

Detención por grupos armados: superar los obstáculos a la acción humanitaria

David Tuck*

David Tuck trabaja para el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Redactó este artículo en calidad de asesor de la Unidad de Detención del CICR en Ginebra (Suiza).

Resumen

Los conflictos armados y la privación de libertad están inextricablemente relacionados. La privación de libertad por grupos armados no estatales es una consecuencia de la predominancia de los conflictos armados no internacionales en el mundo actual. Cualquiera sea la naturaleza de la autoridad detenedora o la licitud teórica de sus operaciones de detención, la privación de libertad puede tener graves consecuencias en el plano humanitario para las personas detenidas. Por más necesaria que sea, la acción humanitaria se enfrenta a diversos obstáculos, como, por ejemplo, el riesgo de legitimar al grupo armado. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) siempre ha tratado de superar esas dificultades, desde la acción fundadora de su creador, Henry Dunant. Para ello, hace uso de su experiencia en acción humanitaria en materia de detención por parte de los Estados, adaptándola a las exigencias de los grupos armados y a las particularidades de su práctica de la detención. Pese a algunos traspiés ocasionales, el CICR sigue desempeñando un papel único en ese terreno y se esfuerza por mejorar el trato y las condiciones de detención de las personas privadas de libertad por grupos armados.

* Correo electrónico: dtuckcrc.org. Las consideraciones expuestas en el presente artículo reflejan las opiniones del autor y no necesariamente las del CICR. El autor agradece a Olivier Bangertter, Karine Benyahia, Édouard Delaplace, Catherine Deman, Greg Muller y Jelena Pejic sus valiosas contribuciones.

La noche del 21 de junio de 2007, el Movimiento de Nigerinos por la Justicia (MNJ) atacaba un puesto avanzado de las fuerzas armadas nigerianas en Tazerzait, en la región de Agadez, norte de Níger. El ataque dejó como saldo 15 muertos¹ y 72 prisioneros². En respuesta, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) inició una acción humanitaria que, en menos de una semana, le permitió acceder a los detenidos, brindar asistencia médica de urgencia y facilitar la liberación de 34 personas gravemente heridas³. Más adelante, el CICR visitó en dos oportunidades a los detenidos restantes y les brindó asistencia material —consistente en mantas, ropa, artículos de higiene y víveres—, así como también asistencia médica, y entabló un diálogo confidencial con el MNJ a fin de que las personas privadas de libertad recibieran un trato y condiciones de detención humanos⁴.

En este artículo, se analiza (necesariamente de forma incompleta) el diálogo humanitario que se entabla con las partes no estatales en conflictos armados no internacionales (de aquí en más, “grupos armados”), considerando sus prácticas en materia de detención⁵. Nuestra intención es contribuir a una reflexión más amplia sobre las relaciones que entablan los actores humanitarios con los grupos armados⁶. Como hemos señalado, el diálogo global que conducen los actores humanitarios con los grupos armados debería abarcar “los esfuerzos para convencer a los grupos armados de que respeten los principios humanitarios y los derechos humanos, incluido en particular [...] el trato digno y no discriminatorio de los combatientes capturados y otro personal “fuera de combate” y en pleno respeto de sus derechos”⁷.

- 1 International Crisis Group, *CrisisWatch* N° 47, 1 de julio de 2007, p. 4, disponible en: <http://www.crisisgroup.org/~media/Files/CrisisWatch/2007/cw47.ashx> (consultado el 15 de febrero de 2011).
- 2 BBC News, “Aid for captured Niger soldiers”, 26 de junio de 2007, disponible en: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/6240846.stm> (consultado el 15 de febrero de 2001).
- 3 CICR, *Annual Report 2007*, mayo de 2008, p. 157, disponible en: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/annual-report/icrc-annual-report-2007.htm> (consultado el 9 de febrero de 2011) y CICR, “Níger: dos detenidos son liberados bajo los auspicios del CICR”, comunicado de prensa 08/19, 4 de febrero de 2008, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/news-release/2009-and-earlier/niger-news-040208.htm> (consultado el 2 de septiembre de 2011).
- 4 CICR, comunicado de prensa 08/19, *op. cit.*, nota 3. También v. CICR, *Annual Report 2008*, mayo de 2009, p. 161, disponible en: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/annual-report/icrc-annual-report-2008.htm> (consultado el 9 de febrero de 2011).
- 5 Para el derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales, v. el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 3 común) y el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales (PA II), art. 1 (1).
- 6 V. Gerard McHugh y Manuel Bessler, *Humanitarian Negotiations with Armed Groups: A Manual for Practitioners*, OCHA, enero de 2006, p. 5, disponible en: <http://ochaonline.un.org/humanitariannegotiations/Documents/Manual.pdf> (consultado el 21 de septiembre de 2011); Claudia Hofmann, “Engaging non-state armed groups in humanitarian action”, en *International Peacekeeping*, vol. 13, N.º 3, 2006, p. 396; Lucia Withers, “Child-soldiers: how to engage in dialogue with non state armed groups”, en *Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, Swiss Human Rights Book: Realizing the Rights of Children*, enero de 2007, disponible en: http://www.swisshumanrightsbook.com/SHRB/shrb_02_files/347_24%20withers.pdf (consultado el 21 de septiembre de 2011).
- 7 David Petrasek, “Vive la différence? Alternativas humanitarias y políticas de compromiso con grupos armados”, *Conciliation Resources*, 2005, disponible en: http://www.c-r.org/sites/c-r.org/files/16_opciones_de_compromiso.pdf (consultado el 2 de junio de 2011).

Para tratar mejor esta cuestión, el presente artículo se compone de tres capítulos, que abordan cada uno un tema diferente. El primero está dedicado a los grupos armados; describe la realidad de las prácticas de detención que aplican esos grupos en los conflictos armados no internacionales (CANI) y sus consecuencias para las personas afectadas. El segundo trata esencialmente sobre los actores humanitarios. Describe algunos de los obstáculos —jurídicos y operacionales— que surgen en el diálogo humanitario con los grupos armados respecto de sus prácticas en materia de detención. Por último, el tercer capítulo está dedicado al CICR. Examina su acción humanitaria y explica para quién y cómo actúa en respuesta a la privación de libertad por los grupos armados.

La privación de libertad por los grupos armados

Los conflictos armados y la privación de libertad están indefectiblemente relacionados, como demuestran las numerosas disposiciones de los Convenios de Ginebra que rigen diversos aspectos de la detención. En las seis décadas posteriores a la redacción de los Convenios, las implicancias de la detención en los CANI —en oposición a los conflictos donde solo se enfrentan Estados— fueron objeto de mucha atención de parte de la opinión pública, los juristas y los responsables políticos y humanitarios. En los primeros años del siglo XXI, la mayor parte de los conflictos armados fueron no internacionales⁸, con la participación, por definición, de al menos un grupo armado no estatal⁹. La detención por los grupos armados no es un fenómeno atípico ni necesariamente de poca envergadura. Solo durante la primera década del siglo XXI, el Partido Comunista Unificado de Nepal-Maoísta (PCUN-M), los Tigres de Liberación del Eelam Tamil (TLET) en Sri Lanka, los talibanes en Afganistán, las Fuerzas Armadas de las Fuerzas Nuevas (FAFN) en Côte-d'Ivoire, el Ejército de Liberación del Pueblo de Sudán, así como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional de Colombia (ELN), han practicado —todos y en repetidas oportunidades— la privación de libertad.

Una constante: la diversidad

Los grupos armados “se caracterizan por su gran diversidad”¹⁰. Lo mismo ocurre con sus modos de tratar a las personas detenidas. El alcance del fenómeno, su frecuencia y los lugares de detención difieren, al igual que la infraestructura, los conocimientos especializados y los recursos financieros disponibles para proceder

8 Michelle Mack y Jelena Pejic, *Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales*, CICR, 2008, pp. 2 y 5, disponible en: http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0923.pdf (consultado el 2 de junio de 2011). También v. C. Hofmann, *op. cit.*, nota 6, p. 396.

9 Artículo 3 común; PA II, art. 1(1).

10 Teresa Whitfield, *Engaging with Armed Groups: Dilemmas & Options for Mediators*, Centre for Humanitarian Dialogue, octubre de 2010, p. 6, disponible en: www.hdcentre.org/files/HDC_MPS2_EN.pdf (consultado el 7 de febrero de 2011) (Traducción del CICR). M. Mack y J. Pejic, *op. cit.*, nota 8, p. 11, señalan que “la naturaleza de las partes [en los CANI] también varía ampliamente”.

a la detención de personas. Algunos grupos armados reconocen expresamente que los detenidos tienen derechos en materia humanitaria y, en consecuencia, reglamentan el comportamiento de sus miembros; otros no. Sin embargo, es absolutamente evidente que la detención que practican los grupos armados no corresponde necesariamente a la idea preconcebida de una detención *ad hoc*, a pequeña escala y rudimentaria. Un ejemplo elocuente lo brindan las FAFN. Tras el inicio de las hostilidades que las opusieron al Estado, las FAFN tomaron el control de una gran parte del norte de Côte-d'Ivoire. De 2002 a 2007, implementaron y mantuvieron operaciones de detención de gran envergadura y regulares utilizando la infraestructura de detención del Estado. Con el apoyo del ejército y de la policía, respectivamente, las FAFN por lo general separaron a las personas detenidas en relación con el conflicto, como los miembros de las fuerzas armadas del Estado, y los detenidos de derecho común, los cuales fueron objeto de un juicio puramente formal. En suma, la privación de libertad por las FAFN se asemejaba —al menos en apariencia— a la práctica de un Estado.

Entre las diversas características de la privación de libertad por los grupos armados, debemos detenernos rápidamente en sus “objetivos” principales. Los grupos armados privan de libertad a miembros de las fuerzas armadas enemigas para asegurarse una ventaja militar o para preservar su propia seguridad de otra manera. La captura, el 7 de agosto de 2005, en el distrito de Kalikot, Nepal, de 62 miembros del Ejército Real de Nepal por el PCUN-M es un ejemplo, entre muchos otros¹¹. Este tipo de acontecimiento da lugar a un internamiento *de facto*, en otras palabras, una privación de libertad destinada a reducir el grave riesgo para la seguridad que representan esas personas, sin la intención de entablar una acción penal contra ellas. Sin embargo, existen pocos casos comprobados donde los grupos armados hayan instaurado expresamente un régimen de internamiento y otorgado las garantías procesales requeridas¹². Más bien, las “personas internadas” han permanecido detenidas hasta tanto se estimó apropiado volver a dejarlas en libertad, en función de las consideraciones de seguridad, y a veces políticas, del grupo. En cambio, algunos grupos armados “arrestan”, “juzgan” y “condenan” a las personas sospechosas de haber cometido actos criminales. Por lo tanto, recurren a la detención para mantener el orden público aplicando un “código penal” en el territorio en el que ejercen su autoridad¹³. En Sri Lanka, por ejemplo, los TLET habían implementado un sistema judicial perfeccionado —que incluía “17 tribunales dentro de una estructura jerárquica”¹⁴— que, entre

11 CICR, “Nepal: 62 miembros de las fuerzas armadas y de seguridad liberados bajo los auspicios del CICR”, comunicado de prensa 05/51, 15 de septiembre de 2005, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/6gabyp.htm> (consultado el 2 de septiembre de 2011).

12 En los conflictos armados internacionales, los artículos 43 y 78 del IV Convenio de Ginebra (CG IV) exigen una revisión periódica de los motivos del internamiento de los detenidos civiles. En lo que respecta a los CANI, conviene referirse al libro de Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Vol. I: Normas*, CICR, Buenos Aires, 2007, pp. 392-401.

13 Sandesh Sivakumaran, “Courts of armed opposition groups: fair trials or summary justice?”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, pp. 490-495.

14 *Ibid.*, p. 494 (Traducción del CICR)

otras actividades, pronunciaba sentencias de prisión¹⁵. En realidad, es engañoso establecer una distinción entre estos ejemplos, pues tanto el PCUN-M como los TLET solían privar de libertad a numerosas personas por motivos relacionados, o no, con el conflicto armado.

Asimismo, algunos grupos armados privan a personas de libertad a fin de usarlas como rehenes. En Colombia, en los años 1990, los grupos armados —las FARC y el ELN, principalmente— fueron responsables, durante un periodo de tres años, en el apogeo de las tomas de rehenes en ese contexto, de aproximadamente 1.490 de las 3.338 “tomas de rehenes con pedidos de rescate”, es decir, cerca del “50 por ciento de *todas* las tomas de rehenes con pedidos de rescate [...] perpetrados en el mundo” en aquel entonces¹⁶. Ese tipo de tomas de rehenes tiene inevitablemente graves consecuencias, tanto para el rehén como para su familia, y está estrictamente prohibido por el derecho humanitario¹⁷. No obstante, cabe señalar que, contrariamente a la opinión generalizada, la privación de libertad por un grupo armado no es necesariamente sinónimo de toma de rehenes. Se habla de toma de rehenes cuando la privación de libertad va acompañada de una amenaza contra la vida, la integridad o la libertad de la persona, a fin de obtener concesiones de una tercera parte¹⁸. Cuando estos elementos están ausentes, la reclusión y la detención tal como se describen en el párrafo anterior no constituyen una toma de rehenes, más allá de la licitud de la privación de libertad por los grupos armados, que examinaremos más adelante.

Las consecuencias humanitarias

Aunque las características de la detención por los grupos armados difieren de un caso a otro y en comparación con los Estados, su punto de partida en el tiempo, habida cuenta de los efectos de esa práctica en los detenidos, es paradójicamente idéntico. En otras palabras, “los detenidos se encuentran en una situación de particular vulnerabilidad tanto en relación con la autoridad detenedora como con el entorno”¹⁹. Asimismo, las personas detenidas por la parte adversa en un conflicto armado pueden ser particularmente vulnerables, tanto por su adhesión a

15 Kristian Stokke: “Building the Tamil Eelam state: emerging state institutions and forms of governance in LTTE-controlled areas in Sri Lanka”, en *Third World Quarterly*, vol. 27, N.º 6, 2006, p. 1027. También v. Syed Rifaat Hussain, “Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE): failed quest for a ‘homeland’”, en Klejda Mulaj (ed.), *Violent Non-state Actors in World Politics*, Hurst & Company, Londres, 2010, p. 384.

16 Arturo Carrillo-Suarez, “Issues in international humanitarian law as applied to internal armed conflict”, en *American University International Law Review*, vol. 15, N.º 1, 1999-2000, p. 25 (Traducción del CICR).

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

18 V. CICR, “La actitud del CICR en caso de toma de rehenes – Líneas directrices”, en *International Review of the Red Cross*, N.º 846, junio de 2002, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdql8.htm>; Convención internacional contra la toma de rehenes, abierta a la firma el 17 de diciembre de 1979, 1316 RTNU 205, entrada en vigor el 3 de junio de 1983, art. 1; Elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional, Doc. ONU PCNICC/2000/1/Add.2 (1 de noviembre de 2000), art. 8(2)(a) (viii) y art. 8(2)(c)(ii), pp. 24 y 42.

19 Alain Aeschlimann, “La protección de los detenidos: la acción del CICR tras las rejas”, en *International Review of the Red Cross*, N.º 857, marzo de 2005, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/6e3lt2.htm>.

una entidad enemiga como por el desmoronamiento del orden público, fenómeno frecuente.

Sin embargo, las características propias o comunes de los grupos armados pueden aumentar, de por sí, la probabilidad o las consecuencias de ciertos problemas de orden humanitario. Un dominio territorial limitado puede restringir la disponibilidad de los bienes y servicios esenciales para preservar las condiciones humanas de detención. Una estructura horizontal, desprovista de una jerarquía efectiva, puede entorpecer la aplicación de normas destinadas a proteger a los detenidos. La incapacidad de dialogar con actores externos puede limitar la capacidad del grupo de responder a crisis con consecuencias humanitarias graves. Habida cuenta de la diversidad de los grupos armados, es imposible hacer una lista exhaustiva de esas variables y resumir sus efectos en los detenidos. Sin embargo, no todas las características de los grupos armados son nefastas *per se* para los detenidos. Los objetivos, la cultura o la composición de un grupo armado —que suelen considerarse fundamentalmente determinantes para la identidad y el comportamiento de los grupos²⁰— también pueden ser factores de humanidad en el trato y las condiciones de detención.

Además de las características intrínsecas de los grupos armados, algunos rasgos comunes a la detención por los grupos armados tienen consecuencias directas en las personas privadas de libertad. Por ejemplo: falta de supervisión judicial, falta de pericia en materia de administración de la detención y falta de recursos financieros asignados a ese sector²¹. La característica más particular de los grupos armados es, sin duda, la tendencia a detener a las personas en lugares secretos y aislados, desprovistos de la infraestructura habitual de detención²². Es una consecuencia lógica de las guerras libradas contra Estados dotados de mejores recursos, en las que el grupo armado debe operar en la clandestinidad para sobrevivir. Para los detenidos, esto significa falta de elementos y servicios esenciales, ausencia de contacto con sus familiares, traslados frecuentes, exposición a condiciones climáticas rigurosas, etcétera²³.

20 G. McHugh y M. Bessler, *op. cit.*, nota 6, pp. 17-21, citan “*las motivaciones, la estructura, los principios de acción, los intereses, la composición, las necesidades, las consideraciones etno-culturales y la autoridad ejercida sobre la población y el territorio*” entre las principales características de los grupos armados que, si se comprenden bien, “pueden ayudar mucho a los negociadores a obtener mejores resultados” [el subrayado es nuestro] (Traducción del CICR). Lo mismo ocurre con los actores humanitarios.

21 Incluso en el caso de grupos armados que cuentan con bastantes recursos, las personas inmediatamente responsables de los cuidados y de la custodia de los detenidos pueden no tener acceso a los recursos financieros, el personal, el material, la infraestructura, etc., esencial.

22 Sin embargo, hay muchas excepciones dignas de ser mencionadas, como las operaciones de detención de las FAFN, descritas más arriba. Asimismo, algunos grupos armados detienen a sus prisioneros en lugares poblados y urbanos que están bajo la autoridad general de la parte adversa en el conflicto armado. En esos casos, el lugar de detención es altamente confidencial.

23 Sjöberg señala que las personas privadas de libertad por el Ejército de Liberación Nacional en Colombia están “detenidas en la selva en condiciones muy duras (falta de medicamentos, de servicios médicos, de víveres, etc.). Por ese motivo, a veces se enferman e incluso fallecen”. Ann-Kristin Sjöberg, “Challengers without responsibility? Exploring reasons for armed non-state actor use and restraint on the use of violence against civilians”, tesis de doctorado, Institut de hautes études internationales et du développement (IHEID), Ginebra, septiembre de 2009, p. 170. Se encontrarán observaciones similares respecto de las FARC en la p. 225.

Asimismo, la naturaleza por definición clandestina de la detención por grupos armados puede llegar a exponer a los detenidos a los efectos de las hostilidades²⁴. Por ejemplo, en 2005, la fuerza aérea de Sri Lanka habría matado involuntariamente a uno de sus soldados durante un ataque contra los TLET²⁵. Irónicamente, cuando el lugar de detención se hace público, la vida y el bienestar de los detenidos corren el riesgo de verse amenazados por las operaciones militares destinadas a liberarlos. Esto ocurrió en Afganistán en agosto de 2010, cuando en un raid militar contra un establecimiento de detención de los talibanes se logró liberar a 27 detenidos, pero se causó la muerte de cinco prisioneros²⁶.

Los obstáculos que encuentra el diálogo humanitario

El mero hecho de que los grupos armados recurran a la detención de personas y sus consecuencias potencialmente graves para las personas privadas de libertad justifican el diálogo humanitario. Sin embargo, a la hora de efectuarlo, los actores humanitarios²⁷ encuentran numerosos obstáculos, muchos de los cuales han sido examinados sobre la base de un interrogante básico: ¿se debe dialogar con los grupos armados²⁸? Desde el punto de vista que aquí nos interesa, nos limitaremos a estudiar los obstáculos de mayor relevancia—tanto jurídicos como operacionales— para la acción humanitaria en favor de las personas privadas de libertad.

La facultad de detener

Uno de los principales obstáculos para el diálogo con los grupos armados en materia de detención reside en identificar la existencia de una autoridad jurídica que permita a los grupos armados privar a personas de su libertad y en determinar cuáles son los límites de esa autoridad. En lo que respecta al derecho nacional, la facultad de detener incumbe exclusivamente al Estado; las implicancias del derecho internacional, por su parte, están sujetas a interpretación. Según una de esas lecturas, el derecho humanitario sí rige el trato y las condiciones de privación de libertad

24 En violación de los arts. 5(1)(b) y 5(2)(c) del PA II. Sjöberg observa que las personas detenidas por el Ejército de Liberación Nacional en Colombia corrían el riesgo de quedar expuestas a las hostilidades. V. *ibíd.*, p. 170.

25 No obstante, este incidente no fue confirmado por la fuerza aérea de Sri Lanka. V. Now Public, “SLAF airstrike targeted POW centre – Vanni Radio”, 18 de febrero de 2009, disponible en: <http://www.nowpublic.com/world/slafairstrike-targeted-pow-centre-vanni-radio> (consultado el 25 de febrero de 2011).

26 “NATO forces raid secret Taliban prison”, en *Sydney Morning Herald* (AFP), 18 de agosto de 2010, disponible en: <http://news.smh.com.au/breaking-news-world/nato-forces-raid-secret-taliban-prison-20100818-12fay.html> (consultado el 18 de febrero de 2011).

27 Aquí empleamos la expresión “actores humanitarios” para englobar a los organismos locales gubernamentales y no gubernamentales, las Naciones Unidas, el CICR y las ONG internacionales.

28 V., entre otros, T. Whitfield, *op. cit.*, nota 10; y Ann-Kristin Sjöberg, “Dealing with the devil? Humanitarian engagement with armed non-state actors: the case of the National Liberation Army, Colombia”, ponencia presentada en la asamblea anual de la International Studies Association en San Francisco, 26-29 de marzo de 2008, disponible en: www.humansecuritygateway.com/documents/ISA_dealingwiththediavil.pdf (consultado el 15 de febrero de 2011).

en relación con los CANI, pero sin por ello establecer su licitud. En otras palabras, ante la ausencia de una autoridad manifiesta y a fin de no instaurar una dicotomía en relación con el derecho nacional, el derecho humanitario se limita, en el mejor de los casos, a *no prohibir* la privación de libertad. Como, según ese razonamiento, la detención por los grupos armados carece de base jurídica, algunos actores humanitarios podrían ni siquiera estar autorizados a intentar entablar un contacto.

Según otro punto de vista, se podría interpretar que el derecho internacional humanitario (DIH) autoriza implícitamente a las partes en los CANI a privar a personas de su libertad. En efecto, la referencia, en el artículo 3 común, a las “personas puestas fuera de combate por [...] detención” y a un “tribunal legítimamente constituido”, así como también la mención de personas “internadas” en los artículos 5 y 6 del Protocolo adicional II, carecerían de sentido si no estuvieran acompañadas de una facultad de detener o de internar, respectivamente²⁹. La extensión de esa facultad a los grupos armados está garantizada, a su vez, por el principio de la “igualdad de los beligerantes”, a través del cual el derecho humanitario establece parámetros iguales para cada parte en conflicto, más allá de la licitud o la ilicitud del conflicto o de la naturaleza de las partes³⁰.

Cada una de esas “facultades”, si reconocemos su existencia, suscita a su vez nuevos y complejos interrogantes cuyo examen nos alejaría del marco del presente artículo. En pocas palabras: la existencia de la facultad de detener nos lleva a preguntarnos si los actores no estatales tienen la capacidad de hacer respetar “la ley”, si los tribunales de los grupos armados están “legítimamente constituidos”³¹ y en qué medida son capaces de ofrecer las garantías procesales indispensables³². Del mismo modo, la existencia de una facultad de internar plantea varias cuestiones, a saber: ¿los grupos armados pueden definir un fundamento jurídico para el internamiento³³?, ¿los motivos del internamiento deberían retomar aquellos que

29 El CICR considera que el DIH —tanto el convencional como el consuetudinario— contiene una facultad inherente de internar y, por lo tanto, se puede considerar que sienta un fundamento jurídico para el internamiento en los CANI. Jelena Pejic, “The prospective scope of Common Article 3: more than meets the eye”, en *International Review of the Red Cross*, N.º 881, 2011, p. 207, disponible en <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/review-2011/irrc-881-pejic.htm>.

30 La igualdad respecto del derecho humanitario puede ser fundamental para lograr que los grupos armados acepten y respeten ese derecho. En otras palabras, los grupos armados que vieran prohibírseles la práctica de la privación de libertad, y que por esa razón se encontraran en la imposibilidad de apuntar de manera eficaz contra sus objetivos militares, podrían correr el riesgo de considerar que el derecho humanitario favorece esencialmente a su enemigo. Respecto de la “igualdad de los beligerantes” en los CANI, v., en un plano general, Jonathan Somer, “Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict”, en *International Review of the Red Cross*, N.º 867, septiembre de 2007, disponible en: <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-867-somer.pdf>.

31 En el sentido del artículo 3 común. V. *ibid.*, pp. 671-676.

32 V. artículo 3(d) común, y PA II, art. 6; también v. S. Sivakumaran, *op. cit.*, nota 13, en particular pp. 498-509.

33 V. J. Pejic, *op. cit.*, nota 29. También v. Marco Sassòli, “Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law”, en *International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, N.º 1, 2010, pp. 17-18.

prevé el derecho humanitario de los conflictos armados internacionales³⁴? y ¿en qué medida los grupos son capaces de otorgar garantías procesales, incluido un órgano independiente e imparcial para examinar el caso de cada persona detenida³⁵?

Asimismo, aunque se reconocieran esas “facultades”, estas solo se extenderían —debido a la naturaleza misma del derecho humanitario— a los casos de privación de las libertades vinculadas al conflicto³⁶. El derecho internacional no contiene ninguna base legal, ni siquiera implícita, para la privación de libertad sin relación con el conflicto³⁷. De modo que las FAFN, el PCUN-M y los TLET, entre otros, estarían “autorizados” a detener a miembros de las fuerzas armadas enemigas y a “procesar” y a “juzgar” a personas por violación de las leyes de la guerra, pero no a administrar justicia penal, es decir, a sancionar crímenes de derecho común, en el territorio que esté bajo su autoridad. De modo que el diálogo humanitario acerca de este tipo de detención sigue siendo esencialmente discutible.

Las normas aplicables

Si bien la ausencia de una facultad expresa de detener no constituye un obstáculo infranqueable, queda otra dificultad por superar: determinar cuáles son los conjuntos de normas que rigen el trato, las condiciones de detención y el debido proceso de las personas detenidas por grupos armados. La aplicabilidad del derecho de los derechos humanos —que contiene disposiciones detalladas en materia de protección de los detenidos³⁸ y al que algunos grupos armados han señalado como

34 La cuestión que subsigue es saber si el régimen de internamiento en el marco de los CANI debería reflejar el del III o el IV Convenio de Ginebra (CG III o CG IV). V. Marco Sassòli y Laura M. Olsen, “The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts”, en *International Review of the Red Cross*, N.º 871, septiembre de 2008, disponible en <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/review/review-871-p599.htm>.

35 V. 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: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/6guk92.htm>. Este artículo se publicó como anexo del informe del CICR titulado “El derecho internacional humanitario y los desafíos en los conflictos armados contemporáneos”, presentado en la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja de 2007, y expresa la posición oficial del CICR.

36 En el caso de la detención, esto se desprende claramente del art. 6 del PA II, que define una serie de garantías judiciales destinadas a las personas procesadas y sancionadas por haber cometido “infracciones penales en relación con el conflicto armado” (el subrayado es nuestro).

37 Obsérvese que la analogía con el derecho de la ocupación puede aportar una salida para ese problema. Zegveld sugiere que el art. 64 del CG IV, aplicado a los CANI por analogía, permitiría garantizar el justo medio entre “el principio de la continuidad del sistema jurídico nacional y la realidad de una pluralidad de autoridades” (Traducción del CICR). Liesbeth Zegveld, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 71.

38 V., por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, art. 6, 7, 9, 14 y 15; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, entrada en vigor el 26 de junio de 1987; las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas el 30 de agosto de 1955; el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado el 9 de diciembre de 1988.

una base aceptable para el diálogo humanitario³⁹— es particularmente problemática. En efecto, la aplicabilidad del derecho de los derechos humanos en tiempos de conflicto armado está fuera de discusión⁴⁰, pero por lo general se considera que solo vincula a los Estados Partes en los tratados internacionales pertinentes; esta interpretación se basa en el texto de los propios convenios⁴¹ y está sostenida por la idea de que “el derecho de los derechos humanos debe regular las relaciones entre el Gobierno que representa el Estado y los gobernados”⁴². Aunque el argumento inverso, formulado recientemente, representa una importante evolución hacia una responsabilidad plena y total de algunos grupos armados, aún no está universalmente aceptado⁴³. Asimismo, en su formulación actual —que prevé la aplicabilidad de los derechos humanos solo a los grupos armados que ejercen una autoridad administrativa en el territorio⁴⁴— solo podría vincular, en definitiva, a un número relativamente limitado de grupos.

El derecho humanitario, en cambio, vincula sin ninguna duda a los grupos armados⁴⁵. El artículo 3 común y el Protocolo adicional II obligan a todas las partes en los CANI a garantizar determinadas protecciones fundamentales para las personas privadas de libertad. No obstante, la falta de una reglamentación de la detención compromete la instauración de un verdadero diálogo humanitario. Contrariamente al derecho de los conflictos armados internacionales, las normas que rigen las condiciones de detención, los traslados y las garantías procesales en materia de internamiento y otras cuestiones están ausentes o bien no son lo suficientemente precisas en el derecho convencional relativo a los CANI⁴⁶.

Asimismo, una acción fundada en normas aplicables y pertinentes puede verse impedida si el grupo armado se niega a aceptar que sus operaciones estén re-

39 V., por ejemplo, *The Sudan Justice and Equality Movement (JEM), Establishment of a JEM Committee for Human Rights*, Decreto N.º 71, 2010, disponible en: <http://www.sudanjem.com/2010/10/establishment-of-a-jemcommittee-for-human-rights/> (consultado el 14 de abril de 2011).

40 Corte Internacional de Justicia, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Opinión consultiva*, C.I.J., 2004, p. 136, párr. 106.

41 Así pues, el art. 2 del PIDCP impone obligaciones a “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto”.

42 Andrew Clapham, *The Human Rights Obligations of Non-state Actors*, Oxford University Press, Nueva York, 2006, p. 36 (Traducción del CICR).

43 Para más detalles, v. David Petrasek, *Ends and Means: Human Rights Approaches to Armed Groups*, International Council on Human Rights Policy, 2000, pp. 60-61, disponible en: http://www.ichrp.org/files/reports/6/105_report_en.pdf (consultado el 9 de febrero de 2011) [resumen en español disponible en: http://www.ichrp.org/files/summaries/6/105_summary_es.pdf].

44 Christian Tomuschat, “The applicability of human rights law to insurgent movements”, en H. Fischer *et al.* (ed.), *Krisensicherung und Humanitärer Schutz: Festschrift für Dieter Fleck (Crisis Management and Humanitarian Protection)*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2004, p. 586. También v. A. Clapham, *op. cit.*, nota 42, pp. 283-284; Annyssa Bellal, Gilles Giacca y Stuart Casey-Maslen, “International law and armed non-state actors in Afghanistan”, en *International Review of the Red Cross*, N.º 881, 2011, pp. 18-28.

45 V. artículo 3 común y PA II, art. 1. También v. J. Somer, *op. cit.*, nota 30, pp. 660-663; S. Sivakumaran, *op. cit.*, nota 13, pp. 496-497. Sin embargo, cabe observar que “existen diversos razonamientos jurídicos que explican por qué los grupos armados [...] están vinculados por determinadas normas del de DIH” (M. Sassòli, *op. cit.*, nota 33, pp. 12-13). También v. A. Clapham *op. cit.*, nota 44, p. 280, y A. Bellal *et al.*, *op. cit.*, nota 44, pp. 9-10.

46 J. Pejic, *op. cit.*, nota 29, pp. 206-207, 215.

gidas por el derecho internacional. Los grupos armados pueden rechazar el derecho internacional, ya que este, al fin y al cabo, está “esencialmente concebido para los Estados [...], se dirige esencialmente a los Estados y sus mecanismos de implementación están aún más centrados en el Estado”⁴⁷. Sin embargo, el rechazo de todo el derecho internacional por razones políticas o ideológicas no es la norma entre los grupos armados. En realidad, hay muchos ejemplos de grupos que aceptaron expresamente el derecho internacional⁴⁸ o que se comprometieron a respetar normas comparables. Así pues, el comando Melito Glor, del Nuevo Ejército del Pueblo en Filipinas, publicó en 1988, antes de comprometerse a respetar los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales, una serie de normas sobre el “trato debido a los prisioneros de guerra” [sic]⁴⁹. A pesar de su brevedad, este documento describe varios derechos y medidas de protección esenciales de las personas privadas de libertad que reflejan disposiciones del derecho aplicable durante un conflicto armado internacional⁵⁰. Más que rechazar el derecho internacional en su totalidad, es más frecuente que los grupos rechacen determinadas normas específicas. Por lo general, se trata de aquellas que son percibidas por el grupo armado como contrarias a su esfuerzo de guerra y de aquellas que significarían, en caso de adhesión, una importante carga financiera, logística o de otra índole. En consecuencia, para los actores humanitarios, la identificación y la invocación de marcos normativos aplicables, pertinentes, completos y aceptados pueden representar un obstáculo para una colaboración eficaz con los grupos armados.

El riesgo de legitimación

Paralelamente a esas dificultades de orden esencialmente jurídico, todo diálogo humanitario también está amenazado por un riesgo de “legitimación” abusiva de los grupos armados⁵¹: los Estados temen que una cooperación de ese tipo apunte las pretensiones del grupo de constituir la autoridad legítima en un territorio determinado, sugerir su credibilidad humanitaria o contribuir de otra forma a una percepción positiva. Con el fin de defender la constitucionalidad de la prohibición de “brindar con conocimiento de causa un apoyo material o recursos

47 Marco Sassòli, “The implementation of international humanitarian law: current and inherent challenges”, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 10, 2007, p. 63.

48 Para citar un ejemplo entre muchos otros, en la India, el *Revolutionary People’s Front* hizo una declaración, en 1997, durante el 49º período de sesiones de la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, relativa a su “firme intención de respetar el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra”. Human Rights Watch, *These Fellows Must be Eliminated: Relentless Violence and Impunity in Manipur*, 15 de septiembre de 2008, p. 19, nota 33, disponible en <http://www.hrw.org/en/node/75175/section/1> (consultado el 20 de noviembre de 2010).

49 “Memo of Melito Glor Command on Policy Towards Prisoners of War, 18 June 1988”, en NDFP Human Rights Monitoring Committee, *NDFP Adherence to International Humanitarian Law: On Prisoners of War*, edición revisada, Utrecht, 2009, p. 92. En realidad, la noción de prisionero de guerra no existe en los CANI. Es posible que algunos grupos armados recurran a la terminología de los conflictos armados internacionales en la descripción de sus obligaciones humanitarias a fin de hacer valer su estatuto cuasi estatal.

50 *Ibid.*, pp. 92-93.

51 T. Whitfield, *op. cit.*, nota 10, p. 11.

para una organización terrorista extranjera”⁵², la Corte Suprema de Estados Unidos afirmó:

Brindar un apoyo material a fin de “promover un comportamiento pacífico y conforme a la ley” [...] puede alentar el terrorismo de grupos extranjeros de varias maneras. [...] Además, contribuye a conferir legitimidad a los grupos terroristas extranjeros⁵³— legitimidad que facilita a esos grupos la tarea de perdurar, reclutar nuevos miembros y recaudar fondos—, elementos que no carecen de importancia y que favorecen nuevos ataques terroristas⁵⁴.

Según ese razonamiento, el riesgo de legitimación no es exclusivamente una consecuencia del discurso político, sino que también puede resultar del compromiso humanitario y de algunas actividades vinculadas con este, como la formación y el hecho de brindar “un asesoramiento o una asistencia especializados”⁵⁵. Exista o no una relación causal entre el compromiso humanitario, la legitimación y “la multiplicación de los ataques terroristas”⁵⁶, la Corte Suprema de Estados Unidos formula de manera sucinta una posición adoptada por algunos Estados, posición que, según se cree, podría excluir efectivamente la acción humanitaria y que es contraria a la letra y el espíritu del DIH.

Este temor a legitimar a los grupos armados es particularmente intenso en lo que respecta a las medidas relativas a las garantías procesales. Solo las autoridades judiciales de un Estado tienen derecho a arrestar, juzgar y sancionar individuos. Como ha señalado el presidente de la Corte Suprema de Sri Lanka:

El poder judicial depende de la soberanía del pueblo y no podría ser ejercido por otras personas más que las investidas con ese poder. [...] Si lo desean, los TLET pueden dotarse de un mecanismo de conciliación [...], pero estarán desprovistos de toda autoridad judicial⁵⁷.

Ahora bien, si se desea definir una respuesta humanitaria a la práctica de la detención penal, es imposible concentrarse en el trato y las condiciones de detención de las personas privadas de libertad sin examinar las garantías de un debido proceso legal. La ausencia de garantías judiciales efectivas tiene consecuencias humanitarias tanto directas (“condena” abusiva o privación de libertad indeterminada)

52 18 U.S.C. §2339B(a)(1).

53 Incluidos aquellos que son parte en CANI, como los TLET antes de 2009.

54 *Holder, Attorney General, et al., v. Humanitarian Law Project et al.*, 561 U.S. 25, 21 de junio de 2010 (Traducción del CICR).

55 18 U.S.C. §2339*(b)(1-3) (Traducción del CICR).

56 El fallo de la Corte Suprema en el caso *Holder, Attorney General, et al., v. Humanitarian Law Project et al.* ha sido criticado. Por ejemplo, v. Christopher Thornton, “Darfur and the flaws of *Holder v. HLP*”, en *Forced Migration Review*, N° 37, 2011, pp. 39-40 (Traducción del CICR).

57 S. Sivakumaran, *op. cit.*, nota 13, p. 507, citando a Laila Nasry, “Interview with Chief Justice Sarath N de Silva: LTTE has no judicial authority – CJ”, en *Sunday Times*, Sri Lanka, 14 de noviembre de 2004, disponible en: <http://sundaytimes.lk/021208/news/courts.html> (consultado el 22 de febrero de 2011) (Traducción del CICR).

como indirectas (hacinamiento en las cárceles y sus consecuencias). Por lo tanto, es imperioso —pero difícil, dadas las limitaciones jurídicas, políticas y prácticas— que los actores humanitarios protejan los intereses de los detenidos garantizando el respeto de parámetros “equitativos” en los casos de detención que son arbitrarios respecto del derecho nacional⁵⁸.

Los obstáculos operacionales

En el plano operacional, los obstáculos al acceso y el diálogo constructivo también comprometen la acción humanitaria eficaz en beneficio de las personas privadas de libertad. El principal obstáculo —que merece un breve examen, aunque tiene que ver con otras cuestiones que no están relacionadas con la detención— es el que impide establecer un verdadero contacto con el grupo en cuestión:

Los Gobiernos tienen embajadas y representantes en el extranjero que pueden ser contactados. En la mayoría de los casos, es posible entablar contactos de forma abierta y transparente. Sin embargo, entablar un diálogo con los dirigentes de un grupo armado puede ser muy arduo [...]; no siempre queda claro quién representa realmente al grupo: dirigentes que están presos o en el extranjero, o “comandantes” escondidos en el monte⁵⁹.

Cuando pueden establecerse los contactos necesarios, la cooperación propiamente dicha se ve comprometida por la incapacidad de los actores humanitarios para identificar y comprender las ventajas de cada grupo y evaluarlas en su contexto. Los actores humanitarios encuentran las mismas dificultades que los mediadores, que, como señala Whitfield, “emprenden acciones conjuntas con los grupos armados conociéndolos bastante mal [y por lo tanto no es] sorprendente que esas acciones tengan, a veces, efectos imprevistos e indeseados”⁶⁰. El aislamiento voluntario característico de muchos grupos armados, junto con la complejidad inherente a su infinita variedad, vuelven esa evaluación particularmente ardua en muchos casos.

Acceder a los detenidos y comprender la detención

Aun en el contexto de una relación ya establecida con el grupo armado, pueden surgir dificultades para acceder a las personas detenidas y para comprender bien las relaciones del grupo con dichas personas. Contrariamente al procedimiento con los Estados, es raro que la autorización para visitar a las personas privadas de libertad provenga de un solo y único compromiso tomado por un representante del grupo. A menudo, los actores humanitarios tendrán que establecer contactos con diversos miembros del grupo —altos responsables y comandantes regionales, por

58 V. artículo 3 común; PA II, art. 6.

59 D. Petrasek, *op. cit.*, nota 43, pp. 46-47 (Traducción del CICR).

60 T. Whitfield, *op. cit.*, nota 10, p. 26 (Traducción del CICR).

ejemplo—, a los cuales muchas veces es difícil acceder en función de su estructura y de la eficacia de sus comunicaciones internas y su jerarquía. Una vez entablado el diálogo de fondo, incluso, es posible que la persona con la que los actores humanitarios entablan los contactos más frecuentes no sea la más idónea para influir en la situación de los propios detenidos. Esto suele suceder cuando el grupo armado limita sus contactos externos a los “oficiales de enlace” seleccionados, lo cual reduce, inevitablemente, la eficacia de los contactos humanitarios.

Asimismo, el acceso a las personas privadas de libertad por grupos armados puede verse comprometido por la índole de la detención: aislada, clandestina o transitoria. Algunos grupos armados detienen a sus prisioneros dentro de unidades militares operativas y móviles o se niegan a entablar cualquier tipo de diálogo con los actores humanitarios, pues los ven como una amenaza para su seguridad. Paradójicamente, aun cuando el grupo armado haya aprobado expresamente la acción humanitaria, una situación de anarquía y vandalismo también puede impedir su ejecución, pues el personal humanitario correría un riesgo excesivo.

Además de tener una buena comprensión del grupo armado en sí y de los actos y omisiones cometidos *intra muros*, es indispensable efectuar una evaluación exhaustiva del contexto externo para entender bien la situación de las personas privadas de libertad. Las consecuencias humanitarias de la detención pueden verse fuertemente influenciadas por el entorno exterior en el lugar de cautiverio propiamente dicho. Para mencionar solo un ejemplo, siempre hay que tener una comprensión global de la influencia de los representantes del grupo, sus exigencias y sus valores, pues es muy frecuente que los grupos armados practiquen la privación de libertad por orden de estos y traten a los detenidos de acuerdo con sus exigencias. Por lo tanto, para dar una respuesta eficaz, los actores humanitarios deben evaluar y analizar, por ejemplo, factores culturales, sociales, políticos, económicos o históricos complejos.

Entablar un diálogo constructivo y eficaz

Siempre es delicado entablar un diálogo coherente por el bien de las personas privadas de libertad que se adapte a las particularidades de cada grupo armado, como el grado de educación y de experiencia de sus miembros. El diálogo suele ser mucho más fácil cuando se trata de grupos armados relativamente “perfeccionados”. De hecho, algunos de ellos —como los TLET hasta 2009⁶¹— cuentan con juristas y otros profesionales pertinentes, como médicos o ingenieros, entre sus miembros. En cambio, es menos habitual que los grupos armados cuenten con personal formado y experimentado en materia de gestión y administración penitenciarias, y los actores humanitarios deben adaptar su diálogo en consecuencia para tener más probabilidades de obtener resultados favorables.

Suponiendo que las normas jurídicas internacionales sean total o parcialmente aceptadas, los actores humanitarios siempre deben presentarlas de una manera adaptada al contexto. Por ejemplo, ¿cómo hay que proceder para presentar a un grupo armado nómada, que se niega a cualquier intercambio de información

61 S. Sivakumaran, *op. cit.*, nota 13, p. 494.

por motivos de seguridad totalmente fundados, el derecho de las personas privadas de libertad a enviar o recibir correspondencia⁶²? ¿Cómo puede asegurarse un grupo armado de que sus tribunales estén legítimamente constituidos y ofrezcan el conjunto de “garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”, como exige el artículo 3 común? Pese a todas las dificultades, es importante presentar estas normas de modo tal que las pueda respetar el grupo armado de que se trate; si no, serán rechazadas como base para el diálogo.

Por último, en la práctica, el diálogo más difícil de mantener es aquel en que un grupo armado se compromete de manera selectiva, aceptando los servicios ofrecidos por los actores externos, pero evadiendo la discusión de fondo destinada a reforzar la protección humanitaria. En dichos casos, los actores humanitarios pueden verse confrontados a un complejo dilema: ¿hay que cortar todo contacto —en detrimento de los beneficiarios— o seguir insistiendo en tratar con un grupo armado que no está dispuesto a comprometerse realmente para mejorar el trato de los detenidos y las condiciones de detención?

La acción del Comité Internacional de la Cruz Roja

En 1871, Henry Dunant, fundador del CICR, efectuó las primeras intervenciones humanitarias —particularmente valientes— en favor de personas privadas de libertad, en ese caso por la Comuna, la autoridad no estatal que estaba en el poder en París⁶³. Desde entonces, el CICR ha afinado su enfoque y ha recurrido regularmente al diálogo y a las actividades en contextos similares y con objetivos humanitarios similares. Por ejemplo, en Hungría, el año 1956, el delegado del CICR Herbert Beckh:

entra en contacto con los insurgentes [...] [y] luego mantiene una conversación durante más de una hora con [su comandante], y logra que este le dé la garantía formal de que exigirá a sus tropas que traten humanamente, y en conformidad con los principios de los Convenios de Ginebra, a los adversarios que pudieran caer en sus manos; así es como los insurgentes renuncian a ejecutar a unos 300 prisioneros que tienen detenidos. [...] Antes de regresar a Viena, Beckh visita una vez más la frontera de Sopron, donde [...] visita a veintinueve prisioneros del Gobierno aún detenidos por los insurgentes [...]⁶⁴.

62 En realidad, como indica el art. 5(2)(b) del PA II, esta obligación particular deja cierto margen de acción a las partes en conflicto, puesto que solo las restringe “en la medida de sus posibilidades”. El comentario del PA II indica que el artículo 5(2) formula normas “que, aunque no son imperativas más que en la medida de las posibilidades, no son por ello menos importantes”. Sylvie Junod *et al.*, *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) y del artículo 3 de estos Convenios*, CICR, Colombia, 1998, p. 149, párr. 4580.

63 Pierre Boissier, *Histoire du Comité international de la Croix-Rouge. Volume I : de Solférino à Tsoushima*, CICR/Institut Henry-Dunant, 1985, p. 262.

64 Françoise Perret, “La acción del CICR en Hungría y Oriente Próximo en 1956”, en *International Review of the Red Cross*, N.º 820, 1996, disponible en francés en: <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzeyy.htm> (consultado el 29 de abril de 2011). V. también Isabelle Vonèche Cardia, *L'Octobre Hongrois : Entre Croix Rouge et Drapeau Rouge*, Bruylant, Bruselas, 1996, p. 39.

En el siglo XXI, el CICR sigue entablando el diálogo de esta forma con las “autoridades” detenedoras no estatales en muchos de los contextos en los que realiza actividades⁶⁵. Por ejemplo, recientemente visitó en Libia a personas privadas de libertad por la que entonces era la “oposición armada”⁶⁶.

Para quién trabaja el CICR

Este compromiso humanitario se basa en el cometido del CICR —inscrito en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra— de ofrecer servicios a las partes en los CANI⁶⁷. Más específicamente, sus contactos con los grupos armados se basan en un hecho irrefutable: la acción o la inacción de las partes no estatales puede tener fuerte influencia en las consecuencias del conflicto armado en el plano humanitario. En su calidad de organización neutral, independiente e imparcial, el CICR actúa a fin de que todas las partes comprendan, acepten y respeten sus obligaciones, incluidas las relativas a las personas privadas de libertad. En consecuencia, las consideraciones mencionadas sobre la licitud de la detención por los grupos armados no impiden que el CICR reaccione ante las privaciones de libertad existentes. Podemos afirmar, incluso, que en algunos casos la privación de libertad reviste un valor humanitario. Como señala Sassòli, los grupos armados que

no pueden internar legalmente a miembros de las fuerzas gubernamentales no tienen más opción que liberar a los combatientes enemigos capturados o matarlos. La primera opción no es realista, pues significaría reforzar el potencial militar de sus enemigos; la segunda constituye un crimen de guerra⁶⁸.

Un razonamiento similar puede aplicarse — sin duda, de forma menos extrema— a la detención penal sin relación con el conflicto, es decir, a los casos en los que un grupo armado ejerce su autoridad *de facto* en un territorio durante un largo periodo, como en Sri Lanka o Côte-d’Ivoire, y donde la población local necesita que este le brinde protección contra la criminalidad. En dichos casos, el encarcelamiento, acompañado del trato y las condiciones apropiados, puede ser la mejor manera de preservar la dignidad y la humanidad de las personas “condenadas”⁶⁹. No obstante, este argumento tiene sus limitaciones. Independientemente de las normas *intra muros*, una detención fundamentalmente arbitraria no podría tener un resultado positivo en el plano humanitario para la persona privada de libertad,

65 V. por ejemplo, A. Aeschlimann, *op. cit.*, nota 19, p. 40, en particular la nota 22.

66 CICR, “Libia: el CICR visita a 50 detenidos en Bengasi”, comunicado de prensa 11/74, 25 de marzo de 2011, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/news-release/2011/libya-news-2011-03-25.htm> (consultado el 20 de septiembre de 2011).

67 V. también los Estatutos del Comité Internacional de la Cruz Roja, art. 4(1)(d).

68 M. Sassòli, *op. cit.*, nota 33, p. 19 (Traducción del CICR).

69 El encarcelamiento es, sin ninguna duda, el resultado más humano cuando la alternativa sería el linchamiento o la justicia popular. Sin embargo, obsérvese que, contrariamente al internamiento de combatientes enemigos o de personas que constituyen un riesgo importante para la seguridad de los grupos armados, en algunos casos puede existir una opción práctica y humana aparte de la detención, como las multas o el servicio a la comunidad.

cualesquiera sean las circunstancias. En consecuencia, la “facultad” de los grupos armados de privar a personas de libertad durante los CANI también debe estar limitada por parámetros equivalentes a los que rigen la privación de libertad por los Estados —como los principios de responsabilidad individual⁷⁰ y de *nullum crimen sine lege*⁷¹—, aunque a veces sean difíciles de aplicar.

En los conflictos armados internacionales, los Convenios de Ginebra otorgan explícitamente al CICR el cometido de obrar en favor de ciertas categorías de personas privadas de libertad, principalmente los prisioneros de guerra⁷² y los civiles⁷³. En los CANI, el CICR prioriza las actividades en favor de las personas que se encuentran en situaciones análogas:

En la práctica, para identificar a los detenidos en favor de los cuales despliega actividades en conflictos armados internos, el CICR se inspira, en parte, en los conceptos aplicables a los conflictos armados internacionales. Así pues, procura tener acceso, en primer lugar, a las personas que participan directamente en las hostilidades (miembros de las fuerzas armadas gubernamentales o rebeldes armados capturados por el adversario) y a los civiles arrestados por el Gobierno o por los rebeldes a causa de su apoyo, real o supuesto, a las fuerzas adversarias⁷⁴.

Asimismo, “el CICR suele, por extensión, interesarse” por otros detenidos recluidos por motivos que no tienen relación con el conflicto e incluso “por delitos penales ordinarios”⁷⁵. Como señala Aeschlimann, esas personas pueden tener “necesidades humanitarias idénticas y a veces incluso más acuciantes”⁷⁶. Todas las personas detenidas por grupos armados son vulnerables por definición puesto que, en dichos casos, los mecanismos de responsabilidad, de control y la infraestructura propia de un Estado suelen estar ausentes. Es más, la detención por motivos de orden penal suele estar acompañada, por lo general, de garantías procesales (sin lo cual sería arbitraria⁷⁷), garantías que pocos grupos armados pueden otorgar. En ese contexto, el CICR “efectuó visitas regulares [en Sri Lanka] a puestos policiales y a algunas cárceles donde había personas detenidas por los TLET por delitos *de derecho común*”⁷⁸.

70 La responsabilidad individual es un principio pertinente tanto respecto de la detención como del internamiento. En lo que se refiere al internamiento, v. Ryan Goodman, “Rationales for detention: security threats and intelligence value”, en Michael Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis*, International Law Studies, vol. 85, 2009, p. 378; y J. Pejic, *op. cit.*, nota 29, p. 209.

71 La capacidad de los grupos armados de atenerse al principio de *nullum crimen sine lege*, también llamado principio de la licitud de los delitos y las penas, es particularmente controversial.

72 CG III, art. 126.

73 CG IV, art. 143.

74 A. Aeschlimann, *op. cit.*, nota 19, p. 88.

75 *Ibíd.*

76 *Ibíd.*

77 Artículo 3 común; PA II, art. 6; J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *op. cit.*, nota 12, pp. 456, 459-466.

78 CICR, *Annual Report 2005*, mayo de 2006, p. 188 (el subrayado es nuestro), disponible en: <http://www.icrc.org/eng/resources/annual-report/index.jsp> (consultado el 9 de febrero de 2011).

En todos los casos, la consideración determinante es la situación del individuo. Para responder a estas preocupaciones, el CICR emplea las herramientas que utiliza tradicionalmente para mejorar las condiciones de detención y el trato de las personas detenidas por los Estados. En otras palabras, se respetan los métodos tradicionales de acción del CICR, respaldados por casi un siglo de actividad en favor de las personas privadas de libertad⁷⁹, aunque el carácter de los grupos armados y de sus relaciones es radicalmente diferente. En consecuencia, el CICR mantiene esencialmente un diálogo bilateral confidencial con los grupos armados a fin de paliar los problemas de naturaleza humanitaria, como los malos tratos, las condiciones de detención inadecuadas, la ruptura del contacto entre familiares, las desapariciones y la falta de garantías de un debido proceso legal. Por lo general, este último punto se ha abordado en relación con la detención supuestamente penal practicada por los grupos armados con una estructura particularmente elaborada, como las FAFN, que ejercían un poder territorial y administrativo extendido en el norte de Côte-d'Ivoire. El *Annual Report 2005* del CICR señala que:

En las zonas controladas por las Fuerzas Nuevas, el CICR se preocupa por las condiciones de detención, la falta de un sistema judicial funcional y la ausencia de garantías procesales resultante. Ha analizado estas cuestiones en repetidas oportunidades con las autoridades detenedoras, así como también con los dirigentes de las Fuerzas Nuevas⁸⁰.

Las modalidades de acción del CICR

Cuando establece sus primeros contactos con un grupo armado —se trate o no de detenciones— el CICR utiliza todos los recursos que tiene a disposición, incluido su personal, sus interlocutores locales, los documentos de archivo y la información pública disponible para entender mejor su naturaleza. Entre otras cosas, se esfuerza por comprender la jerarquía del grupo, su estructura, sus motivos, las reglas que enmarcan su acción, su composición y el control territorial que ejerce, características que pueden tener consecuencias para las personas privadas de libertad e influir en los recursos que deben desplegarse a fin de mejorar su situación. Los resultados de esas evaluaciones (que se reiteran tanto cuanto dure la relación del CICR con el grupo) permiten precisar la estrategia de acción humanitaria más adaptada al grupo armado y la que podría redundar en mejores resultados para las personas privadas de libertad.

Las visitas a los lugares de detención

Si la primera etapa de una evaluación completa se centra en el grupo armado en sí, la segunda se concentra, necesariamente, en el trato y las condiciones que

79 Las primeras visitas oficiales del CICR a lugares de detención se llevaron a cabo en 1915 con el acuerdo de las partes en la Primera Guerra Mundial.

80 CICR, *Annual Report 2005*, *op. cit.*, nota 78, p. 128 (Traducción del CICR).

dicho grupo aplica a las personas privadas de libertad. Al igual que para la detención practicada por un Estado, las visitas permiten al CICR identificar o anticipar los problemas de orden humanitario y comprenderlos en su contexto, incluidas las limitaciones que pesan sobre la administración de la detención. Tanto el contenido del diálogo bilateral confidencial como el objetivo de las recomendaciones y otras gestiones del CICR siempre se fundan en lo que este aprende y observa en sus visitas en cuanto al trato y las condiciones de detención.

En cada una de sus visitas a las personas detenidas, el CICR emplea las mismas modalidades que las que se aplican en los casos de detención por un Estado⁸¹. Así, la posibilidad de dialogar libremente y sin testigos con los detenidos de su elección permite al CICR identificar y comprender tanto las preocupaciones comunes al conjunto de la población carcelaria como las preocupaciones propias de cada detenido. Esta modalidad es válida independientemente de la naturaleza, estatal o no, de la autoridad detenedora. Sin embargo, dado el contexto particular en el que evolucionan algunos grupos armados, el CICR está preparado para adaptar una o más de sus modalidades a fin de brindar una respuesta humanitaria. Por ello, puede visitar personas fuera de su lugar habitual de detención y, por ende, renunciar a efectuar una visita completa de las dependencias, en los casos en que la seguridad del grupo armado lo requiera y si los objetivos de esa visita pueden cumplirse de otra manera. El CICR solo adapta sus modalidades para visitas específicas y únicamente si el grupo armado acepta, en principio, todas las modalidades. En otras palabras, las modalidades pueden aplicarse cuando el CICR lo considere apropiado.

Las visitas a los lugares de detención suponen, naturalmente, el acceso al grupo armado y a las personas que tenga en su poder. A fin de generar las mejores condiciones posibles para establecer el acceso, el CICR insta y alimenta una relación de confianza con los grupos armados⁸². En general, esa relación se desarrolla a lo largo del tiempo en el marco de una serie de actividades, que incluyen las relativas a la salud y el saneamiento. A menudo, lo que lleva a los grupos armados a familiarizarse con el CICR es el trato imparcial de los heridos de guerra⁸³. De hecho, en principio, el CICR solo entabla un diálogo de fondo centrado en la detención después de una serie de contactos previos con un grupo armado. En la medida de lo posible, el CICR también entabla contactos con las terceras partes que podrían obstruir ese acceso y se organiza para superar los obstáculos materiales o logísticos, como los que resultan del alejamiento del lugar de detención. En determinados contextos, como en Nepal, esto exige estar dispuesto a realizar operaciones largas,

81 Las modalidades son las siguientes: acceso a todos los detenidos que le corresponde visitar al CICR por su cometido; acceso a todas las dependencias utilizadas por y para los detenidos; autorización para repetir las visitas; posibilidad de conversar libremente y sin testigos con los detenidos escogidos por el CICR; asegurarse de que las autoridades entreguen al CICR una lista de los detenidos que le corresponde visitar a la Institución por su cometido o de que la autoricen a elaborar dicha lista durante la visita.

82 T. Whitfield, *op. cit.*, nota 10, p. 21, señala que “ganarse la confianza de un grupo armado puede ser un proceso lento y arduo” (Traducción del CICR).

83 El CICR brinda tratamiento a los heridos de guerra en muchos contextos, como en Chad. V. CICR, *Annual Report 2006*, mayo de 2007, pp. 83-84, disponible en: <http://www.icrc.org/eng/resources/annual-report/index.jsp> (consultado el 8 de abril de 2011).

a veces físicamente agotadoras, y prever diversas opciones de transporte. En el *Annual Report 2005* del CICR, se señala que, en Nepal, el “PCN-M liberó en total a 99 personas. El CICR intervino como intermediario para entregarlas al Gobierno y les garantizó, a su vez, un regreso seguro a sus domicilios por medio de largos trayectos a pie, en coche o en avión”⁸⁴. Sin embargo, ni la más meticulosa preparación permite prever todas las eventualidades. Por ejemplo, en 2007, en Afganistán, “un equipo del CICR fue capturado [por un grupo armado de la oposición] cuando regresaba de una misión fallida que habría debido permitir la liberación de un ingeniero alemán [que había sido capturado]”⁸⁵. Aunque en este caso las personas afectadas fueron liberadas unos días más tarde (habiendo recibido un trato adecuado), el incidente muestra que las operaciones de este tipo conllevan importantes riesgos. El CICR pretende demostrar, más específicamente, el valor de un diálogo humanitario confidencial que se funda en las visitas a los lugares de detención y que toma en consideración, como es debido, el contexto en el cual evoluciona el grupo armado, incluidos los riesgos que atentan contra su seguridad. Esto puede verse facilitado por las visitas que efectúa el CICR a los miembros de grupos armados privados de libertad por el Estado, que efectivamente familiarizan al grupo con el papel, el cometido y la acción del CICR. Así pues, el CICR, presente en Afganistán desde hace más de dos décadas⁸⁶, ha estado en contacto con personas en sus sucesivas funciones como representantes del Estado detenedor, luego como detenidos del Estado y, más recientemente, como responsables de la detención para grupos no estatales⁸⁷.

Diálogo confidencial bilateral

Basándose en sus visitas a los lugares de detención, el CICR recurre al diálogo confidencial⁸⁸ bilateral para “inducir a las autoridades concernidas a que respeten los derechos fundamentales de las personas”⁸⁹. Pese a ciertas similitudes,

84 CICR, *Annual Report 2005*, op. cit., nota 78, pp. 175-176.

85 John Hemming, “Taliban free 4 ICRC staff kidnapped in Afghanistan”, en Reuters, 29 de septiembre de 2007, disponible: <http://www.reuters.com/article/2007/09/29/us-afghan-kidnap-idUSISL27248020070929> (consultado el 8 de abril de 2011) (Traducción del CICR).

86 CICR, “20 ans en Afghanistan et encore tant à faire”, comunicado de prensa, 12 de junio de 2007, disponible en: <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/news-release/afghanistan-regional-news-120607.htm> (consultado el 4 de septiembre de 2011).

87 CICR, “Afganistán: el CICR visita por primera vez a detenidos bajo custodia talibana”, comunicado de prensa 09/251, 15 de diciembre de 2009, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/news-release/2009-and-earlier/afghanistan-news-151209.htm> (consultado el 4 de septiembre de 2011).

88 Al igual que en materia de detención por el Estado, el CICR se reserva la posibilidad de hacer públicas sus conclusiones acerca de la detención por grupos armados “si se reúnen las condiciones siguientes: 1) tales violaciones son importantes y repetidas o susceptibles de repetirse; 2) los delegados han sido testigos directos de esas violaciones, o la existencia y la amplitud de esas violaciones se conocen por medio de fuentes seguras y comprobables; 3) las gestiones bilaterales realizadas confidencialmente y, llegado el caso, los esfuerzos de movilización humanitaria, no han logrado que cesen las violaciones; 4) tal publicidad beneficia a las personas o poblaciones afectadas o amenazadas”. CICR, “Las gestiones del Comité Internacional de la Cruz Roja en caso de violaciones contra el Derecho Internacional Humanitario o de otras normas fundamentales que protegen a las personas en situación de violencia”, en *Selección de artículos de la Revista Internacional de la Cruz Roja 2005*, CICR, 2005, p.382.

89 A. Aeschlimann, op. cit., nota 19, p. 45.

este diálogo se diferencia de aquel que aboga, en términos más generales, por el respeto de las normas internacionales. Este último comprende la difusión de las principales normas jurídicas que rigen la detención y la incitación a incorporar ese derecho en los códigos de conducta, las declaraciones unilaterales⁹⁰ o los acuerdos bilaterales⁹¹ de los grupos armados. Si bien constituye una herramienta humanitaria importante y esencialmente preventiva, a la que el CICR también puede recurrir en todo momento⁹², este tipo de acción general no se adapta a las exigencias de los grupos armados, a sus operaciones de detención ni a las preocupaciones de las personas a las que tienen detenidas⁹³.

Los objetivos del diálogo confidencial del CICR están definidos, en todo momento, por las normas jurídicas internacionales, entre las que figura en primer lugar el DIH⁹⁴. Aunque la prioridad corresponda al derecho directamente aplicable —el de los CANI—, el CICR también toma en consideración otros conjuntos de normas jurídicas, como el derecho de los derechos humanos (en el caso de grupos muy estructurados que asumen funciones similares a las de un gobierno), y el derecho de los conflictos armados internacionales, por analogía⁹⁵. Siempre es más fácil referirse expresamente a normas jurídicas internacionales cuando el grupo se ha comprometido a respetarlas. El CICR espera de los grupos armados que respeten sus propios compromisos, sin importar el contexto en el que los hayan contraído o los motivos (humanitarios, políticos u otros) que hayan llevado al grupo a contraerlos. Sin embargo, aun cuando el CICR puede invocar el derecho internacional, lo hace de manera adaptada al contexto.

Si bien es cierto que el derecho internacional siempre debe presentarse de manera precisa y sin comprometer las disposiciones existentes, las exposiciones sobre este tema no deben ser teóricas o “académicas”. Los términos utilizados en los debates en materia de derecho deben ser persuasivos y pertinentes para las circunstancias. Es muy importante tener en cuenta la motivación y las percepciones de las partes en conflicto⁹⁶.

90 Así, la ONG Llamamiento de Ginebra alienta a los grupos armados a suscribir una “Escritura de compromiso con el Llamamiento de Ginebra para la adhesión a una prohibición total de las minas antipersonal y para una cooperación en la acción contra las minas”, que contiene vastas obligaciones relativas a las minas antipersonal. V. Llamamiento de Ginebra, “Anti-personnel mines and armed non-state actors”, 2009, disponible en: <http://www.genevacall.org/Themes/Landmines/landmines.htm> (consultado el 4 de marzo de 2011).

91 Artículo 3(2) común.

92 M. Mack y J. Pejic, *op. cit.*, nota 8, p. 22.

93 “A tal fin, se ha de definir la o las mejores respuestas en función del análisis de la situación en su conjunto, de los problemas identificados y de sus causas”. A. Aeschlimann, *op. cit.*, nota 19, p. 45.

94 Sassòli no deja de observar la complejidad inherente a toda tentativa de entablar un diálogo con los grupos armados sobre la base del derecho nacional, y señala que “la única posibilidad de asegurarse [la] colaboración [de los grupos armados] consiste en alentarlos a respetar el derecho internacional y sus mecanismos”. M. Sassòli, *op. cit.*, nota 47, p. 63. Sin embargo, se conocen casos en que un grupo armado se ha mostrado dispuesto a aplicar el derecho nacional.

95 No obstante, existen diferencias fundamentales que distinguen los dos regímenes jurídicos, como el estatus de las “personas protegidas” en el derecho de los conflictos armados internacionales, que no puede usarse simplemente por analogía. V. Marco Sassòli y Antoine Bouvier, *Un Droit dans la guerre ?* (primera edición en francés), CICR, Ginebra, 2003, p. 251

96 M. Mack y Pejic, *op. cit.*, nota 8, p. 13.

Además de insistir en las normas jurídicas aplicables *stricto sensu*, o en las que el grupo se ha comprometido a respetar, el CICR puede elegir referirse a otras normas aceptadas por el grupo de que se trate y que sean pertinentes en relación con sus operaciones de detención. El Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos reconoce, con razón, que:

algunos grupos armados cuestionan la legitimidad del derecho internacional [...] Los grupos cuyos objetivos o cuya ideología no admiten un mundo formado por Estados soberanos o que reivindican una autoridad divina (religiosa) a veces cuestionan la legitimidad de las normas internacionales. En esos casos, puede ser útil buscar en códigos tradicionales o religiosos normas *similares a las prohibiciones consagradas por el derecho internacional*⁹⁷.

En todos los casos, el CICR comienza por determinar si esas normas, y el marco en el que se sitúan, permitirán establecer una serie de normas para el grupo armado que sean equivalentes, al menos, a las dictadas por el derecho internacional. De manera global, entonces, al CICR le interesa comprender de forma exhaustiva los otros sistemas de normas y compararlos con el derecho internacional: por ello, ha organizado y alentado un diálogo comparativo sobre el derecho islámico y el DIH⁹⁸. En segundo lugar, el CICR establece si el grupo armado en cuestión estaría dispuesto a reconocer las normas identificadas, tomando en consideración, por ejemplo, la solidez de su relación con el grupo y la presencia de competencias suficientes. En algunos contextos, el CICR considera que las normas inscriptas en marcos ideológicos o culturales específicos no gozan de suficiente comprensión, o no podrían ser invocadas útilmente por actores externos y que, por esa razón, basarse en ellas sería contraproducente.

Por último, más allá de los marcos normativos, el CICR utiliza otra serie de argumentos para persuadir a los grupos armados de mejorar el trato hacia los detenidos y sus condiciones de detención⁹⁹. El argumento principal es esencialmente humanitario; en otras palabras, al referirse a un trato y a condiciones de detención insatisfactorios, el CICR hace hincapié en los efectos que tienen en las personas afectadas. Por ejemplo, la definición de sobrepoblación que emplea no se basa en el número de personas por metro cuadrado, en relación con una norma

97 D. Petrasek, *op. cit.*, nota 43, pp. 59-60 [Traducción y subrayado del CICR].

98 CICR, "Afganistán: conferencia sobre el islam y el derecho humanitario", comunicado de prensa 06/55, 21 de septiembre de 2006, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/news-release/2009-and-earlier/afghanistan-news-210906.htm> (consultado el 4 de septiembre de 2011).

99 Esos conjuntos de argumentos son de la misma naturaleza que los que se utilizan para favorecer la adhesión a las normas internacionales de manera general. Los actores humanitarios pueden utilizar— a condición de comprender de manera exhaustiva el grupo en cuestión— las razones expuestas por Olivier Bangterter, que fuerzan a los grupos armados a elegir respetar el derecho internacional humanitario para argüir en favor de la protección de los detenidos en conformidad con las normas internacionales. Oliver Bangterter, "Motivos por los que los grupos armados deciden respetar o no el derecho internacional humanitario", en *International Review of the Red Cross*, N.º 882, junio de 2011, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/assets/files/review/2011/irrc-882-bangterter.pdf>

internacional, sino en los efectos físicos y psicológicos que tiene en los detenidos. Análogamente, los casos presuntos de malos tratos suelen presentarse a través de la cita del testimonio directo de la persona que los ha sufrido.

Gracias a estas normas y a estas series de argumentos, el CICR hace recomendaciones a los grupos armados para mejorar el trato de los detenidos y sus condiciones de detención. Asegurándose de que esas recomendaciones sean aplicables, dado el carácter limitado de los recursos y la infraestructura disponible para la administración de la detención, el CICR hace hincapié en la intención, o el objetivo humanitario, de las normas pertinentes. A fin de que sus recomendaciones sean realistas y alcancen, al mismo tiempo, el resultado más satisfactorio desde el punto de vista humanitario, el CICR a menudo toma las condiciones de vida de los propios miembros del grupo como un indicador de su capacidad para tratar a los detenidos¹⁰⁰. El CICR considera que todos los grupos armados, cualquiera sea su grado de complejidad, están en condiciones de brindar un trato y condiciones de detención humanos, y toma medidas para alcanzar progresivamente ese objetivo¹⁰¹. Así pues, el CICR no suele aconsejar a los grupos armados que no practiquen la detención, ni tampoco recomienda que procedan a liberaciones, salvo en caso de toma de rehenes o de urgencia humanitaria, como las amenazas contra la vida o el bienestar de los detenidos en caso de enfermedades o heridas que el grupo armado no tiene la capacidad de tratar. En algunos casos, también, un diálogo con el fin de hacer respetar las garantías procesales regulares puede constituir una recomendación implícita de liberar a determinadas personas, por ejemplo, si están detenidas sin haber cometido personalmente ninguna infracción o si no representan por sí mismas un riesgo para la seguridad del grupo armado.

La asistencia

Si bien su modalidad de acción preferida es la persuasión a través del diálogo¹⁰², el CICR también brinda asistencia destinada a responder a preocupaciones puntuales en los casos de detención por entidades no estatales. A menudo, la asistencia consiste en suministrar artículos modestos, pero esenciales, como “medicamentos, ropa, mantas y bidones”¹⁰³ o en facilitar el intercambio de mensajes personales entre el detenido y su familia. En algunos casos excepcionales, puede llegar a suministrar bienes o servicios más importantes, como la organización de visitas de familiares¹⁰⁴ o ayuda financiera para alimentar a los detenidos¹⁰⁵. Es sabido que este

100 En los conflictos armados internacionales, una norma similar se aplica a las condiciones de alojamiento de los prisioneros de guerra: v. CG III, art. 25.

101 Por otra parte, obsérvese que las partes no estatales en un CANI tienen un grado mínimo de organización. V. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *La fiscalía c. Dusko Tadic, alias “Dule”*, caso n° IT-94-1, fallo relativo a la apelación de la defensa acerca de la excepción prejudicial de incompetencia, Sala de Apelación, 2 de octubre de 1995, párr. 70.

102 Los modos de acción comunes al conjunto de las medidas de protección tomadas por el CICR son la persuasión, el apoyo, la movilización, la sustitución (o prestación directa) y la denuncia.

103 CICR, *Annual Report 2008, op. cit.*, nota 4, p. 161.

104 CICR, *Annual Report 2005, op. cit.*, nota 78, p. 188.

105 CICR, *Annual Report 2006, op. cit.*, nota 83, p. 146.

tipo de asistencia a los grupos armados es esencial para asegurarse de que respeten las normas internacionales, aunque tiene limitaciones importantes:

El respeto de ciertas normas [...] puede exigirles contar con asistencia internacional a fin de reforzar sus capacidades [...]. La asistencia técnica a un actor armado no estatal —por ejemplo, en materia de protección o de respeto de las normas procesales y del debido proceso— amerita, por su parte, un examen más exhaustivo. Habrá que asegurarse de que las entidades que fomentan un mayor respeto de las normas no se vuelvan cómplices de un eventual comportamiento criminal de un actor armado no estatal ni participen en el desarrollo de una estrategia militar¹⁰⁶.

Siempre con estas consideraciones en mente, el CICR sopesa con cuidado, antes de brindar ayuda, las necesidades humanitarias y las capacidades de las que dispone el grupo armado en sí mismo para responder a estas. Entre otras cuestiones, examina en qué medida el problema por resolver es efectivamente el resultado de la incapacidad de las personas que administran la detención y no de una falta de voluntad de su parte, y solo brinda asistencia en el primero de los casos. La asistencia del CICR no habilita de ninguna manera a un grupo armado a practicar la detención. Apunta exclusivamente a responder a necesidades humanitarias específicas y bien identificadas. Asimismo, como cada grupo armado es individualmente responsable de garantizar un trato y condiciones de detención humanitarios, la asistencia solo se brinda en el contexto de un diálogo destinado a que el grupo asuma todas sus responsabilidades.

Entre las medidas que toma el CICR, cabe destacar sus intervenciones en calidad de intermediario neutral, que a menudo forman parte de la respuesta a la privación de libertad por grupos armados. Con frecuencia, el CICR interviene particularmente en esa función para facilitar la liberación de las personas detenidas¹⁰⁷. Como hemos señalado más arriba, el CICR no “exige” la liberación como regla general. Más bien, interviene para garantizar la repatriación segura de los detenidos que el grupo armado ha decidido liberar por iniciativa propia. Para el CICR, organización humanitaria estrictamente neutral e independiente, esta distinción es importante en cualquier circunstancia, pero es crucial en los casos de toma de rehenes. El CICR nunca participa en negociaciones relativas a cuestiones (como el intercambio de exigencias o de rescates) que contradigan fundamentalmente la prohibición absoluta de tomar rehenes.

106 Academia de derecho internacional humanitario y de derechos humanos de Ginebra, “Armed non-state actors and international norms: towards a better protection of civilians in armed conflicts”, resumen de las investigaciones iniciales y de las discusiones de un encuentro de expertos en Ginebra en marzo de 2010, disponible en <http://www.adhgeneva.ch/news/armed-non-state-actors-international-norms> (consultado el 11 de febrero de 2011) (Traducción del CICR).

107 P. J. C. Schimmelpenninck van der Oije, “International humanitarian law from a field perspective”, en *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 9, 2006, pp. 408-409. Entre los numerosos comunicados de prensa del CICR sobre esta materia, v. por ejemplo: “Sudán: el CICR facilita otra entrega de detenidos liberados”, comunicado de prensa 101/10, 9 de junio de 2010, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/news-release/2010/sudan-news-180510.htm> (consultado el 7 de abril de 2011).

Una acción humanitaria transparente

A través de su acción —de protección y asistencia— en respuesta a la privación de libertad por algunos grupos armados, el CICR mantiene un diálogo transparente con las partes en conflictos armados¹⁰⁸. Más específicamente, sin comprometer la confidencialidad que le debe al grupo armado, el CICR informa al Estado con el que el grupo está en conflicto de la existencia y los objetivos de sus contactos con el grupo. Esa colaboración del CICR en ningún caso confiere legitimidad a los grupos armados. En el plano jurídico, es lo que especifica el artículo 3 común, que dispone expresamente que la oferta de servicios del CICR a las partes en los CANI “no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”¹⁰⁹. La intención de este artículo se refleja perfectamente en la práctica, puesto que ni los Estados, ni las Naciones Unidas, ni ningún otro actor interpreta que la acción del CICR afirme el estatus que un grupo armado intenta obtener.

Y, además, en la mayoría de los casos, las partes en conflictos armados reconocen que la acción del CICR beneficia directamente a los miembros de su personal —como los miembros de las fuerzas armadas del Estado— que se encuentran privados de libertad. Para decirlo simplemente, las partes entienden que el CICR es una organización humanitaria neutral, imparcial e independiente, que obra para asegurar un trato y condiciones de detención humanos a las personas detenidas hasta que sean liberadas sin condiciones por otros medios.

Conclusión

La privación de libertad en tiempo de conflicto es una realidad. La regularidad del fenómeno de la detención por grupos armados refleja la actual preponderancia de los CANI, inclusive, ocasionalmente, aquellos en los que los grupos armados terminan administrando *de facto* el territorio donde ejercen su autoridad. No sorprende que, dada la vulnerabilidad propia de las personas privadas de libertad, este tipo de detención tenga consecuencias en el plano humanitario, que pueden verse exacerbadas por las particularidades de los grupos armados y por sus prácticas en materia de detención. Este hecho —en relación con la detención y sus consecuencias— exige por sí solo un diálogo humanitario con los grupos armados a fin de que las personas privadas de libertad reciban un trato humano y gocen de condiciones de detención adecuadas.

Sin embargo, al tratar de intervenir de manera eficaz, los actores humanitarios tropiezan con una serie de obstáculos. Además de las dificultades comunes a toda acción con los grupos armados, también deben lidiar con una serie de factores: los fundamentos jurídicos de la detención están ausentes tanto en los derechos nacionales como en el derecho de los derechos humanos y solo están implícitos en el DIH; el hecho de que las obligaciones de los grupos armados en materia de respeto de los detenidos, aun cuando su aplicabilidad al grupo no se cuestione, así

108 Cabe señalar que también puede surgir un CANI entre dos grupos armados: v. el artículo 3 común.

109 Artículo 3(2) común.

sean incompletas o poco específicas; el riesgo de que la cooperación en materia de detención, en particular en lo que respecta a las garantías judiciales, se traduzca en una legitimación —percibida o real— de los grupos armados; y, por último, la dificultad, la mayor parte del tiempo, para establecer y mantener el diálogo y el acceso a los grupos armados y a sus operaciones de detención. Todos estos elementos explican que los actores humanitarios a veces se vean impedidos de abordar este problema.

El CICR se esfuerza por superar esos obstáculos y por intervenir en favor de las personas privadas de libertad por los grupos armados. Su acción humanitaria en este marco no difiere, en lo esencial, de la acción que lleva a cabo habitualmente en relación con la detención por parte de los Estados. La principal herramienta empleada por el CICR para alcanzar sus objetivos humanitarios es el diálogo bilateral confidencial fundado en el acceso a los detenidos, los lugares de detención y la(s) persona(s) que administran la detención. Ese diálogo está enmarcado por el DIH y a menudo se ve enriquecido por otros argumentos. De él resultan recomendaciones específicas, adaptadas al contexto y dirigidas a los grupos armados para mejorar el trato y las condiciones de detención de las personas privadas de libertad. Tras un examen exhaustivo, ese diálogo se complementa con una asistencia destinada no a favorecer la práctica de la detención, sino a mejorar la situación de los detenidos. Estas medidas se toman en la más total de las transparencias y en beneficio de todas las partes en el conflicto armado.

Si bien la fuerza de esta acción reside en la rica experiencia del CICR, sería erróneo sugerir que los esfuerzos genuinos del CICR han alcanzado infaliblemente sus objetivos humanitarios en el caso de cada persona privada de libertad por un grupo armado. Tanto para el CICR como para otros actores humanitarios, el acceso a los grupos armados y a las personas detenidas por estos “no siempre es fácil”¹¹⁰. En el caso del sargento Gilad Shalit, por ejemplo, el CICR ha reconocido que su acción humanitaria se ve fundamentalmente obstaculizada por la falta de acceso al detenido¹¹¹. Y, además, incluso cuando es posible acceder a las personas detenidas, algunas veces el CICR se ha visto en la imposibilidad de convencer a los grupos armados de adoptar o abandonar determinadas prácticas —en particular, las que el grupo considera esenciales para desarrollar una guerra asimétrica de forma eficaz— a fin de respetar las normas internacionales en favor de las personas privadas de libertad. La dura realidad de los hechos es que, en Colombia —país donde el

110 A. Aeschlimann, *op. cit.*, nota 19, p. 41.

111 CICR, “Gaza: el CICR insta a Hamas a que permita al soldado israelí capturado, Gilad Shalit, mantener, con regularidad, el contacto con sus familiares”, comunicado de prensa, 124/09, 18 de junio de 2009, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/news-release/2009-and-earlier/palestine-news-180609.htm> (consultado el 4 de septiembre de 2011); CICR, “Gaza: el CICR mantiene su firme decisión de ayudar a Gilad Shalit”, entrevista a Béatrice Mégevand- Roggo, 23 de junio de 2010, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/interview/israel-shalit-interview-230610.htm> (consultado el 4 de septiembre de 2011).

CICR tiene una fuerte presencia desde 1991¹¹² y donde ha entablado un diálogo regular con los principales grupos armados—, sigue habiendo tomas de rehenes¹¹³, y la frecuencia y la envergadura de estas tomas solo se han visto limitadas en la realidad por las circunstancias del conflicto, que lleva décadas.

El hecho de no obtener invariablemente el mejor resultado posible en el plano humanitario en cada situación de privación de libertad por grupos armados obliga al CICR a reconsiderar su estrategia, pero no debilita de ninguna manera su inquebrantable perseverancia. El valor de su acción humanitaria reside, en gran medida, en su papel único frente a la privación de libertad por grupos armados. No existen otros actores humanitarios que intervengan exclusivamente en favor de las personas privadas de libertad, por lo que se refiere a su trato y sus condiciones de detención, y que no estén asociados de ninguna forma a las consideraciones esencialmente políticas relativas a su liberación. Esta acción estrictamente neutral, independiente e imparcial contribuye a garantizar un trato y condiciones de detención humanos a las víctimas. Por otra parte, nadie puede evaluar mejor esta contribución que estas últimas. El ex comandante de la fuerza naval de Sri Lanka, Ajith Boyagoda, detenido por los TLET durante ocho años, describió las visitas regulares del CICR como “una especie de póliza de seguro contra los malos tratos” y agregó:

Básicamente, sobrevivimos gracias al CICR, no solo por la ayuda material que nos proporcionaba, como alimentos, medicamentos y mensajes de la Cruz Roja, sino también porque, como intermediario neutral, podíamos presentarle nuestras quejas dirigidas a los TLET. Para nosotros, esa posibilidad representaba un gran consuelo¹¹⁴.

112 Jenatsch señala que “El CICR inició sus actividades en Colombia, el año 1969, visitando a los detenidos. En 1980, se instaló en Bogotá una delegación permanente. No obstante, la verdadera labor sobre el terreno no comenzó hasta 1991, al abrirse oficinas locales in Bucaramanga y Villavicencio”. Thomas Jenatsch, “El CICR, mediador humanitario en el conflicto colombiano: posibilidades y límites”, en *International Review of the Red Cross*, N.º 830, 1998, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlpt.htm> (consultado el 4 de septiembre de 2011).

113 V., por ejemplo, “Colombian troops rescue 22 kidnapped oil workers”, en *Guardian Online*, 8 de marzo de 2011, disponible en: <http://www.guardian.co.uk/world/2011/mar/08/colombian-troops-rescue-oil-workers> (consultado el 6 de abril de 2011).

114 CICR, “Una conexión vital con el mundo exterior”, 5 de junio de 2008, Reportaje, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/feature/sri-lanka-feature-naval-commande-050608.htm> (consultado el 4 de junio de 2012).

