO 5/2010 en materia de crímenes de guerra, un paradigma en la protección penal de las víctimas de la guerra». *Revista Española de Derecho Militar*, 95 y 96. 2010, pp. 149-174.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J. L. «La pérdida de la inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades». *Cuadernos de Estrategia*, 160. 2013, pp.165-208.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L. «La muerte del ornitorrinco: un paso atrás en el cumplimiento del derecho internacional humanitario». *Revista Española de Derecho Militar*, 104. 2015, pp. 163-184.

- RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L. «Fuentes del derecho internacional humanitario». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *El Derecho Internacional Humanitario*. 2017, pp. 53-75.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L. «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *El Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 779-801.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L. «Ataques letales selectivos y ejecuciones extrajudiciales». En Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L. (3.^a ed.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch 2017, pp. 803-827.
- RUYS, T. «License of kill? State sponsored assassination under international law». *Revista de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra*, 44. Vols. 1 y 2. 2005.
- SALMÓN E. *Introducción al derecho internacional humanitario*. CICR, Instituto de Democracia y Derechos Humanos 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. «Asesinatos selectivos en la “guerra punitiva” contra el terrorismo». *Revista para el Análisis del Derecho* (1). Barcelona: Universidad Pompeu Fabra 2017.
- SUÁREZ LEOZ, D. «Conflictos armados sin carácter internacional y derecho internacional humanitario». En J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (3.^a ed.). *Derecho internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo blanch 2017, pp. 971-993.
- VITÉ, S. «Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 873. 2009, pp. 69-94.

Anexo bibliográfico

- CICR. Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). 1998.
- CICR. El derecho internacional humanitario y los desafíos en los conflictos armados contemporáneos. Anexo 1: *Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna*. Documento preparado para la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja celebrada del 26-30 de noviembre. Ginebra 2007.

- CICR. Documento de opinión. 2008. Recuperado el 3 de enero de 2019, de <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>.
- CICR. *Desafíos contemporáneos del DIH: la detención por razones de seguridad*. 2010. https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/contemporary-challenges-for-ihl/security-detention/overview-security-detention.htm_
- CICR. Doctrina aprobada por el Consejo de la Asamblea del CICR el 9 de junio de 2011 respecto de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes infligidos a las personas privadas de libertad. 2011.
- CICR. «Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados». XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. 2011.
- CICR. *Informe el Derecho Internacional Humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, elaborado para la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, disponible en línea en <http://rcrcconference.org/32nd-international-conference/conference-documents/?lang=es>. 2015.
- CICR. Informe *Fortalecimiento del derecho internacional humanitario que protege a las personas privadas de libertad* elaborado para la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. 2015.
- WIGGER, A. «Tortura: una afrenta a la humanidad». Entrevista CICR, consultada en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/interview/2013/06-26-torture.htm>. 2013.