

# Toma de prisioneros: examen de las disposiciones del derecho internacional humanitario relacionadas con la privación de libertad por grupos armados de oposición

**Deborah Casalin\***

Deborah Casalin es Responsable de Políticas en el Grupo de trabajo Israel-Palestina del CIDSE. Anteriormente, se desempeñó como asistente editorial de la *International Review of the Red Cross*. Es titular de una maestría en derecho por la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra.

## Resumen

*Si bien la detención por grupos armados de oposición en conflictos armados no internacionales es una realidad prevista y no prohibida por el derecho internacional humanitario, éste no define los motivos que pueden dar lugar a esa práctica. En el presente artículo, la autora examina detenidamente la prohibición de la privación arbitraria de libertad establecida por el derecho internacional humanitario consuetudinario y la forma de aplicar esa prohibición a los grupos armados de oposición de una manera*

\* Dirección de correo electrónico: [deborah.casalin@adh-geneve.ch](mailto:deborah.casalin@adh-geneve.ch). Todas las opiniones expresadas son personales. El presente artículo es una adaptación de la tesis presentada por la autora para su maestría en derecho, "Application of IHL to armed opposition groups in non-international armed conflicts: the prohibition on arbitrary detention and the duty to distinguish oneself", Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra, enero de 2009, escrita bajo la supervisión del profesor Marco Sassòli y nominada para el Premio Henri Dunant 2009. La autora desea expresar su gratitud al profesor Sassòli por la ayuda brindada durante la elaboración de la tesis y al Dr. Toni Pfanner, la Dra. Jelena Pejic y al equipo de la *Review* por sus observaciones posteriores. Los errores u omisiones son responsabilidad exclusiva de la autora.

*realista y que fomente el respeto del derecho. El artículo se centra en los fundamentos jurídicos que pueden invocar los grupos armados de oposición para justificar la detención de las personas que apresan para apartarlas de las hostilidades o por razones de seguridad. A través de un enfoque basado en los principios del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados internacionales, se examina la detención por grupos armados de oposición y se definen sus limitaciones.*

\*\*\*

*Los rebeldes dijeron que habían atrapado a un espía en el edificio del tribunal... La reacción fue rápida. Los fiscales interrogaron al hombre el jueves, y los rebeldes manifestaron que, por el momento, quedaría detenido<sup>1</sup>. (Karim Faheen)*

En un conflicto armado no internacional clásico, que se desarrolla entre un Estado y un grupo armado de oposición no estatal, es obvio que las reglas del derecho internacional humanitario (DIH) —que, en principio, se aplican por igual a todas las partes en un conflicto— en los hechos se aplican a partes muy desiguales entre sí. No obstante, independientemente de lo que se diga sobre el cumplimiento efectivo de los grupos armados de oposición con el DIH, la mayoría de las normas de esta rama del derecho se pueden aplicar a un grupo armado de oposición sin grandes problemas. En teoría, los ejércitos estatales y los grupos armados de oposición son igualmente capaces de abstenerse de matar prisioneros, emplear armas prohibidas o atacar a civiles. Sin embargo, la interpretación jurídica de algunas normas del DIH puede plantear dificultades cuando esas normas no se aplican a los Estados sino a los grupos armados de oposición. Un ejemplo de esta situación viene dado por la prohibición de la privación arbitraria de libertad en los conflictos armados no internacionales establecida en el DIH<sup>2</sup>.

La toma de prisioneros por los grupos armados de oposición que intervienen en conflictos armados no internacionales es una realidad que el DIH prevé y no prohíbe (pero tampoco la permite en forma expresa). Sin embargo, los motivos que justifican la detención son menos claros. Lo que sí está claro es que el DIH consuetudinario permite la privación arbitraria de libertad, y que si esta norma se interpreta del mismo modo cuando se aplica a los grupos armados que cuando se aplica a los Estados, no cabe esperar realistamente que los grupos armados de oposición cumplan con sus disposiciones.

Pese a la situación que plantea el DIH, el derecho interno de todos los Estados prohíbe la detención por grupos armados de oposición. Si se castiga a los

1 Karim Faheem, “In the cradle of Libya’s uprising, the rebels learn to govern themselves”, New York Times, 24 de febrero de 2011, disponible en: <http://www.nytimes.com/2011/02/25/world/africa/25benghazi.html> (consultado el 30 de abril de 2011). Las citas se utilizan únicamente con fines ilustrativos y no reflejan una toma de posición acerca de los casos o situaciones particulares con las que se relacionan.

2 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, volumen I: Normas*, CICR, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, Buenos Aires, 2007, Norma 99: “Queda prohibida la privación arbitraria de la libertad”.

miembros del grupo por el mero hecho de haber detenido a una persona —si, cualquiera sea el motivo de la detención, se los mide con el mismo rasero negativo que a quienes toman rehenes o secuestran personas— tendrán menos incentivos para respetar, en el futuro, la prohibición de tomar rehenes o las normas sobre el trato humano debido a los detenidos. Esto podría tener consecuencias muy graves para las personas detenidas y para la población civil en general.

En este artículo, se examinará en profundidad la prohibición de la privación arbitraria de libertad consignada en el DIH y la forma en que esa prohibición puede aplicarse a los grupos armados de oposición de una manera realista, que fomente el cumplimiento y promueva el respeto de las normas que rigen el trato de los detenidos. En la primera sección, se analizan las características generales de la prohibición de la privación arbitraria de libertad contenida en el DIH (con referencia a la norma complementaria establecida por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)), y se confirma su aplicabilidad a los grupos armados de oposición. En la segunda parte, se exponen los problemas que surgen al aplicar esta prohibición de igual manera a los Estados y a los grupos armados de oposición. En la última sección, se examina la forma en que la prohibición de la privación arbitraria de libertad que figura en el derecho internacional humanitario podría aplicarse a los grupos armados de oposición de manera más realista mediante el recurso a las disposiciones análogas del DIH aplicables a los conflictos armados internacionales.

Si bien existen situaciones en las que los grupos armados de oposición pueden (o incluso deben) detener a una persona acusada de haber cometido un crimen<sup>3</sup>, el presente artículo no se refiere a la detención motivada por la sospecha de un crimen o por la condena dictada en razón de ese crimen, sino a la detención de soldados enemigos para apartarlos de las hostilidades (como la detención de prisioneros de guerra) y a la detención de civiles por razones de seguridad, cuando el grupo armado de oposición se convierte en la autoridad de facto en un territorio.

## **Reseña de la prohibición relativa a la privación arbitraria de libertad en conflictos armados no internacionales establecida en el DIH**

La norma consuetudinaria del DIH que prohíbe la privación arbitraria de libertad en los conflictos armados no internacionales<sup>4</sup> se basa en la práctica de los Estados: todos los Estados prescriben en su legislación los motivos que permiten

3 Por ejemplo, cuando se sospecha que los miembros de un grupo armado de oposición han cometido crímenes de guerra y el comandante debe ejercer su responsabilidad de investigar y castigar esos crímenes. V. Marco Sassòli, *Possible legal mechanisms to improve compliance by armed opposition groups with IHL and IHRL*, ponencia presentada en la Conferencia sobre Grupos Armados de Oposición, Vancouver, 13–15 de noviembre de 2003, disponible en: <http://www.genevacall.org/resources/other-documents-studies/f-other-documents-studies/2001-2010/2003-13nov-sassoli.pdf> (consultado el 22 de noviembre de 2011); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, 2187 UNTS 90, art. 28(a) (i); CICR, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Norma 153, disponible en: [http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf) (consultado el 15 de julio de 2013).

4 J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 2 *supra*, Norma 99.

detener a una persona durante un conflicto armado no internacional; numerosos Estados también han tipificado como delito la detención arbitraria durante ese tipo de conflictos y la mayoría de los manuales militares prohíbe esta práctica<sup>5</sup>. Además, los Estados han condenado la detención arbitraria durante dichos conflictos a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>6</sup>, el Consejo de Seguridad<sup>7</sup> y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>8</sup>.

Sin embargo, el DIH no ofrece una definición clara del concepto de la privación arbitraria de libertad en los conflictos armados no internacionales y no se refiere expresamente a motivo jurídico alguno que justifique la detención. Por ello, es necesario hallar una norma jurídica que determine el significado del concepto de la “privación arbitraria de libertad” en el contexto de un conflicto armado no internacional. Teniendo en cuenta que en el DIDH existe una prohibición correspondiente, relativa al arresto y la detención arbitrarios<sup>9</sup>, éste sería, *prima facie*, el punto de partida lógico para interpretar y dotar de contenido al concepto de la privación arbitraria de libertad contenido en el DIH<sup>10</sup>. En este sentido, cabe señalar que el DIDH mantiene su vigencia durante un conflicto del tipo mencionado siempre que el Estado no haya implementado suspensiones de derechos autorizadas<sup>11</sup> o no haya reemplazado una norma del DIDH por una norma del DIH más específica que funcione como *lex specialis*<sup>12</sup>. El estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario coincide en que algunos conceptos del derecho internacional humanitario deben ser interpretados a la luz del derecho internacional de los derechos humanos<sup>13</sup> y, al aplicar este enfoque, recurre con frecuencia al DIDH para interpretar la prohibición de la detención arbitraria que establece el

5 Ibid., p. 395.

6 *Situación de los derechos humanos en la República de Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro)*, Asamblea General de las Naciones Unidas, documento de la ONU A/RES/50/193 (1995), párr. 16; *Situación de los derechos humanos en Sudán*, Asamblea General de las Naciones Unidas, documento de la ONU A/RES/55/116 (2001), párr. 2(b)(i).

7 *Bosnia y Herzegovina*, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, documento de la ONU S/RES/1019 (1995); *Burundi*, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, documento de la ONU S/RES/1072 (1996).

8 *Situación de los derechos humanos en Sudán*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, documento de la ONU E/CN.4/1995/77 (1995), párr. 15.

9 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 16 de diciembre de 1966, UNTS 171, art. 9 (1); Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 27 de junio de 1981, 1520 UNTS 217, art. 6; Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, 1144 UNTS 123, art. 7(3); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, 213 UNTS 222, art. 5(1).

10 Se trata de una situación como la contemplada en Marco Sassòli, “Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains? (El DIH, ¿una *lex specialis* con respecto a los derechos humanos?)», en Andreas Auer, Alexandre Flückiger y Michel Hottelier (eds.), *Les droits de l’homme et la constitution: Études en l’honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Schulthess, Ginebra, 2007, p. 390.

11 PIDCP, art. 4(1); Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 27(1); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, art. 15(1); Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión consultiva del 9 de julio de 2004, Informes de la CIJ 2004, p. 136, párr. 106.

12 CIJ, *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, Opinión consultiva del 8 de julio de 1996, Informes de la CIJ 1996, p. 226, párr. 2.

13 J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 2 *supra*, p. XXXVI.

DIH, tanto con respecto a las razones de fondo como a los requisitos de procedimiento aplicables a la detención en el marco de un conflicto armado no internacional<sup>14</sup>.

## El derecho internacional de los derechos humanos y la prohibición de detención arbitraria

Habida cuenta de la relación entre el DIH y el DIDH, y teniendo en cuenta que el concepto de privación arbitraria de libertad se ha importado, en su mayor parte, del DIDH, es importante examinar la prohibición de la privación arbitraria de libertad consignada en el DIDH para poder interpretar la correspondiente prohibición establecida por el DIH.

En el DIDH, la formulación de la prohibición de la privación arbitraria de libertad que goza de mayor aceptación universal es la contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reza: “Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”<sup>15</sup>. Con respecto a los razones de fondo para detener a una persona, no se establecen parámetros concretos relativos a los motivos aceptables; el requisito principal es que los motivos se encuentren consagrados en la legislación existente. El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, cuyo cometido es pronunciarse sobre cuestiones generales relacionadas con la detención arbitraria para ayudar a los Estados a prevenir esta práctica, ofrece más orientación sobre este tema al afirmar que la detención puede considerarse arbitraria por razones de fondo cuando es “evidentemente imposible” invocar base legal alguna que la justifique (por ejemplo, si un detenido ha cumplido con la pena impuesta o si se le aplica una ley de amnistía)<sup>16</sup>. La detención puede también ser arbitraria por razones de fondo si resulta del ejercicio de los derechos y libertades establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en otros instrumentos internacionales<sup>17</sup>. Según la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la detención puede ser arbitraria si las razones de fondo establecidas en la ley son demasiado imprecisas<sup>18</sup>. Además, incluso si existen motivos válidos que justifican la detención en el momento de su imposición, la detención se considerará arbitraria si continúa después de que hayan expirado las razones que la motivaron (por ejemplo, si se ha ordenado liberar al detenido)<sup>19</sup>.

14 Ibid., pp. 395-401.

15 PIDCP, art. 9(1). Hay disposiciones similares en el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, aunque este último no utiliza el criterio de la arbitrariedad, sino que establece excepciones definidas a la prohibición de la privación arbitraria de libertad.

16 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, “Folleto Informativo No. 26, Anexo IV, Métodos de trabajo revisados”, art. 8(a), disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet26sp.pdf> (consultado el 15 de julio de 2013).

17 Ibid., art. 8(b).

18 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Amnesty International v. Sudan*, Comunicaciones 48/90, 50/91, 52/91, 89/93, 13º Informe Anual de Actividades de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1999, p. 124, párr. 59.

19 J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 2 *supra*, pp. 396-397. V. las conclusiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en *William Torres Ramirez v. Uruguay*, Comunicación n.º R. 1/4, UN Doc. Supp. n.º 40 (A/35/40), p. 121 (1980), párr. 18.

Por otra parte, la detención puede considerarse arbitraria por motivos procesales si no se realiza de conformidad con los procedimientos establecidos por la ley<sup>20</sup>, por ejemplo, si se omite informar las razones de la detención<sup>21</sup> o si no se ofrece al acusado la oportunidad de recurrir ante un tribunal debidamente constituido e independiente, a fin de que éste decida sobre la legalidad de su prisión<sup>22</sup>. Además, el arresto sólo deben efectuarlo funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin<sup>23</sup>. También puede conferir carácter arbitrario a la privación de libertad la inobservancia grave de las normas relativas al derecho a un juicio imparcial, establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados afectados<sup>24</sup>. En la causa *Mukong vs. Camerún*, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (encargado de vigilar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) opinó que el concepto de arbitrariedad debe interpretarse de manera más amplia “a fin de incluir elementos relacionados con la incorrección, la injusticia, la imprevisibilidad y el debido proceso”. Así pues, incluso en aquellos casos en que se cumplen rigurosamente los procedimientos establecidos en la legislación nacional, la detención puede ser considerada arbitraria si no se ajusta a las consideraciones más amplias del estado de derecho<sup>25</sup>.

## La prohibición de la privación arbitraria de libertad en los conflictos armados no internacionales establecida en el DIH y su aplicabilidad a los grupos armados de oposición

La forma en que los grupos armados de oposición están obligados por las normas del DIH ha sido objeto de diversas explicaciones jurídicas. Hay algunas que exigen que el Estado reconozca al grupo armado de oposición<sup>26</sup>, otras que requieren el consentimiento del grupo<sup>27</sup> e incluso otras que no exigen ninguna

20 PIDCP, art. 9(1).

21 *Ibíd.*, art. 9(2).

22 *Ibíd.*, art. 9(4).

23 Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Asamblea General de las Naciones Unidas, documento de la ONU A/RES/43/173 (1988), Principio 2.

24 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, nota 16 *supra*, art. 8(c).

25 *Mukong v. Cameroon*, Comunicación n.º 458/1991, documento de las Naciones Unidas CPR/C/51/D/458/1991 (1994), párr. 9.8.

26 Por ejemplo, el reconocimiento tradicional de la beligerancia. V. Andrew Clapham, “Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto”, *International Review of the Red Cross*, n.º 863, septiembre de 2006, disponible en [www.icr.org/spa](http://www.icr.org/spa).

27 Por ejemplo, los acuerdos especiales contemplados en el artículo común 3 de los Convenios de Ginebra de 1949; las declaraciones en el marco del art. 96(3) del Protocolo adicional I (PA I), art. 96(3); el derecho de los tratados aplicable a las obligaciones de terceras partes (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 UNTS 331, art. 35). V. Antonio Cassese, “The status of rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30, abril de 1981, p. 423.

de esas dos condiciones<sup>28</sup>. Los modelos que mejor explican la aplicabilidad de la prohibición de la privación arbitraria de libertad (sin exigir el consentimiento del grupo armado de oposición) son la aplicación directa del DIH consuetudinario a las entidades no estatales y la doctrina de la “jurisdicción legislativa”. La aplicación directa del DIH consuetudinario a las entidades no estatales está en consonancia con el concepto de la personalidad internacional funcional esbozado por la Corte Internacional de Justicia en la importante causa *Reparación*<sup>29</sup>. La aplicabilidad directa del DIH consuetudinario a los grupos armados de oposición también ha recibido el apoyo del Tribunal Especial para Sierra Leona y de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur<sup>30</sup>. La doctrina de la “jurisdicción legislativa” también sostiene que las obligaciones internacionales son vinculantes para las entidades no estatales en la medida en que éstas puedan observarlas, en virtud de la capacidad del Estado de legislar para y en representación de sus ciudadanos y otros individuos que se hallan en su territorio, sea por conducto de la legislación nacional o directamente a través de obligaciones adquiridas a nivel internacional<sup>31</sup>.

En cualquiera de los dos casos, es evidente que la prohibición de la privación arbitraria de libertad contenida en el derecho consuetudinario es aplicable a los grupos armados de oposición. Así lo ilustra la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al exhortar a las “partes en las hostilidades” (no sólo al gobierno) a proteger a todos los civiles contra las infracciones del DIH, incluida la detención arbitraria<sup>32</sup>. Obviamente, las partes en el conflicto que tienen la obligación de proteger a los civiles contra la privación arbitraria de libertad también tienen prohibido ejercer esta práctica ellas mismas. Esta aseveración es confirmada

28 Por ejemplo, la interpretación textual del artículo 3 común (aplicado a las “partes en un conflicto”); interpretación contextual del Protocolo adicional II (PA II) a la luz del requisito de control sobre el territorio contenido en el art. 1(1); la aplicación de los principios básicos generales del derecho internacional (CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua contra Estados Unidos de América)*, fallo, 27 de junio de 1986, Informes de la CIJ 1986, párr. 218); asunción de la responsabilidad del Estado por el hecho de afirmar que se representa a un territorio (CICR, *Commentary on the Geneva Conventions* [Comentario de los Convenios de Ginebra], p. 51, disponible en: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/365-570006?OpenDocument> (en inglés, consultado el 21 de noviembre 2011)); el hecho de acceder a las responsabilidades del Estado por vía de la sucesión (Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos (con Comentario)*, 2001, art. 10). Con respecto al concepto de la jurisdicción legislativa, v. Sandesh Sivakumaran, “Binding armed opposition groups”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, abril de 2006, p. 369. V. también Jann Kleffner, “La aplicabilidad del derecho internacional humanitario a los grupos armados organizados”, *International Review of the Red Cross*, n.º 882, junio de 2011, disponible en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa).

29 CIJ, *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Opinión consultiva del 11 de abril de 1949, Informes de la CIJ 1949, p. 174; v. también *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, nota 28 *supra*, p. 14, párrs. 113–114.

30 Tribunal Especial para Sierra Leona, *Prosecutor v. Kallon & Kamara* (Jurisdicción), causa n.º SCSL-04-15-PT-060, 13 de marzo de 2004, párr. 47; Informe de la Comisión Internacional de Investigación sobre Darfur al secretario general de las Naciones Unidas en virtud de la Resolución 1564 del Consejo de Seguridad, del 18 de septiembre de 2004, 2005, párr. 172.

31 S. Sivakumaran, nota 28 *supra*, ofrece un examen detallado de la teoría de la jurisdicción legislativa y un análisis crítico de los métodos descritos precedentemente para imponer las obligaciones en cuestión a los grupos armados de oposición.

32 *Situación de los derechos humanos en Sudán*, Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 1993/66 (1993) de la Comisión de Derechos Humanos, párr. 15.

por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual, en el contexto de las detenciones realizadas por grupos armados de oposición, ha manifestado que, en su opinión, la prohibición de la privación arbitraria de libertad es una de las normas internacionales aplicables en los conflictos armados no internacionales<sup>33</sup> y que esas normas se aplican y expresamente obligan por igual a todas las partes en conflicto<sup>34</sup>.

### **La prohibición de la privación arbitraria de libertad establecida por el DIH que se aplica a los Estados no puede aplicarse de la misma forma a los grupos armados de oposición**

La interpretación general de la prohibición de la privación arbitraria de libertad establecida en el DIH que se ha descrito en las secciones anteriores no puede aplicarse a los grupos armados de oposición de forma realista. Esta manera de aplicar la prohibición a los grupos representaría para éstos un problema jurídico relacionado con la base sustantiva de la detención, puesto que la legislación nacional vigente jamás autorizaría la detención por grupos armados de oposición ni les permitiría formular leyes que sirvieran como base para la detención. Los grupos armados de oposición tampoco podrían satisfacer los requisitos procesales, ya que, en el marco del derecho interno, carecerían de la autoridad necesaria para arrestar, dictar órdenes de arresto o establecer tribunales que revisen la legalidad de la detención. Aunque esta situación pueda estar en conformidad con la legislación nacional de los Estados, el DIH no excluye la detención u otros actos bélicos por los grupos armados de oposición, cualquiera sea su estatuto según el derecho interno. El principio básico de la necesidad consagrado en el DIH establece meramente que estos actos deben limitarse a los estrictamente necesarios para que una de las partes alcance el objetivo de debilitar el poderío militar del enemigo (en el caso de un grupo armado de oposición, esto se limitaría a los actos necesarios para vencer el control del gobierno)<sup>35</sup>. De ello se desprende que el DIH no puede prohibir a una parte que venza al enemigo mediante actos que se encuadren dentro de estos límites<sup>36</sup>.

En efecto, la experiencia ha demostrado que el principio de la igualdad de los beligerantes es un factor importante que puede inducir a los grupos armados de oposición a respetar las normas del DIH (aunque, en los conflictos armados no internacionales, el concepto de “igualdad” es forzosamente más limitado,

33 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de prensa n.º 5/98, 1º de abril de 1998, disponible en: <http://www.cidh.org/Comunicados/English/1998/Press3-9.htm> (consultado el 15 de noviembre de 2011).

34 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, 26 de febrero de 1999, capítulo 4, párr. 13, disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/colom99sp/capitulo-4.htm> (consultado el 15 de julio de 2013).

35 Antoine Bouvier y Marco Sassòli, *How Does Law Protect in War?* vol. I, CICR, Ginebra, 2006, p. 81 y n. 12.

36 *Ibid.*, p. 82.

ya que por lo menos una de las partes no es un Estado soberano)<sup>37</sup>. En ausencia de un reconocimiento formal del estado de beligerancia, la observancia del DIH consuetudinario por lo general se ha basado en la reciprocidad de facto: por ejemplo, los rebeldes que conceden a los miembros de las fuerzas gubernamentales capturados el mismo trato que a los prisioneros de guerra probablemente recibirían, a su vez, el mismo trato<sup>38</sup>. A la inversa, es improbable que un grupo armado de oposición respete la prohibición de la privación arbitraria de libertad si esa norma impide al grupo en forma casi absoluta efectuar detenciones legales, puesto que ello excluiría la reciprocidad y lo colocaría en una posición tan desigual que quedaría prácticamente privado de toda posibilidad de debilitar las fuerzas militares del enemigo.

En tal situación, el grupo armado de oposición posiblemente no vería razón alguna para comprometerse a respetar el DIH y se inclinaría a utilizar métodos más violentos para derrotar a los combatientes enemigos, incluso los que constituyen crímenes de guerra, como dar muerte a las personas capturadas o conducir las hostilidades en función de la decisión de no dar cuartel<sup>39</sup>. Como alternativa, los grupos pueden seguir reteniendo a los prisioneros sin tener en cuenta la legalidad de la detención. En esta situación, la desventaja es que el grupo tampoco tendrá incentivo alguno para respetar las limitaciones del DIH en lo que respecta a las personas que está autorizado a detener y las circunstancias que le permiten hacerlo, para no mencionar el trato que el grupo debería dar a los detenidos. Cuando la detención de combatientes enemigos a fin de apartarlos de las hostilidades se equipara con la toma de rehenes o el secuestro, prácticamente desaparece el incentivo para respetar la prohibición de estas dos últimas prácticas<sup>40</sup>. El hecho de quedar al margen del DIH puede también hacer que los grupos armados de oposición se muestren menos dispuestos a someterse a la evaluación de las condiciones que imperan en sus lugares de detención. En todos estos escenarios, los que pagan el precio son los detenidos.

37 Jonathan Somer, "La justicia de la selva: dictar condena sobre la igualdad de los beligerantes en los conflictos armados no internacionales", *International Review of the Red Cross*, n.º 867, septiembre de 2007, disponible en [www.icr.org/spa](http://www.icr.org/spa).

38 Deidre Willmott, "Removing the distinction between international and non-international armed conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 5, 2004, p. 200.

39 Con respecto al homicidio de personas capturadas, v. el artículo común 3(d); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 8(2)(c). Con respecto a la práctica de negar cuartel, v. PA II, art. 4(1); CICR, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Norma 46, disponible en: [http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf) (consultado el 15 de julio de 2013); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 8(2)(e)(x).

40 La declaración del Frente Islámico Moro de Liberación (MILF, por sus siglas en inglés) ilustra el modo en que un grupo armado de oposición diferencia entre la toma de rehenes y otros tipos de detención, al menos por escrito: "Resolution to reiterate MILF policy of strongly and continuously condemning all kidnap for ransom activities in Mindanao and everywhere, and to take drastic action against the perpetrators of this heinous crime in all MILF areas" [Resolución por la que se reitera la política del MILF de condenar firme y constantemente los secuestros con fines de rescate que se cometen en Mindanao y otros lugares, y de adoptar medidas drásticas contra los perpetradores de este odioso delito en todas las zonas controladas por el MILF" - trad. del CICR], 26 de febrero de 2002, disponible en: <http://www.genevacall.org/resources/nsas-statements/f-nsasstatements/>

Este dilema pone de relieve el hecho de que, aunque el DIDH cumple un papel importante en la interpretación de las normas del DIH (especialmente en un caso como el que nos ocupa, donde el DIH aplicable a los conflictos armados no internacionales no parece ofrecer los elementos necesarios para definir el concepto de “privación arbitraria de libertad”), es necesario actuar con cautela al importar normas directamente de un sistema a otro sin tomar en cuenta las diferencias entre el DIDH y el DIH y los contextos en los que se aplican<sup>41</sup>. Las normas del DIDH se concibieron principalmente para que las aplicaran los Estados, mientras que el DIH es un sistema específicamente creado para aplicarlo entre las partes en un conflicto (en el caso del DIH que rige los conflictos armados no internacionales, se trataría de un conflicto en el cual por lo menos una de las partes que aplican las normas no es un Estado). Así pues, es preciso tener en cuenta las diferencias entre los destinatarios de las normas y sus relaciones mutuas<sup>42</sup>. Zegveld aconseja actuar con prudencia al aplicar las normas de derechos humanos a los grupos armados de oposición porque estas normas a menudo dan por sentada la existencia de un gobierno<sup>43</sup>. A la luz de las normas de derechos humanos relativas a los motivos de la detención (por ejemplo, el requisito de que la detención se base en la legislación), puede decirse que las normas que versan sobre la detención arbitraria pertenecen a esta categoría.

Con respecto a las diferencias entre contextos, cabe recordar que la Corte Internacional de Justicia ha contemplado la posibilidad de introducir modificaciones en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a situaciones de conflicto armado no internacional en lo que respecta a la relación entre el DIH y el DIDH, afirmando que el primero se aplica en los conflictos como *lex specialis*<sup>44</sup>. El propio derecho internacional de los derechos humanos soluciona esa eventualidad mediante la inclusión de cláusulas de suspensión de derechos<sup>45</sup>, mecanismo que permite adaptar las obligaciones en una situación de conflicto. En un nivel más práctico y teniendo presentes las consideraciones ya señaladas en torno a incentivar el cumplimiento de los grupos armados de oposición, hay que tener en cuenta que, incluso para los organismos de derechos humanos que trabajan en una situación de conflicto, el DIH es con frecuencia una herramienta más persuasiva debido a que ha sido concebido específicamente para limitar las violaciones de los derechos humanos en tiempo de guerra, y que la mayoría de los comandantes militares reciben más formación en DIH que en DIDH; asimismo, el DIH brinda a las partes un sentido de justicia. También en este caso, la reciprocidad es un factor esencial que ayuda a garantizar el cumplimiento<sup>46</sup>.

41 M. Sassòli, nota 10 *supra*, p. 391.

42 Liesbeth Zegveld, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 53–54.

43 *Ibíd.*, p. 152.

44 CIJ, nota 12 *supra*, párr. 26.

45 PIDCP, art. 4; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, art. 15; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 27.

46 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Manual de capacitación para la fiscalización de los derechos humanos*, Serie de capacitación profesional n.º 7, Naciones Unidas, Nueva York/Ginebra, 2001, p. 329, disponible en: [http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/train7\\_S\\_part3.pdf](http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/train7_S_part3.pdf), p. 363. (consultado el 15 de julio de 2013).

Abresch ha subrayado la importancia de aplicar un enfoque realista a los derechos humanos en los conflictos armados al afirmar (en el contexto del derecho a la vida en los conflictos armados internos) que:

No alcanza con que la aplicación directa del derecho de los derechos humanos a los conflictos armados internos sea apropiada y aconsejable; también debe ser posible. [...] El derecho de los derechos humanos debe ser realista en el sentido de que no debe establecer en forma categórica la prohibición de matar en el contexto de un conflicto armado, ni excluir de otro modo la posibilidad de que puedan alcanzarse, en forma simultánea, los objetivos del cumplimiento de la ley y del triunfo en la batalla<sup>47</sup>.

Se postula que la aplicación estricta de las normas de derechos humanos para interpretar la prohibición del DIH relativa a la privación arbitraria de libertad en los conflictos armados no internacionales a los grupos armados de oposición crea precisamente la situación señalada, en la cual el cumplimiento de la ley y el triunfo militar se excluyen mutuamente.

### **Circunstancias en las que el DIH puede permitir la detención por grupos armados de oposición: analogía con el DIH de los conflictos armados internacionales**

Entonces, ¿de que modo puede aplicarse la prohibición de la privación arbitraria de libertad para que induzca a los grupos armados de oposición a respetarla, teniendo presente que las partes no observarán, ni se puede esperar que observen, un sistema que les prohíbe en forma perentoria debilitar militarmente al adversario? Según Zegveld, “de conformidad con el artículo 3 común y el Protocolo II, no se prohíbe a los grupos armados de oposición restringir la libertad de las personas”<sup>48</sup>. En efecto, el artículo 3 común se aplica a “los miembros de las fuerzas armadas que no participan activamente en las hostilidades, incluidos los que han quedado fuera de combate mediante la detención”, y el artículo 5 del Protocolo adicional II se aplica a “las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado”. En opinión de Zegveld, el hecho de que estos instrumentos establezcan normas de trato para ciertos detenidos —redactadas en términos dirigidos a ambas partes en el conflicto— prueba que el DIH de los conflictos armados no internacionales sí prevé la detención por grupos armados de oposición, en algunas circunstancias. El único tipo de privación de libertad específicamente prohibido por el artículo 3 común y el Protocolo adicional II es la toma de rehenes<sup>49</sup>, que exige la existencia de una intención concreta de coaccionar a una

47 William Abresch, “A human rights law of internal armed conflict: the European Court of Human Rights in Chechnya”, *European Journal of International Law*, vol. 16, n.º 4, 2005, p. 750. [Traducción del CICR]

48 L. Zegveld, nota 42 *supra*, p. 65.

49 Artículo 3 común 3(1)(b); PA II, art. 4(2)(c).

persona para que actúe o se abstenga de actuar<sup>50</sup>. Para justificar la opinión de que el DIH de los conflictos armados no internacionales no excluye la detención por grupos armados de oposición, Zegveld presenta como ejemplo el hecho de que la ex Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas exhortara a los grupos armados de oposición en Afganistán a liberar a todos los prisioneros detenidos que no hubieran sido enjuiciados<sup>51</sup>, y opina que esta medida no expresaba la prohibición general de que los grupos armados de oposición detuvieran a detener a personas, sino meramente la prohibición de detenerlas sin someterlas a juicio en un plazo razonable<sup>52</sup>. Análogamente, el manual sobre el derecho de los conflictos armados no internacionales del Instituto de Derecho Internacional Humanitario no prohíbe la detención por grupos armados de oposición, sino que se limita a señalar que se prohíben actos como el secuestro o el rapto de civiles<sup>53</sup>.

Sin embargo, aún no se ha respondido a la pregunta de en qué circunstancias puede un grupo armado de oposición detener a una persona. Esta cuestión se examinará en las siguientes secciones, en las cuales se analizarán las situaciones en las que no se detiene a una persona porque se la presume culpable de un crimen, sino en circunstancias comparables a las de un prisionero de guerra en un conflicto armado internacional (es decir, detención encaminada a apartar de las hostilidades a un combatiente enemigo), o en circunstancias comparables a las de un civil que vive en un lugar bajo ocupación y ha sido detenido por razones de seguridad imperiosas. Sin embargo, en todos los casos se han de observar determinadas condiciones generales.

## Condiciones generales

En primer lugar, la detención por grupos armados de oposición sólo puede considerarse en caso que el DIH sea aplicable a la situación, esto es, un “conflicto armado” en el sentido del artículo 3 común. Este escenario debe distinguirse de los meros disturbios, tensiones o revueltas internas, así como de la actividad criminal organizada, puesto que en estas situaciones la detención por grupos no estatales estaría completamente prohibida tanto por el derecho penal ordinario como por el DIDH en su conjunto. La detención por grupos armados de oposición también está absolutamente prohibida cuando equivale a la toma de rehenes, conforme a la definición del DIH consuetudinario, que exige que haya intención de constreñir a una persona para que actúe o se abstenga de actuar<sup>54</sup>. Este escenario es completamente diferente de la situación en la cual la intención de detener a una persona se debe al deseo de apartarla de las hostilidades (en el caso de un miembro de las fuerzas armadas) o a

50 J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 2 *supra*, p. 383.

51 *Situación de los Derechos Humanos en Afganistán*, Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 1993/66 de la Comisión de Derechos Humanos (1993), párr. 8.

52 L. Zegveld, nota 42 *supra*, p. 65.

53 Michael Schmitt, Charles Garraway y Yoram Dinstein, *Manual on the Law of Non-international Armed Conflicts with Commentary*, Instituto Internacional de Derecho Humanitario, San Remo, 2006, normas 1.2.4(g) y (h).

54 J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 2 *supra*, 383.

razones de seguridad (en el caso de un civil que vive bajo el control territorial del grupo armado de oposición). La detención por un motivo coercitivo quedaría excluida del ámbito de las detenciones permitidas y equivaldría a una toma de rehenes, acto prohibido tanto por el artículo 3 común como por el DIH consuetudinario.

En lo que respecta a las normas mínimas relativas al trato de los detenidos, el grupo armado de oposición debería aplicar, en todos los casos e independientemente de los motivos alegados para la detención, las prescripciones establecidas por el artículo 3 común, puesto que estas normas han de aplicarse “en todas las circunstancias”. Además, si el conflicto está comprendido en el ámbito de aplicación del Protocolo adicional II (es decir, que el grupo armado de oposición haya alcanzado el nivel de organización y control que estipula el artículo 1 de dicho instrumento), deben aplicarse las normas sobre el trato establecidas en el artículo 5 del Protocolo. Pejic también pone de relieve el requisito de que los grupos armados de oposición apliquen las garantías mínimas relativas a las personas detenidas en conflictos armados no internacionales “cuando sea factible”, independientemente de la licitud de la detención<sup>55</sup>. Siempre que se pueda obtener acceso, la supervisión de un organismo como el CICR es particularmente importante para asegurar que se mantengan condiciones de detención humanas. El CICR ya ha emprendido actividades de este tipo en relación con las personas detenidas por grupos armados de oposición en varios países, entre ellos Yibuti<sup>56</sup>, Côte d’Ivoire<sup>57</sup>, Malí<sup>58</sup>, Somalia<sup>59</sup> y Sudán<sup>60</sup>.

## Detención de miembros de las fuerzas armadas estatales

*Los rebeldes dijeron que habían arrestado a dos combatientes leales a Gadafi, acusando a uno de ellos de ser un francotirador porque vestía un chaleco antibalas y tenía el automóvil cargado de municiones<sup>61</sup>.* (Abeer Tayel)

Zegveld sostiene que, en los casos en que la detención por grupos armados de oposición se ha considerado aceptable, las normas para determinar esa aceptabilidad se han importado del derecho de los conflictos armados internacionales al derecho de los conflictos armados no internacionales<sup>62</sup>. Sassòli y Olson también sugieren y

55 Jelena Pejic, “Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna”, en *International Review of the Red Cross*, n.º 858, junio de 2005, disponible en: [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa).

56 CICR, *Informe de actividades operacionales*, Ginebra, 1992.

57 CICR, *Informe de actividades operacionales*, Ginebra, 2002.

58 “Malí: el CICR facilita la liberación de dos militares”, Comunicado de prensa 08/159, 25 de agosto de 2008. Disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/news-release/2009-and-earlier/mali-news-250808.htm> (consultado el 15 de julio de 2013).

59 CICR, *Informe de actividades operacionales*, Ginebra, 1992.

60 *Ibid.*, p. 51.

61 Abeer Tayel, “Rebel head urges all Libyans to join revolt as rebels attack pro-Qaddafi Tripoli hideout”, *Al Arabiya*, 25 de agosto de 2011, disponible en: <http://www.alarabiya.net/articles/2011/08/25/164050.html> (consultado el 19 de noviembre de 2011).

62 L. Zegveld, nota 42 *supra*, pp. 65-66.

analizan la aplicación por analogía del DIH de los conflictos armados internacionales a las detenciones efectuadas en conflictos armados no internacionales<sup>63</sup>. En términos jurídicos, podría decirse que el enfoque aplicado para considerar la detención por grupos armados de posición como un acto aceptable era interpretar la prohibición de la privación arbitraria de libertad establecida en el DIH a la luz del artículo 3 común, el cual aparentemente prevé la detención por grupos armados de oposición en algunas circunstancias; luego, esas circunstancias fueron definidas utilizando el DIH de los conflictos armados internacionales análogo (las normas del III Convenio de Ginebra). De este modo, la detención por grupos armados de oposición en una situación análoga a las prescritas por el derecho de los conflictos armados internacionales no se consideraría arbitraria debido a la ausencia de fundamentos jurídicos, puesto que el artículo 3 común (y, en ciertos casos, el artículo 5 del Protocolo adicional II) sirve como fundamento jurídico preexistente para la detención. Esto significaría también que no existiría el problema de basar la detención en leyes retroactivas. En tal caso, se utilizaría el III Convenio de Ginebra para guiar la interpretación de lo que significa la detención relacionada con las hostilidades, que podría considerarse una detención similar a la que se aplica a los prisioneros de guerra (esto es, el encarcelamiento de combatientes enemigos para ponerlos fuera de combate).

Cabe señalar que este tipo de interpretación por analogía no puede transformar a la detención por grupos armados de oposición en una detención formal de prisioneros de guerra en el sentido del III Convenio de Ginebra, con sus salvaguardias inherentes como la supervisión obligatoria por el CICR y las normas detalladas sobre el trato de los detenidos<sup>64</sup>. Puesto que los detenidos no se beneficiarían en forma automática de dichas salvaguardias, esa analogía reglamentaría únicamente las circunstancias en que la detención es permisible; sin embargo, no debe interpretarse que la detención es permisible incluso sin las garantías procesales debidas<sup>65</sup>. Las garantías deben ser como mínimo equivalentes a las otorgadas a los prisioneros de guerra en un conflicto armado internacional que invocan su estatuto de combatientes, lo que significa que el detenido debe tener derecho a que un organismo independiente e imparcial compruebe la legalidad de su detención<sup>66</sup>. La detención en condiciones similares a las de un prisionero de guerra tampoco conferiría capacidad jurídica general a los grupos armados de oposición ni implicaría un reconocimiento de su estatuto, dado que sólo entraña la aplicación

63 Marco Sassòli y Laura M. Olson, "La relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos en ejecuciones e internamientos admisibles de combatientes en conflictos armados no internacionales", *International Review of the Red Cross*, n.º 871, septiembre de 2008, disponible en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa).

64 M. Sassòli, nota 10 *supra*, p. 387.

65 *Ibid.*

66 El artículo 5 del III CG establece que el estatuto de los prisioneros de guerra cuya situación jurídica es objeto de controversia debe ser determinado por un tribunal competente. Pejic reformula esta norma de una manera que facilita una aplicación más universal sosteniendo que, como mínimo, la legalidad de la detención de todas las personas sujetas a cualquier tipo de detención administrativa debe ser verificada por un organismo independiente e imparcial. J. Pejic, nota 55 *supra*. La detención en condiciones que se aproximan a las de los prisioneros de guerra seguiría siendo una forma de detención administrativa, puesto que el estatuto de prisionero de guerra no se aplicaría *de jure*.

del artículo 3 común, que no tiene efectos en el estatuto jurídico de las partes en el conflicto<sup>67</sup>.

## Detención de civiles

*La verdad es que no encontramos armas en sus casas ni en sus personas, pero llegaron al país ilegalmente y en momentos muy delicados, lo que nos hizo creer que estaban trabajando para el enemigo*<sup>68</sup>. (Othman bin Othman)

Al prescribir normas de trato para las personas en detención, el artículo 3 común no indica si esas personas detenidas son civiles o combatientes; por ello, no parece prohibir la detención de civiles. Análogamente, el artículo 4 del Protocolo adicional II contempla el trato de las personas detenidas por razones relacionadas con el conflicto sin especificar si esas personas participaban o no en las hostilidades. Con respecto a las circunstancias en las que se autorizaban tales detenciones, Zegveld opina que, también en este caso, los organismos internacionales se han inspirado en el DIH de los conflictos armados internacionales; en el caso de los civiles, las disposiciones pertinentes están contenidas en el IV Convenio de Ginebra<sup>69</sup>.

Sin embargo, en lo que respecta a los civiles, hay que actuar con cautela al flexibilizar el concepto de la «detención arbitraria» basado en el DIDH, que requiere la existencia de un motivo de detención estipulado en el derecho nacional, en favor de la interpretación de *lex specialis* basada en el DIH. En el caso de la detención de soldados estatales, posiblemente sea necesario aplicar ese enfoque no sólo porque la interpretación orientada hacia el derecho internacional de los derechos humanos es inapropiada e impracticable, sino también porque es necesario fortalecer la reciprocidad para alentar el respeto del DIH por los grupos armados de oposición. En este caso particular, es justificable que el DIH, como *lex specialis*, modifique la norma del DIDH porque, en el marco del DIH, la detención de los combatientes para retirarlos de las hostilidades constituye un método de guerra permisible, que ofrece una solución distinta de la ejecución. En el caso de los civiles, este aspecto no forma parte de la ecuación.

El hecho de permitir que los grupos armados de oposición detengan a personas civiles no tendría el efecto de alentarlos a respetar el DIH, ya que la detención de civiles (a diferencia de la detención de combatientes) no es un método de guerra legítimo ni siquiera en conflictos armados internacionales. De allí que, en los conflictos armados internacionales, las personas civiles sólo pueden sufrir detención por razones vinculadas al conflicto en las circunstancias (sumamente limitadas) enumeradas en los artículos 42 y 78 del IV Convenio de Ginebra, esto es, en el territorio propio de una de las partes o en una situación de ocupación donde

67 Artículo común 3(2).

68 Othman bin Othman (comandante rebelde libio), citado en Hadeel Al-Shalchi y Karin Laub, "Foreigners claim harassment by Libya rebels", Associated Press, 4 de septiembre de 2011, disponible en: [http://www.msnbc.msn.com/id/44393896/ns/world\\_news-mideast\\_n\\_africa/t/foreigners-complain-harassmentlibya-rebels/](http://www.msnbc.msn.com/id/44393896/ns/world_news-mideast_n_africa/t/foreigners-complain-harassmentlibya-rebels/) (consultado el 16 de noviembre de 2011).

69 L. Zegveld, nota 42 *supra*, p. 69.

la parte ejerce un alto nivel de control sobre un territorio. Por lo tanto, la detención de civiles no puede justificarse como medio para fomentar la reciprocidad entre las partes. El hecho de prohibir la detención de personas civiles por los grupos armados de oposición durante un conflicto abierto no imposibilita el triunfo militar; por ello, es innecesario aplicar una interpretación más orientada hacia la igualdad a fin de promover el cumplimiento del DIH entre los grupos armados de oposición.

En pocas palabras, si bien existen justificaciones excepcionales para la aplicación del DIH como *lex specialis* en el caso de combatientes estatales detenidos (esto es, la necesidad de fortalecer la reciprocidad y el cumplimiento, y la disponibilidad de la detención como método de guerra), esas justificaciones no existen en el caso de los civiles, por lo cual la protección de que gozan en el marco del DIDH no debe, en general, verse menoscabada. Sin embargo, continuando con la analogía con el DIH de los conflictos armados internacionales, hay una excepción posible: cuando un grupo armado de oposición es la autoridad de facto que controla una zona en la cual la influencia del Estado es limitada o inexistente (situación análoga a la ocupación), podría plantearse la cuestión de si es lícito que ese grupo armado de oposición interne a personas civiles por razones de seguridad<sup>70</sup>. Para que esa detención sea lícita, la justificación de la detención podría determinarse mediante la aplicación por analogía del DIH de los conflictos armados internacionales (concretamente, las normas relacionadas con los motivos que autorizan el internamiento de civiles bajo ocupación)<sup>71</sup>. En consecuencia, puede ser válido detener a un civil por razones imperiosas vinculadas con la seguridad de la autoridad del grupo armado de oposición, hasta el momento en que esas razones dejen de existir<sup>72</sup>.

Sin embargo, puesto que el IV Convenio de Ginebra no sería aplicable *de jure*, para satisfacer el principio de legalidad el grupo armado de oposición tendría que basar las detenciones efectuadas por motivos de seguridad en alguna ley existente (que sería, por lo general, la legislación estatal vigente). La posibilidad de que el grupo armado base las detenciones en sus propias "leyes" es discutible y el Estado territorial probablemente rechazaría esa alternativa. No obstante, la práctica internacional indica que, en algunos casos, los observadores internacionales aceptan, pragmáticamente y en cierta medida, esas leyes en aras de inducir al grupo armado

70 Sivakumaran plantea una cuestión similar con respecto al establecimiento de tribunales e indica que, como mínimo, los grupos armados de oposición deben ejercer un control territorial tal que les permita satisfacer los requisitos necesarios para la constitución de un tribunal. Sandesh Sivakumaran, "Courts of armed opposition groups: fair trials or summary justice?", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, n.º 3, 2009, pp. 489-513.

71 Si bien se autoriza la detención de personas civiles (en particular, de extranjeros enemigos) por motivos de seguridad en el territorio de una parte durante un conflicto armado internacional (GC IV, art. 42), este criterio no puede extenderse por analogía a los conflictos armados no internacionales. La razón de ello es que no puede decirse que un grupo armado de oposición posea "su propio" territorio soberano en el que sus propios nacionales (hacia los cuales tendría obligaciones jurídicas claras) se diferencian de los extranjeros que, al caer en manos del grupo, requieren una protección mayor a través de la aplicación del DIH. Un grupo armado sólo puede ejercer control sobre el territorio que ha capturado (ocupado), sustrayéndolo al control del Estado territorial. En tal caso, todas las personas que viven bajo el control del grupo están sujetas al poder de una entidad distinta de su Estado de nacionalidad, por lo cual se debe considerar que esas personas también necesitan que esa entidad les brinde protección jurídica, tal y como si otro Estado ocupara el territorio.

72 En paralelo con el IV CG, arts. 78 y 132.

de oposición a que respete el DIH o las normas de derechos humanos<sup>73</sup>. Incluso así, en un caso como éste lo apropiado sería, como mínimo, continuar con la analogía y aplicar a las “leyes” de los grupos armados de oposición las mismas limitaciones en materia de aplicación que afectan a la legislación penal promulgada por una potencia ocupante en el marco del IV Convenio de Ginebra (sobre todo en lo que respecta a las infracciones previstas y a la retroactividad)<sup>74</sup>.

Las garantías procesales deberán, como mínimo, cumplir con las normas establecidas en el IV Convenio de Ginebra acerca del internamiento de civiles, esto es, la aplicación de un procedimiento legítimo y justo, que prevea un proceso de apelación y cuyas decisiones sean objeto de revisión semestral<sup>75</sup>, así como el derecho de visita por el CICR u otro organismo de supervisión<sup>76</sup>. Siempre que esté en condiciones de hacerlo, el grupo armado de oposición debería implementar salvaguardias procesales complementarias<sup>77</sup>. Un grupo que actúa como gobierno de facto también puede estar sujeto a otras obligaciones de derechos humanos, entre otras cosas porque, al ejercer funciones gubernamentales<sup>78</sup>, esas normas deben considerarse como mínimas.

## Conclusión

La fuerte influencia que el derecho internacional de los derechos humanos ejerce en la interpretación del concepto de “privación arbitraria de libertad” establecido en el DIH consuetudinario es natural, teniendo en cuenta la relación entre estos dos ordenamientos jurídicos y el hecho de que, debido a las características de su mandatos, los organismos internacionales han desarrollado su interpretación predominantemente en la esfera del DIDH. Sin embargo, como se ha señalado en las secciones precedentes de este artículo, la prohibición de la privación arbitraria de libertad contenida en el DIH no puede impedir que los grupos armados de oposición detengan a los miembros de las fuerzas armadas estatales en condiciones similares a las de los prisioneros de guerra ni que, en algunas circunstancias limitadas, impongan la detención administrativa a los civiles que viven bajo su control territorial de facto.

Por lo tanto, en el presente artículo se ha postulado que el requisito relativo a los fundamentos de la detención se base en las disposiciones análogas del DIH aplicable a los conflictos armados internacionales. La protección y el trato humano debidos a los detenidos (y la supervisión de esas condiciones) deben seguir siendo

73 Por ejemplo, en lugar de proclamar la invalidez de las leyes promulgadas en El Salvador por el Frente de Liberación Nacional Farabundo Martí, la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador (ONUSAL) analizó esas leyes a fin de comprobar si respetaban el DIH. V. S. Sivakumaran, nota 70 *supra*, donde se examina este ejemplo y se argumenta en forma convincente que el DIH no excluye la posibilidad de que los grupos armados de oposición apliquen sus propias leyes.

74 V. IV CG, artículos 64 y 65.

75 *Ibíd.*, art. 78.

76 *Ibíd.*

77 En J. Pejic, nota 55 *supra*, se presentan varias medidas de ese tipo.

78 V. A. Clapham, nota 26 *supra*, pp. 498–508.

cuestiones prioritarias y la detención de estas categorías de personas no debe confundirse con la toma de rehenes o el secuestro.

La aplicación de este enfoque puede traer algunas dificultades, puesto que el principal medio que permitiría implementarlo durante las hostilidades requiere el consenso de las partes. No obstante, la caracterización jurídica de los actos de los grupos armados de oposición en el marco del derecho internacional tiene efectos en la posición de terceros Estados, ya que esa caracterización determinará si dichos Estados pueden reconocer esos actos como legales o no, lo que a su vez repercutirá en las esferas del derecho penal internacional y del derecho de los refugiados, entre otras. En última instancia, al fomentar el respeto del DIH de manera pragmática, este enfoque puede también contribuir al objetivo de proteger a las personas que han sido tomadas prisioneras.