

EL REGRESO DEL DERECHO CONSUETUDINARIO COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: LAS SALAS ESPECIALES DE KOSOVO Y LA DETENCIÓN ARBITRARIA DURANTE UN CONFLICTO ARMADO DE CARÁCTER NO INTERNACIONAL

D. Abraham Martínez Alcañiz

Comandante auditor del Cuerpo Jurídico Militar
Doctor en Derecho.

***Title:** The return of customary law as a source of international criminal law: the Kosovo Special Chambers and arbitrary detention during a non-international armed conflict.*

Resumen: Las Salas Especiales de Kosovo han recuperado el Derecho consuetudinario como fuente del Derecho penal, apartándose del principio de legalidad estricto que impera en la Corte Penal Internacional. Esto ha supuesto que dichas Salas se conviertan en nuevos legisladores del Derecho penal internacional, reconociendo un nuevo crimen internacional hasta ahora desconocido, el crimen de guerra de detención arbitraria en un conflicto armado de carácter no internacional. La configuración de este nuevo delito por parte de las Salas se fundamenta en las normas de derechos humanos, dificultando su comprensión como crimen de guerra.

Palabras clave: Tribunales híbridos, Derecho consuetudinario, principio de legalidad, detención arbitraria y conflicto armado de carácter no internacional.

***Abstract:** The Kosovo Special Chambers have recovered customary law as a source of criminal law, moving away from the strict principle of legality that prevails in the International Criminal Court. This has meant that these Chambers have become as a new legislator of international criminal law, recognizing a new international crime hitherto unknown, the war crime*

of arbitrary detention in a non-international armed conflict. The configuration of this new crime by the Chambers is based on human rights standards, making it difficult to understand it as a war crime.

Keywords: *Hybrid tribunal, customary law, principle of legality, arbitrary detention and non-international armed conflict.*

Sumario: 1. Introducción. - 2. Las Salas Especiales de Kosovo: un nuevo modelo de tribunal híbrido. - 2.1. Origen y tipología de los tribunales híbridos. - 2.2. Antecedentes, características y base legal de las Salas Especiales de Kosovo. - 3. El principio de legalidad. - 3.1. Aspectos básicos del derecho doméstico. - 3.2. El principio de legalidad en el orden internacional. - 3.3. El principio de legalidad en el Derecho penal internacional. - 3.4 El principio de legalidad en las Salas: la importancia del Derecho consuetudinario. - 4. Aproximación al concepto de detención arbitraria. - 4.1. En el *ius in bello*. - 4.1.1. Conflictos armados internacionales. - 4.1.2. Conflictos armados de carácter no internacional. - 4.2. En las normas de derechos humanos. - 5. Delimitación por las Salas de la detención arbitraria como crimen de guerra durante un conflicto armado de carácter no internacional. - 5.1. Naturaleza del crimen de guerra. - 5.1.1. Delito alternativo: de comisión y omisión. - 5.1.2. Delito de resultado, permanente y pluriofensivo. - 5.2. Conducta punible. - 5.3. Bien jurídico-penal. - 5.4. Sujeto pasivo. - 5.5. Elementos normativos del tipo penal. - 5.5.1. Detención sin fundamento legal. - 5.5.2. Respeto de las garantías procesales básicas. - 5.6. Elemento subjetivo del injusto. - 5.7. ¿Nos hallamos ante una violación de una norma humanitaria? - 5.8. ¿Delito de ultraje contra la dignidad personal? - 6. Conclusiones.

1. Introducción

El Derecho penal internacional continúa en desarrollo. Las Salas Especiales de Kosovo (en adelante, las Salas) han configurado un nuevo delito desconocido hasta el momento en las normas convencionales. Nos referimos al crimen de guerra de detención arbitraria cometido durante un conflicto armado de carácter no internacional. El Derecho consuetudinario, nuevamente, y con toda la problemática que suscita su aplicación en el orden penal internacional, se ha erigido en fuente del Derecho, como antaño sucediera con los tribunales *ad hoc* de la ex Yugoslavia y Ruanda. Que estos tribunales *ad hoc* desarrollasen el Derecho penal internacional mediante la norma no escrita se justifica por la paupérrima codificación de esta materia en aquella época. No en vano, para evitar que determinadas conductas execrables para la humanidad quedasen impunes por aspectos contextuales —como podía ser su comisión en un conflicto armado internacional o en uno de carácter no internacional— los tribunales *ad hoc* efectuaron una labor integradora de las normas humanitarias. Lo que se pretendía era que el espíritu y finalidad de aquellas normas alcanzase a las víctimas de cualquier conflicto armado, de suerte que lo criminal en un conflicto armado internacional también pudiera serlo en uno de carácter no internacional. Esto se logró con la ayuda del Derecho consuetudinario, aunque en el camino se pusiera en tela de juicio el respeto al principio de legalidad. Siendo consciente la comunidad internacional de esta problemática, en la codificación del Derecho

penal internacional —cuyo máximo exponente es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, la Corte)— se reconoció un principio de legalidad estricto, semejante al existente en los ordenamientos domésticos. Por ello, se tipificaron aquellas conductas que formaban parte del Derecho consuetudinario y que amenazaban o menoscababan la paz y seguridad internacional, así como el bienestar de la humanidad, siendo, por otro lado, de suma importancia en esta labor delimitadora de los crímenes internacionales el trabajo realizado previamente por los tribunales *ad hoc*. De esta manera, el Derecho penal internacional emprendía un nuevo camino en el que la norma no escrita ya no tendría la relevancia que en tiempos pasados adquirió.

Con la constitución de las Salas se ha vuelto a recuperar el Derecho consuetudinario como fuente del Derecho. La aplicación de la costumbre por las Salas ha dado sus frutos, encontrándonos ahora con un nuevo crimen internacional desconocido hasta el momento. Nos referimos al crimen de guerra de detención arbitraria acaecido en una contienda armada de carácter no internacional. ¿Era necesario acudir al Derecho consuetudinario para sancionar penalmente en el orden internacional las detenciones arbitrarias realizadas en un conflicto armado de carácter no internacional? El propósito de este estudio es dar respuesta a este interrogante, analizando la naturaleza de las Salas como tribunal híbrido, sus antecedentes y base legal para su constitución, así como la manera en la que se regula el principio de legalidad. Una vez hecho lo anterior, nos aproximaremos al concepto de detención arbitraria atendiendo a las normas del *ius in bello* y de derechos humanos. Por último, analizaremos los elementos del tipo penal configurado por las Salas, de suerte que ello nos permitirá dar respuesta al interrogante previamente planteado.

2. Las Salas Especiales de Kosovo: un nuevo modelo de tribunal híbrido

2.1. Origen y tipología de tribunales híbridos

El apogeo de la Justicia penal internacional se justifica por la finalización de la denominada guerra fría. Este acontecimiento facilitó la toma de decisiones en el órgano político más importante de la comunidad internacional, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Esto fue gracias a la confianza, respeto y voluntad que mostraron los Estados más relevantes —desde un punto de vista político— en la codificación y desarrollo del Derecho internacional. Una de las parcelas del *ius gentium* que no habían sido debidamente codificadas era el de la Justicia y el Derecho penal internacional. Desde la creación de los tribunales militares internacionales de Núremberg y del Lejano Oriente, así como de la aprobación de los principios de Derecho internacional reconocidos en el Es-

tatuto y la sentencia del juicio de Núremberg, el asunto de la constitución de un tribunal penal internacional y su jurisdicción no fueron desarrollados¹. La comunidad internacional prefirió aprobar normas sectoriales que formaban parte de esta rama incipiente del Derecho internacional en lugar de codificar integralmente el Derecho penal internacional². Todo cambió a principios de los años noventa del siglo pasado con los trágicos acontecimientos ocurridos en la antigua República Federal de Yugoslavia y la situación de violencia armada de Ruanda, a lo que habría que unir la voluntad política del momento, propiciando que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tomase cartas en el asunto mediante la constitución de sendos tribunales *ad hoc* con competencia para enjuiciar crímenes internacionales³ como el genocidio, los crímenes contra la humanidad o los crímenes de guerra, incluidos los cometidos en una contienda armada de carácter no internacional⁴. Posteriormente, con la

¹ Cfr. UN. Doc. A/CN.4/22, de 12 de abril de 1950, por el que se aprueban los principios de Núremberg, así como la Res. 177 (II), de 21 de diciembre de 1947, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la que se encarga a la Comisión de Derecho Internacional la conveniencia y posibilidad de crear un tribunal penal internacional. Para un mayor detalle sobre el desarrollo del Derecho penal internacional, cfr. QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 37 y ss., BOLLO AROCENA, M.^a, *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas de su represión*, País Vasco, Universidad del País Vasco, 2004, p. 423 y ss., TORRES PÉREZ, M.^a, *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 33 y ss., WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 41 y ss., AMBOS, K., *Treatise on international criminal law, Vol. I: foundations and general part*, Oxford, University Press, 2013, p. 1 a 23, CASSESE, A., *International criminal law*, Oxford, University Press, 2008, p. 317 y ss., LIÑÁN LAFUENTE, A., Origen y evolución del derecho penal internacional, *Derecho Penal Internacional*, Dirs.: GIL, A., y MACULÁN, E., Madrid, Dykinson, 2016, p. 51 y ss.

² Tras finalizar la segunda guerra mundial se aprobaron entre otras las siguientes normas: la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (I), relativo a los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar (II), relativo a los prisioneros de guerra (III), y relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (IV), la Convención de la Haya, de 4 de mayo de 1954, sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, la Convención de 30 de noviembre de 1973 sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid, los Protocolos de 8 de junio de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra, el I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante, PAI), y el II sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (en adelante, PAII).

³ El Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia se constituye por la Resolución núm. 827, de 25 de mayo de 1993, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mientras que el Tribunal Internacional Penal para Ruanda se hace por la Resolución núm. 955, de 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

⁴ Una de las características más relevantes del Tribunal Internacional Penal para Ruanda radica en que por primera vez se tipifica como crimen de guerra las violaciones graves del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y las violaciones graves del Protocolo II, de 8 de junio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, de suerte que, por un lado, los crímenes de guerra ya no son exclusivos

constitución de la Corte Penal Internacional se culmina, en principio, el desarrollo de la Justicia penal internacional, en tanto en cuanto ya había un tribunal permanente capaz de enjuiciar aquellos crímenes internacionales que pertenecían al Derecho consuetudinario⁵.

Los tribunales *ad hoc*, a pesar de su innegable importancia para el desarrollo del Derecho penal internacional, fueron criticados por la lentitud de sus procedimientos, por su coste económico y por su legitimidad. Para solucionar lo anterior se instituyeron otros tribunales que, bajo la denominación de híbridos, podían juzgar crímenes internacionales. Estos tribunales estaban integrados por jueces nacionales e internacionales, aplicaban tanto normas domésticas como internacionales y, sobre todo, su creación se sustentaba en un acuerdo previo, libre y voluntario del Estado con las Naciones Unidas, no siendo, por lo tanto, una imposición de la comunidad internacional, reforzándose así su legitimidad y la soberanía estatal. Además, los costes económicos de estos tribunales eran menores, ya que la comunidad internacional no tenía que sufragar en su integridad sus gastos, al producirse un reparto de aquéllos entre el Estado y la comunidad internacional. Además, los tribunales híbridos podían llegar allá donde la Corte no lo hacía, evitándose así que los crímenes internacionales quedasen impunes, amén de que, a su vez, se robustecía la administración de justicia del Estado y se fortalecía el Estado de Derecho⁶. Con estos alicientes se auguraba un futuro prometedor para los tribunales híbridos, al conjugar las ventajas de los tribunales internacionales y de los domésticos⁷. A modo de ejemplo, los tribunales híbridos más característicos que se instituyeron fueron el Tribunal Especial de Sierra Leona⁸, las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya⁹, los Paneles Especiales en Timor Leste¹⁰, el Tribu-

de las contiendas armadas internacionales y, por otro lado, se reconoce que los crímenes de guerra cometidos en contiendas armadas de carácter no internacional son también crímenes internacionales, *cfr.* LA HAYE, E., *War crimes in internal armed conflicts*, Cambridge, University Press, 2008, p. 131 y ss.

⁵ Cuestión diferente es la competencia de la Corte, la cual no es absoluta al tratarse de una norma convencional, por lo que aquellos Estados que no lo han ratificado o se han adherido a la misma no les resultará aplicable, salvo que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas remita una situación al Fiscal de la Corte o hayan aceptado puntualmente el sometimiento a su jurisdicción.

⁶ *Cfr.* NOUWEN, S., «Hybrid Courts. The Hybrid Category of a New Type of International Crimes Courts», *Utrecht Law Review*, núm. 2, 2006, p. 191.

⁷ MUHARREMI, R., «The Kosovo Specialist Chambers and Specialist prosecutors Office», *Zaörrv*, núm. 76, 2016, p. 969; OCHS, S.L., y WALTERS, K., «Forced Justice: The Kosovo Specialist Chambers», *Duke Journal of Comparative and International Law*, núm. 32, 2022, p. 247.

⁸ El Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona se acuerda por Resolución núm. 1315, de 14 de agosto de 2000, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

⁹ Se crean por acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas y el gobierno de Camboya, *cfr.* Resolución núm. 57/228, de 22 de marzo de 2003.

¹⁰ Los Paneles Especiales traen causa de la administración transitoria de las Naciones Unidas en Timor Leste, por la Resolución núm. 1272, de 25 de octubre de 1999.

nal Especial para el Líbano¹¹ o las Salas para los crímenes de guerra de Bosnia y Herzegovina¹².

La tipología de los tribunales híbridos resultaba variada. Existían dos modelos diferentes, un modelo de tribunal internacional y otro de tribunal doméstico internacionalizado¹³. El primero era aquel que no estaba integrado en un sistema judicial doméstico aunque contenía elementos nacionales (jueces nacionales y aplicación de normas domésticas), como sucedió con el Tribunal Especial para Sierra Leona o el Tribunal Especial para el Líbano; mientras que el segundo era aquel que sí estaba integrado dentro de un sistema judicial doméstico aun conteniendo elementos internacionales (jueces extranjeros y aplicación de normas convencionales), tal y como sucedió con las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya, las Salas para los crímenes de guerra en Bosnia y Herzegovina o los Paneles Especiales en Timor Leste. Sea como fuere, una característica común de ambos modelos era que la sede del tribunal estaba en el territorio en donde se habían cometido los crímenes internacionales, en aras a reforzar su legitimidad y la soberanía del Estado¹⁴ a excepción del Tribunal Especial del Líbano.

2.2. *Antecedentes, características y base legal de las Salas Especiales de Kosovo.*

La situación en el territorio de Kosovo era sumamente complicada al finalizar la guerra contra las fuerzas gubernamentales serbias en los años 1998 y 1999, máxime cuando las autoridades del país habían abandonado sus cometidos en el territorio por imposición internacional, a causa de la administración interina del territorio acordada por las Naciones Unidas (UNMIK), lo que incluía la administración de justicia¹⁵. Aunque

¹¹ Este tribunal se constituye tras el acuerdo entre el gobierno del Líbano y las Naciones Unidas, *cfr.* Resolución núm. 1757, de 30 de mayo de 2007, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

¹² Estas Salas se crearon para los casos que no podían juzgarse por el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia porque los investigados no eran los máximos responsables de los crímenes internacionales cometidos, de ahí que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas instase su creación, estando compuestas al principio por jueces internacionales, aunque posteriormente su presencia se ha laminado, *cfr.* Resolución núm. 1534, de 26 de marzo del 2004, del Consejo de Seguridad.

¹³ *Cfr.* MUHARREMI, R., *op. cit.*, p. 989; *cfr.* WILLIAMS, S., «The Specialist Chambers of Kosovo. The limits of internationalization?», *Journal of International Criminal Justice*, núm. 14, 2016, p. 26.

¹⁴ CIMIOTTA, E., «The Special Chamber's and the Specialist Prosecutor's Office in Kosovo. The regionalization of the international criminal justice in context», *Journal of International Criminal Justice*, núm. 14, 2006, p. 60.

¹⁵ Res. 1244, de 10 de junio de 1999, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se constituye la misión UNMIK de administración interina del territorio de Kosovo; *cfr.* NOUWEN, S., *op. cit.*, p. 196.

el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia podía juzgar los crímenes internacionales cometidos en el territorio de Kosovo su finalidad era enjuiciar a los principales y máximos responsables, de ahí que los casos que no fuesen dirigidos a los principales responsables fueran remitidos a la UNMIK. Esto determinó la necesidad de crear un tribunal internacional para enjuiciar los crímenes internacionales cometidos durante la guerra de Kosovo. De esta forma surgen los Paneles Especiales, al amparo de la Regulación núm. 64/2000, con una composición mixta (jueces internacionales y nacionales). Por otro lado, con la declaración unilateral de independencia de Kosovo del Estado de Serbia en el año 2008 cesó la administración interina de la UNMIK haciéndose cargo de sus cometidos la Misión Civil de la Unión Europea en Kosovo para el imperio de la ley (en adelante, EULEX)¹⁶. Dicho esto, el suceso determinante para la creación de las Salas fue la presentación por la fiscal del tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia de una memoria sobre la situación en Kosovo durante y tras la guerra, en la que manifestó que los integrantes del grupo armado *Kosovo Liberation Army* (en adelante, KLA) cometieron diversos crímenes sobre nacionales serbios que residían en el territorio de Kosovo, quienes eran detenidos y trasladados a centros de detención ubicados en dicho territorio o en Albania, en donde eran torturados y sometidos a graves abusos. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, a la vista de la gravedad de lo expuesto, nombró un secretario para que investigara lo denunciado, elaborándose así el informe *Marty* que corroboró los temores mostrados por la fiscal, añadiendo que presuntamente los responsables de estos delitos eran antiguos líderes del grupo armado KLA que ocupaban en el momento de la elaboración del informe puestos de responsabilidad política en el territorio de Kosovo¹⁷. Por su parte, EULEX creó un grupo especial para investigar lo denunciado en el informe *Marty*, siendo uno de sus cometidos la investigación de los crímenes de guerra, actos de terrorismo y otros crímenes graves que se hubieran cometido en dicho territorio, incluyendo, si fuera necesario, la participación de jueces y fiscales internacionales en colaboración con las autoridades judiciales de Kosovo¹⁸. Esta colaboración judicial dio lugar a los tribunales EULEX que estaban incardinados en el sistema judicial de Kosovo. Sin embargo, su duración fue escasa en el tiempo a causa de

¹⁶ OCHS, S.L., y WALTERS, K., *op. cit.*, p. 254 y 255.

¹⁷ Doc. 12462, 7 de enero de 2011, *Inhuman treatment of people and illicit trafficking human organs in Kosovo*, Committee on legal affairs and human rights, Parliamentary Assembly Rapporteur Dick Marty. La población kosovar no aceptó el informe *Marty*, máxime cuando los principales líderes políticos de ese territorio eran antiguos líderes guerrilleros del KLA que habían obtenido en elecciones la representatividad del pueblo, *cfr.* STEFANIA CATALETA, M.^a, «The Kosovo Specialist Chambers, an international tribunal inside the national judicial system», *Journal of International Criminal Law*, núm. 3, 2022, p. 2.

¹⁸ *Cfr.* Acción Común 2008/124/ PESC del Consejo, de 4 de febrero de 2008 (versión inicial).

que los jueces internacionales fueron poco a poco marginados en favor de jueces nacionales, así como porque desde EULEX se delegó en la justicia doméstica el enjuiciamiento de los crímenes de guerra¹⁹. Con estos antecedentes se constituyeron las Salas mediante un intercambio de cartas entre EULEX y las autoridades kosovares, no habiendo, a diferencia de otros tribunales híbridos, un acuerdo internacional *inter partes* para la creación del tribunal²⁰. Habida cuenta de que el mandato de EULEX estaba por expirar en el año 2014 las autoridades kosovares solicitaron su prórroga, llegando a manifestar que si de las investigaciones del grupo de investigación de EULEX se desprendía una acusación por crímenes de guerra se constituiría un tribunal especial dentro del sistema judicial kosovar con un fiscal especial. EULEX aceptó esta propuesta y las cartas intercambiadas fueron incorporadas al Derecho doméstico de Kosovo mediante la Ley núm. 04/L-274, de 23 de abril de 2014, generando así obligaciones jurídicas para las autoridades kosovares²¹. Por su parte, el grupo de investigación de EULEX concluyó que los líderes del KLA estaban implicados en la comisión de crímenes de guerra contra nacionales serbios, siendo uno de los comportamientos denunciados el de detenciones arbitrarias²². Con fundamento en las obligaciones asumidas por el intercambio de cartas las autoridades kosovares modificaron el art. 162 de su Constitución y aprobaron por ley la creación de las Salas y la Oficina Especial del Fiscal de las Salas, con competencia para investigar, perseguir y juzgar los crímenes internacionales cometidos en Kosovo durante la guerra en el período comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2000, dotándose así de soporte legal al tribunal²³.

Lo característico de las Salas es que el nombramiento de los jueces y fiscales corre a cargo de EULEX, siendo todos ellos internacionales; la financiación y administración de medios de los jueces, fiscales y personal administrativo corre a cargo de EULEX; la ubicación de las Salas no está en Kosovo, sino en La Haya; los documentos y archivos que se generan por el trabajo judicial de las Salas no pertenece a Kosovo sino a EULEX; las Salas —integradas dentro del sistema judicial kosovar— tienen primacía respecto del resto de salas judiciales; la competencia material de las Salas se circunscribe a enjuiciar crímenes internacionales,

¹⁹ Cfr. OCHS, S.L., y WALTERS, K., *op. cit.*, p. 258.

²⁰ WILLIAMS, S., *op. cit.*, p. 29.

²¹ CIMIOTTA, E., *op. cit.*, p. 56.

²² MUHARREMI, R., *op. cit.*, p. 974; cfr. Report S/2014/558, de 1 de agosto de 2014.

²³ La ley por la que se crean las Salas y la Oficina de Fiscal es la Ley núm. 5/L-053, de 3 de agosto de 2015, cfr. STEFANIA CATALETA, M^a, *op. cit.*, p. 6; cfr. PIGNATELLI y MECA, F., *Tratado sobre los crímenes de guerra en el derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 478 a 482; cfr. SAN JUAN, C., «Alcance y limitaciones de los tribunales híbridos II: Salas Especiales de delitos graves en Timor Oriental, Salas de la Norma 64 en Kosovo, Salas Extraordinarias de África (SEA) y Tribunal Especial para Kosovo», *Alcance y Límites de la Justicia Internacional*, Coord.: OLÁSULO ALONSO, H., BUITRAGO REY, N.E., BONILLA TOVAR, V., CANOSA CANTOR, J, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 590 y ss.

así como otra serie de delitos domésticos; las Salas y el fiscal especial pueden interactuar directamente con la policía judicial de Kosovo; y las Salas no pueden imponer deber alguno de cooperación o asistencia a otros Estados u órganos internacionales. Atendiendo a lo expuesto, algunos autores entienden que las Salas se asemejan a un modelo de tribunal híbrido internacional, principalmente porque los jueces y fiscales no son nacionales sino internacionales, son nombrados por EULEX, no teniendo facultad alguna las autoridades kosovares en su nombramiento y la sede del tribunal está en los Países Bajos y no en Kosovo²⁴. Otros, centrándose más bien en aspectos formales, consideran que nos hallamos ante un tribunal doméstico internacionalizado, toda vez que la base legal de las Salas se halla en el ordenamiento jurídico kosovar, esto es, en su Constitución y en la Ley que lo crea, estando además integradas en el sistema judicial kosovar²⁵. En nuestra opinión, las Salas representan un modelo *sui generis* de tribunal híbrido desconocido hasta el momento —máxime cuando tienen personalidad jurídica, pudiendo suscribir acuerdos internacionales en materia de cooperación judicial con terceros Estados, previo acuerdo con la Asamblea de Kosovo²⁶—, hallándonos así ante un tercer modelo de tribunal híbrido que podría conceptuarse como un tribunal internacional nacionalizado. Entendemos que lo importante reside en lo sustantivo, de ahí que sostengamos que sea un tribunal internacional, pero no podemos desconocer los aspectos formales singulares que lo caracterizan, como es su integración en el sistema judicial kosovar, por lo que el tribunal internacional sería nacionalizado.

3. El principio de legalidad

3.1. Aspectos básicos del Derecho doméstico

Con carácter general en los ordenamientos domésticos impera en el ámbito penal un principio de legalidad estricto, fundamentado en la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*, con excepción de los sistemas de *common law* en donde la costumbre todavía desempeña un papel a tener en cuenta²⁷. Del postulado antedicho se desprende que solo podrá

²⁴ MUHARREMI, R., *op. cit.*, p. 992.

²⁵ WILLIAMS, S., *op. cit.*, p. 27 y 30; STEFANIA CATALETA, M^a, *op. cit.*, p. 7.

²⁶ MUHARREMI, R., *op. cit.*, p. 986; WILLIAMS, S., *op. cit.*, p. 49; CIMIOTTA, E., *op. cit.*, p. 66; *cfr.* Art. 4 y art. 55 de la Ley 05/L-053, de 3 de agosto de 2015; *cfr.* STAHN, C., *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge, University Press, 2019, p. 206 y 207.

²⁷ En referencia a los sistemas de *common law* hay que significar que la mayoría de ellos han definido en sus leyes aquellas conductas constitutivas de delito, quedando la costumbre muy reducida como fuente de derecho, *cfr.* LEIDER, R., «The modern common law of crime», *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 111, núm. 2, 2021, p. 415.

sancionarse penalmente aquel comportamiento que está previamente tipificado (*lex praevia*) en una ley (*lex scripta*) que describe la conducta reprochable (*lex certa*), no pudiendo realizarse una aplicación analógica de la norma penal a otros comportamientos no previstos en aquella (*lex stricta*)²⁸. La aplicación estricta del principio de legalidad refuerza las garantías de todo sistema democrático configurado como un Estado de Derecho, todo ello en beneficio de la seguridad jurídica²⁹, pues antes de la comisión de la conducta reprochable el justiciable ha podido tener acceso a la norma penal y prever que su comportamiento comporta responsabilidad penal. No menos importante es que con el respeto del principio de legalidad se garantiza además la libertad. Las sociedades se desenvuelven mediante usos y costumbres que cristalizan en normas sociales aceptadas generalmente, de ahí que su transgresión se considere un acto reprochable merecedor de una sanción. Pero para sancionar penalmente los comportamientos reprochables es necesario su tipificación como delito. De esta manera se dan a conocer aquellas conductas que menoscaban o ponen en peligro bienes jurídicos-penales, de suerte que se sabe lo que se puede y no se puede hacer, pues todo aquello que no esté tipificado como delito no podrá ser reprochable penalmente³⁰.

Va de suyo reseñar que el principio de legalidad forma parte del núcleo duro de los denominados derechos fundamentales de las normas constitucionales³¹, con las consiguientes garantías judiciales que ello conlleva³². Lo reseñable de este principio en el ámbito doméstico es que la única fuente del Derecho que puede determinar qué comportamientos son delictivos es la ley —norma escrita que constituye un reflejo de la voluntad popular y que proviene de un estamento democrático—, quedando la costumbre relegada a otros menesteres del Derecho penal, como pudiera ser, a modo de ejemplo, dotar de contenido a las circunstancias atenuantes de la pena³³.

²⁸ PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 51 y ss.

²⁹ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Dykinson, 1986, p. 176.

³⁰ Para un mayor detalle sobre el principio de legalidad, cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, p. 36; JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal*, Vol. II, Buenos Aires, Losada, 1950, p. 336 y 380; JAÉN VALLEJO, M., *Legalidad y extraterritorialidad en el derecho penal internacional*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 25 a 43; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *Derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 85 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2008, p. 105 y ss.

³¹ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Navarra, Thomson-Civitas, 2008, p. 137.

³² Cfr. PECES-BARBA, G., *Derechos Fundamentales. Teoría General*, Guadiana de Publicaciones, Madrid-Barcelona, 1973, p. 237 y ss.

³³ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, p. 53.

3.2. El principio de legalidad en el orden internacional

El postulado *nullum crimen nulla poena sine lege* no resulta ni muchos menos desconocido en el orden internacional³⁴. No en vano, este principio pertenece al selecto club de normas *ius cogens*, siendo imperativa su aplicación³⁵. En este sentido, el apartado 2º del art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada mediante la Resolución 217 (III) de 10 de diciembre de 1948 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece que «*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*»³⁶. Este principio fue posteriormente codificado con una redacción muy parecida en el art. 7 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (en adelante, Convención Europea), en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (en adelante, Pacto Internacional) y en la Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969. Este principio se caracteriza en el orden internacional por no exigir las garantías formales propias del orden doméstico, permitiendo que la conducta reproachable sea sancionada penalmente con base en normas no escritas, legitimándose al Derecho consuetudinario como fuente del Derecho penal. Esto no debería resultar extraño si la valoración de las

³⁴ Cfr. Decision of the Special Tribunal to Lebanon, *Case núm. STL-11-01/I*, Interlocutory Decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration and cumulative charging, 16 February 2011, párr. 32; por otro lado, el Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra, reconoce el principio de legalidad en su art. 99, al indicar que «*a ningún prisionero de guerra podrá incoársele procedimiento judicial o condenársele por un acto que no se halle expresamente reprimido por la legislación de la Potencia en cuyo poder esté o por el Derecho internacional vigente en la fecha en que se haya cometido dicho acto*». Lo importante de esta norma es que debe analizarse a la luz de lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cfr. PICTET, J.S., *Commentary to III Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war*, Geneva, ICRC, 1960, p. 470.

³⁵ Decision of the Special Tribunal to Lebanon, *Case núm. STL-11-01/I*, Interlocutory Decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration and cumulative charging, 16 February 2011, párr. 76. La naturaleza *ius cogens* del principio se justifica porque nos hallamos ante un derecho que no puede ser derogado, y que ocupa un lugar prominente, cfr. Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Vasiliauskas v. Lithuania*, Application núm. 35343/05, 20 October 2005, párr. 153; MERON, T., *The Making of international criminal justice. A view from the Bench. Selected speeches*, Oxford, University Press, 2011, p. 35.

³⁶ La Declaración Universal al ser una resolución de la Asamblea General no genera obligaciones jurídicas para los Estados, aunque con el paso del tiempo ha adquirido un valor importante al cristalizar muchos de los derechos reconocidos en aquella en Derecho consuetudinario, cfr. PONCE MARTÍNEZ, C.F., «La Declaración universal de derechos humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos», *Anuario de la facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, núm. 19-20, 2001-2002, p. 253 y ss.

normas aplicables se hace bajo el prisma del Derecho internacional, ya que en este orden la costumbre es fuente del Derecho³⁷. Ahora bien, esta posición colisiona con la concepción de los ordenamientos domésticos que requieren de una norma escrita, previa, emanada del Parlamento y que describa el delito para satisfacer la garantía formal del principio.

¿Por qué la comunidad internacional configuró un principio de legalidad flexible? La respuesta se halla en los juicios de Núremberg. Ni el crimen contra la paz ni el crimen contra la humanidad estaban sancionados penalmente en norma convencional alguna, lo que provocó que el tribunal militar acudiese a la norma no escrita para colmar los vacíos formales existentes para sancionar penalmente estos delitos. La comunidad internacional tenía que legitimar la nueva concepción del principio de legalidad emanada de Núremberg, y ello pasaba por incluir la costumbre como fuente del Derecho penal³⁸. La primera medida adoptada fue la redacción del apartado 2º del art. 7 de la Convención Europea —cuyo contenido es semejante al del apartado 2º del art. 15 del Pacto Internacional—, el cual prevé una cláusula de excepción al principio de prohibición de aplicación retroactiva de la norma penal desfavorable³⁹. Su finalidad era evitar que con el nuevo sistema de derechos humanos se pudieran anular los juicios de Núremberg por la violación del postulado de legalidad⁴⁰, y su aplicación tenía lugar cuando los hechos que querían enjuiciarse fuesen constitutivos de delito según los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas. Esta referencia a los principios generales del Derecho cuanto menos resulta desafortunada, pues no son idóneos para describir una conducta antijurídica⁴¹, más allá de que su finalidad es otra bien distinta⁴², de ahí que en la actualidad esté en desuso

³⁷ Cfr. Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 26 de junio de 1945; GALLANT, K., *The principle of legality in international and comparative criminal law*, Cambridge, University Press, 2009, p. 158; cfr. MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., «La configuración del principio de legalidad penal en el Derecho internacional contemporáneo», *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional*, Dir.: CUERDA RIEZU, A., y JIMÉNEZ GARCÍA, F., Madrid, Tecnos, 2009, p. 379.

³⁸ GALLANT, K., *op. cit.*, p. 171.

³⁹ El apartado 2º del art. 7 del Convenio Europeo establece que «El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas», en similares términos se pronuncia el apartado 2º del art. 15 del Pacto Internacional.

⁴⁰ GIL GIL, A., «La excepción al principio de legalidad del núm. 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1)», *ADCPCP*, Vol. LXIII, 2010, p. 134 y ss.; SCHABAS, W., *The European Convention on Human Rights. A commentary*, Oxford, University Press, 2015, p. 352.

⁴¹ BASSIOUNI, M.C., *Introduction to International Criminal Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 251; GIL GIL, A., *op. cit.*, p. 139; RAUTER, T., *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, Springer, Salzburg, 2017, p. 58.

⁴² El objeto de los principios generales del Derecho es ayudar a la interpretación de las normas convencionales o consuetudinarias, colmar lagunas cuando no hay norma

y los tribunales no se refieren a ella⁴³. Muestra de ello es que las Salas en el caso *Hashim Thaci et al* cuando analizan el apartado 2º del art. 7 de la Convención Europea, a causa del alegato de que se habían incorporado delitos en la Ley retroactivamente, respondieron que lo importante era que la conducta reproachable fuese delictiva en el momento de los hechos, ya fuera con base en normas convencionales o consuetudinarias, siendo innecesaria cualquier referencia al apartado 2º del art. 7 de la Convención Europea⁴⁴. De esta manera, las Salas refrendan la idea de que la Convención Europea no permite la aplicación retroactiva de nuevos delitos al amparo del Derecho internacional, debiendo ser, en todo caso, la conducta constitutiva de delito en el momento de su comisión⁴⁵.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha avalado esta configuración del principio de legalidad, llegando a sostener que es una parte esencial de todo Estado de Derecho⁴⁶, que el término *law* de la norma no debe interpretarse estrictamente de manera que impida a aquélla adaptarse a las situaciones cambiantes⁴⁷, por lo que este término abarcaría tanto la norma escrita como la no escrita⁴⁸, siendo, en todo caso, más importantes los aspectos materiales de la norma que los formales⁴⁹. En suma, el principio de legalidad está plenamente reconocido en el orden internacional, eso sí, de una manera mucho más flexible que en el orden doméstico, al permitir que la norma no escrita sea fuente del Derecho penal, dándose primacía a las garantías materiales del principio antes que a las formales, por lo que lo importante es que la norma que describe la conducta reproachable sea accesible y previsible para el justiciable, en el sentido de que conozca que su comportamiento está prohibido y que tiene consecuencias penales.

alguna aplicable y reforzar el razonamiento jurídico y uniformidad del sistema jurídico internacional, *cfr.* Doc. UN. A/CN.4/753, de 18 de abril de 2023, 3º informe del Secretario General sobre los principios generales del Derecho, párr. 35.

⁴³ *Cfr.* SCHABAS, W., «The European Convention...», *op. cit.*, p. 353 a 355.

⁴⁴ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 July 2021, párr. 93.

⁴⁵ *Cfr.* GALLANT, K., *op. cit.*, p. 192.

⁴⁶ Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Korbely v. Hungary*, Application 9174/02, 19 September 2008, párr. 69.

⁴⁷ Judgment of the EHRC (Court Plenary), *The Sunday Times v. United Kingdom*, Application 6538/74, 26 April 1979, párr. 49.

⁴⁸ Judgment of the EHRC (Court Chamber), *S.W. v. The United Kingdom*, Application 20166/92, 22 November 1995, párr. 35; Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Kononov v. Latvia*, Application 36376/04, 17 May 2010, párr. 185; Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, Application 34044/96, 35532/97 and 44801/98, 22 March 2001, párr. 50.

⁴⁹ Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Kafkaris v. Cyprus*, Application 21906/04, 12 February 2008, párr. 139.

3.3. *El principio de legalidad en el Derecho penal internacional*

Para la Justicia penal internacional el respeto del principio de legalidad ha sido una premisa insoslayable sin la cual su legitimidad quedaría en entredicho. Incluso en el juicio de Núremberg, en donde hubo una crítica exacerbada sobre la violación de este postulado, al no estar tipificado en norma alguna el crimen contra la paz o los crímenes contra la humanidad, se justificó el respeto de este postulado⁵⁰. Resulta célebre la argumentación del Tribunal Militar Internacional de Núremberg para salir de este entuerto delimitando el principio de legalidad no como una garantía del justiciable sino como un principio de justicia que no limitaba la soberanía del Estado, entendiendo que lo injusto no era condenar a una persona por cometer una atrocidad no sancionada penalmente, sino que lo injusto era dejar impune un comportamiento contrario a las reglas morales y éticas de la sociedad. La comprensión del principio de legalidad como una regla de justicia sustantiva se halla en esta argumentación⁵¹. Por lo tanto, aquellos actos que no estuvieran tipificados pero que fueran profundamente contrarios a las reglas éticas y morales de la sociedad internacional podían ser punibles, de suerte que la única manera para lograrlo era acudir al Derecho consuetudinario⁵².

La consideración del principio de legalidad como regla de justicia sustantiva fue esencial para el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia en el desarrollo del Derecho penal internacional, lo que supuso la transformación de este postulado en la máxima *nullum crimen nulla poena sine iure*. Lo importante para los tribunales *ad hoc* era la norma consuetudinaria, aunque no se reconociese como como fuente del derecho en sus Estatutos⁵³. Esta relevancia del Derecho consuetudinario se debe a

⁵⁰ El Tribunal Militar sostuvo que el principio de legalidad era un principio fundamental del Derecho (internacional y nacional), *cfr.* Judgment of the International Military Tribunal of Nuremberg, 1 October 1946, *American Journal of International Law*, Vol. 41, núm. 1, 1947, p. 217; JIMÉNEZ DE ASUA, L., *op. cit.*, p. 1266 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Vol. I, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, 1955, p. 100, consideraba que muchas de las conductas de los justiciables eran antijurídicas, pero no típicas; *cfr.* OLLÉ SESÉ, M., *Principios Generales, Derecho Penal Internacional*, Dirs.: GIL, A., y MACULÁN, E., Madrid, Dykinson, 2016, p. 158 y ss.

⁵¹ CASSESE, A., *op. cit.*, p. 37 a 40; *cfr.* OLÁSOLO ALONSO, H., «El principio *nullum crimen sine iure* en el derecho internacional contemporáneo», ANIDIP, Vol. I, 2013, p. 22 a 25.

⁵² Judgment of the International Military..., *op. cit.*, p. 219.

⁵³ El tribunal *ad hoc* de Ruanda sostuvo que sus fuentes del derecho eran su Estatuto y el Derecho consuetudinario, *cfr.* Judgment of the ICTR (Appeal Chamber), *Prosecutor v. Kajelijeli*, 23 May 2005, párr. 209; Judgment of the ICTR (Trial Chamber), *Prosecutor v. Semanza*, 15 May 2003, párr. 341; *cfr.* SCHABAS, W., «Customary Law or «Judge-Made» Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals», *Legal Regime Of International Criminal Court. Essays in honour of Professor Igor Blischenko*, Ed.: DORIA, J., GASSER, H.P., y BASSIOUNI, M.C., Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 79 y 80. El Secretario General de Naciones Unidas indicó que el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia aplicaría

que estos tribunales fueron constituidos con carácter *ex post facto* a la comisión de los delitos, por lo que solo la norma no escrita respetaba el principio de legalidad. Nadie dudaba que el genocidio, los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad eran crímenes internacionales, pues así se estableció en los Principios de Núremberg (a excepción del genocidio, cuya configuración como delito internacional viene dada convencionalmente). La norma no escrita permitió a los tribunales *ad hoc* sostener que los comportamientos enjuiciados en el momento de su comisión eran delictivos en el orden internacional. Pero, además, mediante la aplicación primaria de la costumbre estos tribunales se constituyeron en auténticos cuasi legisladores del Derecho penal internacional, castigando conductas que convencionalmente no estaban calificadas como crímenes de guerra⁵⁴. Esto supuso un problema, pues la norma no escrita tenía que ser lo suficientemente precisa en la descripción del desvalor de la conducta, a fin de que pudiera aplicarse⁵⁵.

De otra parte, la manera en la que los tribunales *ad hoc* determinaron la existencia de una norma consuetudinaria tampoco resultó ajena a la crítica. Dieron preferencia a la *opinio iuris* frente a la práctica estatal generalizada⁵⁶, por lo que con la mera alusión a la existencia de tratados internacionales, manuales militares, opiniones diplomáticas autorizadas o leyes nacionales, entendían que concurría un sentimiento de obligación jurídica hacia la norma en cuestión, lo que dio lugar a una

principalmente aquellas normas de DIH que perteneciesen al Derecho consuetudinario, *cfr.* UN Doc. S/25704, 20 May 1993, párr. 34.

⁵⁴ El tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia por mor del Derecho consuetudinario consideró como crímenes de guerra en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional el atacar a la población civil (*caso Strugar*), las represalias contra la población civil (*caso Kupresic*) o el atacar a la población civil con el fin de aterrorizarla (*caso Galic*), conductas todas ellas que no son consideradas convencionalmente como crímenes de guerra, aunque muchas de ellas sí están prohibidas expresamente; *cfr.* OLÁSOLO ALONSO, H., *op. cit.*, p. 31; la jurisprudencia del tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia demuestra la preferencia por el Derecho consuetudinario frente al convencional, *cfr.* Judgment (Appeal Chamber), *Prosecutor, v. Galic*, 22 March 2001, párrs. 83 y 86.

⁵⁵ El Derecho consuetudinario no puede satisfacer siempre el principio de legalidad, de ahí la necesidad de que la norma no escrita sea codificada o tipificada, *cfr.* BASSIOUNI, M.C., *op. cit.*, p. 251 y 252.

⁵⁶ La Comisión de Derecho Internacional sostiene que debe concurrir en todo caso una práctica estatal generalizada que sea aceptada como Derecho. La cuestión es que también se dice que las evidencias que sirvan para acreditar uno de estos elementos pueden ser válidas para acreditar el otro, por lo que con idénticas pruebas se podrían acreditar tanto la práctica generalizada como su aceptación como Derecho (estas evidencias pueden consistir en la aprobación de normas legales, decisiones judiciales, publicación de manuales militares, informes de asesores jurídicos, correspondencia diplomática, etc.), *cfr.* Doc. UN. A/73/10, *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries*, p. 126, 141. En este documento también se dice que las publicaciones del CICR, aunque no son un ejemplo de práctica estatal, sirven para identificar el elemento objetivo de la costumbre, *cfr.* p. 136.

nueva doctrina consuetudinaria⁵⁷. A su vez, estos tribunales para valorar el principio de legalidad acudieron a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, por lo que entendían que no había violación alguna si el justiciable tenía acceso a la norma y ésta era previsible⁵⁸. Este criterio se ha mantenido por las Salas cuando afirman que resulta suficiente para acreditar que los investigados conocen la norma consuetudinaria su elevado *status* dentro del grupo armado KLA, lo que *per se* hace que tengan grandes responsabilidades y poderes con acceso a mucha información. Además, entienden que, a causa de los tratados internacionales suscritos por la antigua Yugoslavia, los delitos tipificados en su Código Penal, el marco legal general surgido tras la segunda guerra mundial y los procesos penales seguidos en el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia, aquéllos son igualmente conocedores de que su comportamiento era constitutivo de un crimen internacional que comportaba responsabilidad penal⁵⁹.

Por último, con la constitución de la Corte Penal Internacional se ha culminado *prima facie* el desarrollo del Derecho penal internacional. La Corte está sujeta, por mor de lo previsto en el art. 22 del Estatuto de Roma, a un principio de legalidad estricto, semejante al de los órdenes domésticos y más alejado del aplicado por los tribunales *ad hoc*, de manera que el Derecho consuetudinario carece ahora de la importancia que antaño tuvo⁶⁰. La comunidad internacional consideró que el Derecho penal internacional debía discurrir por un sendero de seguridad jurídica en el que se respetasen estrictamente las garantías del justiciable, lo que

⁵⁷ Cfr. FRULLI, M., «The contribution of International Criminal Tribunals to development of International Law: The prominence of *opinio iuris* and the moralization of customary law», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, núm. 14, 2015, p. 80 y ss.; VAN DER WILT, H., «State practice as element of customary international law: A white knight in International Criminal Law?», *International Criminal Law Review*, 2019, p. 1 y ss.; GALAND, A.S., «Approaching custom identification as a conflict avoidance technique: Tadic and Kupreskic revisited», *Leiden Journal of International Law*, núm. 31, 2018, p. 403 y ss.; STAINO, F., «Customary international law as a source of individual criminal responsibility. Reflections in the wake of the Abd-Rahman judgment», *Journal of International Criminal Justice*, núm. 20, 2022, p. 982 y ss.

⁵⁸ La accesibilidad consiste en que el justiciable tenga acceso al contenido de la norma, por lo que ha tenido que ser publicada, divulgada o comunicada; mientras que la previsibilidad supone que el justiciable debe saber que su conducta es reprochable, por lo que su contenido debe ser claro y lo más preciso posible, satisfaciéndose esta exigencia a causa de su profesión, estatuto o asesoramiento previo obtenido, *cfr.* Judgment of the EHRC (Court Chamber), *Cantoni v. France*, Application núm. 17862/91, 11 November 1996, párr. 35; Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Kononov v. Latvia*, Application núm. 36376/04, 17 May 2010, párrs. 235 a 239.

⁵⁹ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 July 2021, párrs. 103 y 104.

⁶⁰ SCHABAS, W., «Customary Law ...», *op. cit.*, p. 78; BROOMHALL, B., «Article 22 Nullum crimen sine lege», *The Rome Statute of International Criminal Court*, Ed.: TRIFFTERER y AMBOS, Beck/Nomos/Hart, 2016, p. 954; MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *op. cit.*, p. 384.

redundaba en una mayor legitimidad de sus actuaciones. Esto se consiguió mediante la instauración de un principio de legalidad estricto que respetase el criterio de *lex scripta* y *lex certa*, asumiéndolo los Estados sin recelo alguno⁶¹. Causa de lo anterior es que la norma consuetudinaria dejó de ser fuente primaria para la persecución de crímenes internacionales⁶². En palabras del profesor Rodríguez Villasante este hito supuso el paso de la prehistoria a la historia, es decir, de la norma no escrita a la escrita⁶³. En cuanto a los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma hay consenso en considerarlos como parte del Derecho consuetudinario⁶⁴, existiendo la posibilidad de que existan otros que no estén tipificados en dicho Estatuto.

3.4. *El principio de legalidad en las Salas: la importancia del Derecho consuetudinario*

El Derecho internacional desempeña un papel esencial en el sistema jurídico de Kosovo y, particularmente, en las normas que regulan las Salas. Fruto de ello, el postulado de legalidad instaurado es más propio del orden internacional que del doméstico. Ahora bien, esta singularidad no debe sorprendernos. Esto se debe a que las Salas son un tribunal híbrido *sui generis*, de suerte que el principio de legalidad se interpreta al amparo del Derecho internacional en detrimento del Derecho doméstico. ¿Por qué se configuró un principio de legalidad flexible? Sencillamente, por la necesidad de juzgar comportamientos cometidos con anterioridad a la constitución de las Salas que no estaban en su integridad sancionados en el orden doméstico vigente en el momento de los hechos. Así las cosas, el apartado 2º del art. 19 de la Constitución de Kosovo otorga una superioridad jurídica a los acuerdos internacionales y normas vinculantes de Derecho internacional frente al resto de normas domésticas kosovares. De esta manera, cualquier conflicto de normas que pudiera suscitarse

⁶¹ Cfr. RAUTER, T., *op. cit.*, p. 45 y 48.

⁶² SCHABAS, W., *The International Criminal Court. A commentary on the Statute of Rome*, Oxford, University Press, 2010, p. 407.

⁶³ RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L., «Los principios generales del Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 75, 2000, p. 390.

⁶⁴ SCHABAS, W., «The International Criminal...», *op. cit.*, p. 271 y 409; WERLE, G., *op. cit.*, p. 113; KREB, C., «The International Criminal Court as a turning point in the history of International Criminal Justice», *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Ed.: CASSESE, A., Oxford, University Press, 2009, p. 143; ZAHAR, A., y SLUITER, G., *International Criminal Law*, Oxford, University Press, 2008, p. 87; el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia consideró el Estatuto de Roma como un texto autorizado que representa la opinión jurídica de un gran número de Estados, siendo un reflejo de la codificación de normas consuetudinarias, cfr. Judgment of Trial Chamber, *Prosecutor v. Furundžija*, 10 December 1998, párr. 227.

debe resolverse en favor de la norma internacional, incluida la consuetudinaria integrante del Derecho internacional general. De otra parte, en el art. 22 de la Constitución de Kosovo se consagra la aplicación directa de una serie de instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, como son, entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Europea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, manifestando que estas normas convencionales tendrán prioridad sobre cualquier otra ley u actos de otras instituciones públicas. Como colofón, en el apartado 1º del art. 33 de la Constitución de Kosovo se reconoce el principio de legalidad, al indicarse que «*No one shall be charged or punished for any act which did not constitute a penal offense under law at the time it was committed, except acts that at the time they were committed constituted genocide, war crimes or crimes against humanity according to international law*». Esta redacción reconoce la garantía formal del referido postulado (existencia previa de una ley) pero excepciona a los crímenes de guerra, el genocidio o los delitos de lesa humanidad, en cuyo caso opera directamente el Derecho internacional vigente en el momento de los hechos, es decir, lo que comprende tanto las normas convencionales como las consuetudinarias.

Teniendo carta de naturaleza constitucional el Derecho internacional como fuente del Derecho en relación a los crímenes internacionales, la ley por la que se constituyen las Salas no debería tener tacha alguna por regular un principio de legalidad flexible propio del orden internacional. En el apartado 2º del art. 3 de la Ley núm. 5/L-053, de 3 de agosto de 2015, que lleva por título «principios fundacionales» se dispone que las Salas fallarán y funcionarán de conformidad con: 1) la Constitución de Kosovo, 2) la Ley núm. 5/L-053 que es *lex specialis*, 3) las normas domésticas incorporadas en la Ley, 4) el Derecho consuetudinario, el cual es superior jerárquicamente a las normas domésticas kosovares y 5) los derechos humanos reconocidos internacionalmente que también gozarán de superioridad jerárquica frente a la norma doméstica, según establece el art. 22 de la Constitución. Por otro lado, en el apartado 3º del citado art. 3 de la Ley se regula cómo las Salas identifican el Derecho consuetudinario, y será siendo asistidos por las fuentes del Derecho internacional, incluidas las fuentes subsidiarias tales como la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, Corte Penal Internacional y otros tribunales de justicia. En este orden de cosas, el Derecho consuetudinario es parte inherente y primordial del Derecho aplicable por las Salas, no solo porque sea fuente primaria, sino también porque indirectamente tendrán que acudir a ella por medio de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, los cuales aplicaban básicamente normas consuetudinarias. Y todo ello dotando a la norma no escrita de supremacía jerárquica frente a la doméstica, por lo que ante cualquier conflicto de normas primará el *ius gentium*. Además, la Ley núm. 5/L-053 es ley especial, de suerte que será aplicable la

máxima *lex specialis derogat lege generali*, no pudiendo oponerse a aquélla otras normas del ordenamiento kosovar.

Por otro lado, en el art. 12 de la Ley núm. 5/L-053 se regula el «Derecho aplicable», disponiendo que «*the Specialist Chambers shall apply customary international law and the substantive criminal law of Kosovo insofar as it is in compliance with customary international law, both as applicable at the time the crimes were committed, in accordance with Article 7(2) of the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and Article 15(2) of the International Covenant on Civil and Political Rights, as incorporated and protected by Articles 19(2), 22(2), 22(3) and 33(1) of the Constitution*». La finalidad de esta norma no es otra que especificar que el Derecho consuetudinario aplicable será solo el vigente en el momento de los hechos. Piénsese que la norma consuetudinaria no es estática sino cambiante, y puede suceder que aquélla haya cambiado con el transcurso del tiempo para adaptarse a la realidad social existente⁶⁵. En consecuencia, una norma no escrita que no estuviera vigente en el momento de los hechos o que hubiera cambiado su contenido no podrá ser aplicada. Para las Salas este precepto resulta capital. De hecho han sostenido que la costumbre internacional se erige como fuente de referencia y primaria⁶⁶, no existiendo problema alguno en que con base en aquélla se criminalice una conducta; pero, además, en caso de conflicto entre las normas domésticas y la norma consuetudinaria aplicable por las Salas prevalecerá esta última⁶⁷.

Con respecto a los crímenes de guerra de competencia de las Salas su enumeración se fundamenta en el Derecho consuetudinario. Otra cosa no puede decirse cuando en el art. 14 de la Ley núm. 5/L-053 que lleva por título «crímenes de guerra al amparo del Derecho internacional», se empieza diciendo que *bajo la costumbre internacional los crímenes de guerra son*, para a continuación enumerar en las letras b) y d) a modo de *numerus apertus* los diferentes tipos de crímenes de guerra bajo la clásica redacción consistente en *including but not limited to, any of the following acts: (...)*. Esta fórmula —utilizada en el Estatuto del tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia— abre las puertas a la costumbre como fuente del Derecho penal, permitiendo a las Salas constituirse en auténticos cuasi legisladores con la consiguiente inseguridad jurídica del justiciable. La norma penal describe unos delitos a modo de ejemplo, pero ello no impide que haya otros no enumerados que puedan ser imputados, siendo, por lo tanto, desconocidos por el justiciable. Asimismo, los crímenes de

⁶⁵ THIRLWAY, H., *The sources of International Law*, Oxford, University Press, 2014, p. 83; ROBERTS, E.A., «Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation», *American Journal of International Law*, núm. 95, 2001, p. 757 y ss.

⁶⁶ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 July 2021, párrs. 91 y 99.

⁶⁷ *Ibidem*, párr. 94.

guerra tipificados en la Ley núm. 5/L-053 reproducen los del Estatuto de Roma⁶⁸, los cuales formaban parte del Derecho consuetudinario durante la guerra de Kosovo, no alcanzando a ver la necesidad de configurar una norma penal que admita como fuente del Derecho a la norma no escrita, pues los crímenes de guerra que se pudieron cometer ya estaban codificados en el Estatuto de Roma. La justificación más plausible es que en el Estatuto de Roma no estén tipificados todos los crímenes de guerra que se cometieron en la guerra de Kosovo y que formaban parte del Derecho consuetudinario en aquel momento —en referencia a la detención arbitraria que fue uno de los comportamientos denunciados en el informe Marty que dio origen a las Salas⁶⁹—.

4. Aproximación al concepto de detención arbitraria

La relación existente entre el *ius in bello* y los derechos humanos es una de las más importantes del Derecho internacional. No en vano, la protección de los *core human rights* se erige como una de las razones de ser del Derecho internacional humanitario (en adelante, DIH). Actualmente se acepta la aplicación de las normas de derechos humanos durante un conflicto armado —sin perjuicio de que pueden suspenderse algunas de sus obligaciones, por mor del art. 4 del Pacto Internacional⁷⁰—. Esto en ocasiones dará lugar a un conflicto de normas, dado que algunas normas del *ius in bello* difieren en su contenido de las de derechos humanos. De cualquier forma, durante un conflicto armado aquellas situaciones no reguladas por las normas del *ius in bello* pero sí por las de derechos humanos serán resueltas con base en estas últimas. La relación entre ambas normas no es de exclusión, sino más bien de complementariedad, excepto cuando la norma humanitaria sea ley especial al regular expresamente una situación, en cuyo caso se aplica la máxima *lex specialis derogat lege generali*⁷¹.

⁶⁸ WILLIAMS, S., *op. cit.*, p. 41.

⁶⁹ Cfr. Doc. 12462, de 7 de enero de 2011, *Inhuman treatment of people and illicit trafficking human organs in Kosovo*, Committee on legal affairs and human rights, Parliamentary Assembly Rapporteur Dick Marty, párr. 93.

⁷⁰ Doc. CCPR/C/ISR/CO/3, Comité de Derechos Humanos, 3 September 2010, párr. 50; DINSTEIN, Y., *The international law of belligerent occupation*, Cambridge, University Press, 2009, p. 69.

⁷¹ Cfr. Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 de la Corte Internacional de Justicia, *Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares*, párr. 25; opinión consultiva de 9 de julio de 2004 de la Corte Internacional de Justicia, *sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, párr. 106; y sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de diciembre de 2005, *case concerning armed activity on the territory of the Congo, Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, párrs. 216-220.

4.1. *En el ius in bello*

El Derecho internacional humanitario regula con detalle los conflictos armados internacionales mientras que la codificación de los de carácter no internacional se encuentra en una situación mucho más precaria. El temor de los Estados a conferir algún tipo de legitimación a los grupos insurrectos, insurgentes o rebeldes que se alzan en armas en el territorio, con el consiguiente menoscabo de su soberanía, es la causa principal del escaso desarrollo normativo de los conflictos armados de carácter no internacional⁷². Las normas convencionales para estas contiendas armadas se limitan a regular aspectos generales y esenciales de la protección del ser humano, sin los detalles existentes para los conflictos armados internacionales, y sin conferir legitimación alguna a la parte contendiente enfrentada con las fuerzas gubernamentales⁷³. No en vano, todo acto de violencia o fuerza que realicen los grupos armados contra las fuerzas gubernamentales serán delictivos según el ordenamiento doméstico⁷⁴.

4.1.1. Conflictos armados internacionales

Al margen de los supuestos en donde los beligerantes pueden detener a una persona por causas delictivas, las normas del *ius in bello* autorizan en este tipo de contienda armada el internamiento de personas protegidas sin mediar causa criminal. En este sentido, el art. 21 del Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra (en adelante, CGI), confiere *potestas* a las Partes beligerantes para internar a estas personas protegidas desde el momento en que son capturadas y están bajo su poder, debiendo ser puestas en libertad y repatriadas una vez finalicen las hostilidades o cuando padezcan una grave enfermedad o herida, salvo que tengan pendiente alguna causa penal, según se dispone en los art. 118 y 119 del CGI. En el supuesto de que no se produzca su liberación sin una causa justificada podríamos estar ante

⁷² TRUMBULL IV, C.P., Analogies in detentions: distorting the balance between military necessity and humanity, *Virginia Journal of International Law*, núm. 58, 2018, p. 106.

⁷³ CRAWFORD, E., *The treatment of combatants and insurgents under the law of armed conflict*, Oxford, University Press, 2010, p. 78 y 79. El art. 3 común establece que la aplicación de esta norma *no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto*, lo que significa que ninguna modificación habrá en la consideración de rebeldes o insurrectos de los grupos armados enfrentados a las fuerzas gubernamentales según la norma doméstica.

⁷⁴ Cfr. DINSTEIN, Y., *Non international armed conflicts in International Law*, Cambridge, University Press, 2014, p. 220. A modo de ejemplo, los miembros de los grupos armados detenidos no gozarán del estatuto de prisionero de guerra, así como tampoco del privilegio del combatiente, pues estas prerrogativas recaen exclusivamente en los combatientes que participan en conflictos armados internacionales, por lo que cualquier acto hostil contra las fuerzas gubernamentales será constitutivo de un delito de atentado contra fuerza armada, lesiones, homicidio, etc.

una infracción grave del DIH, *ex art.* 85.4.b) del PAI⁷⁵. El objeto del internamiento lo es únicamente por cuestiones de seguridad, para evitar que el prisionero de guerra retorne al combate y realice actos de hostilidad.

Por otro lado, los art. 27, 41 a 43 y 78 del Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (en adelante, CGIV) autorizan a las Partes beligerantes a internar a las personas protegidas por este convenio cuando concurren motivos de seguridad indispensables, ya sea en el territorio de una Parte beligerante contra extranjeros residentes (art. 42 del CGIV) o lo sea contra civiles en territorio ocupado (art. 78 del CGIV). La liberación de las personas internadas tendrá lugar cuando cesen las causas que motivaron el internamiento o cuando finalicen las hostilidades, *ex art.* 132 y 133 del CGIV, aunque si estas personas han sido condenadas podrán seguir internadas hasta la extinción de la condena. Los internamientos de personas civiles sin mediar causa criminal, a consecuencia de la experiencia adquirida tras la segunda guerra mundial por los excesos cometidos, ha sido una cuestión de suma importancia para la comunidad internacional. Ello motivó que en los Convenios de Ginebra se calificase el confinamiento ilegal como una infracción grave del DIH, *ex art.* 147 del CGIV, con las consecuencias jurídicas derivadas por el sistema de eficacia del DIH, en referencia a la aplicación del principio de justicia universal, el deber de los Estados de sancionar penalmente este comportamiento en su ordenamiento y dotar de jurisdicción a sus tribunales para buscar y juzgar a los responsables. Posteriormente, este comportamiento fue tipificado como crimen de guerra tanto en el Estatuto del tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia como en el art. 8.2.a) vii) del Estatuto de Roma, siempre para situaciones de conflicto armado internacional. Este injusto ante la Corte puede abarcar supuestos de detención arbitraria no solo de personas civiles, sino también de prisioneros de guerra, o de personal sanitario y religioso, quienes pueden padecer detenciones en el curso de la contienda armada, según se desprende de lo establecido en el art. 28 del Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (en adelante, CGI)⁷⁶.

Las normas humanitarias referidas no solo determinan cuándo se puede internar a personas civiles, también reconocen una serie de garantías procedimentales que deben observarse. El art. 43 del CGIV relativo a los internados en el territorio de una de las Partes beligerantes permite revisar el internamiento ante un tribunal o consejo administrativo en

⁷⁵ La Corte Suprema de los Estados Unidos ha considerado que la liberación de todo combatiente al cesar las hostilidades es un principio básico de las leyes de la guerra, *cfr.* Supreme Court of USA, 542. U.S. *Hamdi v. Rumsfeld* (2004), p. 12.

⁷⁶ *Cfr.* DÖRMANN, K., *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, University Press, 2003, p. 113 y ss.

el plazo más breve posible, y si se deniega la liberación podrá revisarse esta decisión por los menos dos veces al año. En cuanto a los internados en territorio ocupado, el art. 78 del CGIV establece que la potencia ocupante deberá tener previsto un procedimiento para acordar esta medida privativa de libertad, en el que se reconozca el derecho a interponer el correspondiente recurso de apelación y a que se revise el internamiento semestralmente. Estas garantías no operan para los prisioneros de guerra, cuyo cautiverio no está sometido a revisión judicial o gubernativa alguna, a excepción de los casos de grave enfermedad o herida, *ex* art. 109 y 110 del CGIII. Aunque el internamiento de los prisioneros de guerra puede durar hasta el fin de las hostilidades, en el caso de personas civiles surgen dudas sobre la validez de los internamientos indefinidos o prolongados a causa de la duración del conflicto armado. En este sentido, resulta de ayuda la *praxis* seguida por la Corte Suprema de Israel sobre esta cuestión, ya que en las revisiones judiciales de personas civiles detenidas preventivamente ha considerado el plazo de dos años como el tiempo máximo para permanecer detenido sin mediar causa criminal, considerando que en ese lapso de tiempo el riesgo para la seguridad del Estado habría desaparecido o cuanto menos resultaría difícil acreditar que sigue existiendo⁷⁷. Así pues, los confinamientos prolongados de personas civiles sin mediar causa criminal deben someterse a unas cautelas estrictas, valorando cuidadosamente cada seis meses si siguen concurriendo las causas que motivaron el internamiento, pues de lo contrario la persona se verá sumida en un callejón sin salida hasta que el conflicto armado concluya. Asimismo, el art. 75 del PAI —norma que ha adquirido el *status* de Derecho consuetudinario— contempla otra serie de garantías fundamentales para toda persona detenida por actos relacionados con el conflicto armado, nos referimos al derecho a ser informado en un idioma que comprenda de las razones que han motivado su detención y a ser liberado en cuanto cesen las causas que justificaron la privación de libertad, a excepción de que la detención sea por causa criminal. Sea como fuere, en todo momento las personas detenidas o internadas deberán ser respetadas, tratadas con humanidad y sin distingo alguno desfavorable por razón de su nacionalidad, opinión política, raza, sexo o religión, tal y como se infiere de los art. 13, 27 y 37 del CGIV. La finalidad de estas garantías no es otra que salvaguardar el valor esencial de la libertad del ser humano, sabedores de que en circunstancias de violencia armada es posible que puedan lesionarse otros bienes jurídicos capitales del ser humano durante su detención o internamiento⁷⁸.

⁷⁷ SHANY, Y., «A human rights perspective to global battlefield detention: time to reconsider indefinite detention», *International Law Studies*, Vol. 93, 2017, p. 117.

⁷⁸ Cfr. PICTET, J.S., *Commentary on the IV Geneva Convention to the protection of civilian persons in time of war*, Geneva, ICRC, 1958, p. 207; Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Delalic et al.*, 16 November 1998, párr. 572.

Teniendo en consideración estas premisas, lo prohibido por las normas humanitarias en situación de conflicto armado internacional es el confinamiento ilegal, esto es, el comportamiento de encerrar a una persona en un espacio cerrado determinado (no abierto). Si bien es cierto que todo confinamiento comporta una detención, pues para encerrar a una persona hay que privarla de libertad, no resulta menos cierto que no toda detención supondrá un confinamiento, ya que puede concurrir la privación de libertad de una persona en un espacio abierto sin estar encerrada. Así pues, aunque la detención y el internamiento guardan semejanza nos hallamos ante comportamientos diferentes, siendo esto corroborado en el art. 5 del PAII, norma humanitaria aplicable a las personas privadas de libertad en los conflictos armados de carácter no internacional, en donde se diferencia a los detenidos e internados. No en vano, nuestro legislador sabedor de las diferencias existentes entre ambas figuras ha definido la detención ilegal, tipificada en el art. 165 del Código Penal, como aquella conducta consistente en encerrar o detener a una persona privándole de su libertad. Dicho esto, el confinamiento ilegal ha sido analizado por el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia sin hacer mención a la diferencia anteriormente apuntada, lo que redundará en la confusión de ambos comportamientos. Este tribunal ha sostenido que el internamiento sin mediar causa criminal solo puede producirse por motivos absolutamente necesarios de seguridad, sin que la nacionalidad del detenido o su ideología política sirvan de fundamento para su privación de libertad; que el término «seguridad» resulta ambiguo, teniendo mucha libertad los beligerantes para delimitarlo, de ahí que la medida de privación de libertad deba ser excepcional y motivada, concurriendo circunstancias conocidas y demostrables de que el justiciable participa o va a participar en alguna actividad que pone en riesgo la seguridad de la Parte beligerante —tales como el sabotaje o el espionaje—, no siendo suficiente el criterio de la edad militar de la persona⁷⁹. Igualmente, la pertenencia a un grupo armado constituye *per se* una amenaza a la seguridad, pero debe acreditarse que esta pertenencia supone la realización de actos hostiles, no bastando un mero apoyo ideológico o moral⁸⁰. También el tribunal *ad hoc* consideró que habrá una detención o confinamiento ilegal cuando la privación de libertad se produzca sin que concurren las causas absolutamente imprescindibles de seguridad o

⁷⁹ Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Delalic'et al.*, 16 November 1998, párrs. 576 y 577; Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Prilic'et al.*, 29 May 2013, párr. 134; cfr. OLSON, L.M., «Admissibility of and procedures for internment», *The 1949 Geneva Conventions. A commentary*, Ed.: CLAPHAM, A., GAETA, P., y SASSOLI, M., Oxford, University Press, 2015, p. 1328.

⁸⁰ Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Delalic'et al.*, 16 November 1998, párr. 568.

cuando aun existiendo dichas causas de seguridad las garantías previstas en los art. 43 y 78 del CGIV no hayan sido respetadas⁸¹.

4.1.2. Conflictos armados de carácter no internacional

El debate suscitado en torno a si en este tipo de conflicto armado las Partes contendientes están autorizadas para detener o internar resulta mayúsculo, habiendo una ingente aportación doctrinal al respecto tanto en un sentido afirmativo como negativo. Nadie discute que las detenciones o internamientos en los conflictos armados son incidencias que ocurren en el curso de la guerra, esto es, hechos que forzosamente suceden en este contexto de violencia armada⁸². Estas incidencias estaban reguladas solamente en las normas del *ius in bello* para los conflictos armados internacionales. Sin embargo, tras la eclosión de los derechos humanos nos encontramos con otras normas que regulan también las detenciones e internamientos en cualquier situación, y no cabe duda alguna que deben observarse. En el ámbito convencional del *ius in bello* concerniente a los conflictos armados de carácter no internacional (art. 3 común a los Convenios de Ginebra y Protocolo II Adicional), las normas aplicables guardan un incómodo silencio sobre esta cuestión, de tal manera que no autorizan a los contendientes para internar o detener pero, a su vez, tampoco lo prohíben⁸³, limitándose a regular una situación *de facto* característica de todo conflicto armado, a saber, cómo debe tratarse a toda persona detenida o internada, sin enumerar las causas que permiten la detención o internamiento, ni quiénes la pueden llevar a cabo, ni su duración⁸⁴. No habiendo pues título legal alguno de naturaleza convencional que autorice a los contendientes a internar a personas en los conflictos

⁸¹ Judgment of the ICTY (Appeal Chamber), *Prosecutor v. Delalic'et al.*, 20 February 2011, párr. 320; Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Prilic'et al.*, 29 May 2013, párr.139.

⁸² JENKS, C., y TALBOT JENSEN, E., «Indefinite detention under the laws of war», *Stanford Law & Policy Review*, Vol. 22, núm. 1, 2011, p. 46; la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos confirma este criterio respecto de los combatientes y combatientes irregulares, *cfr.* Supreme Court of USA, 542. U.S. *Hamdi v. Rumsfeld* (2004), p. 10.

⁸³ GOODMAN, R., The detention of civilians in armed conflict, *American Journal of International Law*, Vol 103, núm. 1, 2009, p. 50; *cfr.* PEJIC, J., Procedural principales and safeguards for internment/administrative detención in armed conflict and other situations of violence, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, núm. 858, 2005, p. 377, sostiene que el internamiento puede realizarse al no estar prohibido y estar regulado en los art. 5 y 6 del PAII; CRAWFORD, E., «Detention in non-international armed conflict», *Asia-Pacific perspectives on International Humanitarian Law*, Ed.: LINTO, S., MCCORMACK, T., Cambridge, University Press, 2019, p. 259 y 260; Comentario del primer Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Buenos Aires, CICR, 2021, párrs. 722, p. 225.

⁸⁴ Expert meeting on procedural safeguards for security detention in non-international armed conflict, Chatham House and International Committee of the Red Cross, *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, núm. 876, 2009, p. 862.

armados de carácter no internacional sin mediar causa criminal, parte de la doctrina ha recurrido a la aplicación analógica de las normas de los conflictos armados internacionales para solucionar este entuerto⁸⁵, a la existencia de un título legal fundamentado en el Derecho consuetudinario⁸⁶ o a la existencia de una autorización inherente de las normas del *ius in bello*⁸⁷. La aplicación analógica de las normas humanitarias aplicables en los conflictos armados internacionales a los de carácter no internacional resulta problemática, en tanto en cuanto disponemos de normas de derechos humanos igualmente aplicables que harían innecesario acudir al instituto de la analogía⁸⁸. Además, estas normas protegen mejor a las víctimas y personas protegidas. En cuanto a la existencia de una norma consuetudinaria que autoriza la detención en este tipo de contienda armada los tribunales de justicia del Reino Unido ya han debatido sobre esta controvertida cuestión en el caso *Serdar Mohammed*, ratificando la Corte Suprema el criterio de la *High Court* y *Appeal Court* consistente en que el Derecho consuetudinario no confiere autorización alguna para detener o internar en contiendas armadas de carácter no internacional, siendo el Derecho doméstico el hábitat normal en donde deben hallarse estas autorizaciones⁸⁹. En idéntico sentido se pronunció la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *Hamdi*, sosteniendo que la base legal para detener en el campo de batalla residía en la autorización del Congreso al uso de la fuerza militar, que no era otra cosa que una norma doméstica⁹⁰. Incluso, las Salas se han aproximado a esta posición jurídica en el caso *Hashim Thaci et al.*, manifestando que en el momento de los hechos enjuiciados (1998-1999) no había norma humanitaria convencional o consuetudinaria alguna que proporcionara base legal para detener en conflictos armados de carácter no internacional⁹¹. Sobre la existencia

⁸⁵ SASSOLI, M., y OLSON, L.M., The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, núm. 871, 2008, p. 623; GOODMAN, R., *op. cit.*, p. 48 a 50.

⁸⁶ Cfr. BARNSBY, R.E., «Yes we can: the authority to detain as customary international law», *Military Law Review*, núm. 202, 2009, p. 53 y ss.

⁸⁷ Expert meeting on procedural safeguards..., *op. cit.*, p. 863; KLEFFNER, J.K., Operational detention and the treatment of detainees, *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Ed.: GILL, T.D., y FLECK, D., Oxford, University Press, 2010, p. 471.

⁸⁸ JON HELLER, K., The Use and Abuse of Analogy in IHL, *Theoretical Boundaries of armed Conflict and Human Rights*, Ed.: OHLIN, J.D., Cambridge, University Press, 2016, p. 233 a 244.

⁸⁹ Supreme Court of U.K., *Serdar Mohammed v. Ministry of Defense*, 17 January 2017, párrs. 271 a 276. Esta resolución judicial sostiene que el estudio del ICRC sobre Derecho consuetudinario no dice que exista una norma consuetudinaria que habilite a detener; lo que indica es que la detención arbitraria ha cristalizado en costumbre.

⁹⁰ Supreme Court of USA, 542. U.S. *Hamdi v. Rumsfeld* (2004), p. 9 y 12.

⁹¹ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 July 2021, párr. 152.

de una autorización inherente de las normas del *ius in bello* aplicables en los conflictos armados de carácter no internacional para detener resulta difícil aceptar esta tesis. Si los Estados Parte hubieran querido conferir algún tipo de autorización a las Partes contendientes lo hubieran manifestado expresamente, como así ha sucedido para los conflictos armados internacionales. De hecho, el propio CICR en un estudio suyo somete a debate esta afirmación⁹². Pero, además, si hubiera una autorización inherente en tales normas del *ius in bello* aplicables a los conflictos armados de carácter no internacional sería solamente para los Estados, no siendo extensible a los grupos armados⁹³. Lo anterior trae causa de lo previsto en el apartado 1º del art. 3 del PAII, norma que establece que no podrá invocarse disposición alguna del protocolo con objeto de menoscabar la soberanía del Estado o la responsabilidad que le incumbe a su Gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden o defender su unidad nacional y la integridad territorial del Estado *por todos los medios legítimos*. De este precepto se desprende que el Estado por medio de su Gobierno puede usar todos los medios legítimos a su alcance para restablecer el orden y mantener la integridad y unidad nacional, lo que se consigue por medio de las normas domésticas vigentes o que apruebe al efecto⁹⁴.

En nuestra opinión, la doctrina del *caso Lotus* consistente en que está permitido hacer a los Estados todo aquello que no esté prohibido podría ayudar a resolver el problema —aun sabiendo que todavía hay dudas sobre el significado de lo permitido, ¿es aquello que está autorizado, aquello sobre lo que hay una facultad discrecional, o aquello que para la norma es indiferente o irrelevante? ⁹⁵—. Al amparo de esta doctrina los Estados, y solo ellos⁹⁶, podrán en un conflicto armado de carácter no internacional internar y detener a personas sin mediar causa criminal siempre que sus leyes domésticas u otro tipo de normas internacionales lo autoricen, toda vez que no hay norma internacional, ni siquiera humanitaria, que lo prohíba. Por lo tanto, la búsqueda del título legal para internar o detener sin mediar causa criminal debe hallarse en otras normas diferentes a las del *ius in bello*, siendo el lugar idóneo para ello el ordenamiento domés-

⁹² Comentario del primer Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Buenos Aires, CICR, 2021, párr. 727, p. 226.

⁹³ TEFERRA, Z.M., «National Security and the right to liberty in armed conflict: the legality and limits of security detention in International Humanitarian Law», *International Review of the Red Cross*, Vol. 98, 2016, p. 970 y 971.

⁹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 970.

⁹⁵ S.S. *Lotus* (France v. Turkey), 1927, Permanent Court of International Justice, núm. 10, September 7; ARMIN VON BOGDANDY, M.R., *The Lotus*, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2006, párr. 15; FOCARELLI, C., *International Law as Social Construct: the struggle for global justice*, Oxford, University Press, 2012, p. 282.

⁹⁶ La doctrina del *caso Lotus* solo es trasladable a los Estados ya que aquélla es un corolario del principio de soberanía e independencia, cfr. HEFFES, E., *Detention by non-state armed groups under International Law*, Cambridge, University Press, 2022, p. 145 y ss.

tico, o incluso las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁹⁷. Así las cosas, siendo de aplicación primaria las normas domésticas en las detenciones o internamientos ocurridos en las contiendas armadas de carácter no internacional, las normas de derechos humanos adquieren una relevancia capital⁹⁸, toda vez que las humanitarias guardan silencio sobre esta cuestión —ni autorizan ni prohíben⁹⁹—. La legitimidad y validez de estas privaciones de libertad deberá resolverse al amparo de las normas de derechos humanos que siguen vigentes en estas contiendas armadas, debiendo atemperarse la norma doméstica a aquella¹⁰⁰. En conclusión, la clave de bóveda sobre esta cuestión se encuentra en las normas de derechos humanos que han venido a complementar en la medida de lo posible a las normas del *ius in bello*, debiendo considerar a aquellas normas como *lex specialis*, pues la norma humanitaria guarda silencio al respecto¹⁰¹.

4.2. En las normas internacionales de derechos humanos

Las normas convencionales de derechos humanos reconocen la libertad personal como uno de los derechos esenciales del ser humano¹⁰², es decir, como un *core human right*. No en vano, las legislaciones domésticas desde antaño han sancionado penalmente toda detención ilegal y han protegido constitucionalmente la libertad personal¹⁰³. En este sentido, el

⁹⁷ HILL-CAWTHORNE, L., *Detention in non-international armed conflict*, Oxford, University Press, 2020, p. 75; HEFFES, E., *op. cit.*, p. 165; JON HELLER, K., *op. cit.*, p. 276; *cfr.* Legal Commentary on the right to challenge the lawfulness of the detención in armed conflict, ICJ Commentary on elements of the UN Working Group on Arbitrary Detention Basic principles and guidelines on remedies and procederes on the right of anyone deprived of their liberty to Bring Proceedings before a court pertaining to detención in armed conflict, September 2015, Internacional Commission of Jurists, p. 22. En Israel encontramos la *Internment of Unlawful combatants law* del año 2002 que autoriza la detención preventiva de combatientes irregulares, y para las personas que no participan directamente en las hostilidades se aplica la *Emergency Powers Law* del año 1979, que permite la detención preventiva por el plazo de 6 meses, y es prorrogable de manera indefinida y sujeta a revisión judicial cada 3 meses. En el Reino Unido para luchar contra las organizaciones terroristas que operaban en su territorio se aprobó la *Offence Against State (amendment) Act 1940* y la *Northern Ireland Emergency Provisions Act 1973*, leyes que permitían las detenciones preventivas.

⁹⁸ SHANY, Y., *op. cit.*, p. 114; TEFERRA, Z.M., *op. cit.*, p. 972.

⁹⁹ *Detention by Non-State Armed Groups: Obligations under International Humanitarian Law and Examples of How to Implement Them*, ICRC, Geneva, 2023, p. 11; GAVRILOVA, M., «Administrative detention by non-state armed groups: legal basis and procedural safeguards», *Israel Law Review*, Vol. 53, núm. 1, 2020, p. 45.

¹⁰⁰ DOSWALD BECK, L., *Human rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford, University Press, 2011, p. 277.

¹⁰¹ JON HELLER, K., *op. cit.*, p. 276.

¹⁰² TEFERRA, Z.M., *op. cit.*, p. 964.

¹⁰³ SCHABAS, W., «The European Convention...», *op. cit.*, p. 220. En nuestro ordenamiento penal la detención ilegal o arbitraria ha estado castigada desde el Código

art. 9 del Pacto Internacional establece que todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personal, que nadie podrá ser sometido a detención arbitraria y que nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido por ésta. A su vez, esta norma confiere una serie de garantías a todo detenido, como la de ser informado de las causas que motivan la detención, la posibilidad de recurrir a un tribunal para que decida sobre la legalidad de la detención y en el caso que se determine que la misma fue ilegal el derecho a obtener una reparación. A pesar de que este derecho fundamental puede suspenderse, *ex art. 4 del Pacto Internacional*, la prohibición de la detención arbitraria y la facultad de revisar ante un tribunal toda detención son derechos que no podrán suspenderse¹⁰⁴. La efectividad de este derecho requiere que los Estados describan en su ordenamiento las causas legales que permiten privar de libertad a una persona, lo que se hará normalmente mediante leyes procesales, de seguridad pública o defensa nacional, así como regular el procedimiento para detener. Sucintamente, lo característico de la libertad personal consiste en que alcanza a toda persona, sea soldado, refugiado, niño, extranjero¹⁰⁵, etc. Asimismo, resulta de aplicación en situaciones de conflicto armado, sin perjuicio de que cuando las normas del *ius in bello* autorizan la detención o internamiento de una persona esa causa no puede calificarse como arbitraria¹⁰⁶. Por último, toda detención debe ser conforme al Derecho internacional, prohibiéndose la detención arbitraria, la cual no puede asociarse a una detención contraria a ley, pues deberá reunir connotaciones de inadecuación, injusticia, imprevisibilidad, ausencia de las debidas garantías procesales, ausencia de toda razonabilidad, necesidad o proporcionalidad¹⁰⁷.

De otra parte, el Grupo de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos relativo a la detención arbitraria ha sostenido que la prohibición de detención arbitraria forma parte del Derecho consuetudinario, que está proscriba en tiempo de paz y de conflicto armado, y que concurre, entre otras, en las siguientes situaciones¹⁰⁸: 1) Cuando es imposible invocar base legal alguna que justifique la privación de la libertad; 2) cuando la inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados afectados, es de una gravedad tal que confiere

Penal de 1822 (art. 679) hasta el actual Código Penal de 1995 (art.163), llegando a protegerse la libertad del individuo desde la Constitución de 1812 (art. 172.11); POLAINO NAVARRETE, M., *El delito de detención ilegal*, Pamplona, Aranzadi, 1982, p. 32.

¹⁰⁴ Doc. CCPR/C/GC/35, de 16 de diciembre de 2014, *Observación General núm. 35*, Artículo 9 (libertad y seguridad personal), Comité de Derechos Humanos, párr. 67.

¹⁰⁵ *Ibidem*, párr. 3.

¹⁰⁶ *Ibidem*, párr. 64.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párrs. 10 y 12.

¹⁰⁸ Doc. A/HRC/22/44, 24 December 2012, párr. 38.

a la privación de libertad carácter arbitrario; 3) cuando la privación de libertad constituye una violación del derecho internacional por razones de discriminación basada en el nacimiento, origen nacional, étnico o social, idioma, religión, situación económica, opiniones políticas o de cualquier índole, género, orientación sexual, discapacidad u otra circunstancia, y que persigue o puede derivar en la vulneración de la igualdad de los derechos humanos.

Descendiendo al ámbito europeo, en el art. 5 de la Convención Europea no se prohíbe expresamente la detención arbitraria, lo que no significa que la finalidad de la norma no sea proscribirla¹⁰⁹. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Tribunal Europeo) el concepto de detención arbitraria va más allá de la vulneración o no de la norma nacional, ya que la detención puede ser legal al amparo del Derecho doméstico pero ser arbitraria de conformidad con la Convención Europea, por lo que habrá que atender a la mala fe o engaño de las autoridades en la interpretación de la norma, que la detención sea de conformidad con las causas legales previstas en el art. 5 de la Convención Europea, que haya una conexión entre las causas de la detención y el lugar y condiciones en donde se realiza, y que haya proporcionalidad, es decir, que el sacrificio de la privación de libertad no sea desmedido frente a la ventaja obtenida. El problema del art. 5 de la Convención Europea es que enumera exhaustivamente —a modo de *numerus clausus*— las causas legales por las que una persona puede ser detenida, no mencionándose en ningún caso la detención preventiva por cuestiones de seguridad no vinculadas a una causa criminal¹¹⁰. El Tribunal Europeo en el caso *Hassan* tuvo la ocasión de analizar la compatibilidad de los internamientos del *ius in bello* con la regulación de la Convención Europea en materia de libertad personal, concluyendo que al permitirse los internamientos de prisioneros de guerra y de personas civiles por cuestiones imperiosas de seguridad, la norma europea de derechos humanos debía acomodarse e interpretarse al amparo de aquéllas¹¹¹. De esta manera, los internamientos en los conflictos armados internacionales al amparo del *ius in bello* no serán arbitrarios ni contravendrán el art. 5 de la Convención Europea¹¹². No obstante, el Tribunal Europeo perdió una ocasión única para solventar las dudas existentes en torno a los conflictos armados de carácter no internacional, pues nada dijo al respecto, por lo que sigue

¹⁰⁹ Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Selahattin Demirtas v. Turkey*, Application 14305/17, 20 December 2020, párr. 311.

¹¹⁰ Judgment of the EHRC (Court Chamber), *Lawless v. Ireland*, Application 332/57, 1 July 1996, párrs. 13 y 14; Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Hassan v. United Kingdom*, Application 29750/09, 16 September 2014, párr. 97; SCHABAS, W., «The European Convention...», *op. cit.*, p. 226.

¹¹¹ Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Hassan v. United Kingdom*, Application 29750/09, 16 September 2014, párr. 104.

¹¹² *Ibidem*, párr. 105.

prevaleciendo el criterio establecido en el caso *Al-Jedda* relativo a que en este tipo de contienda armada las causas de detención legales son solo las previstas en el art. 5 de la Convención Europea, y como quiera que no se reconoce la detención preventiva sin mediar causa criminal para que ésta sea válida deberá acordarse la derogación de las obligaciones *ex art. 15* de la Convención¹¹³. La premisa de que en las contiendas armadas de carácter no internacional son de aplicación primaria las normas de derechos humanos resulta lógica y coherente, pues no hay norma humanitaria que describa las causas de detención o internamiento para este tipo de conflicto armado¹¹⁴. Esto comporta que los Estados parte de la Convención Europea si quieren internar o detener sin mediar causa criminal deberán acordar la suspensión de las obligaciones derivadas de esta norma¹¹⁵, dado que este tipo de detención no está previsto en la Convención Europea. En el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos también se salvaguarda la libertad personal y se prohíbe toda detención arbitraria, *ex art. 7* de la Convención Americana. A este respecto, la Corte Interamericana ha sostenido que toda detención debe quedar debidamente registrada, constando en un documento sus causas, quién la realiza, el día y hora y la puesta en libertad del detenido, así como el aviso al juez competente, todo ello para garantizar que no exista una detención arbitraria¹¹⁶. Asimismo, aunque esté permitido la suspensión del derecho a la libertad personal en determinadas circunstancias excepcionales, la prohibición de la detención arbitraria en ningún caso queda en suspenso, al tratarse de una garantía no derogable¹¹⁷.

A la vista de lo expuesto, lo que debe entenderse por detención arbitraria en las normas de derechos humanos no coincide en términos absolutos con lo determinado en el *ius in bello*. Evidentemente, el sustrato del concepto guarda similitud, pero los adornos y detalles que lo conforman difieren. A modo de ejemplo, la norma humanitaria centra su atención en el confinamiento, mientras que la norma de derechos humanos lo hace en la detención. El punto coincidente de ambas normas consiste en que la detención y el confinamiento para no ser arbitrarios exigen para su

¹¹³ Judgment of the EHRC (Grand Chamber), *Al-Jedda v. United Kingdom*, Application núm. 27021/08, 7 July 2011, párrs. 99 y 100.

¹¹⁴ Cfr. RONA, G., Is there a way out of the non-international armed conflict detention dilemma? *International Law Studies*, Vol. 91, 2015, p. 35.

¹¹⁵ Cfr. MURRAY, D., *Practitioner's guide to human rights law in armed conflict*, Oxford, University Press, 2016, p. 190. Sobre la posibilidad de dejar en suspenso las obligaciones derivadas del art. 5 de la Convención Europea se recuerda que el derecho a que un tribunal resuelva la legalidad de la detención no puede suspenderse, siendo un derecho inderogable de *ius cogens*, cfr. Doc. A/HRC/30/37, Report of Working Group of Arbitrary Detention, *Principles and guidelines on remedies and procedures on the right of anyone deprived of liberty to bring proceedings before a court*, 6 July 2015, principle 4.

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Rodríguez Vera y otros v. Colombia* (Desapariciones del Palacio de Justicia), 14 de noviembre de 2014, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, párr. 247.

¹¹⁷ *Ibidem*, párr. 402.

adopción una causa legal, que vendrá determinada por la existencia de una ley que describa los supuestos en los que se puede detener a una persona —norma de derechos humanos— o por la concurrencia de necesidades imperiosas de seguridad —norma humanitaria aplicable en conflictos armados internacionales—. La norma del *ius in bello* resulta restrictiva porque solo permite el internamiento por causas imperiosas de seguridad, lo que no ocurre con la norma de derechos humanos que se remite a lo que la ley doméstica establezca, realizándose, por lo tanto, una regulación *in abstracto* más amplia y no constreñida solamente a cuestiones de seguridad. Por otro lado, el respeto de las garantías procesales resulta coincidente en ambas normas, nos referimos a la revisión de la detención o confinamiento ante un tribunal y la información necesaria al detenido de los motivos de su detención o internamiento en un idioma que comprenda. Sin embargo, encontramos diferencias. La primera es que la garantía de informar sobre las causas de la detención puede ser suspendida con base en las normas de derechos humanos, al no ser un derecho inderogable o de *ius cogens*, mientras que con base en la norma humanitaria —art. 75 del PAI— no podrá derogarse, ofreciendo en consecuencia una mayor protección. La segunda radica en que con base en las normas de derechos humanos las garantías son aplicables a toda persona mientras que con base en las normas del *ius in bello* aquellas solo serán aplicables a determinadas personas, pues la revisión judicial no opera para los prisioneros de guerra. La tercera es que con base en las normas de derechos humanos no se permite la detención prolongada mientras que en las normas del *ius in bello* sí, pues los prisioneros de guerra pueden permanecer internados hasta finalizar el conflicto, siendo el tiempo de duración de esta medida privativa de libertad indeterminado. En cuarto lugar, las normas de derechos humanos indican que la revisión judicial sea por un órgano independiente e imparcial del Poder Judicial mientras que las normas del *ius in bello* lo dejan a voluntad de la Parte beligerante, pues pueden instituirse consejos administrativos a tal fin para revisar la detención¹¹⁸. Por último, las normas de derechos humanos arrojan un mayor detalle en algunos aspectos, como el de exigir que toda detención quede debidamente registrada en documentos públicos¹¹⁹, o que el derecho a la información comprenda la entrega de una copia de la orden detención, acceso al expediente con copia del mismo y acceso a todas las evidencias que tengan las autoridades relativas a la detención¹²⁰. No cabe duda de que todo aquello que no esté regulado en las normas del *ius in bello* podrá ser completado con las normas de derechos humanos aplicables al efecto, reforzándose así las garantías de la prohibición de toda detención arbitraria.

¹¹⁸ JON HELLER, K., *op. cit.*, p. 277 y 278.

¹¹⁹ Doc. UN. A/HRC/30/37, 6 July 2015, Guideline 6°.

¹²⁰ *Ibidem*, Guideline 5°.

5. Delimitación por las Salas de la detención arbitraria como crimen de guerra durante un conflicto armado de carácter no internacional

Los tribunales de los Países Bajos fueron los primeros en reconocer este crimen de guerra en el *caso Eshetu Alemo*¹²¹ y en el *caso Abdul Razaq*¹²², ambos ante la Corte de Distrito de la Haya. En estos casos el tribunal entendió que la privación arbitraria de libertad era contraria al principio de humanidad del art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, motivando esta decisión con base en la Regla 99 del CICR sobre Derecho consuetudinario humanitario, la cual establece que las privaciones arbitrarias de libertad están prohibidas. De otra parte, la jurisprudencia emanada del tribunal *ad hoc* para la antigua Yugoslavia ha servido de fuente a las Salas para configurar la estructura del crimen de guerra de detención arbitraria durante un conflicto armado de carácter no internacional. Las Salas en el *caso Hashim Thaci et al* determinaron los elementos del delito en cuestión, comenzando con el análisis de los elementos contextuales inherentes a los crímenes de guerra, a saber, la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional, una relación de causalidad entre el delito y la contienda armada y el conocimiento por parte del responsable de su existencia¹²³. Para esta labor las Salas acudieron a la jurisprudencia del referido tribunal *ad hoc*, sin aportar nada nuevo sobre la cuestión, por lo que no hay discusión jurídica. Lo relevante, y en lo que sí se suscitan interrogantes, es en los elementos materiales y subjetivos del tipo penal, de los que nos ocuparemos a continuación.

5.1. Naturaleza del crimen de guerra

Las Salas en el *caso Hashim Thaci et al* consideraron que este crimen de guerra se comete mediante cualquier acción u omisión que tenga

¹²¹ Judgment District Court of the Hague, *Prosecutor v. Eshetu Alemo*, 15 December 2017, párrs. 12.4 y 12.5., se investigaron detenciones ocurridas entre el 1 de febrero de 1978 y 31 de diciembre de 1981 en Etiopía, en donde existía un conflicto armado de carácter no internacional entre las fuerzas gubernamentales y la organización *Ethiopian People's Revolutionary Party*. Multitud de simpatizantes y miembros del EPRP fueron detenidos y ejecutados por las fuerzas gubernamentales. Al investigado se le acusó de haber privado arbitrariamente de su libertad durante dicho período de tiempo a 321 personas que no participaban directamente en las hostilidades mientras fue representante del Gobierno en la región de Gojjam (Debre Maros) en el año 1978, con el objeto de obtener información sobre el grupo armado EPRP.

¹²² Judgment District Court of the Hague, *Prosecutor v. Abdul Razaq*, 14 April 2022, párr. 17.

¹²³ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on the confirmation of the indictment against Hashim Thaci et al., 26 October 2020, párrs. 85 a 91.

como resultado la privación de libertad de una persona que no participa directamente en las hostilidades sin fundamento jurídico o sin cumplir las garantías procesales básicas¹²⁴. Esta delimitación del tipo penal, ha sido, a su vez, mantenida por el resto de Salas.

5.1.1. Delito alternativo: de comisión y omisión

Nos hallamos ante un tipo penal complejo, en tanto en cuanto en la descripción del injusto se incorpora una redacción alternativa de la conducta humana sancionada, castigándose un comportamiento activo y omisivo. Con carácter general, ninguna objeción puede achacarse a esta configuración del tipo penal, básicamente porque una detención arbitraria puede suceder tanto si el sujeto activo es quien realiza la privación de libertad de la persona, ya sea mediante su detención o encierro, como si aquél tiene un deber legal de actuar y no evita la privación de libertad¹²⁵. La proscripción de la detención arbitraria se erige como norma prohibitiva cuyo incumplimiento se perfecciona mediante un hacer positivo o negativo que comporta un resultado —la privación de libertad—, de ahí que nos hallemos ante un delito de comisión o de comisión por omisión (*delicta commisiva per ommisionem*), al ser equivalente a un delito de resultado¹²⁶. Lo importante es que el sujeto activo exteriorice mediante su comportamiento activo u omisivo su voluntad de realización, quedando al margen todo lo que no guarde relación con ello, es decir, con las manifestaciones del ser humano que no son dominadas por su voluntad o que carecen de toda conciencia¹²⁷.

5.1.2. Delito de resultado, permanente y pluriofensivo

El delito configurado por las Salas es de resultado¹²⁸, ya que se describe una consecuencia de lesión separada espacial y temporalmente de la acción del autor¹²⁹. Entre la acción de detener, confinar o encerrar a

¹²⁴ Judgment of the Trial Panel, *Prosecutor v. Salih Mustafa*, 16 December 2022, párr. 646; Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on the confirmation of the indictment against Hashim Thaci et al., 26 October 2020, párr. 93.

¹²⁵ POLAINO NAVARRETE, M., *El delito de detención ilegal*, Pamplona, Aranzadi, 1982, p. 122.

¹²⁶ JESCHECK, H., y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Granada, Comares, 2002, p. 652.

¹²⁷ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 252 y ss.

¹²⁸ PIGNATELLI y MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español. Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código Penal*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2003, p. 407; PIGNATELLI y MECA, F., *Tratado sobre...*, op. cit., p. 1427.

¹²⁹ Cfr. ROXIN, C., op. cit., p. 328.

una persona y su resultado, consistente en la privación de la libertad ambulatoria, hay un espacio temporal, aunque sea mínimo. A su vez, nos encontramos ante un delito permanente, pues el estado antijurídico de la conducta sigue vigente por voluntad del responsable mientras no se ponga en libertad a la persona detenida o encerrada sin motivo legal o mientras no se satisfagan las garantías procedimentales esenciales del detenido¹³⁰. Por último, se trata de un delito pluriofensivo desde el momento en que el injusto afecta a varios bienes jurídicos-penales, como son la libertad ambulatoria y la seguridad internacional.

5.2. Conducta punible

Sorprende que en la estructura del delito seguida por las Salas no se describa la conducta punible que se quiere sancionar, desconociendo el justiciable qué comportamiento se prohíbe. Solo se dice que comete este delito el que mediante cualquier acción u omisión cause la privación de libertad de una persona que no participa directamente en las hostilidades sin fundamento jurídico o sin cumplir las garantías procesales básicas. Siguiendo un razonamiento continental la norma penal se caracteriza por describir la acción típica —el que mate, agrede, lesione, hurte, no socorra, etc.—, todo ello para que el justiciable tenga conocimiento de cuales son aquellos comportamientos que menoscaban el orden social¹³¹; sin perjuicio de que la exigencia de describir lo prohibido deriva igualmente del principio de legalidad —*lex certa*—. No obstante, las Salas han configurado un tipo penal que omite uno de los elementos básicos del delito, esto es, la acción típica o comportamiento punible, de suerte que las garantías del justiciable se ven constreñidas. Este proceder resulta criticable. Las Salas deberían haberse esforzado en su labor integradora de los tipos penales, máxime cuando provienen de una norma no escrita. Deberían haber descrito lo prohibido, cosa que podían haber hecho sin problema si hubieran recurrido al Estatuto de Roma o a los ordenamientos nacionales, incluido el kosovar. Si acudimos al delito de confinamiento ilegal previsto en el art. 8.2.a) vii) del Estatuto de Roma y sus elementos del crimen, se observa que la acción típica no es otra que confinar o mantener confinado. Además, la mayoría de los ordenamientos domésticos sancionan el comportamiento de detener o encerrar de manera ilegal a una persona, guardando una estrecha relación este delito con el crimen contra la humanidad tipificado en el art. 7.1.e) del Estatuto de Roma, relativo al encarcelamiento o privación grave de la libertad física de las personas en violación de normas fundamentales de derecho internacional. La conducta punible podría haberse descrito mediante las

¹³⁰ *Ibidem*, p. 329.

¹³¹ Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 110 y 111.

acciones de detener, confinar o encerrar, siendo sabedores de que, si bien es cierto que todo confinamiento supone una detención, no podemos decir lo mismo al contrario, pues no toda detención supone un confinamiento. Sea como fuere, para las Salas lo verdaderamente importante es el resultado de la manifestación voluntaria del ser humano llevada a cabo, a saber, la privación de libertad de toda persona que no participa directamente en las hostilidades.

5.3. Bien jurídico-penal

La influencia de la *common law* en el Derecho penal internacional resulta innegable. Esto ha podido determinar que el estudio de los bienes jurídicos-penales en este campo del Derecho internacional no haya sido objeto del debate que se merece¹³², dándose una mayor importancia al denominado *harm principle* —postulado que se centra en el daño causado a otro—, aun siendo conscientes de que ambas figuras no son exactamente iguales¹³³. De hecho, el *harm principle* se caracteriza por abarcar solo lo que le resulta importante al individuo, dejando de lado otros valores colectivos que trascienden al individuo y que caracterizan a los crímenes internacionales¹³⁴. A pesar de lo anterior, consideramos que el bien jurídico-penal contiene unas funciones relevantes para el Derecho penal, erigiéndose en una garantía para el justiciable, toda vez que da sentido y es la razón de ser de la norma penal¹³⁵. La responsabilidad penal no emerge solamente por la perfección de los elementos del tipo penal, resulta además necesario que la conducta punible contenga una dañosidad social, en el sentido de que lesione o ponga en peligro un bien jurídico-penal, que podemos, con carácter general, identificarlo como algo valioso para la sociedad¹³⁶. Esta tesis debe imperar también en el

¹³² Cfr. BERGSMO, M., BUIS, J. E., y SONG, T., *Philosophical foundations of international criminal law: legally protected interests*, Brussels, TOAEP, 2022, p. 2.

¹³³ Cfr. ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2014, p. 82 a 85.

¹³⁴ Cfr. STRATENWERTH, G., «La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos», *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Ed.: HEFENDEHL, R., VON HIRSCH, A., WOHLERS, W., Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2016, p. 361.

¹³⁵ Cfr. GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal. Parte General*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 6 y 7; cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E., y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, Madrid, Castellanos, 1986, p. 76 y 77. En relación con la importancia de la norma penal como hecho esencial a proteger, cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 45 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», *Revista de Derecho Penal*, núm. 27, 2019, p. 467.

¹³⁶ HORMAZABAL MALAREE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, Promociones y Publicaciones

Derecho penal internacional, si bien lo valioso que se protege y la dañinidad social vendrá referida al orden internacional.

El injusto analizado es pluriofensivo, lesiona bienes jurídicos propios del orden doméstico y del orden internacional. Lo primario que se quiere proteger no es otra cosa que la libertad ambulatoria de la persona, derecho fundamental reconocido como *core human right*. Este bien jurídico guarda una relación íntima con los valores del ser humano y su dignidad, adquiriendo, a su vez, una significación social tendente a que las personas puedan desarrollarse libremente en paz¹³⁷. Se trata en todo caso de un bien jurídico individual, protegido principalmente en el orden doméstico y cuyo portador es la persona. De otra parte, al hallarnos ante un crimen internacional, concretamente, un crimen de guerra, la norma penal imperativamente debe proteger algo que sea valioso para el orden internacional. De lo contrario se corre el riesgo de que el injusto sea calificado como un delito doméstico. Pues bien, de manera secundaria se protege lo valioso de la seguridad internacional, bien jurídico colectivo y de naturaleza internacional¹³⁸, siendo, a su vez, un valor fundamental *ex art.* 1 de

Universitarias, 1991, p. 169 y 170. De otra parte, se ha definido el bien jurídico penal en un sentido formal como todo bien, situación o relación deseado y protegido por el Derecho, y en un sentido material como toda directriz normativa, puesto que el bien jurídico no es un objeto de la realidad ni un valor ideal, sino una síntesis entre un substrato de la realidad (objeto de valoración) y una determinada valoración de éste (valoración del objeto), siendo este substrato de la realidad algo físico o incorporal, *cfr.* GRACIA MARTÍN, L., «La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)», *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 3, 2010, p. 52.

¹³⁷ *Cfr.* OLÁSULO ALONSO, H., *Derecho Internacional penal, Justicia Transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 52 y ss., quien considera la dignidad humana como un bien jurídico colectivo objeto de protección por el Derecho penal internacional.

¹³⁸ Los bienes jurídicos colectivos se caracterizan por estar referidos a una masa o colectivo de personas y no individualmente a la persona; por afectar a las relaciones sociales básicas dentro de un sistema que configura el orden social y el funcionamiento de la sociedad; por ser complementarios de los bienes individuales, pues atienden materialmente a las necesidades de la persona para que la protección de estos bienes sea eficaz, es decir, con la protección de los bienes colectivos se garantizan los individuales; y por servir al correcto funcionamiento del sistema social y no individualmente a la persona; *cfr.* GIL GIL, A., *et al.*, *op. cit.*, p. 10 y 11; *cfr.* GARCÍA ARROYO, C., «Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24-12, 2022, p. 32 y ss.; *cfr.* BUSTOS RAMÍREZ, J., *op. cit.*, p. 473 y ss., quien distingue dentro de los bienes colectivos entre institucionales, colectivos y de control. De otra parte, HEFENDEHL ha considerado a los bienes colectivos como aquellos que sirven a los intereses de muchas personas, *cfr.* HEFENDEHL, R., ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 19, 2001, p. 149; *cfr.* CORCOY BIDÁSULO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales*, Barcelona, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 208 a 212 y 225 a 246, sostiene que la seguridad es un bien jurídico colectivo, con fundamento en la confianza de la sociedad en que las instituciones del Estado funcionarán correctamente como medio para el desarrollo de la persona en la vida social; *cfr.* PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C., *Legitimidad*

la Carta de las Naciones Unidas. Aunque nos hallamos ante un concepto indeterminado y abstracto, la seguridad internacional comprende *inter alia* toda situación de tranquilidad que debe imperar en los Estados para que se desarrollen libremente las libertades y derechos humanos con certidumbre de que serán protegidos y respetados. Se trata de un valor esencial que interesa a la comunidad internacional, una situación o realidad deseada por los Estados para evitar situaciones de inseguridad que pueden dar origen a un contexto de violencia armada. Los Estados en virtud del Derecho internacional asumen obligaciones y se comprometen a garantizar ciertos valores fundamentales vertebradores del orden internacional, redundando esto en beneficio de sus ciudadanos. Cuando el Estado no satisface estas obligaciones no cumple con los valores fundamentales del orden internacional, y sus ciudadanos, a consecuencia de lo anterior, en sus relaciones intra-estatales ven perjudicados sus intereses legítimos, los cuales están protegidos en el orden doméstico, lesionándose bienes jurídicos personalísimos y otra serie de bienes jurídicos pertenecientes al orden internacional, como la seguridad internacional. Si en un conflicto armado de carácter no internacional las Partes contendientes efectúan detenciones arbitrarias no cabe duda de que los derechos básicos de la población no están en condiciones de ser protegidos ni respetados, con el consiguiente menoscabo de la seguridad internacional que, a su vez, redundando negativamente en los derechos subjetivos. Allí donde hay seguridad internacional existe un contexto en donde los derechos subjetivos de la población pueden garantizarse, de suerte que aquélla se constituye en el estado y medio idóneo para el libre desarrollo en paz de los derechos fundamentales de la persona, por eso su calificación como bien jurídico colectivo¹³⁹. De otra parte, el correcto funcionamiento del sistema social se identifica con la obligación de los Estados —como sujetos soberanos— de preservar, por medio de sus instituciones, los derechos fundamentales de sus ciudadanos, y en lo que aquí nos atañe, a garantizar la seguridad internacional evitando las detenciones arbitrarias, ya sean llevadas a cabo por agentes estatales o grupos armados.

5.4. *Sujeto pasivo*

El titular del bien jurídico primario protegido es toda persona que no participa directamente en las hostilidades. La terminología usada por las Salas trae causa del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del apartado 1º del art. 4 del PAII, normas humanitarias que configuran unos principios mínimos que deben observarse por todas las Partes contendientes en las contiendas armadas de carácter no internacional, y que

y técnicas de protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales, Barcelona, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 52 y ss.

¹³⁹ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 54.

forman el núcleo esencial de respeto del ser humano y su dignidad personal, adquiriendo el *status* de norma consuetudinaria. Estas normas protegen a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que han dejado de hacerlo, como son, con carácter general, los miembros de las fuerzas armadas de las Partes contendientes —incluidos los integrantes de los grupos armados organizados— que han depuesto las armas o están fuera de combate por herida, enfermedad o detención¹⁴⁰. El criterio que siguen las normas humanitarias para proteger a las personas en los conflictos armados es con base en su estatuto (*status-base*) o por su conducta (*conduct-base*). El primero centra su atención en el estatuto de las personas, es decir, su pertenencia a un colectivo que no combate o que ya no puede hacerlo, por lo que gozan de inmunidad, como son las personas civiles, los prisioneros de guerra, heridos, enfermos y náufragos. El segundo tiene en consideración la conducta de la persona, esto es, su comportamiento o función durante el conflicto armado. Resulta aceptado que tanto los miembros de las fuerzas armadas como los de los grupos armados organizados que realizan una función continua de combate participan directamente en las hostilidades¹⁴¹, siempre y cuando no estén fuera de combate. Igualmente, las personas civiles, aun no formando parte de grupos armados organizados o fuerzas armadas, pueden participar directamente en las hostilidades, siempre y cuando realicen un acto hostil contra el enemigo que sea idóneo para perjudicar sus operaciones militares o causar daños, muertes o lesiones en sus bienes y persona —elemento objetivo—, que exista una relación de causalidad directa entre los daños, lesiones o muertes causados y la acción realizada —nexo de causalidad— y que la persona tenga la voluntad de realizar la acción hostil —elemento subjetivo—. Estas personas no pierden su condición de persona civil, lo que sucede es que durante el tiempo que participan directamente en las hostilidades pierden su inmunidad, pudiendo ser atacadas¹⁴². Así las cosas, y en un sentido negativo, no participarán directamente en las hostilidades aquellas personas que no realizan acto directo de hostilidad alguno contra el enemigo, lo que incluye a los reclutadores, formadores, entrenadores o financiadores económicos de los grupos armados, pues aunque todos ellos pueden realizar actos hostiles contra el enemigo estos o no son directos o no son idóneos para causar daños, lesiones o muertes en sus bienes y personas o perjudicar sus operaciones militares¹⁴³.

¹⁴⁰ MELZER, N., *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho internacional humanitario*, Ginebra, CICR, 2010, p. 27 y 28.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 33 y 34, la función continua de combate demanda una integración duradera en el grupo armado y la realización de actos directos de hostilidad contra el enemigo.

¹⁴² Cfr. Apartado 3º del art. 51 del PAI y apartado 3º del art. 13 del PAII.

¹⁴³ MELZER, N., *op. cit.*, p. 34.

La protección contenida en el tipo penal sigue el criterio del *conduct-base*, protegiendo solo a la persona que no participa directamente en las hostilidades, esto es, el centro de atención gira en torno al comportamiento inocuo de la persona, quien no realiza acto directo de hostilidad alguno contra el enemigo. De esta manera, las detenciones del personal de las fuerzas armadas, así como de los miembros de los grupos armados organizados que realizan una función continua de combate, no caerían en el ámbito de protección del tipo penal, pues todos ellos participan directamente en las hostilidades. Ahora bien, si aquéllos dejan de participar voluntariamente en las hostilidades o ya no pueden hacerlo por estar heridos, enfermos o detenidos, sí estarán protegidos por la norma no escrita¹⁴⁴. Las Salas —implícitamente— reconocen con este criterio que en las contiendas armadas de carácter no internacional no se criminalizan las detenciones del enemigo por cuestiones inherentes de seguridad, pues de lo contrario las Partes contendientes se verían forzados a dejarlos en libertad o neutralizarlos (uso de la fuerza letal), lo que podría dar lugar a un crimen de guerra de no dar cuartel¹⁴⁵. Ciertamente, esto es lo que sucede. Siendo conscientes de que las detenciones del enemigo van a ocurrir, lo que pretende la norma humanitaria es salvaguardar su dignidad y humanidad, dejando al margen las causas que legitiman o no este proceder, las cuales quedan relegadas al ordenamiento doméstico, en donde normalmente solo se autoriza a las fuerzas gubernamentales a realizarlas, no confiriendo esta *potestas* a los grupos armados. Cuestión distinta es el contexto en donde los grupos armados controlan *de facto* parte del territorio llegando a ejercer funciones cuasi gubernamentales. En estos casos, no resulta ilógico que estos grupos armados asuman obligaciones emanadas de las normas de derechos humanos, y aprueben leyes o acepten como propias las normas estatales que autorizan la detención del enemigo por cuestiones de seguridad, lo que haría *prima facie* que la detención no fuese arbitraria¹⁴⁶. Si esta situación no concurre lo idóneo —aunque improbable— sería que las Partes contendientes formalizasen acuerdos especiales para reconocer el estatuto de prisionero de guerra al enemigo, lo que reforzaría las garantías humanitarias.

Dicho lo anterior, el tipo penal configurado por las Salas está pensado para proteger a personas civiles que son detenidas en un conflicto armado de carácter no internacional y no representan amenaza alguna para las Partes contendientes al no participar directamente en las hostilidades, así como a aquéllos que han dejado de hacerlo por estar heridos,

¹⁴⁴ Cfr. Comentario del primer Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Buenos Aires, CICR, 2021, p. 168 y 169.

¹⁴⁵ KLAMBERG, M., «The legality of rebel courts during non-international armed conflicts», *Journal of International Criminal Justice*, núm. 16, 2018, p. 241.

¹⁴⁶ Cfr. RONEN, Y., «Human rights obligations of territorial non-state actors», *Cornell International Law Journal*, Vol. 46, 2013, p. 25 y 26.

enfermos o estar detenidos. De hecho, si acudimos a los hechos investigados en el *caso Salih Mustafa* observamos que las personas detenidas arbitrariamente no eran integrantes de fuerza armada alguna ni de otro grupo armado, eran civiles que fueron detenidos en *checkpoints* o durante su entrenamiento de formación militar —no llegando a ejercer función de combate, pues no estaban plenamente integrados en el grupo armado KLA—¹⁴⁷. Igualmente, en el *caso Hashim Thaci et al.*, las detenciones investigadas recaen sobre personas que simpatizaban o tenían amistad o algún tipo de relación con serbios, por lo que tampoco participaban directamente en las hostilidades¹⁴⁸.

5.5. Elementos normativos del tipo penal

5.5.1. Detención sin fundamento legal

Los elementos normativos del tipo de injusto son aquellos que se refieren a una realidad social que solo puede determinarse mediante una valoración jurídica¹⁴⁹. Sentado lo anterior, el crimen de guerra analizado en su primera modalidad contiene un elemento normativo consistente en que la detención sea llevada a cabo sin fundamento legal, a saber, sin que exista una justificación o habilitación legal que permita adoptar esta medida privativa de libertad. La delimitación de este elemento no podemos realizarla mediante los sentidos, se requiere una aproximación axiológica y jurídica a las causas que permiten detener a una persona durante un conflicto armado. Sobre esta cuestión las Salas han tomado una posición concreta: no existe fundamento legal cuando la detención no está amparada en la comisión de un hecho delictivo o cuando no existen motivos razonables y absolutamente necesarios de seguridad¹⁵⁰. Esta posición rezuma una notable influencia de las normas de derechos humanos, aunque se olvida de algunos supuestos enumerados en el art. 5 de la Convención Europea que permiten la detención. ¿Qué pasaría si la detención de las personas en el conflicto armado lo es para expulsarlas del territorio, para extraditarlas o para impedir la propagación de una

¹⁴⁷ Judgment of the Kosovo Specialist Chambers (Trial Panel), *Prosecutor v. Salih Mustafa*, 16 December 2022, párrs. 407 a 494.

¹⁴⁸ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on the confirmation of the indictment against Hashim Thaci et al., 26 October 2020, párr. 94; Judgment of the Trial Panel, *Prosecutor v. Salih Mustafa*, 16 December 2022, párrs. 140, 142, 146 y 149.

¹⁴⁹ MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 232; ROXIN, C., *op. cit.*, p. 306 y 307; PÉREZ DEL VALLE, C., *op. cit.*, p. 118.

¹⁵⁰ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on the confirmation of the indictment against Hashim Thaci et al., 26 October 2020, párr. 94; Judgment of the Kosovo Specialist Chambers (Trial Panel), *Prosecutor v. Salih Mustafa*, 16 December 2022, párr. 647.

enfermedad? ¿Estaríamos ante una detención arbitraria? Lo importante, en todo caso, es que las causas de detención, sean cuales sean, estén tasadas en la ley, *ex art. 9 del Pacto Internacional*, en cuyo caso la detención reuniría visos de legalidad. A nuestro entender, lo más apropiado hubiera sido que las Salas asociasen la inexistencia de fundamento legal al hecho de que la causa de detención no esté prevista en norma legal (doméstica) o convencional alguna.

Dicho esto, la exigencia de que para detener a una persona concorra un hecho delictivo encuentra su fundamento en el apartado 3º del art. 9 del Pacto Internacional y en el art. 5.1.c) de la Convención Europea¹⁵¹. Esta causa de detención está arraigada en el tiempo como un uso y costumbre de toda sociedad, de ahí que nadie la cuestione. Lo relevante reside en que los derechos humanos —como se dijo— siguen siendo de aplicación durante todo conflicto armado, lo que permite que las autoridades competentes puedan detener durante un conflicto armado cuando lo sea por mediar un hecho delictivo u otra causa legalmente prevista. Las normas humanitarias sobre esta causa de detención poco tienen que decir al respecto, excepto cuando se produce en territorio ocupado por la potencia ocupante, en cuyo caso debe respetar unas garantías específicas, pero esto solo ocurre en conflictos armados internacionales¹⁵². Desde este prisma, y ante el silencio de las normas del *ius in bello* —a excepción de lo contemplado para la ocupación—, entendemos que la detención de una persona sin mediar un hecho delictivo en un conflicto armado de carácter no internacional comporta esencialmente la vulneración de una norma de derechos humanos. Las normas humanitarias aplicables a los conflictos armados de carácter no internacional ni autorizan ni prohíben las detenciones de personas sin mediar un hecho delictivo, por lo que la ilegalidad de este proceder debe buscarse en el Derecho doméstico y en las normas de derechos humanos.

La segunda causa de detención sin fundamento legal determinada por las Salas concurre cuando no existen motivos razonables y absolutamente necesarios de seguridad. Esta causa es propia del *ius in bello*, pues, como vimos anteriormente, los art. 27, 41 a 43 y 78 del CGIV autorizan a las Partes beligerantes a internar a las personas protegidas por este convenio cuando concurren motivos de seguridad indispensables, ya se lleve a cabo esta medida en el territorio de una Parte beligerante contra extranjeros residentes (art. 42 del CGIV) o contra civiles en terri-

¹⁵¹ Legal Commentary on the right..., *op. cit.*, p. 23.

¹⁵² En este sentido, el art. 64 del CGIV permite que la potencia ocupante apruebe las leyes necesarias para garantizar la administración normal del territorio y su seguridad —incluidos el personal y bienes de la potencia ocupante—; estas leyes no pueden tener carácter retroactivo, *ex art. 65 del CGIV*; su infracción puede ser sometida a tribunales militares (no políticos) legítimamente constituidos, según establece el art. 66 del CGIV; y por último, las personas protegidas solo podrán ser detenidas por la potencia ocupante por actos realizados antes de la ocupación, según dispone el art. 70 del CGIV.

torio ocupado (art. 78 del CGIV); de igual manera, el art. 21 del CGIII autoriza el internamiento de los prisioneros de guerra. El problema es que estas autorizaciones del *ius in bello* son únicamente para conflictos armados internacionales. Las Salas se encomiendan a la analogía para solventar este entuerto, aplicando normas convencionales previstas para contiendas armadas internacionales a una situación de conflicto armado de carácter no internacional —todo ello a la vista de las citas que se hacen del tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia—. No podemos soslayar la crítica al camino emprendido por las Salas que olvida la intención de los actores principales en la elaboración de las normas humanitarias aplicables a estas contiendas armadas. No es casualidad del destino que este tipo de contienda armada tenga una regulación jurídica mucho menor que la de los conflictos armados internacionales, o que determinadas prerrogativas existentes en estas contiendas armadas no encuentren su similitud en las de carácter no internacional. En todas las conferencias de desarrollo de las normas del *ius in bello* se intentó por el Comité Internacional de la Cruz Roja que las diferencias normativas entre ambos tipos de conflicto armado fueran mínimas para proteger mejor a las víctimas, como antaño defendió Vattel con fundamentos jurídicos sólidos amparados en el principio de humanidad¹⁵³. De hecho, en el año 1946 se propuso que tanto las normas referidas a los prisioneros de guerra y a la protección de civiles en caso de conflicto armado internacional fuesen aplicables también en caso de guerra civil¹⁵⁴. Nada de esto prosperó por la oposición férrea que mostraron los Estados, quienes no querían —ni quieren tampoco actualmente— conferir a los insurgentes o rebeldes que se alzan contra su Gobierno en armas cualquier atisbo de legitimidad o reconocimiento. Por ello se alcanzó un acuerdo de mínimos humanitarios mediante la aprobación del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Esta realidad fue corroborada posteriormente en las conferencias de elaboración del Protocolo II Adicional, en donde tampoco prosperó el ambicioso proyecto presentado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, quedando en manos de la delegación pakistaní el arduo trabajo de elaborar una norma humanitaria de mínimos aceptables para los Estados¹⁵⁵.

Ninguna aplicación analógica hubiera hecho falta si las Salas hubieran considerado que la ausencia de fundamento legal para detener concurre cuando esta medida se lleva cabo por causas que no están previstas en norma legal (doméstica) o convencional alguna. De hecho, las Salas

¹⁵³ VATTEL, A., *Le Droit de Gens ou principes de la Loi Naturelle*, Washington, 1916, párrs. 289-290; cfr. MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario*, Salamanca, Ediciones Universidad, 1992, p. 37 y 38.

¹⁵⁴ Report on the work of the Preliminary Conference of National Red Cross Societies for the study of the conventions and various problems relative to the Red Cross, Geneva, ICRC, 1947, p. 103 y 272.

¹⁵⁵ MANGAS MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 52.

han tenido que matizar sus posiciones sobre esta cuestión, pues el Juez instructor en el caso *Hashim Thaci et al.*, entendió que toda forma de privación de libertad durante un conflicto armado de carácter no internacional era arbitraria, dado que las normas del *ius in bello* para estas contiendas armadas no proporcionaban una base legal para detener o internar¹⁵⁶. Se hizo una valoración un tanto displicente para con el Derecho doméstico, al marginar las causas de detención previstas en normas domésticas que siguen operando durante una contienda armada de carácter no internacional, amén de otro tipo de causas que pueden derivar del Derecho internacional, en referencia a las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. De conformidad con la posición del Juez instructor podía ocurrir que una detención legal al amparo de otras normas del Derecho internacional fuese arbitraria. Evidentemente, la Sala de Apelaciones no podía mantener lo anterior, por lo que corrigió esta posición otorgando validez a las detenciones acaecidas al amparo de otras normas ajenas al *ius in bello*¹⁵⁷, como pudieran ser las previstas en el ordenamiento doméstico u otras del orden internacional que pudieran operar.

Los Estados suelen dotarse de leyes que permiten la detención de personas por cuestiones de seguridad sin mediar causa criminal, nos referimos a las denominadas detenciones administrativas o de seguridad¹⁵⁸. Va de suyo recalcar que las normas domésticas no confieren esa *potestas*

¹⁵⁶ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 July 2021, párr. 152.

¹⁵⁷ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Appeal Chamber), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on appeals against Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 23 December 2021, párr. 95.

¹⁵⁸ Nuestra Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio, en su art. 16 permite —para los estados de excepción— la detención sin mediar causa criminal, en el sentido de que la autoridad gubernativa podrá detener a cualquier persona si lo considera necesario para la conservación del orden si existen fundadas sospechas de que va a provocar alteraciones del orden público, no pudiendo exceder esta detención de diez días y debiendo comunicar al juez competente la detención en el plazo de veinticuatro horas. En el caso de estado de sitio —supuesto más parecido a un conflicto armado— la detención podrá acordarse además por la autoridad militar por un tiempo de diez días, teniendo el detenido durante dicho plazo en suspenso los derechos contenidos en el apartado 3º del art. 17 de la Constitución española, esto es, el derecho a ser informado de las causas de su detención. Lo que no podrá suspenderse en ningún caso es el derecho del detenido a que una autoridad judicial revise si su detención es legal, todo ello mediante el denominado procedimiento de *habeas corpus*. La regulación doméstica antedicha resulta más favorable que la norma humanitaria dado que el plazo de detención sin mediar causa criminal no puede ser superior a diez días, por lo que transcurrido este plazo debe quedar en libertad el detenido, salvo que medie algún cargo criminal y se acuerde la prisión provisional, mientras que la norma humanitaria (en conflictos armados internacionales) no establece un plazo determinado de detención pudiendo prolongarse en el tiempo, de ahí que se impongan revisiones semestrales a esta medida.

a los grupos armados, pues serán los agentes estatales quienes estén facultados para ello, de suerte que si lo hacen aquéllos estaríamos ante un supuesto de detención ilegal. La tesitura en la que se colocan los grupos armados es dramática. Si la detención la hacen por causas imperiosas de seguridad estarán realizando igualmente una detención ilegal bajo el Derecho doméstico¹⁵⁹. Nada nuevo hemos descubierto que no se supiera, ya que un tanto de lo mismo sucede con la muerte del enemigo: todo ataque a las fuerzas gubernamentales será un delito doméstico, aunque ese comportamiento no esté prohibido por el *ius in bello*, salvo si la muerte es a traición. Para el Derecho penal internacional lo importante reside en que los grupos armados conduzcan sus actuaciones de conformidad con las normas de derechos humanos y del *ius in bello*, para evitar la comisión de crímenes internacionales, sabedores que esas mismas conductas son delictivas en el orden doméstico, en cuyo caso, y una vez finalice la contienda armada, deberían ser amnistiadas, *ex art.* apartado 5º del art. 6 del PAII. Esta situación desventajosa de los grupos armados solamente puede encontrar una excepción en aquéllos supuestos en donde controlen *de facto* parte del territorio ejerciendo potestades legislativas o de policía, pues en estos especiales casos pueden dictar leyes que amparen sus actuaciones de seguridad o asumir como propias las normas estatales existentes¹⁶⁰. A nuestro juicio, incorporar como elemento normativo del tipo la detención por motivos imperiosos de seguridad resulta, cuanto menos, controvertido. Esto se debe a que las normas del *ius in bello* aplicables a los conflictos armados de carácter no internacional no autorizan este tipo de detención, ni siquiera mediante normas consuetudinarias, como ya ha corroborado la Corte Suprema del Reino Unido en *caso Serdar Mohammed*¹⁶¹. El Comité Internacional de la Cruz Roja es del criterio de aplicar análogicamente las causas de detención de los conflictos armados internacionales para evitar que la detención sea arbitraria¹⁶². Sin embargo, con este proceder laminamos las normas domésticas y de derechos humanos —que recordemos son de aplicación primaria en estas situaciones de violencia armada¹⁶³—, las cuales además de regular las causas de detención por motivos imperiosos de seguridad «*ofrecen a la persona una protección fundamental*», como establece el Protocolo II Adicional en su preámbulo. Es por ello, reiteramos, que lo idóneo hubiera sido que las causas de detención permitidas fueran las previstas en el orden doméstico y en las normas de derechos humanos.

¹⁵⁹ GAVRILOVA, M., *op. cit.*, p. 55.

¹⁶⁰ *Cfr.* MURRAY, D., *Human Rights obligations of non-state armed groups*, London, Hart, 2018, p. 243; ZEGVELD, L., *Accountability of armed groups in International Law*, Cambridge, University Press, 2002, p. 54; RONEN, Y., *op. cit.*, p. 25 y ss.

¹⁶¹ Supreme Court of U.K., *Serdar Mohammed v. Ministry of Defense*, 17 January 2017, párrs. 272 y 275.

¹⁶² Detention by Non-State Armed Groups: Obligations under International Humanitarian Law and Examples of How to Implement Them, ICRC, Geneva, 2023, p. 55.

¹⁶³ JON HELLER, K., *op. cit.*, p. 276.

5.5.2. Respeto de las garantías procesales básicas

El segundo elemento normativo del tipo penal es el relativo a que la detención no respete las garantías procesales básicas, las cuales han sido enumeradas por las Salas, siendo las siguientes: 1) el derecho de informar al detenido de las causas de su detención; 2) el derecho del detenido a ser llevado ante una autoridad judicial inmediatamente si media causa criminal; 3) el derecho del detenido a que una autoridad judicial se pronuncie sobre la legalidad de la medida acordada¹⁶⁴. Esta causa de detención arbitraria es independiente de la anteriormente analizada, no guarda relación con ella. Puede suceder que la detención sea legal pero no se observan las garantías esenciales, en cuyo caso la detención legal se transforma en arbitraria. Así pues, no resulta suficiente la existencia de una causa legal para detener; las Partes contendientes deberán respetar las garantías antedichas que tienen por objeto asegurar que el detenido conoce los motivos de su detención y que puede impugnarlos ante una autoridad judicial, sin perjuicio de que si se produce un internamiento prolongado deberá tener la posibilidad de revisión ante un órgano imparcial e independiente, bien administrativo bien judicial, para decidir si siguen concurriendo las causas que motivaron su detención.

Las garantías referidas *ut supra* encuentran su fundamento en las normas de derechos humanos. Las normas humanitarias aplicables en las contiendas armadas de carácter no internacional se ocupan —y ello no es poco— de asegurar un trato humano a toda persona privada de libertad, *ex art.* 5 del PAII¹⁶⁵. Únicamente, el art. 6 del PAII, que resulta aplicable cuando una persona está detenida por mediar causas penales, garantiza en el seno del procedimiento penal el derecho a saber de qué se acusa, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y el principio de legalidad. La cuestión es que estas garantías son aplicables en el seno de un proceso penal, pero no en los supuestos de detención o internamiento sin mediar causa penal. Si bien es cierto que las normas del *ius in bello* aplicables en los conflictos armados internacionales (art. 43 y 78 del CGIV) fueron pioneras en el Derecho internacional, asegurando unas garantías mínimas al detenido o internado, labrando así el posterior camino a las normas de derechos humanos, no lo es menos que aquéllas fueron concebidas específicamente para este tipo de contienda armada. Ninguna intención hubo por los Estados parte de hacer-

¹⁶⁴ Judgment of the Trial Panel, *Prosecutor v. Salih Mustafa*, 16 December 2022, párr. 648; Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 July 2021, párr. 154.

¹⁶⁵ Esta norma garantiza al detenido recibir alimentos, agua, asistencia médica, asistencia espiritual, socorros, confesar su religión, estar detenido condiciones de salubridad buenas, estar protegido contra los rigores del clima o de los acontecimientos de la contienda armada, etc.

las extensivas a las contiendas armadas de carácter no internacional. El reconocimiento de estas garantías en los conflictos armados de carácter no internacional se debe a las normas de derechos humanos. Pero, además, las garantías apuntadas han sido desarrolladas por el Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria del Consejo de Derecho Humanos, en donde precisamente se ha diferenciado entre garantías aplicables al detenido en caso de conflicto de armado internacional o de carácter no internacional, reforzando la idea de que la aplicación analógica de las normas del *ius in bello* no resulta apropiada. Sin perjuicio de lo dicho, la aplicación analógica adquiere sentido cuando un supuesto de hecho no está regulado en una norma debiéndose acudir a otra diferente que contempla algo semejante¹⁶⁶. Esto no sucede en el caso que nos ocupa, ya que las normas de derechos humanos regulan el supuesto de hecho concreto y resultan aplicables en las contiendas armadas no internacionales, no haciendo falta pues acudir a otras normas¹⁶⁷. Sea como fuere, los principios y directrices básicos de las Naciones Unidas aplicables a toda persona detenida comprenden las garantías expuestas¹⁶⁸, indicando específicamente para las detenciones en conflictos armados de carácter no internacional que solo podrá tener lugar en situaciones de emergencia pública y por causas tasadas por ley, que la detención será necesaria, proporcional y no discriminatoria, que el detenido tendrá derecho a recurrir ante una autoridad judicial la legalidad de la detención y si la detención es prolongada tendrá derecho a revisiones periódicas ante un tribunal u otro órgano administrativo imparcial e independiente y, por último, que deberán respetarse las normas del *ius in bello*¹⁶⁹.

Las Salas en el caso *Salih Mustafa* entendieron que las detenciones por miembros del grupo armado KLA de personas que no participaban directamente en las hostilidades, acaecidas entre el 1 y el 19 de abril de 1999, no fueron ajustadas al Derecho internacional, pues ninguno de los detenidos fue informado de las causas de su privación de libertad y porque no pudieron impugnar esta medida ante autoridad judicial alguna, de suerte que no se respetaron las garantías antedichas¹⁷⁰. El derecho a ser informado de las causas de detención no debe ser inmediatamente después de adoptar esta medida, puede satisfacerse posteriormente¹⁷¹. Lo

¹⁶⁶ Un ejemplo de analogía lo encontramos en el art. 4 del CGI, precepto que permite la aplicación analógica del convenio a las potencias neutrales.

¹⁶⁷ Cfr. JON HELLER, K., *op. cit.*, p. 234 y 235.

¹⁶⁸ Doc. UN. A/HRC/30/37, 6 July 2015, Principle 4º, 7º y 8º.

¹⁶⁹ *Ibidem*, Guideline 17º, párr. 96.

¹⁷⁰ Judgment of the Kosovo Specialist Chambers (Trial Panel), *Prosecutor v. Salih Mustafa*, 16 December 2022, párrs. 407 a 410, 427, 428, 429, 456, a 458, 494 y 653.

¹⁷¹ En el caso *Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom* el Tribunal Europeo entendió que la información dada transcurridas siete horas desde la detención era ajustada a derecho, sin embargo, en el caso *Saadi v. United Kingdom* la información dada transcurridas setenta y dos horas de la detención fue con violación de lo establecido en el art. 5 de la Convención Europea, cfr. DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, p. 266.

importante es que el detenido tenga conocimiento en un tiempo prudencial de los motivos de su detención, para que, llegado el momento, pueda defenderse ante las autoridades competentes. El cumplimiento de estas garantías demanda además que las personas encargadas de la detención o sus mandos informen al detenido del motivo de su detención en un idioma que comprenda, hallándonos así ante una obligación de hacer de la parte detenedora. Una cuestión queda sin resolver, nos referimos al hecho de que la detención haya sido realizada por un grupo armado, informando del motivo de la medida adoptada pero sin existir en el territorio controlado por dicho actor no estatal un tribunal, autoridad judicial u otro órgano que pudiera satisfacer las garantías de revisión judicial y acceso a la justicia. En nuestra opinión, si el detenido se aquieta con la información dada sobre su detención no estaríamos ante el incumplimiento de las garantías referidas, pues el resto de ellas dependen de que el interesado las solicite libre y voluntariamente. Cuestión diferente es si el detenido exige la revisión judicial de su detención. En este caso el grupo armado debe procurar que se instituya un órgano imparcial e independiente que pueda resolver la pretensión, pues de lo contrario sí nos hallaríamos ante una detención arbitraria. El cumplimiento de lo expuesto requiere, en todo caso, que el grupo armado tenga un control *de facto* de parte del territorio, de tal forma que sea capaz de ejercer funciones gubernamentales para garantizar los derechos de las personas que están bajo su control¹⁷².

5.6. Elemento subjetivo del injusto

Las Salas han conformado un crimen de guerra doloso, exigiendo su comisión intencionada, esto es, con la voluntad de perfeccionar los elementos del tipo penal. Se requiere que el responsable no tenga motivos razonables para creer que la detención por cuestiones imperiosas de seguridad resulta necesaria¹⁷³. Este razonamiento resulta a colación de la figura del error de tipo, pues si el responsable acredita que estaba en la convicción de que la detención de la persona lo fue por causas imperiosas de seguridad —aunque posteriormente en el juicio se decida que no concurrían estos motivos— el elemento subjetivo del injusto no se habría perfeccionado. De esta manera, las Salas solo podrán condenar al responsable que detuvo o encerró a personas que no participaban directamente en las hostilidades sabiendo que no concurrían motivos imperiosos de seguridad, una causa criminal o que no se respetaban las

¹⁷² Cfr. MURRAY, D., *Human Rights...*, *op. cit.*, p. 120 a 154.

¹⁷³ Judgment of the Kosovo Specialist Chambers (Trial Panel), *Prosecutor v. Salih Mustafa*, 16 December 2022, párr. 651; Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on the confirmation of the indictment against Hashim Thaci et al., 26 October 2020, párr. 97.

garantías procedimentales esenciales. En el *caso Salih Mustafa* las Salas entendieron que el acusado era conocedor de que no se habían respetado las garantías de los detenidos por varios motivos: la posición de jefe que ostentaba como responsable de la *BIA guerrilla unit del KLA* que operaba en la zona; porque estuvo presente en las instalaciones donde permanecieron encerrados los detenidos, llegando a conocerlos e interrogarlos y porque liberó a algunos de ellos y a otros no. Estas circunstancias condujeron a las Salas a considerar que el acusado sabía de la existencia de detenidos sobre los que no se respetaban las garantías esenciales, no haciendo nada al respecto para evitarlo. El hecho de ser responsable de la unidad fue una cuestión capital, pues como mando militar debía velar por el respeto de las garantías y derechos de las personas bajo su autoridad¹⁷⁴. Las Salas además siguieron la jurisprudencia del tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia consistente en que si el responsable de un centro de detención libera a unas personas y otras no sabe perfectamente que estas últimas tienen derecho a una revisión judicial¹⁷⁵.

De otra parte, las Salas efectuaron una afirmación controvertida en Derecho penal internacional, nos referimos a que el acusado debe saber que a los detenidos no se les han respetado las garantías antedichas o ser *imprudente* en cuanto a si esas garantías se han otorgado o no¹⁷⁶. Ciertamente, se está introduciendo la posibilidad de sancionar penalmente una conducta imprudente temeraria, aspecto harto complejo que ha suscitado mucha controversia, pues ni siquiera la Corte Penal Internacional admite el dolo eventual en la comisión de los crímenes de su competencia¹⁷⁷. Esta posición trae causa del concepto de *recklessness* mantenido por el referido tribunal *ad hoc*, asociándolo más bien al dolo eventual que a una imprudencia temeraria¹⁷⁸, aunque somos conscientes que la línea divisoria de ambas figuras es muy tenue y difícil de trazar. Por otra parte, la figura de la responsabilidad del superior sí podría conllevar el reconocimiento de una conducta omisiva imprudente.

¹⁷⁴ Judgment of the Kosovo Specialist Chambers (Trial Panel), *Prosecutor v. Salih Mustafa*, 16 December 2022, párrs. 654 y ss.

¹⁷⁵ Cfr. Judgment of the ICTY (Appeal Chamber), *Prosecutor v. Delalic'et al.*, 20 February 2011, párr. 379.

¹⁷⁶ *Ibidem*, párr. 651.

¹⁷⁷ Cfr. GIL GIL, A., *op. cit.*, p. 195; en esta aportación partimos de la idea de que el término *recklessness* se aproxima a una conducta imprudente temeraria.

¹⁷⁸ Judgment of the ICTY (Appeal Chamber), *Prosecutor v. Delalic'et al.*, 20 February 2011, párr. 378; cfr. BADAR, M.E., Drawing the boundaries of *mens rea* in the jurisprudence of the International Criminal Tribunal of the former Yugoslavia, *International Criminal Law Review*, núm. 6, 2006, p. 313 y ss.; cfr. CASSESE, A., *op. cit.*, p. 66 a 69.

5.7. ¿Nos hallamos ante una violación grave de una norma humanitaria?

La respuesta a esta pregunta resulta capital para calificar este injusto como un crimen de guerra. Hasta el momento, hemos defendido que los elementos del tipo penal encuentran su *ratio essendi* en normas de derechos humanos, las cuales, reiteramos, siguen vigentes en situaciones de conflicto armado. La violación de estas normas puede suscitar la idea de calificar las detenciones arbitrarias practicadas en contiendas armadas de carácter no internacional como un crimen contra la humanidad, en su modalidad de encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derechos humanos, *ex art. 7.1.e)* del Estatuto de Roma. Muestra de ello es que las Salas en el *caso Hashim Thaci et al.*, han confirmado la acusación tanto por crímenes de guerra de detención arbitraria como por crímenes contra la humanidad de encarcelamiento¹⁷⁹. El inconveniente de este tipo penal reside en demostrar el elemento contextual característico de los delitos de lesa humanidad, a saber, la existencia de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, máxime cuando el ataque debe ser *de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política*, *ex art. 7.2.a)* del Estatuto de Roma¹⁸⁰.

Sentado lo anterior, para que un comportamiento sea constitutivo de un crimen de guerra es obligatorio que vulnere gravemente una norma del *ius in bello* que comporte responsabilidad penal¹⁸¹. Lo determinante es que los derechos humanos lesionados o puestos en peligro estén protegidos en una norma humanitaria. La libertad de pensamiento, el derecho de asociación o reunión son derechos humanos, ahora bien, su violación

¹⁷⁹ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on the confirmation of the indictment against Hashim Thaci et al., 26 October 2020, párr. 231, en donde se acusa por la detención arbitraria de al menos 392 personas entre abril de 1998 y agosto de 1999 por integrantes del grupo armado KLA. Igualmente, en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia, en el caso núm. 01 relativo a la causa contra el Secretariado de las FARC-EP se han considerado como crímenes contra la humanidad en su modalidad de encarcelamiento hechos semejantes a los enjuiciados por las Salas Especiales de Kosovo, *cfr.* Auto TP-SeRV-AI-No 003-2024, de 29 de abril de 2024, Jurisdicción Especial para la paz, Tribunal de Paz, Sección de 1ª instancia para casos de Reconocimiento, de Verdad y de Responsabilidad, caso núm. 01: toma de rehenes y graves privaciones de libertad y otros crímenes cometidos por el Secretariado de las FARC-EP, p. 95 y ss.

¹⁸⁰ Para comprender los elementos generales del crimen contra la humanidad, *cfr.* LIÑÁN LAFUENTE, A., *El crimen contra la humanidad*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 239 y ss.

¹⁸¹ En otro lugar, *cfr.* MARTÍNEZ ALCANIZ, A., *El principio de justicia universal y los crímenes de guerra*, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2015, p. 268 y ss., WERLE, G., *op. cit.*, p. 424; METTRAUX, G., *International crimes and the ad hoc tribunals*, Oxford, University Press, 2005, p. 29; *cfr.* Judgment of the ICC (Trial Chamber), *Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Trial Judgment, 26 June 2024, para. 1252.

grave en caso de conflicto armado no constituye *per se* un crimen de guerra porque no están salvaguardados en normas humanitarias; sin perjuicio de que sean delitos domésticos, y en el caso del derecho de asociación a lo mejor podríamos hallarnos ante el crimen contra la humanidad de persecución (art. 7.1.h) del Estatuto de Roma).

Es cierto que la detención arbitraria está prohibida en todo conflicto armado¹⁸², sin embargo esta proscripción lo es por mandato de las normas de derechos humanos, concretamente, del art. 9 del Pacto Internacional. ¿Cuál es entonces la norma humanitaria violentada en las detenciones arbitrarias? El fundamento esgrimido por las Salas ha sido asociar la detención arbitraria a un trato inhumano, lo que supondría la vulneración del art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y del aparato 1º del art. 4 del PAII¹⁸³, normas que han cristalizado en Derecho consuetudinario y que demandan un trato humano a toda persona que no participa directamente en las hostilidades o que ha quedado fuera de combate¹⁸⁴. ¿Qué debemos entender por trato humano? Sin perjuicio de que no hay norma convencional o consuetudinaria que defina este concepto, existe consenso en afirmar que el trato humano es el principio vertebrador de las normas del *ius in bello*, hecho constatado por la codificación de la cláusula Martens en los art. 63 CGI, art. 142 CGIII, art. 158 CGIV, apartado 2º del art. 1 del PAI y preámbulo del Protocolo II Adicional. La comunidad internacional configuró el trato humano mediante la prohibición de determinadas conductas o imponiendo determinadas obligaciones a las Partes contendientes, pero sin llegar a definirlo. Con ello se pretendía evitar el encorsetamiento de este concepto en una definición que no pudiera ser aplicada *ad futurum* a otras situaciones no contenidas en aquella¹⁸⁵. Este pensamiento ha surtido efecto en las Salas, afirmando que el trato humano del art. 3 común es más amplio que las prohibiciones tasadas de manera ilustrativa —pero no exhaustivamente— en dicha norma humanitaria¹⁸⁶. De esta manera, el trato humano puede adaptarse a las peculiaridades de cada situación, atendiendo a las

¹⁸² HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD BECK, L., *El Derecho internacional humanitario consuetudinario*, CICR, 2007, Regla 99: «Queda prohibida la privación arbitraria de libertad», p. 392 y ss.; *cfr.* Doc. UN HRC/22/44, 24 December 2012, párr. 45.

¹⁸³ *Cfr.* DINGWALL, J., *op. cit.*, p. 147 y 148; *cfr.* HILL-CAWTHORNE, L., *op. cit.*, p. 79.

¹⁸⁴ HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD BECK, L., *op. cit.*, Regla 87: «las personas civiles y las personas fuera de combate serán tratadas con humanidad», p. 349 y ss.

¹⁸⁵ *Cfr.* PICTET, J.S., *Commentary to IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war*, Geneva, ICRC, 1958, p. 66; *cfr.* Comentario del primer Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Buenos Aires, CICR, 2021, p. 175.

¹⁸⁶ Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 July 2021, párr. 154; *cfr.* Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Aleksovski*, 25 June 1999, párr. 49, en esta sentencia se infiere que las prohibiciones establecidas en el art. 3 común conforman un ejemplo de *numerus apertus*, de ahí que puedan existir otros comportamientos prohibidos por la costumbre que lesionen el mentado art. 3 común.

circunstancias contextuales, personales o temporales existentes. Y aquí la costumbre juega un papel capital, pues con base en aquélla se determina qué otros comportamientos no enumerados en el art. 3 común o en el apartado 1º del art. 4 del PAII son contrarios al trato humano. Otra cuestión no menos importante es la relación del trato humano con el valor fundamental de la dignidad de la persona¹⁸⁷. Va de suyo recordar que la esencia del Derecho internacional humanitario, así como de las normas de derechos humanos, reside en la salvaguarda de la dignidad humana, principio fundamental que vertebra todo el *corpus* normativo de estas normas¹⁸⁸. El respeto por la dignidad humana, a su vez, ha sido codificado en el art. 3 común, en el apartado 2º del art. 75 del PAI y en el apartado 2º del art. 4 del PAII —normas todas ellas de innegable naturaleza consuetudinaria, al versar sobre garantías fundamentales de la persona—, siendo un corolario del principio de humanidad.

Una ayuda innegable para saber de qué hablamos cuando nos referimos al trato humano la encontramos en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. Lo que es inhumano en tiempo de paz debería serlo también en tiempo de guerra. Así las cosas, el Tribunal Europeo ha manifestado que el trato inhumano consiste en toda conducta que ocasiona un sufrimiento grave físico o mental injustificable, o que causa sentimientos de angustia, miedo o inferioridad capaces de humillar y degradar a la víctima, siendo, en todo caso, necesario un mínimo de gravedad en la conducta¹⁸⁹. Este concepto ha sido mantenido por el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia en su jurisprudencia, diferenciándolo de la tortura con base en la menor gravedad existente¹⁹⁰. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Europeo, aunque para valorar la severidad del sufrimiento padecido por la víctima valoran las características del trato, su duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, los efectos físicos y mentales, así como las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos,

¹⁸⁷ Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Aleksvoski*, 25 June 1999, párr. 49.

¹⁸⁸ *Cfr.* Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Furundzja*, 10 December 1998, párr. 183.

¹⁸⁹ Judgment of the EHRC (Court Chamber), *Al-Hawsawi v. Lithuania*, Application núm. 6383/17, 16 January 2024, párr. 204; Judgment of the EHRC (Court Chamber), *Labita v. Italy*, Application núm. 26772/95, 6 April 2000, párr. 120; por otra parte, nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 34/2022, de 7 de marzo, ha considerado los tratos inhumanos como aquellas conductas que denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto.

¹⁹⁰ *Cfr.* Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Kordic*, 17 December 2004, párr. 39; Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Blaskic*, 3 March 2000, párrs. 154 y 155.

entre ellos, la edad, el sexo y el estado de salud, entre otras circunstancias personales¹⁹¹.

Llegados a este punto, la detención arbitraria en una contienda armada de carácter no internacional podría constituir un crimen de guerra porque comporta la violación grave del trato humano requerido en el art. 3 común y el apartado 1º del art. 4 del PAII. La exigencia de tratar humanamente a las personas civiles en caso de conflicto armado internacional está codificada en el párrafo 1º del art. 27 del CGIV, norma que inmediatamente en su párrafo 4º autoriza a las Partes beligerantes a adoptar las medidas de seguridad necesarias, a causa de la guerra, contra las personas protegidas por este convenio. En esta norma se vislumbra una manifiesta relación de causalidad entre el trato humano y las medidas de internamiento permitidas en el *ius in bello*, de suerte que el internamiento para que no lesione dicho trato humano debe ser absolutamente necesario por causas de seguridad. Nos hallamos ante un supuesto especial de detención no previsto expresamente en las normas de derechos humanos —principalmente en el art. 5 de la Convención Europea—. Si esto es así en los conflictos armados internacionales ningún impedimento debe existir para que ocurra lo mismo en los de carácter no internacional. Por ello, la detención arbitraria prohibida en las normas de derechos humanos supone una violación tanto del trato humano como del respeto de la dignidad humana demandado a las Partes contendientes en el art. 3 común y en el apartado 1º del art. 4 del PAII¹⁹².

5.8. *¿Delito de ultraje contra la dignidad personal?*

El problema de anudar la detención arbitraria a la violación del trato humano, puesto en relación con la vulneración del respeto a la dignidad de la persona, radica en que ya están tipificados los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, como crimen de guerra en el contexto de una contienda armada de carácter no internacional, *ex* art. 8.2.c) ii) del Estatuto de Roma. Ciertamente es que en el art. 8.2.a) ii) del Estatuto de Roma se tipifica expresamente el trato inhumano mientras que en el art. 8.2.c) no lo está, pero ello no quiere decir que no nos hallemos ante un mismo comportamiento prohibido, pues ambos transgreden el principio de humanidad y la protección de la dignidad personal¹⁹³. De hecho, el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia

¹⁹¹ Sentencia de la Corte Interamericana, *Caso Rosendo Cantú y otras v. México*, 31 de agosto de 2010, párr. 112; Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Aleksovski*, 25 June 1999, párr. 53.

¹⁹² *Cfr.* HILL-CAWTHORNE, L., *op. cit.*, p. 81 y 82.

¹⁹³ Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Kordic*, 17 December 2004, párr. 256.

en el caso *Aleksovski* sostuvo que los ultrajes contra la dignidad personal eran una especie de trato inhumano igualmente deplorable¹⁹⁴.

¿Era necesario para las Salas acudir al Derecho consuetudinario para sancionar penalmente las detenciones arbitrarias cuando podían calificarse como un crimen de guerra de ultraje contra la dignidad personal? Tales conductas podían sustentarse en los elementos de este tipo penal, ya que la ausencia de respetar las garantías procesales de los detenidos, así como la ausencia de todo fundamento legal para su detención, son circunstancias que acarrearán sentimientos de humillación, envilecimiento o degradación en las víctimas, quienes son tratados como meros objetos carentes de cualquier significación humana, sin derechos ni garantías; pero, sobre todo, esta conducta sería grave, toda vez que la privación de libertad de las personas con vulneración de los derechos antedichos constituye *per se* un menoscabo serio de los valores y libertades fundamentales del ser humano. Cuestión diferente será que la calificación propuesta como un ultraje contra la dignidad de la persona supone que el bien jurídico-penal primario a proteger ya no sea la libertad de la persona, sino el respeto de su dignidad e integridad moral. Pero esto no incide en lo verdaderamente valioso para el orden internacional, que es la seguridad internacional, máxime cuando estamos ante un tribunal de naturaleza internacional. Recurrir a la innovación penal por vía del Derecho consuetudinario, con menoscabo del principio de legalidad estricto que demanda la sociedad en la protección del orden internacional, resulta cuestionable. Bien es cierto que en tiempos pasados resultó imperioso el desarrollo del Derecho penal internacional mediante la costumbre¹⁹⁵. Ahora bien, con la aprobación del Estatuto de Roma —culminación por excelencia del Derecho penal internacional— se preserva lo valioso del principio de legalidad estricto, no habiendo lugar para la costumbre en la creación de nuevos tipos penales, de ahí que nos sorprenda que las Salas hayan recuperado la confianza en la norma no escrita para juzgar unos hechos que podrían serlo en aplicación de otros crímenes internacionales tasados y descritos en la ley, como pudiera ser el crimen contra la humanidad en su modalidad de encarcelamiento o el crimen de guerra de ultraje contra la dignidad personal.

También resulta criticable que las Salas no hayan recurrido a los criterios establecidos en el caso *Tadic* por el tribunal *ad hoc* de la antigua Yugoslavia para determinar si una determinada conducta es constitutiva de un crimen de guerra¹⁹⁶. Teniendo en consideración la influencia

¹⁹⁴ Judgment of the ICTY (Trial Chamber), *Prosecutor v. Aleksovski*, 25 June 1999, párr. 54.

¹⁹⁵ Antes de la constitución de los tribunales *ad hoc* los crímenes de guerra solo estaban reconocidos para las contiendas armadas internacionales, dudándose de su existencia en las de carácter no internacional.

¹⁹⁶ Decision of the ICTY (Appeal Chamber), *Prosecutor v. Dusk Tadic*, Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, párr. 94.

de este tribunal en las Salas, no solo por cuestiones territoriales, sino también por cuestiones materiales, nos sorprende que no se haga uso de estos criterios jurisprudenciales para sustentar la validez de la norma no escrita, tal y como hizo el Tribunal Especial del Líbano para el delito de terrorismo¹⁹⁷. Los criterios a los que nos referimos son los siguientes: 1) la conducta juzgada debe suponer una violación de una norma de DIH; 2) la norma debe ser consuetudinaria o convencional, en cuyo caso las condiciones requeridas se deben cumplir; 3) la violación de la norma debe constituir una infracción de una norma que protege valores importantes y que entraña graves consecuencias para la víctima; 4) la violación de la norma debe comportar responsabilidad penal individual, ya sea con fundamento en una norma convencional o consuetudinaria. A nuestro juicio, el crimen de guerra reconocido por las Salas es fruto de una mezcla de normas de difícil comprensión. Por un lado, los elementos del tipo penal están configurados con base en normas de derechos humanos, sin embargo, por otro lado, la detención arbitraria constituye una violación del respeto a la dignidad humana inherente del principio de humanidad que vertebra las normas de DIH. No obstante, el respeto por la dignidad del ser humano y el principio de humanidad son un bien común tanto de las normas de derechos humanos como de las normas humanitarias. El sustrato material es idéntico, lo que difiere es que las normas del *ius in bello* expresamente manifiestan lo que está prohibido o las obligaciones que deben adoptar las Partes contendientes para respetar estos valores esenciales, mientras que las normas de derechos humanos se expresan *in abstracto*, confiriendo una protección general que en algunos supuestos puede ser suspendida a causa de situaciones excepcionales de seguridad del Estado, cosa que no sucede con la norma humanitaria.

En este orden de ideas, las Salas podían haber manifestado que las detenciones arbitrarias comportan la violación de una norma de DIH, a saber, el respeto a la dignidad de la persona que forma parte del trato humano *ex art. 3 común y apartado 1º del art. 4 del PAI*, siendo estas normas de naturaleza convencional y consuetudinaria; que dicha violación implica la infracción de una norma que protege valores importantes, como son la dignidad de la persona y su libertad personal, así como que entraña graves consecuencias para la víctima; y, por último, que el comportamiento en cuestión comporta responsabilidad penal individual, ya que en la práctica totalidad de los ordenamientos nacionales se castiga el delito de detención ilegal, y por lo menos en diecisiete Estados se castiga este delito como crimen de guerra en las contiendas armadas de carácter

¹⁹⁷ Decision of the Special Tribunal for Lebanon (Appeal Chamber), *Case STL-11-01/I*, Interlocutory decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging, 16 February 2011, párr. 103, aunque este criterio no fue posteriormente asumido por la Sala de primera Instancia que dictó sentencia.

no internacional¹⁹⁸, sin perjuicio de que en el momento de los hechos acaecidos en Kosovo resultaba de aplicación el art. 142 del Código Penal de la Federación de Yugoslavia que sancionaba como crimen de guerra la detención ilegal para conflictos armados de carácter no internacional¹⁹⁹. Lejos de hacer esto, las Salas para afirmar que la prohibición de la detención arbitraria forma parte de la costumbre han descansado su decisión principalmente en el estudio del CICR sobre el Derecho consuetudinario. Sin perjuicio de la relevancia de este estudio, consideramos que las Salas deberían haberse apoyado en los criterios jurisprudenciales antedichos aceptados generalmente.

6. Conclusiones

El desarrollo de la Justicia penal internacional se ha visto enriquecido con la constitución de las Salas Especiales de Kosovo, tribunal híbrido *sui generis* que podríamos calificar como un tribunal internacional nacionalizado, por estar integrado en el sistema judicial kosovar; por aplicar principalmente Derecho internacional, porque sus jueces y el fiscal, así como su designación, son internacionales, y por tener su sede fuera del territorio kosovar, concretamente en La Haya. Este tribunal, a contracorriente de la situación actual del Derecho penal internacional, cuyo máximo exponente es la Corte Penal Internacional, ha recuperado el Derecho consuetudinario como fuente del Derecho penal. El regreso de la norma no escrita como fuente sustantiva del Derecho penal supone el sacrificio del principio general más importante del Estatuto de Roma, el principio de legalidad estricto, aceptado mayormente por la sociedad internacional. Este regreso del Derecho consuetudinario como fuente sustantiva del Derecho penal internacional —teniendo en cuenta la codificación existente de esta materia— no resulta justificable. Se ha retornado a épocas pretéritas en donde la seguridad jurídica del justiciable quedaba al albur de la determinación de si una conducta era merecedora de castigo aunque no estuviera sancionada en norma penal alguna, asociando el principio de legalidad a una regla de justicia sustantiva. De hecho, las Salas se han constituido como auténticos cuasi legisladores del orden internacional, determinando la existencia de un nuevo crimen internacional desconocido hasta el momento, el crimen de guerra de detención arbitraria en una contienda armada de carácter no internacional. La configuración de este nuevo delito ha sido esencialmente con base en normas de derechos humanos, de suerte que la perfección del injusto nos aproxima a un crimen contra la humanidad en su modalidad de encarce-

¹⁹⁸ Cfr. HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD BECK, L., *op. cit.*, Regla 99.

¹⁹⁹ Cfr. Decision of Kosovo Specialist Chambers (Pre-Trial Judge), *Prosecutor v. Hashim Thaci et al.*, Decision on motions challenging the jurisdiction of the Specialist Chambers, 22 July 2021, párrs. 159 y 160.

lamento. A pesar de lo anterior, la detención arbitraria también conlleva una violación grave del trato humano que impera en las normas humanitarias —del que forma parte inherente la dignidad del ser humano—, por lo que formalmente podríamos estar ante un crimen de guerra, cuya mejor calificación jurídica, en aras de respetar plenamente el principio de legalidad estricto, sería el de ultraje contra la dignidad personal, delito que sí está tipificado en el orden internacional para las contiendas armadas de carácter no internacional. El tiempo dará o quitará la razón a unos y otros sobre la existencia del crimen de guerra hallado por las Salas con fundamento en el Derecho consuetudinario, así como de los elementos que lo integran. Si esto sucede, lo suyo es que se enmiende el Estatuto de Roma para tipificarlo, demostrándose así la importancia del Derecho consuetudinario para la Corte Penal Internacional. En cambio, si la comunidad internacional no reconoce este nuevo crimen de guerra habremos presenciado un exceso en la aplicación de justicia por parte de las Salas en nombre de una de las fuentes del Derecho internacional.

En cualquier caso, resulta reseñable que el tipo penal configurado por las Salas no describa la conducta típica, centrándose solamente en el resultado del tipo y sus elementos normativos. Se trata de un delito complejo, al prever su comisión tanto mediante un comportamiento activo como omisivo. El injusto tiende a proteger dos bienes jurídicos diferenciados, uno individual como es la libertad deambulatoria de las personas, y otro colectivo y perteneciente al orden internacional como es la seguridad internacional. Sin el menoscabo o puesta en peligro de este último difícilmente podríamos encontrar ante un crimen internacional. El tipo penal solo protege a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que han dejado de hacerlo, por lo que, en principio, los combatientes en un sentido genérico no estarían protegidos por la norma penal. Por último, los elementos normativos contenidos en la norma no escrita encuentran su fundamento en las normas de derechos humanos, básicamente porque en las contiendas armadas de carácter no internacional las normas del *ius in bello* guardan silencio sobre las causas y motivos de las detenciones, no existiendo autorización alguna al efecto ni convencional ni consuetudinariamente, por lo que las normas domésticas y de derechos humanos se erigen en la piedra angular que debiera dar respuesta a los interrogantes concernientes a estos elementos normativos.

