



Fortalecimiento del derecho internacional humanitario
que protege a las personas privadas de libertad

Reunión de todos los Estados

27-29 de abril de 2015, Ginebra, Suiza

Documento de antecedentes

Abril de 2015

I. Introducción

El propósito de este documento es facilitar los debates de la reunión de todos los Estados sobre el fortalecimiento del derecho internacional humanitario¹ que protege a las personas privadas de libertad en relación con un conflicto armado no internacional (CANI). La reunión, que se lleva a cabo del 27 al 29 de abril de 2015, es parte de un gran proceso de consulta que el CICR está facilitando de conformidad con la resolución 1 de la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Conferencia Internacional)². La reunión tiene por objeto examinar las debilidades y los vacíos del DIH en cuatro ámbitos de interés humanitario: condiciones de detención, categorías de detenidos especialmente vulnerables, razones y procedimientos para el internamiento y transferencia de detenidos de una autoridad a otra.

La finalidad de la presente reunión es doble: una es conocer la opinión de los Estados sobre las principales cuestiones de fondo que han surgido de las consultas celebradas hasta la fecha. La otra es examinar las diversas opciones para conseguir el resultado al que se aspira con este proceso. Las observaciones que hagan los Estados en la presente reunión servirán de información al CICR para elaborar el informe que presentará a la XXXII Conferencia Internacional, en diciembre de 2015. Este informe incluirá, conforme a la solicitud de la resolución 1, diferentes opciones y las recomendaciones del CICR para avanzar en el proceso.

A. Los antecedentes de la resolución 1

La resolución 1 expresa el consenso general de los miembros de la Conferencia de que varias cuestiones humanitarias relativas a la privación de libertad en los conflictos armados requieren gran atención y de que es necesario realizar más investigaciones, consultas y debates al respecto³. En la misma resolución, la Conferencia Internacional invita al CICR a realizar, en cooperación con los Estados y, si procede, con otros actores pertinentes, investigaciones, consultas y debates sobre la manera de garantizar que el derecho internacional humanitario (DIH) es útil y pertinente para prestar protección jurídica a todas las personas privadas de libertad en relación con los conflictos armados. Pide también al CICR que presente un informe a la XXXII Conferencia Internacional, a fin de esta pueda considerarlo y emprender la acción apropiada— en que se propongan diversas opciones, incluidas sus recomendaciones.

¹ En consonancia con la resolución 1 de la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, se entiende por "fortalecimiento del derecho internacional humanitario" su reafirmación cuando no se aplica debidamente, o su esclarecimiento o desarrollo cuando no atiende suficientemente a las necesidades de las víctimas de los conflictos armados. Aun no se ha decidido de forma definitiva cuál de estas tres vías se seguirá, llegado el caso.

² Respecto del presente proceso de consulta puede consultarse la siguiente página del sitio web del CICR: <https://www.icrc.org/eng/what-we-do/other-activities/development-ihl/strengthening-legal-protection-ihl-detention.htm>. Cabe observar que este proceso de consulta es distinto al otro importante proceso de consulta que dimana de la resolución 1, el cual concierne al fortalecimiento del cumplimiento del derecho internacional humanitario en general, y que facilitan conjuntamente el CICR y el Gobierno suizo. Al respecto, puede consultarse la página: <https://www.icrc.org/eng/what-we-do/other-activities/development-ihl/strengthening-legal-protection-compliance.htm>.

³ Puede consultarse la resolución 1 en http://www.rcrcconference.org/docs_upl/es/Res_booklet_ES.pdf

La resolución fue adoptada en respuesta al informe del CICR –basado en un estudio interno que duró tres años– en que se evaluaba el estado actual del DIH y se ponían de relieve varios ámbitos en que era oportuno fortalecerlo.

B. El problema examinado

La privación de libertad es común y previsible en todos los tipos de conflicto armado, incluida la efectuada por partes no estatales en un CANI. En consonancia con la realidad de que capturar y retener a un adversario es también una característica inherente a los CANI, el DIH no prohíbe la privación de libertad por ninguna parte en ese tipo de conflicto. En realidad, desde un punto de vista humanitario, la opción de recurrir a la detención –siempre que se preserve la integridad física y la dignidad de los detenidos– puede mitigar muchas veces la violencia y el costo humano de los conflictos armados. Por consiguiente, el DIH se preocupa por que la detención se realice de forma humana y el derecho aplicable a los conflictos armados internacionales y no internacionales contienen normas a este efecto.

Sin embargo, hay una disparidad sustancial entre las normas sólidas y pormenorizadas aplicables en los conflictos armados internacionales (CAI) y las normas muy básicas que se han codificado para los CANI. Los cuatro Convenios de Ginebra –ratificados universalmente, pero aplicables en su mayor parte solo en los conflictos armados internacionales, es decir, los conflictos entre Estados– contienen más de 175 disposiciones que regulan casi todos aspectos de la detención: condiciones materiales de detención, necesidades específicas de grupos vulnerables, motivos para la detención y normas procesales conexas, transferencia de detenidos entre autoridades, etc.

No existe un régimen comparable para los CANI. Si bien el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (artículo 3 común) y el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, del 8 de junio de 1977 (Protocolo II) contienen disposiciones que confieren una protección vital a los detenidos, éstas son limitadas tanto en su alcance como en su especificidad, en comparación con lo dispuesto por los Convenios de Ginebra para los CAI. Además, persisten los debates y las disensiones sobre la aplicabilidad y la idoneidad del derecho de los derechos humanos, y sobre la delimitación del DIH consuetudinario y la manera en que el derecho internacional puede influir en la conducta de las partes no estatales en un conflicto.

Desde la XXXI Conferencia Internacional, y de conformidad con la resolución 1, el CICR ha llevado a cabo varias consultas de expertos gubernamentales para evaluar sí y cómo fortalecer la protección jurídica de los detenidos en los CANI. Este documento de antecedentes resume el proceso hasta la fecha. Pero antes es importante destacar ciertas cuestiones que no forman parte de este proceso en conjunto.

C. Cuestiones fuera del ámbito del presente proceso

En primer lugar, como se señaló más arriba, la evaluación del CICR sobre el estado actual del derecho llegó a la conclusión de que la necesidad más urgente es fortalecer el DIH en el ámbito de los CANI. El régimen relativamente sólido de los Convenios de Ginebra ya proporciona protecciones humanitarias completas a los detenidos en los CAI. Durante las consultas regionales, una amplia mayoría de participantes estuvo de

acuerdo con el análisis que hizo el CICR en la materia. Si bien algunos expertos gubernamentales también se mostraron interesados en fortalecer el DIH aplicable en los CAI, no se formularon propuestas concretas en ese sentido y otros disientían de esa sugerencia. Por esta razón, en las consultas se confirmó que la materia de los debates en el contexto de este proceso debería seguir siendo el régimen jurídico relativo a los CANI y, por consiguiente, no se examinó más la cuestión de la detención relacionada con los conflictos armados *internacionales*.

En segundo lugar, las protecciones relacionadas con el *trato* propiamente dicho que deben recibir las personas detenidas por motivos relacionados con un CANI no forman parte de este proceso. Según la conclusión a la que se llegó en la evaluación del CICR sobre el estado actual del derecho, las normas del artículo 3 común, del Protocolo II y del DIH consuetudinario relativas a la prohibición de la tortura y de todas las otras formas de malos tratos son bastante claras y, por el momento, no es necesario fortalecerlas. Del mismo modo, las garantías judiciales en materia de detención penal, las cuales se rigen también por el artículo 3 común, el Protocolo II y el DIH consuetudinario, tampoco se examinan en este proceso.

En tercer lugar, el proceso se centra únicamente en la protección de las personas privadas de libertad por motivos relacionados con un CANI. Por consiguiente, en este proceso tampoco se considera la protección de las personas que están detenidas en los Estados afectados por un CANI por razones ajenas al conflicto. Por ejemplo, las personas contra las cuales se hayan formulado acusaciones penales sin relación con el CANI o las personas sometidas a una detención administrativa por razones independientes al CANI.

Por último, otra cuestión que quedará fuera del alcance de este proceso será la clasificación de los conflictos y los criterios para determinar la existencia de un CANI. Para los fines que nos ocupan, cabe recordar que la distinción esencial entre conflicto armado internacional y no internacional es la calidad de las partes implicadas. Mientras que un CAI presupone el uso de fuerza armada entre dos o varios Estados, un CANI implica hostilidades entre un Estado y un grupo armado organizado no estatal (la parte no estatal), o entre grupos de esta índole. Sobre la base de la jurisprudencia de los tribunales internacionales y otras autoridades jurídicas, se considera indispensables por lo menos dos criterios concretos para que una situación de violencia pueda ser entendida como un CANI: por un lado, las partes implicadas deben tener cierto grado de organización y, por otro, la violencia debe alcanzar cierto grado de intensidad. Los disturbios interiores o las tensiones internas que no llenen esos dos criterios no son un CANI y, por lo tanto, están por debajo del umbral de aplicabilidad del DIH. Por consiguiente, la protección de los detenidos en relación con esas situaciones también queda por fuera del alcance del presente proceso.

Un cambio importante que se observado durante los últimos 15 años ha sido el incremento de los CANI que comportan un elemento extraterritorial, y se han planteado cuestiones sobre si la clasificación actual de los conflictos armados es suficiente. Si bien puede ser oportuno examinar esta cuestión, el enfoque del presente proceso se limita a mejorar las protecciones humanitarias sustantivas en favor de los detenidos por motivos relacionados con un CANI, incluidos los que estén retenidos fuera del territorio del Estado detenedor.

D. Principios rectores del proceso de consulta

Asimismo, es importante señalar varios principios y entendimientos fundamentales que han sido esenciales para que el CICR facilitara el proceso. Esos se reflejan en todo el documento, pero es útil describirlos aquí brevemente.

En primer lugar, el objeto del proceso es fortalecer la protección jurídica propiamente dicha y no fiscalizar las prácticas de cada Estado en particular en el ámbito de la detención. Las consultas se han basado, sin duda alguna, en la experiencia colectiva de los Estados, pero las diferentes prácticas examinadas han servido sólo como información y enseñanza. Ni las consultas ni el proceso en general tienen como propósito emitir juicios sobre las prácticas estatales en relación con la detención.

En segundo lugar, el CICR ha procurado dejar de lado la cuestión de la interacción entre el DIH y el derecho de los derechos humanos. En las consultas no se trató de obtener un consenso acerca de la cuestión conceptual de si este último se aplica en diferentes tipos de CANI y en qué medida. Al mismo tiempo, no es la primera vez en la historia que los Estados emprenden un proceso para tratar de proteger a los detenidos mediante el derecho internacional y pueden sacarse lecciones de las normas existentes. Por esta razón, el *contenido sustantivo* –sin perjuicio de la fuerza jurídica– de las protecciones que contienen el DIH aplicable en los CAI, el derecho de los derechos humanos y el derecho de los refugiados se ha utilizado como fuente de inspiración para esclarecer las necesidades humanitarias de los detenidos y considerar la manera de atenderlas en el contexto específico de los CANI (se explica más detalladamente este enfoque en las secciones que versan sobre las últimas consultas temáticas).

En tercer lugar, en las consultas se ha prestado gran atención a las dificultades que supone el fortalecimiento del DIH aplicable a partes no estatales en un CANI. El CICR toma nota de la preocupación de los Estados acerca de una legitimización potencial de ese tipo de grupos, la distinta capacidad que estos tienen y las cuestiones relacionadas con el cumplimiento del derecho existente por parte de esos grupos. Se examinan detenidamente estas cuestiones en la sección "Detención por las partes no estatales en un CANI", más adelante.

Por último, el CICR tomó nota de las preocupaciones que expresaron algunos Estados durante las consultas regionales respecto de la soberanía. Puesto que esta cuestión se relaciona, fundamentalmente, con la naturaleza y la forma del instrumento final, aún no se ha examinado de forma detenida. No obstante, el CICR ha tenido en cuenta estas preocupaciones al considerar las posibles maneras de continuar el proceso, las cuales figuran también en este documento.

E. Estructura del documento de antecedentes

La parte II contiene una nota explicativa sobre la terminología utilizada. En la parte III se resume el proceso hasta la fecha. En las Partes IV y V se examinan los principales objetivos de la presente reunión, que son los siguientes: considerar los elementos sustantivos derivados de las consultas celebradas hasta la fecha y examinar la forma en que habrá de avanzar el proceso hasta la celebración de la Conferencia

Internacional en 2015 y las opciones posibles para un resultado de todo el proceso, sobre el que empezará a trabajarse a comienzos de 2016. Para facilitar el debate, se plantean una o varias preguntas al final de cada apartado.

II. Uso de la terminología

Para los fines de este documento de antecedentes, se utiliza el término "privación de libertad" como sinónimo de "detención" y se refiere al confinamiento de un individuo –independientemente de los motivos del confinamiento o del fundamento jurídico por el que ese se rija– a un área limitada del que esa persona no puede salir a voluntad. La detención puede durar momentos o años y puede ocurrir en una amplia gama de circunstancias, incluidas aquellas en que no se procede al traslado de la persona a un lugar distinto a aquel donde comenzó la restricción de movimiento.

El término "detención penal" se refiere a la detención que tiene lugar con la finalidad de enjuiciar y condenar a una persona por la comisión de una infracción penal. La detención penal relacionada con un CANI se rige por el artículo 3 común, y el Protocolo II cuando este es aplicable; en estos tratados se prohíben las leyes retroactivas, se dispone acerca de las garantías judiciales esenciales y exigen la celebración de un juicio imparcial.

El término "internamiento" se refiere a un tipo específico de detención no penal y no punitiva impuesta por imperiosas razones de seguridad en un conflicto armado⁴. El internamiento es la pena más severa que puede utilizarse para controlar los movimientos y las actividades de las personas protegidas por los Convenios de Ginebra III y IV ("CG III" y "CG IV").⁵ Los prisioneros de guerra pueden ser internados según lo dispuesto en el GC III. Las personas protegidas por el CG IV en los territorios ocupados, incluidas las personas civiles que participan en las hostilidades activas, sólo pueden ser internadas si así lo requieren imperiosas razones de seguridad. Las personas en el territorio de un beligerante que están protegidas por el CG IV, las cuales pueden incluir a las personas civiles que participan en las hostilidades activas, no podrán ser internadas "más que si la seguridad de la Potencia en cuyo poder estén lo hace absolutamente necesario". El internamiento en los CANI no está prohibido por el artículo 3 común, y el artículo 5 del Protocolo adicional II lo menciona explícitamente: "las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, ya estén internadas o detenidas". Sin embargo, en las disposiciones pertinentes no se abordan los motivos y los procedimientos para el internamiento.

A los efectos de las presentes consultas, la palabra "transferencia" se refiere a la entrega de un detenido por una parte en un conflicto armado a otro Estado o a otra entidad no estatal. Incluye las situaciones en

⁴ El internamiento no incluye la detención preventiva legal de una persona por una infracción penal relacionada o no con el conflicto armado. Se considera que estas personas son detenidas por infracciones penales y, por consiguiente, están protegidas por las garantías judiciales dispuestas en el artículo 3 común y, en los casos en que se aplique, por el P II.

⁵ Véanse CG III, art. 21 y CG IV, arts. 42 y 78.

que se entrega a un detenido sin que se cruce una frontera internacional. Sin embargo, no incluye las situaciones en que la entrega se hace entre autoridades que pertenecen a la misma parte en conflicto.

III. Proceso de la consulta estatal hasta la fecha

La resolución 1 invita al CICR a proseguir las investigaciones, las consultas y los debates, en cooperación con los Estados y, si procede, con otros actores pertinentes. Además de los Estados, el CICR ha entablado y mantenido un diálogo con otros actores. Sin embargo, el documento de antecedentes se refiere a las consultas mantenidas con Estados. El proceso consta de tres etapas, y dos ya han terminado. La primera consistió en cuatro consultas regionales; la segunda en dos consultas sobre temas específicos, y la tercera, de la cual forma parte la presente reunión, consistirá en intercambios con todos los Estados y en la preparación para la XXXII Conferencia Internacional.

A. Primera etapa. Consultas regionales

El proceso comenzó con cuatro consultas regionales en las que participaron 170 expertos gubernamentales, en representación de 93 Estados. Los Estados invitados fueron seleccionados teniendo presentes los siguientes factores: asegurar una representación geográfica equilibrada, aprovechar la experiencia de los Estados que se han visto confrontados con la cuestión de la detención en situaciones de CANI y limitar el número de participantes en las consultas para propiciar debates productivos. Las consultas tuvieron lugar, en Pretoria (Sudáfrica), en noviembre de 2012; en San José (Costa Rica), en noviembre de 2012; en Montreux (Suiza), en diciembre de 2013, y en Kuala Lumpur (Malasia), en abril de 2013.

Los debates se resumen en cinco informes publicados por el CICR: uno para cada consulta regional y un informe de síntesis que ofrece un panorama de todos los debates. Con la intención de que los informes reflejen fielmente los debates que se han llevado a cabo hasta la fecha, se distribuyeron borradores a todos los expertos que participaron en las consultas a fin de que pudieran proponer correcciones. Sin embargo, el contenido de esos informes es obra del CICR exclusivamente.

De conformidad con el empeño del CICR de avanzar de forma transparente e integradora en todo el proceso, los informes fueron publicados en el sitio web de la Institución.⁶ Asimismo, se hizo una presentación abierta a todas las Misiones Permanentes en noviembre de 2013 para comunicarles los resultados e informarles sobre las siguientes etapas del proceso.

⁶ Pueden consultarse los informes de las cuatro consultas regionales, el informe de síntesis y los dos informes sobre las consultas temáticas en: <https://www.icrc.org/eng/what-we-do/other-activities/development-ihl/strengthening-legal-protection-ihl-detention.htm>.

Los dos objetivos generales de las cuatro consultas regionales fueron: en primer lugar, hacer un sondeo de opinión de los Estados sobre si el CICR había determinado correctamente las principales cuestiones jurídicas y humanitarias que era necesario examinar. Concretamente, se preguntaba a los expertos gubernamentales que confirmaran si, por lo que respecta a la detención relacionada con un CANI, los cuatro ámbitos en se debía centrar el proceso eran los siguientes: 1) condiciones de detención; 2) categorías de detenidos especialmente vulnerables; 3) razones y procedimientos para el internamiento; y 4) transferencia de detenidos de una autoridad a otra.

En segundo lugar, las consultas regionales consistieron en un intercambio preliminar acerca de lo que debería ser el resultado final de todo el proceso. No se pretendía tomar decisiones definitivas sobre un posible resultado final, sino más bien entablar un diálogo sobre las posibilidades concretas que podrían tenerse en cuenta.

El CICR pudo sacar las siguientes conclusiones generales sobre las opiniones de los Estados, basándose en la información que recibió de su parte durante las cuatro consultas regionales.

- Es pertinente concentrarse en la detención relacionada con un CANI y en los cuatro ámbitos de interés humanitario que definió el CICR.
- Los Estados, en general, apoyan un documento final que fortalezca la protección que ofrece el DIH a los detenidos en relación con un CANI. Si bien algunos Estados apoyaron la posibilidad de elaborar un nuevo tratado, la tendencia general durante las consultas regionales fue más bien hacia un resultado que no fuera jurídicamente vinculante: por ejemplo, normas mínimas, principios rectores y mejores prácticas.
- Los Estados consideraron que el DIH existente aplicable en los CAI es el primer lugar donde se pueden determinar los tipos de protección que podrían ser apropiados para elaborar un documento final de DIH. Si bien los Estados difieren en su posición en cuanto a la interacción entre el DIH y el derecho de los derechos humanos, consideraron que el contenido sustantivo del derecho de los derechos humanos y los principios sobre detención internacionalmente reconocidos podrían ser también fuentes valiosas de referencia para un potencial documento final de DIH.
- La experiencia colectiva de los Estados y las prácticas que estos han desarrollado para proteger a los detenidos pueden ser una fuente de ideas y aportes útiles para un potencial documento final de DIH y deberían continuar los intercambios al respecto a medida que se avanza en el proceso.
- La regulación de las actividades de detención de los grupos armados no estatales es una cuestión especialmente delicada que podría necesitar un mayor análisis.

Para aprovechar el progreso alcanzado en las consultas regionales y analizar de forma más detallada la posibilidad de fortalecer el DIH y de qué manera, el CICR organizó después una segunda etapa, que consistió en consultas temáticas de expertos gubernamentales.

B. Segunda Etapa. Consultas temáticas

La primera consulta temática tuvo lugar, del 29 al 31 de enero de 2014, en Ginebra, y examinó cuestiones relacionadas con las condiciones de detención y con los grupos de detenidos especialmente vulnerables. La segunda tuvo lugar del 20 al 22 de octubre de 2014, en Montreux, y abordó los motivos y procedimientos para la detención y la transferencia de detenidos.

En la consulta temática aquí reseñada, los Estados participantes también fueron escogidos sobre la base de una representación geográfica representativa y según su experiencia en el ámbito de la detención en relación con CANI. Para que los debates fueran minuciosos y productivos, fue necesario limitar la participación a determinado número de Estados –se invitó a 46– para poder examinar detenidamente las cuestiones de fondo. A fin de conservar la transparencia, el CICR redactó dos informes sobre las consultas temáticas, en los cuales se reseñan los debates de forma detallada⁷. Para que los informes también reflejaran de forma fiel los debates, se distribuyeron borradores a todos los participantes, a fin de que hicieran sus observaciones. Sin embargo, el contenido de los informes es obra del CICR exclusivamente.

Las consultas temáticas tenían dos amplios objetivos. El primero era hacer una evaluación práctica para examinar detenidamente las normas del DIH aplicables en los CAI, así como las normas conexas del derecho de los derechos humanos y los principios sobre detención internacionalmente reconocidos, a fin de determinar cómo podrían aplicarse en el contexto de los CANI. Se prestó especial atención a la manera en que los Estados suelen hacer frente a las dificultades específicas que surgen en los CANI. Para efectuar la evaluación práctica se pidió a los Estados que hicieran abstracción de la *fuerza* de las protecciones examinadas y centraran la atención en saber si su *contenido sustantivo* podía atender las necesidades de protección de los detenidos, a la luz de las circunstancias que crean los CANI. La finalidad de la evaluación práctica era comprender mejor el entorno operacional en que sería necesario abordar las preocupaciones humanitarias definidas con anterioridad y garantizar que todo fortalecimiento de la protección jurídica de los detenidos se realiza de forma significativa y realista.

En la evaluación práctica se hizo referencia a los derechos humanos y a otras disposiciones del derecho internacional con el objeto de debatir sólo su contenido de fondo y sin perjuicio de las opiniones de los Estados o del CICR sobre su aplicabilidad en los CANI como cuestión de derecho.

El segundo objetivo era sondear la opinión sobre los elementos concretos de protección en que deberían centrarse los debates al ir avanzando en el proceso. La frase "elementos de protección" utilizada en el presente documento se refiere a categorías de protección, sin perjuicio de si cada uno de los elementos sería incluido o no en un posible documento final y de qué manera. Por ejemplo, en la categoría de provisión de alimentos a los detenidos, los elementos de protección podrían incluir la calidad de los alimentos, la cantidad de alimentos, los horarios de las comidas, y el régimen alimenticio habitual.

⁷ Se puede consultar en la página <https://www.icrc.org/eng/what-we-do/other-activities/development-ihl/strengthening-legal-protection-ihl-detention.htm>.

IV. Principales cuestiones sustantivas extraídas de las consultas que se han llevado a cabo hasta la fecha

En la Parte IV se presentan las cuestiones sustantivas más importantes que, según el CICR, pueden extraerse de las opiniones expresadas por los Estados en las consultas que se han llevado a cabo hasta la fecha. Las cuestiones sustantivas reseñadas en cada sección y las siguientes preguntas para el debate hacen un balance entre dos objetivos importantes: por una parte, dar a los Estados que no participaron en las consultas regionales o temáticas la oportunidad de dar su punto de vista sobre una serie concreta de cuestiones sustantivas y, por otra, basarse en los debates que se han llevado a cabo hasta la fecha definiendo –y perfeccionando mediante el debate en esta reunión– los parámetros en que debería basarse, según la opinión de los Estados, todo posible fortalecimiento del DIH en este ámbito.

Para conseguir estos importantes objetivos en el tiempo a disposición, los elementos que han surgido en las consultas han sido seleccionados cuidadosamente y están expresados forzosamente con cierto grado de generalidad. Los elementos no son exhaustivos y sin duda alguna no dan cuenta del alcance y la profundidad de las consultas efectuadas sobre cada asunto. Al respecto, es esencial tener en cuenta que la finalidad del presente documento no es resumir los valiosos y exhaustivos debates que se han llevado a cabo hasta la fecha. Los informes individuales de las consultas temáticas son los que han de considerarse como los documentos de referencia sobre las cuestiones examinadas, y el CICR alienta a todos los Estados a familiarizarse con estos informes antes de la reunión objeto de este informe. Este documento sirve, por un lado, para informar sobre el modo en que el CICR comprende –basándose en las consultas– lo que los Estados consideran como las cuestiones más importantes que se deben tener cuenta a medida que se avanza en el proceso y, por otro, para ampliar el intercambio sobre esas cuestiones.

En esta Parte figuran cada uno de los ámbitos en que se debería fortalecer el derecho. Se presentan de la siguiente manera:

- 1) se explica los principales problemas humanitarios a que hacen frente los detenidos en cada ámbito;
- 2) se informa sobre los aspectos esenciales que el CICR ha extraído de las consultas que se han llevado a cabo hasta la fecha, a fin de que puedan ser discutidos y detallados de manera que sirvan de referencia a medida que se avanza en el proceso; y
- 3) se dan a conocer los puntos de vista de los Estados y se pide su opinión sobre los elementos de protección que el CICR ha propuesto como ideas centrales para los debates que se llevan a cabo en el proceso.

Al final de cada sección se incluyen preguntas para orientar el debate.

A. Condiciones de detención y grupos vulnerables

Teniendo en cuenta que muchas cuestiones relacionadas con las condiciones de detención y los grupos especialmente vulnerables se superponen ampliamente, se abordan al mismo tiempo estos dos ámbitos en que se considera necesario un fortalecimiento.

1. Principales preocupaciones humanitarias

Cuando el CICR visita a personas privadas de libertad en diversos contextos, observa con frecuencia que existen condiciones de detención que tienen graves consecuencias para la salud física y mental de la población carcelaria. Ejemplos de algunos de los problemas más corrientes son: alimentos, agua o vestimenta inadecuados, instalaciones sanitarias en cantidad insuficiente o poco higiénicas e inexistencia de atención médica. Las personas privadas de libertad suelen estar alojadas en condiciones muy precarias, expuestas a los elementos o sin ventilación natural y a menudo se les impide hacer ejercicio físico. El consiguiente detrimento para la salud y el bienestar de los detenidos se ve con frecuencia agravado a causa del hacinamiento crónico y los escasos recursos de la autoridad detenedora.

Es frecuente también que las personas privadas de libertad no tengan contacto con el mundo exterior, ni siquiera con sus parientes más cercanos. La separación física y la imposibilidad de comunicarse con la familia los llena de angustia y viven en la incertidumbre pensando en la situación de sus hijos, cónyuges o progenitores. También es frecuente que las autoridades no registren los datos personales de los detenidos, lo que dificulta la posibilidad de localizarlos y de informar a sus familiares sobre su paradero y su bienestar. La falta de registros de datos y de contacto con el exterior también dificulta o impide a los detenidos recibir los servicios y la protección a los que pueden tener derecho.

Por último, aun en el caso de que sus necesidades básicas estén a cubierto, el grado de confinamiento no siempre se adecua al propósito de la privación de libertad. Las condiciones previstas para los penados en un establecimiento penitenciario pueden ser inapropiadas para las personas sometidas a un régimen de internamiento, el cual es, inherentemente, una medida de control no punitiva. Encerrar a personas condenadas con personas internadas es el ejemplo más ostensible de la falta de diferenciación entre ambos grupos de personas. (En cuanto al internamiento, véase la sección B, más adelante).

Además de los problemas que padece la población carcelaria en general, determinadas categorías de detenidos afrontan dificultades adicionales cuando las autoridades no atienden debidamente sus necesidades específicas. Las mujeres, los niños, los ancianos y las personas con discapacidades son algunas de las personas más vulnerables en estos casos, y mezclar a todos los detenidos suele ser uno de los factores causantes del problema. Las mujeres que son encerradas junto a los hombres corren un riesgo evidente de sufrir abusos, lo que además puede afectar indirectamente al disfrute de otros tipos de protección. Del mismo modo, recluir a los niños en el mismo recinto que a los adultos que no son parientes suyos les expone a múltiples riesgos para su integridad física, incluidos los abusos sexuales, y puede acarrear consecuencias nefastas para su desarrollo psicológico.

Aun cuando estén en establecimientos adecuados, hay determinadas categorías de detenidos que requieren una atención particular. Las detenidas tienen necesidades específicas en materia de salud e higiene. Las mujeres embarazadas y las madres lactantes requieren suplementos alimenticios y una atención adecuada antes y después del parto. Los niños también necesitan recibir una protección y unos cuidados especiales. Las condiciones y los establecimientos de detención no están adaptados, muchas veces, a sus necesidades y vulnerabilidades, y los niños pueden carecer de acceso a la educación o la formación vocacional, al ejercicio físico o a actividades recreativas.

Pregunta para encauzar los debates

Además de los problemas que se reseñan en este apartado y se describen detenidamente en los informes de las consultas regionales y de las consultas temáticas, ¿hay algún otro problema humanitario que debería tomarse en consideración?

2. Cuestiones esenciales extraídas de las consultas que se han llevado a cabo hasta la fecha

El CICR ha extraído de las consultas que se han llevado a cabo hasta la fecha varias cuestiones importantes en relación con las condiciones de detención y con los detenidos especialmente vulnerables. Ante todo, para el CICR es un aliento saber que los Estados, en general, consideran importante que sus fuerzas protejan a los detenidos por motivos relacionados con los CANI en todos los ámbitos específicos de preocupación humanitaria que se han abordado en el contexto de este proceso. Los participantes en las consultas han hecho saber al CICR que, al emprender operaciones de detención en los CANI, consideran fundamentales las siguientes cuestiones: suministro de alimentos, agua, higiene y asistencia médica; alojamiento adecuado; posibilidad de hacer ejercicio y salir al aire libre; registro de los datos de los detenidos y notificación de su detención; facilitación del contacto con el mundo exterior y muchas otras.

En segundo lugar, según lo que se desprende del proceso de consulta hasta la fecha, el CICR entiende que el *grado* de protección que los Estados pueden proporcionar con respecto a necesidades humanitarias especiales dependerá de las circunstancias operacionales en que tiene lugar la detención⁸. Según como lo ha entendido el CICR, las consultas celebradas hasta la fecha han confirmado que la detención en relación con CANI a menudo tiene lugar en establecimientos penitenciarios o de internamiento ubicados en zonas relativamente estables donde es factible proporcionar amplias protecciones humanitarias. En esas circunstancias, los Estados pueden prestar muchas protecciones a los detenidos en relación con CANI, las cuales no difieren mucho de las que brindarían a detenidos en situaciones distintas a un conflicto armado. Al mismo tiempo, algunos participantes dijeron que las circunstancias a que daba lugar un CANI hacían

⁸ Véase Informe sobre la consulta temática de expertos gubernamentales sobre las condiciones de detención y los detenidos especialmente vulnerables, pp. 10-11 y 13-47; también puede consultarse en la página www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4230.pdf.

que los Estados adaptaran diferentes aspectos de los establecimientos de detención y de su administración para garantizar la seguridad de los detenidos y de las fuerzas detenedoras y para tener en cuenta las circunstancias logísticas. Si bien los establecimientos de detención pueden ser construidos pensando en el acceso a luz natural y a la ventilación, su exposición al fuego enemigo, aunque este sea solo periódico, impondría ciertas restricciones en el diseño de los edificios; y este es solo un ejemplo de una consideración relacionada con un CANI que es necesario tener en cuenta. No obstante, los participantes señalaron que, incluso en una situación de CANI, es posible poner en práctica el *contenido sustantivo* de las protecciones extraídas de las normas sobre detención reconocidas internacionalmente –elaboradas sobre todo para los tiempos de paz– cuando el entorno de detención es estable.

En el otro extremo, gran parte de las detenciones en relación con un CANI –como la que se efectúa después de la captura de una persona durante las hostilidades– también pueden tener lugar en circunstancias sumamente difíciles. "La detención sobre el terreno" o la detención por fuerzas desplegadas que no tienen acceso inmediato a una base son ejemplos de privación de libertad en condiciones fundamentalmente diferentes de las que podrían existir en un establecimiento penitenciario o de internamiento. En esas circunstancias, el alojamiento, las cocinas o las instalaciones de higiene son inexistentes tanto para los detenidos como para las fuerzas detenedoras. De manera similar, la detención temporal o transitoria en bases operacionales que están cerca del campo de batalla podría significar que se dispone solo de una infraestructura de detención mínima, que la asistencia médica especializada es limitada y que las comidas se restringen a raciones alimentarias de campo. Los Estados han confirmado que, en esas circunstancias, las necesidades humanitarias básicas de los detenidos –alimentos, agua, higiene, asistencia médica– y la protección contra los efectos de las hostilidades y contra la desaparición, siguen siendo preocupaciones vitales para las fuerzas detenedoras. La práctica en esas circunstancias incluye atender las necesidades básicas de los detenidos y ofrecerles las mismas condiciones que a las fuerzas que se encargan de su custodia. Además, el CICR entiende que, en esas situaciones, por lo general se retiene a los detenidos por poco tiempo. Las consultas han mostrado que, a medida que se avanza en el proceso, será importante tener en cuenta esta amplia serie de etapas y de entornos de detención, y hacer lo posible por tenerlos todos en cuenta en las consultas del proceso .

En tercer lugar, según entiende el CICR, los Estados consideran que la duración de la detención influye en la necesidad de proporcionar determinadas protecciones en el primer lugar de detención⁹. La detención que dura muy poco tiempo en espera de una transferencia a otra autoridad o establecimiento podría significar que ciertas necesidades humanitarias no son tan urgentes o importantes como lo serían si la detención durara más tiempo. Por ejemplo, las protecciones relacionadas con las necesidades esenciales, como alimentos, agua, alojamiento y acceso al aire fresco son casi inmediatamente vitales, mientras que las protecciones relacionadas con la variedad de las comidas, el acceso a la educación, o los espacios para actividades recreativas podrían adquirir importancia solo cuando la detención dura más del tiempo previsto.

En cuarto lugar, en las consultas se ha confirmado que uno de los aspectos más importantes para poder proporcionar una protección óptima a los detenidos en los CANI es una planificación previa de las

⁹ *Ibíd.*

operaciones de detención¹⁰. Una planificación cuidadosa de la detención contribuye a evitar el hacinamiento, prevé las necesidades esenciales como la higiene y la atención médica, incluye salidas frecuentes al aire libre, facilita las visitas de familiares, agiliza los procesos de registro de datos y de notificación de información y contribuye a la tranquilidad y la disciplina del entorno de detención (lo que a su vez incrementa la seguridad y el bienestar, tanto de los detenidos como del personal). Pero además de la planificación estructural, es importante prever con antelación otros aspectos de la detención. Por ejemplo, considerar antes en la composición de género de las fuerzas sobre el terreno permite tener en cuenta las cuestiones de género en las operaciones de detención; la existencia de procedimientos operativos ayudan a prestar protecciones humanitarias sin comprometer la seguridad, y la capacitación de las fuerzas que probablemente tengan que ver con los detenidos u ocuparse de su gestión les permitirá brindar las protecciones humanitarias de forma coherente e interactuar de manera profesional con los detenidos.

Preguntas para encauzar los debates

1. *¿Está de acuerdo con el modo en que el CICR comprende lo que los Estados consideran como las cuestiones más importantes que deben tenerse en cuenta al avanzar en el proceso?*
2. *¿Hay otras consideraciones que deban tenerse en cuenta cuando se aborda los retos humanitarios identificados?*

3. Elementos de protección

En los Anexos I y II se resumen las cuestiones humanitarias específicas en que se han centrado las consultas celebradas hasta la fecha en relación con las condiciones de detención y los grupos especialmente vulnerables. Se enumeran los elementos de protección pertinentes para cada cuestión y se determinan los que, según los participantes, es útil incluir en las discusiones posteriores sobre el fortalecimiento de la protección jurídica de las personas privadas de libertad en relación con CANI. Los Anexos también reflejan las propuestas de los participantes respecto de la inclusión de otros elementos o de la revisión de los que les fueron presentados.

Como se señaló más arriba, la frase "elementos de protección" se refiere solo a los tipos de protección en que se centrarán los futuros debates; no contempla el contenido normativo de las protecciones. El presente diálogo para saber si las próximas discusiones deberían centrarse en estos elementos no afecta el si y el cómo se podría abordar cada uno de ellos en un potencial documento final.

¹⁰ *Ibíd.* p. 11.

Preguntas para encauzar los debates

1. *¿Está de acuerdo en que es pertinente centrar la atención en los elementos de protección presentados en los Anexos I y II?*
2. *¿Considera que hay otros elementos de protección que podrían añadirse a la lista?*

B. Motivos y procedimientos para el internamiento

En esta sección se aborda la protección contra la privación ilegal o arbitraria de la libertad en el contexto del internamiento. Comienza con una descripción de las preocupaciones humanitarias; seguida de una selección de cuestiones importantes que, en opinión del CICR, pueden extraerse de las consultas que se han llevado a cabo hasta la fecha. Al final se exhorta al debate sobre los elementos de protección en que deberían centrarse el proceso.

1. Principales preocupaciones humanitarias

Como se señaló más arriba, la privación de libertad es una realidad en los conflictos armados. Al mismo tiempo, la detención conlleva un costo humano evidente y significativo que debe ser limitado. La pérdida de libertad es en sí y de por sí una grave pérdida y el tiempo que se pasa en detención puede causar traumas psicológicos, separar a familias por largos períodos y dejar a cónyuges e hijos sin quién vele por ellos. Algunas de estas consecuencias pueden ser inevitables, pero el costo humano sobrepasa las exigencias de la necesidad militar cuando se efectúa de forma arbitraria. Por ejemplo, cuando se lleva a cabo de manera imprevisible, se utiliza como una forma de pena colectiva, dura más de lo necesario, se produce por error o porque no se verifican los datos de identidad. El objeto del derecho internacional es mitigar este daño, prohibiendo la privación arbitraria de la libertad y exigiendo que la detención se lleve a cabo de conformidad con los motivos y procedimientos fijados en la ley. Asegura así suficiente transparencia y previsibilidad en los motivos para la detención y la existencia de garantías procesales que permitan determinar en cada caso si esos motivos existen.

Las normas del DIH que protegen contra el internamiento arbitrario suelen englobarse dentro de dos categorías: 1) las normas de fondo, que definen los motivos por los que se puede decretar el internamiento, y 2) las normas de procedimiento, que verifican la validez de dichos motivos en cada caso. Las normas de fondo desarrolladas en el derecho convencional de los CAI exigen que la persona tenga un estatuto determinado (CG III) o represente una amenaza para la seguridad (CG IV). Así, las normas reflejan un equilibrio entre la necesidad militar y el reconocimiento de las consecuencias humanitarias que entraña la privación de libertad. Por su parte, las normas de procedimiento previenen la arbitrariedad y los abusos a través de salvaguardias, como son la posibilidad de impugnar la detención ante un órgano suficientemente independiente e imparcial, el deber de facilitar información sobre los motivos del internamiento, y el examen periódico de la necesidad de mantener a una persona internada (GC IV).

Sin embargo, las normas relativas al internamiento que acabamos de mencionar sólo figuran en los instrumentos aplicables a los CAI. Aunque el DIH convencional también contempla el internamiento en los CANI, ni los tratados vigentes ni el derecho consuetudinario recogen de manera expresa los motivos o procedimientos para llevarlo a cabo. La disparidad entre el derecho aplicable en los CAI y los CANI es más grande en el ámbito del derecho examinado en el presente proceso que en cualquier otro.

Pregunta para encauzar los debates

Además de los problemas que se reseñan en este apartado y se describen detenidamente en los informes de las consultas regionales y de las consultas temáticas, ¿hay algún otro problema humanitario que debería tomarse en consideración?

2. Cuestiones esenciales extraídas de las consultas que se han llevado a cabo hasta la fecha

Las consultas sobre los motivos y procedimientos para el internamiento han permitido esclarecer algunas de las cuestiones más complejas y multifacéticas examinadas. Fundamentalmente, han confirmado la necesidad de proteger a los detenidos contra la privación arbitraria de la libertad mediante el establecimiento de motivos y procedimientos adecuados para someter a las personas al internamiento en los CANI¹¹. Más allá de este principio general, las consultas han ayudado a comprender las posibles justificaciones para recurrir al internamiento, el propósito del internamiento, los motivos por los cuales puede imponerse esta medida a una persona, y las salvaguardias de procedimiento que deben existir para garantizar que se cumplen esos motivos en cada caso y durante todo el período del internamiento. Como resultado de las consultas celebradas hasta la fecha, según la manera en que el CICR lo ha entendido, las cuestiones más importantes que los Estados consideran que deben tenerse en cuenta a medida que se avanza en el proceso son las que se mencionan más adelante. Cabe recordar que las opiniones expresadas a continuación son sin perjuicio de las opiniones de los Estados o del CICR sobre las obligaciones –más o menos estrictas– que actualmente se deben cumplir como una cuestión de derecho internacional.

En primer lugar, el internamiento es una medida excepcional en los CANI y, en la práctica, las razones para recurrir a ella están a menudo estrechamente relacionadas con –pero no dependen necesariamente de– la no disponibilidad de la justicia penal o de la infraestructura y el personal correspondientes¹². Las hostilidades armadas pueden tener como consecuencia daños materiales, restricciones de movimiento y una inseguridad general que de hecho neutralizan las instituciones y los funcionarios necesarios para el buen funcionamiento del sistema de aplicación de la ley. Incluso cuando el sistema de justicia sigue en

¹¹ Véase Informe de síntesis sobre las cuatro consultas regionales, *supra* nota 6, pp.11-21.

¹² Véase Informe de síntesis, pp.14-17; Informe sobre la segunda consulta temática, pp.10-12.

pie, podría ser necesario recurrir al internamiento cuando la amplitud de las operaciones de detención supera la capacidad de los servicios de represión estatales.

Un factor conexo es si la privación de libertad tiene lugar dentro o fuera del territorio de un Estado. En los casos de operaciones de detención *dentro del propio territorio de un Estado*, es poco probable, en general, que se recurra al internamiento a causa de los marcos jurídicos internos y las restricciones que se imponen a la detención sin cargos o sin que haya habido una condena. En las operaciones de detención *extraterritoriales*, lo más probable es que se recurra a la detención no penal puesto que, generalmente, los Estados no tendrán jurisdicción penal fuera de su territorio, ni tendrán todo el aparato necesario para hacer cumplir la ley que tiene en su propio territorio.¹³

En segundo lugar, la finalidad del internamiento es distinta de la finalidad de la detención penal¹⁴. Como se mencionó más arriba, el propósito del internamiento es controlar los movimientos y las actividades de una persona, a fin de prevenir que plantee un riesgo de seguridad, y no para castigarla por algún acto cometido en el pasado. Por consiguiente, es importante evitar utilizar el internamiento como una forma de acción penal o como pena de privación de libertad sin un debido proceso y sin las garantías judiciales que dispone el artículo 3 común. Del mismo modo, las condiciones materiales del internamiento deberían ser el reflejo del carácter no punitivo.

En tercer lugar, la enunciación que se haga de los motivos aceptables para el internamiento debe ser lo suficiente amplia para que se pueda recurrir al internamiento cuando sea necesario evitar que se materialicen futuras amenazas imperativas, pero lo suficientemente restrictiva para excluir el internamiento de personas cuya detención sobrepasaría lo que es necesario desde el punto de vista militar¹⁵. Las "imperiosas razones de seguridad" siguen siendo la expresión más ampliamente aceptada de este balance¹⁶. Sin embargo, podría hacer falta aclarar su alcance para prevenir que se abuse de toda posible ambigüedad. El significado de "imperiosas razones de seguridad" probablemente tendría que abarcar la prevención de toda forma de participación directa en las hostilidades, así como de actos tales como el espionaje, el reclutamiento en las fuerzas armadas enemigas, la incitación a unirse o a financiar al enemigo. Al mismo tiempo, la definición tendría que excluir actos que podrían ser inamistosos para el Estado detenedor, pero que no constituyen una amenaza imperativa. Los Estados han dado varios ejemplos de actividades que, sin más, estarían fuera del alcance de razones admisibles para el internamiento, como trabajar para una fábrica de municiones, alimentar o alojar a los portadores de armas, participar en manifestaciones y compartir las opiniones políticas o ambiciones del enemigo.

¹³ Este último caso plantea inmediatamente cuestiones sobre las funciones respectivas de los derechos internos del Estado detenedor y del Estado territorial en la determinación de los motivos y los procedimientos necesarios para prevenir la arbitrariedad, asunto que se aborda detenidamente más adelante.

¹⁴ Véanse Informe de síntesis, *supra* nota 6, pp.9 y 13; Informe sobre la primera consulta temática, *supra* nota 11, pp. 36-37; Informe sobre la segunda consulta temática, *supra* nota 13, pp. 11-12.

¹⁵ Véase Informe de síntesis, *supra* nota 6, pp. 14-17; Informe sobre la primera consulta temática, *supra* nota 11, pp. 14-19.

¹⁶ La noción de "imperiosas razones de seguridad" dimana de los motivos permitidos para el internamiento según el DIH aplicable en los CAI, concretamente los arts. 42 y 78 del CG IV.

En cuarto lugar, respecto a la pertenencia formal a un grupo armado no estatal, los Estados han expresado opiniones divergentes durante todo el proceso.¹⁷ Una opinión es que en los casos en que un grupo armado no estatal está altamente organizado y lleva a cabo sus operaciones de manera similar a fuerzas armadas estatales, la conclusión de la pertenencia formal a ese grupo armado puede servir como indicador para determinar que un individuo constituye una amenaza, y por consiguiente es un motivo suficiente para el internamiento. Según la otra opinión, nunca sería suficiente determinar la sola pertenencia; también debería demostrarse en cada caso que el individuo es una amenaza para la seguridad. Tener en cuenta única y simplemente la pertenencia para efectuar la determinación necesaria de la amenaza sería correr el riesgo de proceder a detenciones innecesarias que implicarían la inversión de tiempo y recursos para detener a afiliados de partes no estatales en un CANI que no plantean ninguna amenaza activa. Además, también sería necesario llegar a un acuerdo sobre la definición de "pertenencia", lo que serviría solo para desviar la atención de las cuestiones de seguridad subyacentes.

El CICR ha extraído el siguiente punto clave de este debate como parámetro para orientar los futuros trabajos: sea cual fuere la importancia que den los distintos Estados a la pertenencia formal, en general consideran que la justificación subyacente para el internamiento es, en todos los casos, la existencia de la amenaza que plantea la persona que está siendo detenida.

En quinto lugar, los Estados han expresado, sin perjuicio de los derechos o las obligaciones que se aplican en el marco de los derechos humanos o de otro tipo de derecho internacional, que consideran como componentes claves de un régimen de garantías efectivas de procedimiento los que se enumeran a continuación:

- 1) procedimientos claros que las fuerzas deben aplicar a partir del lugar de captura;
- 2) una revisión inicial de la decisión de internar;
- 3) revisión periódica del mantenimiento de un internamiento; y
- 4) alguna forma de representación o asistencia durante todo el proceso.¹⁸

Además, estas salvaguardias deben ser elaboradas y aplicadas de modo que sean suficientemente sólidas para poder identificar y liberar en el más breve plazo a quienes no llenen, o hayan dejado de llenar, los criterios para el internamiento.

En sexto lugar, las consultas han confirmado que para que las salvaguardias sean efectivas, el órgano (o los órganos) que hagan la revisiones iniciales y periódicas deben ser capaces de actuar como verdaderos controladores del poder decisorio de la autoridad detenedora¹⁹. Los atributos generales claves de todo mecanismo de revisión son la independencia y la imparcialidad, quedando entendido aquí que el término "independiente" no implica necesariamente mecanismo judicial y que los criterios puede llenarse dentro

¹⁷Véase Informe de síntesis, *supra* nota 6, pp. 15-17; Informe sobre la segunda consulta temática, *supra* nota 13, pp. 18-19.

¹⁸Véase Informe de síntesis, *supra* nota 6, pp. 17-21; Informe sobre la segunda consulta temática, *supra* nota 13, pp. 19-38.

¹⁹ Véase Informe de síntesis, *supra* nota 6, pp. 19-20; Informe sobre la segunda consulta temática, *supra* nota 13, pp. 27-32.

de la estructura militar. Lo esencial es que el órgano tenga suficiente distancia de la autoridad detenedora –y de su correspondiente influencia e interferencia– para prevenir que se tomen decisiones de internamiento de forma arbitraria. También se necesita flexibilidad, y según el contexto, puede haber buenas razones para establecer el órgano de revisión como dependencia del Gobierno civil o del ejército.

Del mismo modo, la composición del personal del órgano de revisión dependerá del contexto, y se necesita adaptabilidad. Entre los factores que deben considerarse son la competencia, la seguridad y un mínimo de equidad: por ejemplo, la inclusión de personal militar podría ser la garantía de experiencia operacional y familiaridad con la dinámica de los conflictos, mientras que la inclusión de personas civiles podría ser una protección para los detenidos contra todo sesgo militar. Debe conducirse el proceso de revisión de manera que signifique un verdadero control sobre la decisión de internar (o de mantener el internamiento). El detenido debe recibir información suficiente para impugnar el fundamento jurídico o de hecho para su detención, y la audiencia debe celebrarse de tal modo que ponga de manifiesto la información pertinente de manera imparcial y completa.

Por último, el CICR tiene entendido que los Estados consideran que los motivos y procedimientos específicos para el internamiento deberían ser consignados en una fuente, o en una combinación de fuentes, que pueda constituir una salvaguardia contra la arbitrariedad²⁰. Claridad, previsibilidad, transparencia y autoridad son algunos de los atributos que los Estados consideran que debe tener la fuente de los motivos y procedimientos. Con diferentes grados de detalle, el derecho internacional, el derecho interno y los procedimientos operativos normalizados, pueden potencialmente prevenir la detención arbitraria o la detención ilegal. Buena parte de esto dependerá del contexto: en los CANI estrictamente internos, la legislación interna será probablemente de vital importancia; en el caso de fuerzas multinacionales que operan extraterritorialmente, podrían ser más importantes las resoluciones del Consejo de Seguridad y el derecho interno del Estado de acogida y, en la mayoría de las circunstancias, una combinación de procedimientos operativos normalizados confidenciales o públicos servirían para proporcionar instrucciones detalladas a las fuerzas detenedoras y ofrecer previsibilidad respecto de los motivos y los procedimientos para el internamiento. Lo que no cambia es el imperativo de que los motivos y procedimientos adopten una forma que les haga posible cumplir su función original de servir como medidas de salvaguardia contra la arbitrariedad.

Preguntas para encauzar los debates

1. *¿Está de acuerdo con el modo en que el CICR comprende lo que los Estados consideran como las cuestiones más importantes que deben tenerse en cuenta a medida que se avanza en el proceso?*
2. *¿Hay alguna otra cuestión que deba tenerse en cuenta al abordar los problemas humanitarios identificados?*

²⁰ Véase Informe de síntesis, *supra* nota 6, p. 14; Informe sobre la segunda consulta temática, *supra* nota 13, pp. 38-41.

3. Elementos de protección

En el Anexo III se resumen las cuestiones humanitarias específicas en que se han centrado las consultas celebradas hasta la fecha en relación con los motivos y procedimientos para el internamiento. Se enumeran los elementos de protección correspondientes a cada cuestión y se determinan los que, según los participantes, deberían ser la materia de las siguientes discusiones sobre el fortalecimiento de la protección jurídica de las personas privadas de libertad en relación con CANI. El Anexo también refleja las propuestas de los participantes respecto de la inclusión de otros elementos o de la revisión de los que aquí se presentan.

Preguntas para encauzar los debates

3. *¿Está de acuerdo en que es pertinente centrar la atención en los elementos de protección presentados en el Anexo III?*
4. *¿Considera que hay otros elementos de protección que podrían añadirse a la lista?*

C. Transferencia de detenidos

La presente sección versa sobre la transferencia de detenidos de una autoridad a otra. Como en las precedentes secciones, se hace una reseña de las principales preocupaciones humanitarias y, después, de lo que el CICR entiende como las cuestiones más importantes que los Estados consideran que deben tenerse cuenta a medida que se avanza en el proceso. Concluye con los elementos de protección propuestos por el CICR como las cuestiones centrales de futuras discusiones sobre el fortalecimiento jurídico de la protección de las personas privadas de libertad en relación con un CANI. Como se señaló más arriba, para los fines de este proceso de consulta, la palabra "transferencia" se refiere a la entrega de un detenido por una parte en un conflicto armado a otro Estado o a otra entidad no estatal. Incluye las situaciones en que los detenidos son entregados sin que se cruce una frontera internacional. No incluye las situaciones en que la entrega de los detenidos se hace entre autoridades de un mismo Gobierno.

1. Principales preocupaciones humanitarias

La necesidad de proteger a las personas privadas de libertad no se limita a garantizar que la parte captora les dispensa un trato adecuado. También es necesario salvaguardar su bienestar en caso de que sean transferidas a otra autoridad. Los riesgos a que hace frente un detenido después de su transferencia son potencialmente graves y van más allá de los malos tratos y de la tortura; entre las consecuencias de una

decisión de transferir a un detenido pueden mencionarse las siguientes: persecución por motivos religiosos, étnicos y políticos; desaparición forzada y privación arbitraria de la vida. Para complicar las cosas, es posible que la parte que efectúa la transferencia no siempre sea consciente de estos riesgos y que los detenidos no tengan la oportunidad de expresar sus temores antes de que se lleve a cabo su transferencia.

La transferencia de los detenidos es una característica común de las operaciones de detención en los conflictos armados. En los CANI, las transferencias son especialmente frecuentes en los casos de operaciones que conciernen a fuerzas multinacionales o a operaciones militares extraterritoriales. En estas situaciones, la entrega de detenidos por parte de fuerzas internacionales a las autoridades del Estado de acogida, o entre las fuerzas internacionales mismas, plantea algunas dificultades desde el punto de vista humanitario, jurídico y operacional. Sin embargo, incluso en los CANI que tienen lugar en el territorio de un solo Estado, la participación de extranjeros en las hostilidades contra ese Estado es un fenómeno sobre el que se discute mucho ahora.

El DIH aplicable en los CAI aborda esta cuestión limitando las transferencias a las situaciones en que el Estado de acogida desea y puede aplicar las disposiciones de los Convenios de Ginebra.²¹ Protege también a las personas civiles contra las transferencias a un país donde puedan temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas²². Además, el DIH aplicable en los CAI impone obligaciones que trascienden el momento de la transferencia: en el caso de que el Estado de acogida incumpla sus obligaciones de aplicar las disposiciones del correspondiente Convenio de Ginebra en cualquier punto importante, el Estado que haya transferido a los detenidos deberá, tras haber recibido una notificación, tomar medidas eficaces para remediar la situación o solicitar que le sean devueltos los detenidos. Habrá de satisfacerse tal solicitud.²³

Sin embargo, los tratados de DIH aplicables en los CANI, no contienen ningún motivo específico que excluya las transferencias²⁴. La falta de protecciones específicas sobre las transferencias en el DIH aplicable en los CANI ha hecho especialmente vulnerables a los detenidos por motivos relacionados con el conflicto y ha sembrado la incertidumbre en diferentes autoridades detenedoras en relación con sus responsabilidades.

Cabe observar que otras normas del derecho internacional sí imponen restricciones a la facultad de los Estados de transferir a individuos a otros Estados. Según el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de los refugiados, el principio de no devolución prohíbe las transferencias cuando una persona corra el riesgo de ser sometida a violaciones de algunos derechos fundamentales, en especial la privación arbitraria de la vida (incluida la que es consecuencia de una pena de muerte pronunciada sin

²¹ Véanse CG III, art. 12, y CG IV, art. 45, párr. 3).

²² CG IV, art. 45, párr. 4).

²³ CG III, art. 12, párr. 3), y art. 45, párr. 3).

²⁴ Algunos expertos en las consultas llevadas a cabo hasta la fecha han interpretado que, según el artículo 3 común, las transferencias están excluidas cuando quepa pensar que la autoridad receptora someterá a los detenidos a tratos prohibidos en él, especialmente, los atentados contra la vida y la persona, lo que incluye la mutilación, la tortura u otros tratos crueles, y atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes.

las garantías fundamentales de un juicio imparcial), la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y la desaparición forzada.²⁵ Las obligaciones relativas a la no devolución también han sido incorporadas en tratados sobre la extradición y en convenios para luchar contra el terrorismo²⁶.

Las principales cuestiones relacionadas con la obligación de no devolución incluyen el grado de riesgo al que hace frente un detenido a fin de excluir las transferencias²⁷. El Comité contra la Tortura y otras autoridades han destacado el hecho de que el principio de no devolución también prohíbe las transferencias cuando existe el riesgo de que un individuo sea transferido después a un tercer Estado en donde pesan sobre él amenazas de persecución, malos tratos o privación arbitraria de la vida²⁸. Por lo tanto, el Estado que hace la transferencia debe examinar antes si hay algún riesgo de lo que suele llamarse devolución secundaria.

Pregunta para encauzar los debates

Además de los problemas que se reseñan en este apartado y se describen detenidamente en los informes de las consultas regionales y de las consultas temáticas, ¿hay algún otro problema humanitario que debería tomarse en consideración?

²⁵ Véanse, por ejemplo, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), art. 3, párr. 1); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 13, párr. 4); la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (CDF), art. 16, párr. 1); Véanse, por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), 1969, art. 22, párr. 8), y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 19, párr. 2).

²⁶ Véase ACNUR, Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, 26 de enero de 2007, párr. 13.

²⁷ Por ejemplo, según el Comité contra la Tortura, no es necesario que el riesgo que corre la persona en cuestión sea " muy probable "; sin embargo deben ir " más allá de la pura teoría o sospecha." Comité contra la Tortura (CAT), Observación General N.º. 1, U.N. Doc. A/53/44, Anexo IX especialmente 52 (1998), párr. 6. El TEDH ha articulado el grado necesario de riesgo para que haya razones fundadas para creer que, si se aplicara la medida objeto de la queja, el individuo estaría expuesto a un riesgo real de ser sometido a un tratamiento contrario al artículo 3. TEDH, *Saadi v Italy*, judgement, 28 de febrero de 2008, párr. 129. Véase también TEDH, *N. v. Finland Judgment*, 26 de julio de 2005, párr. 167.

²⁸ CAT, *Observación general n.º 1*, U.N. Doc. A/53/44, Anexo IX especialmente 52 (1998), párrs. 2 y 3, CDH, Observación General No. 31, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), (2004), párr. 12; ACNUR, Note on the Principle of Non-Refoulement, 1 de noviembre de 1997; ACNUR, Nota sobre la Protección de las Garantías Diplomáticas, agosto de 2006, párr. 8; TEDH, *T.I. v. the United Kingdom*, Decision as to admissibility of 7 March 2000, p. 15; Comité Ejecutivo del ACNUR Conclusión No. 58 (XL), Problema de los refugiados y de los solicitantes de asilo que abandonan de manera irregular un país en el que ya habían encontrado protección, 1989, párr. f i); Cambridge University Press, *El alcance y contenido del principio de no devolución: opinión*, junio de 2003, puede consultarse en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7392.pdf?view=1>, párr. 243.

2. Cuestiones esenciales extraídas de las consultas que se han llevado a cabo hasta la fecha

En las consultas que se han llevado a cabo hasta la fecha, el CICR ha entendido que los Estados consideran que las cuestiones más importantes que se deben tener cuenta a medida que se avanza en el proceso son las que se mencionan a continuación.

En primer lugar, por lo que hace a la detención en el propio territorio de un Estado, los Estados consideran que es posible cumplir las obligaciones relacionadas con la no devolución que contienen el derecho de los derechos humanos y el derecho relativo a los refugiados²⁹. Es en el ámbito de las transferencias extraterritoriales –es decir, los casos en que las fuerzas que operan fuera del propio territorio detienen a personas y después las transfieren al Estado territorial o a otros Estados– que es necesario seguir examinando la forma en que pueden adaptarse protecciones a las circunstancias que crean los CANI.

En segundo lugar, los tipos de riesgos que impiden las transferencias como *cuestión de derecho* en esas situaciones variarán según el alcance sustantivo y geográfico de los diferentes tratados en que un Estado es parte, así como del derecho internacional consuetudinario. Como mínimo, es innegable que la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes son riesgos que impedirían que se proceda a una transferencia en todas las circunstancias. En la práctica, y sin perjuicio de las obligaciones jurídicas existentes, otros motivos por los cuales los Estados han excluido la posibilidad de hacer transferencias en los CANI son los siguientes:

- privación arbitraria de la vida;
- persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política;
- desaparición forzada;
- reclutamiento o participación de los niños en las hostilidades;
- juicio injusto que equivalga a una denegación flagrante de justicia;
- imposición de la pena de muerte;
- inexistencia de atención médica adecuada en el lugar de detención de acogida;
- devolución secundaria; y
- transferencia posterior deliberada fuera del territorio de un Estado con fines ilícitos.³⁰

En tercer lugar, la forma más eficaz de detectar la existencia de esos riesgos es examinar, antes de proceder a una transferencia, 1) las políticas y las prácticas de las autoridades de detención de acogida, y 2) las circunstancias personales y los temores subjetivos del detenido que ha de ser transferido³¹. La manera precisa en que se harán estas evaluaciones individuales dependerá de los recursos disponibles y del número de detenidos afectados. Sea cual fuere el enfoque que se adopte, es posible garantizar la

²⁹ Véase Informe sobre la Segunda consulta temática, *supra* nota 13, p. 42.

³⁰ Véase Informe sobre la segunda consulta temática, *supra* nota 13, pp. 42-46.

³¹ Véanse Informe de síntesis, *supra* nota 6, p. 22; Informe sobre la segunda consulta temática, *supra* nota 13, pp. 46-49.

eficacia de las evaluaciones solo si se realizan de forma completa e imparcial, e incluyen la entrega en tiempo útil de información al detenido, así como de dar a este una oportunidad real de poner de manifiesto algún temor subjetivo o información pertinente. Además, para que la evaluación efectuada antes de la transferencia cumpla su propósito preventivo, la transferencia planificada no debería hacerse hasta que termine la evaluación y hasta que se haya examinado si los temores subjetivos expresados por el detenido son fundados.

En cuarto lugar, la supervisión que se hace tras la transferencia de los detenidos puede ayudar a protegerlos contra los malos tratos y otras violaciones de sus derechos, y es una oportunidad para examinar cualquier problema que pudiera surgir³². La supervisión tras la transferencia también puede poner de manifiesto las condiciones de detención en determinado establecimiento de detención, o las que impone determinada autoridad de detención, y esta información puede servir de base para las decisiones sobre futuras transferencias. Sin embargo, el establecimiento de un mecanismo que se encargue del control tras la transferencia no exime al Estado que hace la transferencia del cumplimiento de sus obligaciones. El órgano que se encargue de la supervisión tras la transferencia dependerá del contexto: en algunos casos, el mismo Estado que hace la transferencia efectúa la supervisión; en otros se puede asignar esa función a una organización independiente; y en otros la supervisión será simplemente imposible por falta de recursos o debido a factores específicos del contexto. En cuanto a la duración adecuada de la supervisión tras la transferencia, debe tenerse en cuenta algunos factores, entre los cuales la fase de las actuaciones judiciales de la causa del detenido³³, los recursos que siga teniendo a su disposición el Estado que hace la transferencia y la soberanía del Estado que acoge al detenido.

Preguntas para encauzar los debates

1. *¿Está de acuerdo en lo que el CICR entiende como las cuestiones más importantes que deben tenerse en cuenta en relación con la transferencia de detenidos?*
2. *¿Hay alguna otra cuestión que deba tenerse en cuenta al abordar los problemas humanitarios identificados?*

3. Elementos de protección

En el Anexo IV se resumen las cuestiones humanitarias específicas en que se centrado la atención en las consultas celebradas hasta la fecha en relación con la transferencia de detenidos. Se enumeran los elementos de protección correspondientes a cada cuestión y se determinan los que, según los participantes, debería ser la materia de las siguientes discusiones sobre el fortalecimiento de la protección

³² Véanse Informe de síntesis, *supra* nota 6, pp. 25-26; Informe sobre la segunda consulta temática, *supra* nota 13, pp. 49-53.

³³ Los detenidos son muy vulnerables a los malos tratos en las primeras fases de la detención y en prisión preventiva, cuando las autoridades detenedoras están recogiendo información y pruebas.

jurídica de las personas privadas de libertad en relación con CANI. Refleja también las propuestas que hicieron los expertos sobre la adición de elementos o la revisión de los que fueron presentados.

Preguntas para encauzar los debates

1. *¿Está de acuerdo en que es pertinente centrar la atención en los elementos de protección presentados en el Anexo IV?*
2. *¿Considera que hay otros elementos de protección que podrían añadirse a la lista?*

D. Detención por partes no estatales en los conflictos armados no internacionales

Las personas que se hallan en poder de partes no estatales en un conflicto armado no internacional tienen necesidades similares a las de quienes son detenidos por los Estados. En lo que respecta a las condiciones de detención, los requisitos básicos –como los alimentos, el agua, la higiene, la atención médica, la posibilidad de hacer ejercicio físico y salir al aire libre y el contacto con el mundo exterior– son algunos de los componentes fundamentales de un entorno humano de detención. Los registros de los datos de los detenidos y la notificación de los casos de detención resultan vitales para prevenir las desapariciones y mantener el contacto con las familias. Los grupos de detenidos especialmente vulnerables también tienen necesidades específicas. Además, la existencia de motivos y procedimientos claros para la detención protegen contra la privación de libertad cuando esta no es necesaria desde una perspectiva militar. Asimismo, cabe la posibilidad de que los grupos armados no estatales transfieran a detenidos a otro grupo o Estado que cometa abusos contra estas personas.

No obstante, hay diferencias fundamentales entre las partes estatales y no estatales en los conflictos armados no internacionales, y la detención por grupos armados no estatales han puesto de relieve varias dificultades. En esta sección, se brinda un panorama de algunas de las cuestiones planteadas a ese respecto y se destacan los asuntos fundamentales que, en opinión los Estados, es importante examinar en tres ámbitos:

- 1) abordar las preocupaciones de los Estados sobre el efecto de legitimización que entrañaría la reglamentación de la detención por grupos armados;
- 2) considerar las diversas capacidades de los grupos armados en la elaboración de normas; y
- 3) incentivar a los grupos armados a cumplir toda potencial medida destinada al fortalecimiento del DIH.

1. Preocupaciones relativas a la legitimización

El CICR tiene entendido que los Estados contemplan como un riesgo que la regulación implique la legalidad de las actividades de detención de los grupos armados o que les confiera un estatuto jurídico en el derecho

internacional. No obstante, las normas del DIH orientadas a humanizar los conflictos armados no internacionales son independientes de los marcos jurídicos internos y se aplican sin perjuicio de estos. El razonamiento que se hace en el DIH es que, incluso cuando un grupo armado no estatal realiza ciertos actos que infringen el derecho interno de un Estado, el costo humano de sus acciones debe estar limitado por normas que imponen límites universales a la conducta aceptable. Según el DIH, los Estados tienen libertad para tipificar como delito la actividad de los grupos armados no estatales.

Asimismo, la legitimación de los grupos armados supone un reto que los Estados que han desarrollado el DIH han superado en repetidas ocasiones mediante disposiciones convencionales según las cuales la aplicación del DIH no surte efectos sobre su estatuto jurídico. Las disposiciones del artículo 3 común, la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales y la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado son algunos de los ejemplos más destacados de tratados que abordan y reglamentan las actividades de grupos armados no estatales por medio de ese enfoque³⁴.

El CICR considera que se puede abordar de forma efectiva esas preocupaciones en un eventual instrumento final elaborado con el detenimiento necesario para que denote que no se tolera la actividad reglamentada. Por ejemplo, se podría velar por que las normas aplicables a los grupos armados no estatales se articulen como prohibiciones y que, de ese modo, se aclare que el DIH establece limitaciones y no autorizaciones. También cabría la posibilidad de incluir una salvedad o cláusula de salvaguardia en consonancia con la práctica histórica de la regulación de los conflictos armados no internacionales por medio del DIH.

2. Distintas capacidades de las partes no estatales en los conflictos armados no internacionales

Los Estados señalaron que les preocupa las grandes diferencias de capacidad entre las partes no estatales en los CANI, y que esto dificulta el establecimiento de un conjunto coherente de expectativas en materia de detención. Los grupos armados pueden abarcar desde grupos con una jerarquía compleja y con notables medios financieros que controlan amplias partes de un territorio hasta grupos móviles con escasos recursos financieros y muy poco organizados.

El CICR comprende que el proceso deberá tener en cuenta esas diferencias conforme se progresa y de que el principal reto estriba en la incorporación de esa diversidad en las normas que se pueda elaborar. El eventual fortalecimiento del DIH aplicable a las partes no estatales en los CANI requerirá que se determine las protecciones de referencia que cabría esperar que todos los grupos brinden en todas las circunstancias. De forma paralela, se deberá tener el cuidado necesario para asegurarse de que los grupos con capacidad para ofrecer protecciones más amplias tengan constancia de estas y de que se espera que las garanticen. A ese respecto, se debe tomar en consideración el principio de "igualdad de los

³⁴ Véase, p. ej.; artículo 1 enmendado de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, 21 de diciembre de 2001, y artículo 19 de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, 14 de mayo de 1954.

beligerantes" –en virtud del cual, las obligaciones dimanantes del DIH que incumben a cada parte en un conflicto armado se deben delinear de forma idéntica– y contemplar con atención toda desviación respecto de este.

3. Incentivo para el respeto

También se consideró como una dificultad el fortalecimiento del DIH aplicable a los grupos armados no estatales de modo que los incentive de forma simultánea a respetar las normas que podrían surgir del proceso. Se puede destacar varias cuestiones sobre la base de las consultas a este respecto. En términos generales, cabe recordar que la capacidad de los grupos armados de brindar protección a los detenidos es tan desigual como su disposición para hacerlo. Se puede considerar que la existencia de grupos armados que incumplen sistemáticamente las normas más básicas del DIH denota la futilidad del fortalecimiento del derecho aplicable a esos grupos. No obstante, también se debe reconocer que otros actúan de forma diametralmente opuesta y velan por respetar el DIH y por tratar a los detenidos con arreglo a las disposiciones de este derecho.

Teniendo en cuenta lo que precede, es importante incorporar incentivos en todo intento por fortalecer el DIH en ese ámbito. Se puede estudiar distintos cauces; por ejemplo, la incorporación de incentivos en los aspectos *sustantivos* de cualquier documento final, esto es, la elaboración de normas que ofrecen beneficios si se cumplen o desventajas en caso contrario. También se puede considerar el modo en que la *forma* de un resultado puede propiciar el respeto. Por ejemplo, la concepción de un resultado con el que los grupos armados se puedan asociar o comprometer de forma voluntaria podría contribuir a que se identifiquen con las protecciones en lugar de considerarlas como exigencias impuestas por los Estados. Con ese enfoque, se podría reafirmar el artículo 3 común y otras normas del DIH aplicables a los grupos armados en conflictos armados no internacionales al tiempo que se fortalecería esa rama del derecho mediante la incorporación de protecciones adicionales o más detalladas.

Preguntas para encauzar los debates

1. *¿Está de acuerdo con el modo en que el CICR comprende las principales consideraciones que cabe tener en cuenta en lo relativo al fortalecimiento del DIH aplicable a las partes no estatales en los conflictos armados no internacionales?*
2. *¿Hay otras consideraciones que deban tenerse en cuenta cuando se aborda los retos humanitarios identificados?*

V. Opciones para continuar el proceso

En la resolución 1, la XXXI Conferencia Internacional expresa tener en cuenta "la necesidad de fortalecer el derecho internacional humanitario, mediante, en particular, su reafirmación cuando no se aplica

debidamente o su esclarecimiento o desarrollo cuando no atiende suficientemente a las necesidades de las víctimas de los conflictos armados". Con miras a formular recomendaciones concretas y significativas ante la XXXII Conferencia Internacional sobre el modo en que cabe fortalecer el DIH, el CICR se informó sobre la opinión preliminar de los expertos que participaron en las consultas regionales acerca del eventual resultado del proceso en conjunto tras la Conferencia Internacional. La Institución observó con agrado que se respaldaba ampliamente un resultado concreto para el proceso. Sin embargo, habida cuenta del carácter preliminar de las deliberaciones, no se adoptó ninguna decisión final al respecto.

Sobre la base de las deliberaciones iniciales, en esta sección, se procurará delinear más concretamente las opciones y recomendaciones que el CICR presentará a la Conferencia Internacional en su informe final. En primer lugar, se debatirá sobre la forma y las características posibles de un eventual resultado y, en una sección ulterior, se abordarán las siguientes etapas que serían necesarias para continuar el proceso. **Cabe recalcar de nuevo que toda labor de elaboración de un documento final para el proceso en su conjunto no forma parte de las consultas en curso en 2015, previas a la Conferencia Internacional, sino que se fundará en una nueva resolución sometida a aprobación en la Conferencia Internacional y no comenzará antes de 2016.**

A. Forma del eventual resultado

En términos generales, el resultado podría adoptar dos formas: un tratado o un instrumento no vinculante. En esta sección, se examina sucesivamente ambas opciones. En vista de los diversos términos empleados para designar los eventuales instrumentos no vinculantes –normas mínimas, principios, directrices, códigos de conducta, etc.– también se abordan las principales características que conviene que presente un instrumento no vinculante.

1. Opción 1. Tratado de DIH

El modo más autoritativo para fortalecer el DIH sería, indudablemente, un tratado internacional. Ese tipo de enfoque presentaría una ventaja obvia: incluiría normas jurídicamente vinculantes para los Estados partes. Las protecciones humanitarias que brindaría constituirían disposiciones incontestables de derecho internacional que establecerían un cuidadoso equilibrio entre necesidad militar y consideraciones humanitarias. Además, un tratado podría subsanar definitivamente algunos de los principales problemas puestos de manifiesto, como la base jurídica para la detención en los CANI y los lineamientos de la facultad de detención.

Ahora bien, el proceso de negociación de un tratado puede ser largo y la ratificación universal constituir un reto, como ha ocurrido con algunos tratados de DIH. También es probable que el resultado se centre en normas y principios generales y no en una orientación práctica. Por consiguiente, es posible que un tratado no brinde el alcance y el grado de detalle necesarios para atender las necesidades humanitarias de todos los detenidos en relación con CANI. Sin embargo, la falta de indicaciones detalladas se podría

corregir en parte mediante la aprobación de directrices o comentarios conexos no vinculantes (véase siguiente sección).

Algunos participantes en las consultas regionales preconizaban una ampliación del derecho de los tratados, entre otras cosas mediante la celebración de negociaciones para completar el artículo 3 común y el Protocolo II. No obstante, la mayoría disintió con ese enfoque, en parte por la preocupación de que ello pudiera socavar las protecciones existentes o dificultar la obtención del grado de detalle necesario para que las normas aborden de forma efectiva las cuestiones humanitarias examinadas. Pese a las indiscutibles ventajas que ofrecería un tratado, hasta ahora, en el transcurso del proceso, se ha tendido hacia un resultado que no sea jurídicamente vinculante.

2. Opción 2: instrumento normativo no vinculante

También cabe la posibilidad de que el resultado adopte la forma de un documento normativo jurídicamente no vinculante, pero que sea reconocido internacionalmente por algún cauce, como por ejemplo, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Asimismo, los Principios de Copenhague son un ejemplo de documento en el que se plasma el acuerdo alcanzado entre determinados Estados sobre diversos aspectos de la detención en las operaciones militares internacionales. Las normas reconocidas internacionalmente presentarían la ventaja global de ofrecer más posibilidades para abordar las necesidades humanitarias de los detenidos de forma sumamente detallada.

A la fecha, no existe ningún instrumento normativo aplicable universalmente en la esfera del DIH. Toda decisión en ese sentido –por oposición al enfoque basado en la elaboración de un tratado, a saber, el cauce por el que convencionalmente se ha fortalecido el DIH– deberá tomarse con detenimiento. Cabrá considerar debidamente el modo en que el documento final estaría relacionado con el DIH aplicable a la detención en CANI –artículo 3 común, Protocolo II y DIH consuetudinario– y con otras normas y principios internacionales aplicables, y sobre el modo en que se adoptaría el instrumento y se obtendría el reconocimiento internacional necesario.

En los debates, se plantearon diversas posibilidades, incluidos principios rectores, recomendaciones, declaraciones, un código de conducta y mejores prácticas. En varias consultas regionales, también se observó que los Principios y Directrices de Copenhague ofrecían referencias útiles que se podría tomar en consideración y algunas esferas en las que ambos procesos se solapaban, por ejemplo en lo relativo a las normas de procedimiento y el fundamento de la detención.

Pregunta para encauzar los debates

¿Está de acuerdo con la evaluación del CICR respecto de las ventajas y desventajas relativas que presentan los dos resultados posibles? ¿Hay algún otro factor a favor o en contra de una de las dos opciones que desearía que se tomaran en cuenta? ¿Qué tipo de resultado prefiere?

3. Características del eventual instrumento final

Toda medida destinada a iniciar un proceso de elaboración de un instrumento final exigirá obligatoriamente un entendimiento común de sus objetivos globales y sus características fundamentales. Sobre la base de los comentarios formulados hasta la fecha, el CICR considera que los siguientes factores son algunos de los más importantes que cabrá contemplar conforme se progrese:

- alcance sustantivo del documento;
- grado de detalle y/o prescripción de las disposiciones del documento.

Se debe examinar cada cuestión a la luz del propósito global de fortalecer la protección jurídica de manera que se atienda satisfactoriamente las necesidades de las personas que actualmente se encuentran detenidas en relación con CANI.

La denominación de los tipos de instrumentos no vinculantes –directrices, principios, normas mínimas, declaraciones, etc.– indica a veces las características que los definen. No obstante, esas categorías revisten limitada utilidad; en la práctica, las características que abarcan no son congruentes y a menudo se solapan con las de instrumentos de otra índole. Por ejemplo, en algunos casos, los "principios" reconocidos universalmente son más detallados que las directrices o las declaraciones. En otros, lo son menos. Además, ninguna de las denominaciones esclarecerá el ámbito de aplicación o su relación con otros instrumentos jurídicos internacionales.

Habida cuenta de lo mencionado, resultaría beneficioso conocer en primer lugar las opiniones de los Estados y saber si consideran que algunos de los documentos internacionales existentes constituyen modelos útiles para ese proceso. En las siguientes secciones, se examinarán directamente y se explicarán de forma más pormenorizada los dos factores antes mencionados y se formularán preguntas sobre cada uno de ellos. La finalidad es avanzar hacia un entendimiento común del objetivo global y las características fundamentales de cualquier resultado, lo que permitirá que el CICR presente, en el informe que rendirá en la XXXII Conferencia Internacional, recomendaciones concretas sobre el modo en que cabe progresar y contribuirá a que la Institución elabore una resolución que someterá a consideración de los miembros de la Conferencia.

Preguntas para encauzar los debates

¿Considera que existen instrumentos específicos de derecho internacional que constituirían modelos útiles para el resultado de este proceso? ¿Por qué cabría examinar ese documento en concreto?

a) Alcance sustantivo del documento

Como se indicó anteriormente, el CICR estableció cuatro ámbitos del DIH aplicable a la detención en relación con CANI que convenía fortalecer: condiciones de detención, grupos de detenidos especialmente vulnerables, motivos y procedimientos para el internamiento y transferencia de los detenidos. En el transcurso de las consultas regionales, el CICR preguntó a los participantes si convenía centrarse en esas cuatro esferas. En todas, se confirmó la evaluación del CICR. Como también se señaló antes, en las consultas también se confirmó que el proceso debería circunscribirse a los CANI, puesto que la detención en los CAI está ampliamente reglamentada por el derecho de tratados. Solo unos pocos expertos propusieron debatir sobre la detención relacionada con los CAI. Por lo tanto, el CICR considera que el instrumento final debe abarcar los cuatro ámbitos identificados y ceñirse a los CANI.

Preguntas para encauzar los debates

1. *¿Está de acuerdo en que el instrumento final debería abordar las siguientes cuestiones en relación con CANI?*
 - *Condiciones de detención.*
 - *Grupos de detenidos especialmente vulnerables.*
 - *Motivos y procedimientos para el internamiento.*
 - *Transferencia de detenidos.*
2. *¿Hay otras cuestiones vinculadas con el objeto del documento que convendría considerar conforme se progresa?*

i. Grado de detalle y/o prescripción del documento

En opinión del CICR, todo instrumento final debe fortalecer de forma significativa la protección jurídica para los detenidos. Con el fin de alcanzar ese objetivo, el resultado debe abordar de forma específica las necesidades humanitarias que el DIH no contempla de forma suficiente. El CICR tiene entendido que muchos Estados querrán asegurarse de que el resultado que se logre con el proceso no sea demasiado prescriptivo³⁵ y de que se puede adaptar a distintas circunstancias operacionales. En vista del equilibrio que el DIH establece convencionalmente entre necesidad militar y consideraciones humanitarias, el CICR confía en que un instrumento final elaborado con detenimiento logre dar cabida a esas demandas.

La Institución opina que el modo más constructivo para lograr que el resultado sea tanto realista como significativo estriba en que no se confundan *especificidad y detalle* con *rigidez y prescripción* o se asimilen

³⁵ En opinión del CICR, el término "prescriptivo", conforme lo utilizaron los participantes, se refiere a una protección concreta excesivamente centrada en dictar una conducta específica en todas las circunstancias.

a estos. En otros términos, la cantidad y el carácter específico de los "elementos de protección" que se abordará en esta reunión no deben considerarse como una propuesta encaminada a elaborar normas prescriptivas e inflexibles para cada elemento. Por el contrario, el resultado del proceso podría abordar cada uno de los elementos de protección de forma muy distinta y con diferentes grados de flexibilidad según el equilibrio entre consideraciones humanitarias y necesidad militar de cada uno.

El documento final puede alcanzar por distintos cauces un equilibrio entre la consideración de todos los "elementos de protección" y la garantía de que se tiene en cuenta las situaciones operacionales. Por ejemplo, se puede delinear normas o principios de referencia que abordan las necesidades humanitarias más significativas y aplicarlos sobre la base de directrices más flexibles que abarcan elementos adicionales. Si bien hay otras posibilidades, en este caso, el objetivo es mostrar que el instrumento final se puede matizar de modo que dé cabida a los detalles y a las especificidades al tiempo que se preserva la flexibilidad cuando procede.

La distinción entre los detalles y la prescripción también facilitaría un resultado con mayor uso operacional para los Estados, lo que constituye una importante ventaja. Como se mencionó anteriormente, la planificación previa de las operaciones de detención es uno de los aspectos más importantes para la protección óptima de los detenidos en los CANI. En la práctica, muchos de los problemas humanitarios que el CICR enfrenta en los conflictos armados no internacionales en el mundo son consecuencia de necesidades imprevistas o que se había subestimado. En muchos casos, una mayor anticipación, atención y preparación por parte de la autoridad que procedió a la detención hubiesen permitido solucionar con rapidez o incluso evitar problemas persistentes. El instrumento final –en el que se abordaría los problemas humanitarios con suficiente especificidad al tiempo que se conferiría a los Estados la flexibilidad necesaria– podría utilizarse, al menos en parte, como una lista de verificación para que los Estados planifiquen las operaciones de detención. La simple mención en el documento final de cada "elemento de protección" –independientemente de que su contenido normativo sea prescriptivo o facultativo– permitiría señalar a la atención de las fuerzas que proceden a la detención una necesidad humanitaria específica de manera que puedan anticiparla y elaborar planes para atenderla. Por lo tanto, el presente proceso brinda la oportunidad de aprovechar la experiencia colectiva de los Estados, progresar sobre la base de las enseñanzas extraídas y aportar claridad pensando en el futuro.

Preguntas para encauzar los debates

1. *¿Qué recomendaciones puede hacer sobre el modo de lograr que el documento final aborda las necesidades humanitarias específicas de los detenidos en relación con CANI al tiempo que garantiza flexibilidad cuando sea necesario?*
2. *¿Hay otros asuntos relativos al grado de detalle y/o prescripción del documento que debería tenerse en cuenta?*

D. Siguietes etapas

Durante las consultas regionales de 2012-2013, la presentación abierta a todas las Misiones Permanentes que tuvo lugar en noviembre de 2013 y las dos consultas temáticas de 2014, los Estados participantes emprendieron muy seriamente los debates y se ha avanzado mucho en el entendimiento de los parámetros de un posible resultado del proceso. Los debates durante la presente reunión de todos los Estados permitirán esclarecer más esta cuestión y explorar el posible alcance y las características de un resultado. De conformidad con la resolución 1, el CICR presentará un informe con las opciones y sus recomendaciones a la XXXII Conferencia Internacional "para que pueda considerarlo y emprenda la acción apropiada". Para aprovechar el progreso conseguido hasta la fecha, y poder continuar los trabajos para elaborar un instrumento final, es necesario que la Conferencia adopte una nueva resolución.

En conjunto, los cuatro objetivos generales de todas las consultas celebradas hasta la fecha, fueron los siguientes:

- En primer lugar, saber si los Estados estaban de acuerdo en los análisis que ha hecho el CICR del estado actual del derecho y en los ámbitos en que es necesario fortalecerlo. En las consultas regionales se intercambiaron puntos de vista sobre las consideraciones de los Estados en relación con el marco jurídico internacional que rige actualmente la detención en los CANI. Además, los Estados han demostrado que hay un amplio acuerdo de que es pertinente centrar la atención en las cuestiones siguientes: condiciones de detención, grupos de detenidos especialmente vulnerables, motivos y procedimientos para el internamiento y transferencia de detenidos.
- En segundo lugar, informar al CICR acerca de las circunstancias operacionales que es necesario tener en cuenta en todo intento por asegurar que las protecciones que surjan de este proceso sean realistas y significativas. Mediante las consultas regionales y las consultas temáticas, el CICR ha podido comprender mejor las dificultades a que hacen frente las autoridades cuando brindan protección humanitaria a los detenidos, así como su deseo en muchos casos de vencer esas dificultades.
- En tercer lugar, definir de forma más detallada los elementos de protección en los podrían centrarse los debates a medida que se avanza el proceso. Sin perjuicio de si y cómo cada elemento quedaría reflejado en un documento final, las consultas han confirmado que los elementos de protección son una hoja de ruta adecuada.
- Por último, considerar las opiniones de los Estados sobre el tipo de resultado deseable y factible. La primera vez que se exploró esta cuestión fue durante las consultas regionales y la mayoría de los participantes estuvo a favor de un resultado concreto; por consiguiente, el CICR espera que la presente reunión de todos los Estados examinará de nuevo esta cuestión con ese mismo espíritu.

Las consultas celebradas hasta la fecha han sido sumamente útiles por lo que hace a todos los objetivos mencionados. Lo ideal sería basar las siguientes etapas del proceso en lo que se ha aprendido durante estos valiosos intercambios. La adopción de una resolución en la XXXII Conferencia Internacional sería el mejor modo de hacer avanzar el proceso y poner de relieve el progreso alcanzado en los cuatro ámbitos.

Por ejemplo, podría reflejar 1) el acuerdo sobre los cuatro ámbitos en que ha de centrarse la atención, 2) el reconocimiento de las conclusiones generales de la evaluación práctica, 3) la aprobación de los elementos de protección como materia de las futuras consultas, y 4) una invitación al CICR a preparar un proyecto de documento final –en el que se tengan en cuenta todas las observaciones que han hecho los Estados hasta la fecha– y a presentarlo a la consideración de todos los Estados.

Pregunta para encauzar los debates

¿Está de acuerdo con la opinión del CICR de que una nueva resolución adoptada por la XXXII Conferencia Internacional debería encomendar la prosecución de los trabajos sobre el fortalecimiento del DIH que protege a las personas privadas de libertad en relación con un CANI, basándose en las consultas llevadas a cabo hasta la fecha y con el propósito de redactar un instrumento final?

Anexo I

Elementos de protección relacionados con las condiciones de detención

En el presente documento se enumeran los elementos de protección relacionados con las condiciones de detención que el CICR presentó a los participantes en la consulta temática que tuvo lugar en enero de 2014. Determina los elementos que los expertos consideraron que deberían abordarse en futuros debates sobre el fortalecimiento de la protección jurídica de las personas privadas de libertad en relación con CANI. Refleja también las propuestas que hicieron los expertos sobre la adición de elementos o la revisión de los que fueron presentados.

Como se señaló más arriba, la frase "elementos de protección" se refiere solo a los tipos de protección en que se centrarán los futuros debates; no contempla el contenido normativo de las protecciones.

A. Alimentos y agua

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Cantidad de alimentos.*
- *Calidad de los alimentos.*
- *Régimen alimenticio al que estén acostumbrados los detenidos.*
- *Horarios de las comidas.*
- *Acceso al agua potable y en cantidad suficiente.*

No se propuso ningún otro elemento.

B. Higiene

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Disponibilidad de instalaciones sanitarias en los lugares de detención y acceso a ellas.*
- *Disponibilidad de instalaciones para la higiene en los lugares de detención.*
- *Asignación de tiempo para las actividades relacionadas con la higiene.*
- *Provisión del material necesario para el mantenimiento de la higiene.*

- *Existencia de instalaciones para el cuidado personal.*
- *Asignación de tiempo para el aseo personal.*

Los expertos propusieron que se hiciera una referencia explícita a las consideraciones relacionadas con la intimidad y la dignidad, especialmente en relación con el acceso a las instalaciones sanitarias.

C. Ropa

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Adquisición de su propia ropa*
- *Provisión de ropa por las autoridades detenedoras.*
- *Reemplazo y reparación de la ropa provista por las autoridades detenedoras.*
- *Calidad y cantidad de la ropa provista en relación con el clima y la salud.*
- *Protecciones contra el uso de ropa humillante o degradante.*

Durante los debates, los expertos propusieron la posibilidad de añadir otros elementos de protección. Uno de ellos sugirió que, en determinadas circunstancias, se debería proporcionar ropa de protección a los detenidos; por ejemplo, ropa para protegerse contra los incendios, una máscara si hay riesgo de que se empleen armas químicas, o chalecos antibalas si, en medio de un enfrentamiento, se traslada a los detenidos de un lugar a otro lugar. Otro experto sostuvo que se debería hacer referencia explícita a la provisión de ropa de cama y ropa interior adecuadas.

D. Agrupación de los detenidos

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Separación de los detenidos por categorías.*

No se propuso ningún otro elemento.

E. Atención médica

Casi todos los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Disponibilidad de instalaciones médicas adecuadas en los lugares de detención.*
- *Calificaciones del personal médico.*
- *Calidad de la atención médica.*
- *Circunstancias que dan lugar al traslado de pacientes a otras instalaciones para su tratamiento.*
- *Costo de la asistencia para el detenido.*
- *Idioma o nacionalidad del personal de salud.*
- *Exámenes médicos iniciales.*
- *Controles médicos periódicos.*
- *Acceso de los detenidos a la atención médica en caso de necesidad.*
- *Mantenimiento y comunicación de registros médicos.*
- *Cometido del personal médico en relación con el asesoramiento a las autoridades detenedoras en materia de condiciones de detención.*
- *Protección del personal médico tratante.*
- *Respeto de la ética médica.*

Un experto era del parecer que los controles médicos periódicos no debían constituir un elemento de protección y explicó que cuando el Estado detenedor ofrece una asistencia médica accesible y rápida cuando se solicitaba, los controles periódicos podían constituir una carga indebida para los recursos sin que hubiera un valor añadido real. Algunos expertos opinaron que hacía falta añadir otras obligaciones negativas: por ejemplo, prohibición de efectuar pruebas o experimentos médicos con los detenidos. Los expertos también sostuvieron que es importante que los detenidos puedan plantear cualquier preocupación que tuvieran respecto de la calidad de la atención médica que reciben.

F. Religión

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Práctica de actividades religiosas.*
- *Asistencia a los servicios religiosos.*
- *Presencia de representantes de la religión de los detenidos en los lugares de detención.*
- *Disponibilidad de locales para los servicios religiosos.*
- *Acceso a textos religiosos.*

Los expertos propusieron que se aborde también la libertad de no practicar religión alguna o a no participar en servicios religiosos.

G. Registro de la información

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Registro inicial de los datos de las personas privadas de libertad.*
- *Registro de los cambios en las circunstancias de las personas privadas de libertad.*
- *Calidad de la información registrada sobre de las personas privadas de libertad.*

No se propuso ningún otro elemento.

H. Notificación

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Notificación de la detención o de cambios en las circunstancias de los detenidos.*
- *Destinatario(s) de la notificación, circunstancias que afectan a quién se hace la notificación y papel de las organizaciones humanitarias.*

No se propuso ningún otro elemento.

I. Contacto con el mundo exterior

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Oportunidad de enviar correspondencia y tarjetas postales o de comunicarse con el mundo exterior por otros medios.*
- *Frecuencia mínima de la comunicación con el mundo exterior.*
- *Primera oportunidad de comunicarse con el mundo exterior.*
- *Visitas a detenidos por parte de sus familiares.*

No se propuso ningún otro elemento.

J. Pertenencias

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Pertenencias que los detenidos tienen derecho a conservar.*
- *Procedimiento para retirar las pertenencias de los detenidos y para su conservación durante la detención.*
- *Pertenencias que tengan valor personal o sentimental.*
- *Devolución de las pertenencias al momento de la liberación.*
- *Tratamiento de los documentos de identidad.*
- *Tratamiento de medicamentos y otros artículos relacionados con la salud.*

No se propuso ningún otro elemento.

K. Infraestructura, situación de los lugares de detención y alojamiento

Casi todos los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Adecuación de la infraestructura contra los peligros del conflicto armado.*
- *Adecuación de la infraestructura contra los rigores del clima.*
- *Adecuación del alojamiento por lo que se refiere a la calefacción, la luz (natural y artificial) y la ventilación.*
- *Adecuación del alojamiento por lo que se refiere al espacio.*

- *Protección contra los incendios.*
- *Protección contra la humedad.*
- *Adecuación del alojamiento en comparación con el de las fuerzas en la misma zona.*
- *Situación de los lugares de detención en relación con la salud de los detenidos.*
- *Situación de los lugares de detención en relación con los peligros que conllevan las hostilidades.*

Un experto propuso que no se incluyera la "Situación de los lugares de detención en relación con la proximidad del lugar donde están los familiares", a causa de las dificultades examinadas durante la evaluación práctica.³⁶Otra propuesta fue abstenerse de abordar el acceso a la luz del día (que no debía confundirse con la cuestión de poder salir al aire libre). Entre los elementos adicionales que propusieron los expertos, figuran:

- *Superficie por detenido.*
- *Aislamiento.*
- *Encargo del control de los lugares de detención a terceras partes.*
- *Separación de las fuerzas de combate de las fuerzas asignadas a actividades de detención.*

L. Grado de encierro o confinamiento

Algunos expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Grado de encierro o confinamiento.*

Sin embargo, otros expertos eran reticentes a inspirarse de forma muy directa del III CG y preferirían utilizar un enfoque más amplio para garantizar el carácter no punitivo de los regímenes de internamiento.

M. Posibilidad de salir al aire libre y de hacer ejercicio

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Posibilidad de hacer ejercicios físicos.*

³⁶ Véase Sección II B) 11).

- *Posibilidad de estar al aire libre.*
- *Tiempo asignado para la práctica de ejercicios y para salir al aire libre.*

No se propuso ningún otro elemento.

N. Sanciones disciplinarias

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Consideraciones respecto de la edad, el sexo y el estado de salud de los detenidos.*
- *Medidas disciplinarias que deberían prohibirse específicamente.*
- *Protección en relación con el aislamiento.*
- *Protección en relación con la duración de los castigos y prontitud de su ejecución.*
- *Protección en relación con los castigos consecutivos.*
- *Enumeración de faltas y castigos por parte de la autoridad detenedora.*
- *Salvaguardias de procedimiento y oportunidad para los detenidos de ser oídos.*

Algunos expertos expresaron reservas a castigos específicos prohibidos. Otro elemento que se propuso fue el uso de restricciones como castigo. Los expertos propusieron también la inclusión de disposiciones sobre un sistema para supervisar el uso de la disciplina y garantizar que esta no se utilice de forma inadecuada.

O. Actividades intelectuales, educativas y recreativas

Casi todos los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Papel de la autoridad detenedora de dar esas oportunidades de instrucción en general.*
- *Disponibilidad de locales y equipo para esas actividades en los lugares de detención.*
- *Disponibilidad de bibliotecas en los lugares de detención.*
- *Educación en los lugares de detención.*

Un experto llamó la atención sobre la necesidad de proteger la libertad de los detenidos de no participar en esas actividades. En opinión de varios expertos las "Bibliotecas para uso de los detenidos en los lugares de detención" debería ser reemplazada con un elemento que aborde la puesta a disposición de libros.

P. Acceso a socorros humanitarios y a otros artículos

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Acceso a socorros humanitarios.*
- *Tipos de materiales que los detenidos pueden recibir.*

No se propuso ningún otro elemento.

Q. Quejas y solicitudes

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Oportunidad de formular quejas y presentar solicitudes.*
- *Oportunidad de que asesores y otras personas puedan presentar solicitudes y quejas en nombre de un detenido.*
- *Autoridades a las que deben dirigirse las solicitudes y las quejas.*
- *Responsabilidad de las autoridades de responder a las solicitudes y las quejas.*
- *Protecciones relativas a la censura de las quejas.*
- *Protecciones relativas a las consecuencias de presentar quejas.*
- *Recurso en caso de demora en tratar una solicitud o una queja, o en caso de rechazo de éstas.*

Algunos expertos sostuvieron que la independencia y la imparcialidad del órgano ante el que se presenten las quejas deben tratarse con mayor atención, así como el registro de las quejas con fines de mantenimiento de registros.

Anexo II

Elementos de protección: Grupos de detenidos especialmente vulnerables

En el presente documento se enumeran los elementos de protección relacionados con las condiciones de detención que el CICR presentó a los participantes en la consulta temática que tuvo lugar en enero de 2014. Determina los elementos que los expertos consideraron que deberían abordarse en futuros debates sobre el fortalecimiento de la protección jurídica de las personas privadas de libertad en relación con un CANI. Refleja también las propuestas que hicieron los expertos sobre la adición de elementos o la revisión de los que fueron presentados.

Como se señaló más arriba, la frase "elementos de protección" se refiere solo a los tipos de protección en que se centrarán los futuros debates; no contempla el contenido normativo de las protecciones.

A. Mujeres

1. Separación del alojamiento y de la supervisión

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Alojamiento de las mujeres en relación con el de los hombres*
- *Consideraciones en relación con la supervisión de las mujeres detenidas.*

No se propuso ningún otro elemento.

2. Atención de salud e higiene

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Servicios de atención de salud orientados expresamente a la mujer.*
- *Intervenciones de atención preventiva de la salud pertinentes a su género.*
- *Sexo de la persona que presta atención de salud.*
- *Personas que pueden estar presente durante los reconocimientos médicos.*
- *Necesidades de higiene propias de las mujeres.*

No se propuso ningún otro elemento.

3. Mujeres embarazadas y lactantes

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Asesoramiento médico y nutricional a las mujeres embarazadas o lactantes.*
- *Entorno de detención sano para las embarazadas, los bebés, los niños y las madres lactantes.*
- *Necesidades médicas y nutricionales de las mujeres que hayan dado a luz recientemente.*
- *Amamantamiento en el lugar de detención.*
- *Restricción de las sanciones de aislamiento y segregación disciplinaria respecto de las detenidas embarazadas, las detenidas con hijos o a las madres en período de lactancia.*
- *Restricción de los medios de coerción respecto de las detenidas que estén por dar a luz o durante el parto o después de éste.*

No se propuso ningún otro elemento.

4. Mujeres acompañadas o visitadas por niños

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Factores para decidir si los niños permanecen con sus padres detenidos.*
- *Atención médica para los niños que acompañan a los padres en el lugar de detención.*
- *Factores que determinan cuándo se ha de separar a los niños de sus padres.*
- *Condiciones para retirar a un niño que acompaña a un progenitor del lugar de detención.*
- *Visita de niños a los padres detenidos.*

No se propuso ningún otro elemento.

5. Abuso y violencia sexual

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Obtención de información respecto de la posibilidad de entablar un recurso judicial en caso de abuso sexual.*
- *Notificación de los casos de abuso sexual a las autoridades competentes.*
- *Protección contra las represalias por denunciar abusos sexuales.*
- *Asesoramiento y orientación médicos para las mujeres que hayan sufrido abuso sexual.*
- *Confidencialidad del historial médico de las mujeres que hayan sufrido abuso sexual.*

Se mencionaron varios otros elementos y valdría la pena entablar nuevos debates al respecto:

- *Acceso a servicios de salud sexual y reproductiva.*
- *Detección y tratamiento del abuso sexual.*
- *Mecanismos para identificar a las personas que han sido objeto de abusos.*
- *Mecanismos para prevenir el abuso sexual por parte de las autoridades detenedoras, como la supervisión y la rendición de cuentas dentro del sistema de detención.*
- *Mecanismos de información y de investigación que sean sensibles a las víctimas, por ejemplo, personal integrado por mujeres, y que su activación no dependa únicamente de las víctimas.*
- *Formación del personal médico y de detención para tratar los casos de abuso sexual.*
- *Protección para los niños varones y los hombres contra el abuso y la violencia sexual.*

6. Procedimientos de registro

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Procedimientos para el registro de mujeres.*
- *Género y formación de las autoridades que proceden al registro de las mujeres*
- *Otros métodos de inspección.*

Un experto propuso incluir una mención explícita al derecho a la intimidad.

7. Liberación preferencial

Algunos expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre el siguiente elemento de protección:

- *Preferencia a las mujeres en caso de liberación.*

Uno participante propuso reformular la frase para darle más precisión y propuso "condiciones para la liberación preferencial de mujeres". Otros expertos no lo consideraban necesario.

8. Supervisión y quejas

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Composición de las entidades de supervisión en cuanto al género de sus miembros.*
- *protección, apoyo y orientación para las mujeres que denuncien abusos.*
- *Investigación de las denuncias de abuso.*
- *Naturaleza del órgano de investigación.*
- *Confidencialidad de las demandas.*
- *Protección contra las represalias.*

Los expertos destacaron también la importancia de la supervisión antes de que haya abusos sexuales y de otro tipo, así como de los mecanismos de supervisión que tengan en cuenta la cuestión del género.

B. Niños

1. Notificación de la detención, contacto con sus familiares y acceso a asistencia jurídica

Casi todos los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Notificación de la detención de los niños a los respectivos familiares.*
- *Mantenimiento del contacto de los niños detenidos con sus familiares.*
- *Acceso a asesoramiento para los niños detenidos.*

Algunos expertos consideraron que la frase “acceso a asesoramiento” debería reformularse como “acceso a asistencia jurídica y a otra asistencia adecuada”. Uno de los expertos consideró que las necesidades de los niños en este ámbito eran tan parecidas a las de los adultos que quizás era oportuno descartarlas todas.

2. Alojamiento

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre el siguiente elemento de protección:

- *Alojamiento de los niños en relación con la de los adultos.*

No se propuso ningún otro elemento.

3. Educación

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Calidad y contenido de la educación impartida a los niños durante la detención.*
- *Acceso de los niños detenidos a la escuela en el interior o en el exterior de los lugares de detención.*

No se propuso ningún otro elemento.

4. Nutrición y ejercicio físico

Casi todos los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Necesidades nutricionales especiales de los niños.*
- *Necesidades especiales de ejercicio físico y actividades recreativas.*
- *Espacios para el ejercicio y las actividades recreativas de los niños.*

Dos expertos propusieron suprimir el término "especiales". No se propuso ningún otro elemento.

5. Detenidas menores de edad

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Necesidades especiales de las detenidas menores de edad.*
- *Necesidades especiales de las detenidas menores de edad embarazadas.*

Se sugirió proceder a nuevos debates sobre elementos adicionales sobre la violencia sexual y los malos tratos.

Sin embargo, un experto no estaba convencido de que fuera necesario definir un subgrupo de mujeres vulnerables, dado que las normas relativas a las detenidas se aplicarían en general. Otro observó que es necesario encontrar un equilibrio: las normas que surjan de un documento final se verán reflejadas en las instrucciones que reciba el personal militar; cuanto más extensas sean, menos probable será que lleguen a los miembros de las fuerzas. Los expertos observaron que las detenidas menores de edad eran una categoría que tiende a ser olvidada, y que el hecho de destacar sus necesidades ayuda a garantizar que las autoridades detenedoras estarán en condiciones de satisfacerlas.

6. Niños no acompañados

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Apoyo a las personas que dependen de los detenidos.*
- *Tutela de los hijos de detenidos que queden sin supervisión.*

No se propuso ningún otro elemento.

7. Libertad y medidas sustitutivas a la detención

Hubo divergencias sobre si los siguientes elementos de protección debería ser objeto de otros debates:

- *Medidas sustitutivas a la detención para los niños*
- *Libertad condicional de los niños.*

En opinión de algunos expertos, estos principios no eran adecuados al contexto de los CANI y observaron que dimanaban de la aplicación y el cumplimiento de la ley. Otros propusieron también abordar las

condiciones en que podría tener lugar una liberación y sobre la forma en que podría garantizarse la seguridad y el bienestar de los niños. También pensaban que debería abordarse la posibilidad de que estos niños vuelvan a ser reclutados como soldados.

C. Nacionales extranjeros

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- *Agrupación de los detenidos.*
- *Acceso a la representación consular.*

Se observó también que en algunos casos, era posible que las autoridades consulares no estuvieran prestando servicios. En opinión de algunos expertos, otras autoridades diplomáticas podrían sustituirse a ellas. Por consiguiente, se propuso ampliar el elemento de protección al "acceso a las autoridades consulares y otras autoridades diplomáticas".

D. Ancianos, personas con discapacidades y otros grupos de personas vulnerables

No se presentaron elementos específicos de protección para esta categoría, sino que se pidió a los expertos que los propusieran ellos mismos. Sobre la base de lo debatido, las posibilidades incluyen protecciones relativas a:

- *Preparación y capacitación de las fuerzas para identificar a los grupos vulnerables y entablar contactos con ellos.*
- *Composición de las fuerzas según las aptitudes necesarias para anticipar, determinar y abordar las necesidades de grupos vulnerables.*

Anexo III

Elementos de protección. Motivos y procedimientos para el internamiento

En este documento se enumeran los elementos de protección relacionados con los motivos y los procedimientos para el internamiento que el CICR presentó a los participantes en la consulta temática que tuvo lugar en enero de 2014. Incluye los elementos que los expertos consideraron que deberían abordarse en futuros debates sobre el fortalecimiento de la protección jurídica de las personas privadas de libertad en relación con CANI. Refleja también las propuestas que hicieron los expertos sobre la adición de elementos o la revisión de los que fueron presentados.

Como se señaló más arriba, la frase "elementos de protección" utilizada aquí se refiere solo a los tipos de protección en que se centrarán los futuros debates; no contempla el contenido normativo de las protecciones.

A. Motivos para el internamiento

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- El hecho de permitir, en general, someter a las personas a internamiento.
- *Motivos* permisibles para el internamiento.

Además de los elementos arriba mencionados, se propuso también tener en cuenta en los debates las circunstancias que dan lugar a la liberación del internamiento. Asimismo, algunos expertos apoyaron la idea de abordar la relación entre internamiento y justicia penal.

B. Procedimiento para el internamiento

1. Decisión de internar

La mayoría de los expertos estuvo de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- requisitos relacionados con la decisión inicial de proceder al internamiento.
- propósito y *alcance* de la decisión.
- plazo de la decisión *inicial*.

- plazo para recurrir contra la decisión inicial.

Un experto consideró que había demasiados elementos y demasiado concretos y expresó la opinión de que la categoría "decisión inicial sobre el mantenimiento del internamiento o la liberación" sería suficiente. Otro advirtió que la referencia a "un plazo" no debería entenderse como un límite temporal preciso (horas, días, etc.), sino más bien como un criterio que dejaría cierta flexibilidad según el contexto. Otro opinó que deberían especificarse las posibles alternativas al internamiento, es decir, la liberación, la transferencia a otra autoridad y la transferencia al sistema de justicia penal.

2. Revisión inicial de la legalidad del internamiento

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- La *oportunidad* de impugnar la legalidad de la propia detención.
- El momento en que se da la posibilidad de impugnar la legalidad de la detención.
- Personas que pueden impugnar la legalidad de la detención.

Otro experto consideró que no era necesario abordar la cuestión de quién podía impugnar la legalidad de la detención. Estaba claro que el detenido tenía derecho a hacerlo y esto es suficiente. Además, el DIH existente no aborda, en principio, el derecho de personas distintas al detenido a impugnar la legalidad de la detención. Según otro experto, sería importante abordar la cuestión del acceso a la información en el contexto de la revisión inicial de la legalidad. (Véanse los elementos del proceso de revisión, más adelante).

3. Revisión periódica del internamiento

La mayoría de los expertos estuvo de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- La *frecuencia* con que debe revisarse una decisión relativa a un internamiento.
- El propósito y el alcance del examen.
- las *circunstancias* que dan lugar a una revisión *ad hoc*.

Según un experto, no era necesario incluir este último elemento. No se propuso ningún otro elemento.

4. Las características del órgano de revisión y su relación con la autoridad detenedora

Mientras que algunos expertos pensaban que los elementos mencionados más abajo eran demasiado numerosos y detallados, la mayoría estuvo de acuerdo en que era oportuno seguir debatiendo al respecto:

- La naturaleza del órgano de revisión.
- La posición del órgano de revisión
- La composición del órgano de revisión.
- La autoridad del órgano de revisión.

Los expertos de un Estado advirtieron que sería necesario entablar otros debates para evitar que toda protección relacionada con estos elementos resulte demasiado prescriptiva. Otro experto propuso reemplazar estos elementos con "imparcial" y "objetivo".

5. Acceso a la información sobre las razones de la detención

La mayoría de los expertos estuvo de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- Información sobre las razones de la detención en general.
- Contenido de la información.
- Plazo en que se ha de dar la información.
- Personas distintas al detenido a quienes se ha de proporcionar la información.
- Traducción e interpretación de la información que se proporciona.

Un experto propuso añadir el elemento de informar al detenido sobre sus derechos. Otro experto consideraba que los elementos eran demasiados numerosos y concretos, y que podrían limitarse a un elemento con los componentes que se enumeran en el artículo 75 del P I.

6. El proceso de revisión

La mayoría de los expertos estuvo de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección y todos estuvieron de acuerdo en que por lo menos algunos de ellos deberían ser examinados de nuevo:

- Grado en que se hacen públicas las decisiones del órgano de revisión.

- Disponer de tiempo y medios adecuados para prepararse a impugnar o a revisar la legalidad del internamiento.
- Presencia del internado en la audiencia.
- Acceso a asistencia y representación legal.
- Acceso a un representante legal y comunicación con él.
- Elección del representante legal.
- Naturaleza de la representación legal (abogado/fiscal o de otro tipo).
- protecciones contra las decisiones colectivas de internamiento.
- Presunciones y carga de la prueba en relación con la determinación de si la persona llena los criterios para el internamiento.
- Protecciones en relación con las confesiones y las declaraciones contra sí mismo.
- Hacer comparecer e interrogar a testigos.
- Traducción e interpretación de los procedimientos y documentos.
- Recurso contra la decisión del órgano de revisión.
- Proporcionar información al internado sobre los posibles recursos judiciales o de otro tipo.
- Consideraciones especiales en relación con los detenidos menores de edad.

Algunos pensaban que algunos de los elementos eran demasiado específicos y daban por sentadas situaciones de hecho que era posible que no existieran en un CANI en especial. También pensaban que ciertos elementos, como los que se refieren a las presunciones y las cargas de la prueba, el hecho de ser obligado a declarar, y hacer comparecer e interrogar a testigos, estaban intrínsecamente ligados a conceptos de derecho penal y que, por lo tanto, no era adecuado utilizarlos en el contexto de una detención no penal. Un experto señaló que el segundo elemento (disponer de tiempo y de medios para preparar) era demasiado prescriptiva e innecesaria.

Un experto propuso incluir el elemento siguiente:

- Cómo abordar las cuestiones de confidencialidad y de seguridad.

7. El internamiento y el principio de legalidad

La mayoría de los expertos estuvo de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- La *naturaleza* o la autoridad de la fuente que contiene o define los motivos y los procedimientos para la detención en relación con un CANI.

No se propuso ningún otro elemento.

Anexo IV

Elementos de protección: transferencias de detenidos

En este documento se enumeran los elementos de protección relacionados con las transferencias de detenidos que el CICR presentó a los participantes en la consulta temática que tuvo lugar en octubre de 2014. Incluye los elementos que los expertos consideraron que debían abordarse en futuros debates sobre el fortalecimiento de la protección jurídica de las personas privadas de libertad en relación con un CANI. Refleja también las propuestas que hicieron los expertos sobre la adición de elementos o la revisión de los que fueron presentados.

Como se señaló más arriba, la frase "elementos de protección" se refiere solo a los tipos de protección en que se centrarán los futuros debates; no contempla el contenido normativo de las protecciones.

A. Motivos que excluyen la transferencia

La mayoría de los expertos estuvo de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- Las condiciones en que se debería excluir la transferencia de detenidos a otra Potencia.
- Salvaguardias para excluir la posibilidad de una devolución secundaria.
- Alternativas en el caso de que se excluya la transferencia.

El experto de un Estado consideró que el concepto de devolución secundaria no era un elemento útil para las futuras discusiones. No se propuso ningún otro elemento.

B. Medidas que deben tomarse antes la transferencia

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- Medidas que debería tomar un Estado antes de la transferencia para examinar los riesgos a que hace frente el detenido.
- Información que se ha de dar al detenido antes de toda transferencia.
- Proceso mediante el cual el detenido puede oponerse a la decisión de su transferencia.
- Órgano que debería revisar las decisiones relativas a las transferencias.

Algunos expertos pensaban que deberían revisarse los dos últimos elementos relacionados con el proceso y que deberían modificarse de la siguiente manera:

- El proceso mediante el cual se toma la decisión de hacer la transferencia y los medios que pueden utilizar los detenidos para expresar sus preocupaciones.

No se propuso ningún otro elemento.

C. Medidas que deben tomarse después de la transferencia

Los expertos estuvieron de acuerdo en que era oportuno volver a debatir sobre los siguientes elementos de protección:

- Existencia y modalidades de mecanismos de supervisión después de las transferencias.
- *Otras* medidas tras la transferencia.
- *Medidas* que deben tomarse en el caso de que un detenido transferido no esté siendo tratado de forma consecuente con las disposiciones de los acuerdos de transferencia o el derecho internacional, o cuando haya quejas de malos tratos.

No se propuso ningún otro elemento.

+++