

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA
EN DERECHO**

**LOS ALCANCES JURÍDICOS Y APLICATIVOS DEL DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

GABRIEL CARVAJAL SALAS

A91390

THOMAS GONZÁLEZ OBANDO

A82762

AÑO 2017



08 de mayo de 2017
FD-892-2017

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de los estudiantes: Gabriel Carvajal Salas, carné A91390 y Thomas Arturo González Obando, carné A82762 denominado: "Alcance jurídicos y aplicativos del Derecho Internacional Humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	MSc. Alfonso Chacón Mata
Presidenta	MSc. José Miguel Zamora Acevedo
Secretaria	MSc. Melissa Salas Brenes
Miembro	Dr. José Thompson Jiménez
Miembro	Dr. Haideer Miranda Bonilla

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el 31 de mayo del 2017, a las 5:30 p.m. en el primer piso de la Facultad.

Atentamente,


Ricardo Salas Porras
Director



RSP/lcv
Cc: arch. expediente



24 de abril del 2017.

Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho UCR
S.D.

Estimado Doctor Salas

En mi calidad de Director de Trabajo Final de Graduación de los estudiantes Thomas González Obando, carné A82762 y Gabriel Carvajal Salas, carné A91390, denominada **"Los alcances jurídicos y aplicativos del Derecho Internacional Humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"**, manifiesto mi anuencia para que la misma sea defendida como tesis de grado de Licenciatura en Derecho.

El interés en abordar en esta investigación, el tema del Derecho Internacional Humanitario (DIH) dentro del ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y de forma más específica su utilización por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; nace como un interés propio de los sustentantes, quienes al momento de solicitarme la supervisión, tenían este tema dispuesto de antemano para investigar.

Durante todo este tiempo que supervisamos el trabajo en cuestión, hemos podido constatar el gran interés de los sustentantes por el tema escogido. Se decidió abordar el mismo desde un análisis jurisprudencial y discernir los principios o lineamientos claves. Cabe destacar que ambos estudiantes, cursaron el énfasis en derechos humanos establecido en el pensum de estudios de la Facultad, por lo que cuentan con una base previa para el abordaje de este tipo de temas.

Además, es importante acotar que este tipo de temáticas no resultan ser muy estudiadas en nuestro país, por lo que a lo largo de la investigación desplegada por los estudiantes mencionados, encontramos los siguientes méritos en su trabajo:

1.- El primer mérito de este trabajo reside en un enfoque deductivo del mismo, partiendo de la asimilación y exposición del arsenal teórico y epistemológico, necesario para entender las particularidades del DIH. Es así como el primer capítulo es introductorio y conceptual, partiendo del esclarecimiento de categorías o constructos tales como que debe entenderse por DIH, o los tipos de conflictos nacionales o internacionales para decretar las provisiones a favor de los combatientes, población civil y obras arquitectónicas.

2.- De la misma manera, se empieza a caracterizar en una segunda fase, los pormenores de los conflictos armados en los anales de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se analiza a partir del segundo capítulo, que alcances concretos se han dado en casos contenciosos emblemáticos, dentro de las

resoluciones del Tribunal Interamericano. Es en este sentido, que la tesis de grado reseña y destaca importantes hitos jurisprudenciales, expuestos y desarrollados a través de principios o marcos explicativos, con lo que facilita visualizar los aportes de la jurisprudencia estudiada.

3.- La tesis en mención es una buena muestra de la interpretación y tutela convencional que se desprende de los proveídos de la Corte Interamericana. Se ha tendido a pensar que el DIH, es un área quizás relegada y no tan importante dentro del sistema interamericano, pero el estudio demuestra que la producción jurisprudencial ha sido prolija, imponiéndose una doctrina sólida y constante. Esta tesis de grado da muestra fehaciente de esta realidad y estimo, que se constituye en el punto de partida de futuras investigaciones en la materia.

4.- Finalmente, el análisis de las sentencias escogidas, nos muestran una tendencia histórica de la Corte Interamericana en este ámbito, partiéndose desde un enfoque evolutivo que demuestra las tendencias existentes en DIH hasta la actualidad.

Por consiguiente, me es satisfactorio dar mi beneplácito a este trabajo final de graduación, por las consideraciones anteriormente vertidas.

Atentamente,



Msc. Alfonso Chacón Mata
Director

San José, 4 de Abril de 2017

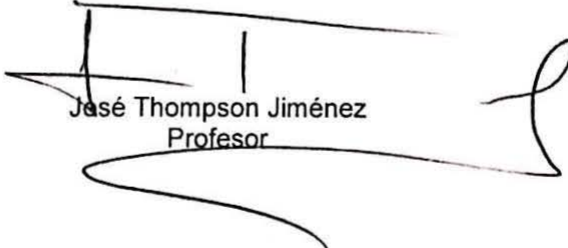
Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director, Área de investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director:

En mi condición de Lector del trabajo final de graduación **“Los Alcances Jurídicos y Aplicativos del Derecho Internacional Humanitarios en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”**, elaborado por los estudiantes Gabriel Carvajal Salas, carné A91390, y Thomas Arturo González Obando, carné A82762; les informo: que he leído dicho texto y considero que el mismo cumple los requisitos de fondo y forma que se exigen por la normativa y directrices vigentes en la Universidad de Costa Rica.

Por lo anterior, otorgo mi aprobación para que se prosiga con los trámites correspondientes.

Con mis mejores saludos,


José Thompson Jiménez
Profesor

San José, 19 de Abril de 2017

Señor:

Dr. Ricardo Salas Porras

Director del Área de investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

En mi condición de lector del trabajo final de graduación **“Los Alcances Jurídicos y Aplicativos del Derecho Internacional Humanitarios en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”**, elaborada por los estudiantes Gabriel Carvajal Salas, carné A91390, y Thomas Arturo González Obando, carné A82762; les informo: que he leído dicho texto investigativo y considero que el mismo cumple con todos los requisitos de fondo y forma que se exigen por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Port tanto, otorgo mi aprobación para que esta tesis sea defendida en su fase de réplica ante el Tribunal Examinador correspondiente.

Cordialmente,



Halder Miranda Bonilla

San José, 27 de abril del 2017


Señores,

Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

Por este medio yo, Karla Carvajal, mayor, filóloga incorporada a la Asociación Costarricense de Filólogos, portadora de la cédula de identidad 1-1419-0920, hago constar que he revisado la tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho llamada *Los alcances jurídicos y aplicativos del Derecho Internacional Humanitario en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, sustentada por los estudiantes Gabriel Carvajal Salas y Tomás González Obando; de igual manera, vale destacar que se le han hecho las anotaciones pertinentes en acentuación, ortografía, puntuación, concordancia gramatical y otras áreas del campo filológico. Además, se han dado recomendaciones con respecto a la citación y bibliografía correspondientes.

En espera de que mi participación satisfaga los requerimientos de la Universidad de Costa Rica se suscribe atentamente,

 1-1419-0920

Karla Vanessa Carvajal Moreno

Filóloga

Carné No. 0107

Asociación Costarricense de Filólogos

Dedicatoria

A mi madre, Shailly Obando, cuyo amor y esfuerzo son los responsables de todas las cosas buenas que he vivido.

- *Thomas*

A mis papás Warner y Pilar; a Adrián y Gaby, por haber sido mi apoyo en todo este proceso, este logro es para ustedes.

- *Gabriel*

Agradecimientos Thomas Gonzalez

A todas las personas que me han apoyado a lo largo de este proceso.

En particular;

A toda mi familia por su apoyo incondicional.

A mi compañero Gabriel Carvajal por siempre ser fuente de motivación para que este trabajo llegara a buen término; Helena Lahmann, cuya amistad y apoyo desinteresado a lo largo de todo el proceso han sido de un valor incalculable; Ingrid Muñoz, por no dejar que me estancara nunca; Luis Fernando Cruz por ayudarme y guiarme cada vez que lo necesitaba; y a todos mis amigos en “La Casita” que han sido para mí como una segunda familia.

Finalmente a los profesores Alfonso Chacón, José Thompson y Haideer Miranda por todos sus consejos y observaciones valiosas que nos dieron a lo largo de este proceso de investigación.

Agradecimientos Gabriel Carvajal Salas

Quiero agradecer en primer lugar a Dios por este logro, y por premiar la paciencia y dedicación.

A mis papás por ser un ejemplo vivo de esfuerzo y superación, y ser partícipes de todo mi proceso educativo; sin sus valores y enseñanzas esto no habría sido posible. A mi hermano Adrián por su propio esfuerzo y entrega, que me inspiró a dedicarle tiempo en las noches a este trabajo a pesar de estar cansado. A Gaby por apoyarme en todos los buenos y malos momentos, que formaron parte de este proceso en todas sus etapas; por todos los consejos y palabras de aliento; que me impulsaron a ir siempre hacia adelante.

A Thomas González, por su amistad sincera desde hace tanto tiempo y por haber sido mi socio en este proyecto. Al profesor Alfonso Chacón, por haber creído en nosotros desde el primer momento, por haber sido un amigo, y por contagiarnos de su actitud ganadora, para así poder realizar un trabajo de calidad.

Finalmente, a mis abuelos en quienes pienso tanto todos los días, espero se sientan orgullosos de mí.

ÍNDICE

Dedicatoria.....	i
Agradecimientos Thomas Gonzalez.....	ii
Agradecimientos Gabriel Carvajal Salas.....	iii
Resumen.....	x
Ficha Bibliográfica.....	xii
INTRODUCCIÓN.....	1
A. Justificación.....	2
B. Objetivo general.....	6
C. Objetivos Específicos.....	6
E. Delimitación del Problema de Investigación.....	7
F. Hipótesis.....	7
G. Metodología.....	7
Título Único: Los alcances jurídicos y aplicativos del Derechos Internacional Humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	10
Capítulo I: Introducción al estudio del Derecho Internacional Humanitario.....	10
Sección I: Antecedentes históricos del Derecho Internacional Humanitario moderno.....	10
A. Henry Dunant y su “Recuerdo de Solferino”.....	13
B. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).....	17
1. Naturaleza jurídica y finalidad.....	18
2. Signos Distintivos.....	19
3. Principios Fundamentales que rigen el movimiento.....	21
a) Humanidad.....	22
b) Imparcialidad.....	23
c) Neutralidad.....	23
d) Independencia.....	24
e) Voluntariado.....	25
f) Unidad.....	26
g) Universalidad.....	26

Sección II: Conceptualización de Derecho Internacional Humanitario.....	27
A. Concepto y definición de Derecho Internacional Humanitario.	28
B. División doctrinaria de Derecho Internacional Humanitario	32
1. Derecho de la Haya.....	33
2. Derecho de Ginebra.	35
3. Derecho de New York.....	36
D. Conflicto Armado.....	38
1. Definición de Conflicto Armado.....	38
2. Clases de Conflictos Armados	40
a) Conflicto Armado Internacional:	40
b) Conflicto Armado No Internacional.....	41
b.1) Comentario respecto a los acuerdos de paz en Colombia	43
5. Principios Generales del Derecho Internacional Humanitario.....	47
a) Principio de Limitación.....	49
b) Principio de Humanidad	50
c) Principio de Necesidad Militar	51
d) Principio de Distinción	52
e) Principio de Precaución.....	54
f) Principio de Proporcionalidad.....	55
Sección III: Análisis de la Normativa Internacional referente al Derecho Internacional Humanitario.	56
F. Derecho de Ginebra.	57
1. Personas protegidas por los Convenios	58
2. El conflicto armado no internacional a la luz del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.....	60
3. I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.	63
4. II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.	67
5. III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.....	70
6. IV Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra.	74
7. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.....	78

8.	Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.....	82
H.	Desarrollos posteriores a 1977.....	85
1.	Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados.....	85
2.	La Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, introducción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción.	88
Capítulo 2: La aplicación del Derecho Internacional Humanitario y las facultades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que permiten su implementación en el sistema. .		89
Sección I: Introducción a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus distintas facultades		89
A.	Tutela Multinivel y el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos.	90
1.	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	96
2.	Corte Interamericana de Derechos Humanos	97
3.	Competencias de la Corte Interamericana	97
a)	Competencia Consultiva.....	98
b)	Competencia Contenciosa	99
B.	Diálogo entre Cortes	100
1.	Diálogo Horizontal entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos.....	101
1.	Características del Control de Convencionalidad.....	115
D.	El valor y versatilidad de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	119
E.	Capacidad de la Corte Interamericana de aplicar otros instrumentos internacionales..	124
Sección II: La aplicación del Derecho Internacional Humanitario y su convergencia con los Derechos Humanos.		135
A.	Los distintos ámbitos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario	136
1.	Ámbito de aplicación material.....	137
2.	Ámbito de aplicación personal	139
a)	Los Estados.....	139
b)	Los movimientos de liberación nacional.....	140
c)	Los grupos armados organizados	141

d) Los movimientos de operaciones de paz	143
3. Ámbito aplicación Temporal y Espacial	145
B. La eficacia del Derecho Internacional Humanitario.	148
1. Estados Parte	148
2. La Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta.	149
3. Potencias Protectoras	150
4. Organización de las Naciones Unidas.....	152
5. Corte Penal Internacional.....	153
6. Los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos	154
C. La convergencia del Derecho Internacional Humanitario con el Derecho Internacio- nal de los Derechos Humanos.	156
1. Tesis Integracionista.....	157
2. Tesis Separatista.....	159
3. Tesis Complementarista	160
Capítulo III: El Derecho Internacional Humanitario en la Jurisprudencia de la Corte Inter- americana de Derechos Humanos	161
Sección I: La capacidad de la Corte Interamericana para aplicar las normas del Derecho In- ternacional Humanitario.	164
A. El alcance interpretativo y la capacidad de la Corte de aplicar normas provenientes del Derecho Internacional Humanitario.	167
Sección II: Análisis detallado del criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tres casos que fueron consecuencia de conflictos armados.	175
B. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 septiembre del 2005.....	177
1. Consideraciones de la Corte para determinar la responsabilidad estatal.	178
2. Respecto a las violaciones de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal.....	181
3. La vulneración a los Derechos del Niño (Art 19 CADH).....	182
4. Respecto al desplazamiento interno.....	185
D. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia del 30 de noviembre de 2012 (Excepciones preliminares, fondo y reparaciones)	187
1. Excepciones Preliminares - Falta de competencia <i>ratione materiae</i>	189
2. Sobre el lanzamiento de un dispositivo AN-M1A2 sobre Santo Domingo	191
a) El principio de distinción	191

b) El principio de proporcionalidad	192
c) El principio de precaución	193
3. Sobre los presuntos ametrallamientos.....	195
1. Sobre la alegada violación de las medidas de protección a favor de las niñas y niños	197
2. Sobre Derecho a la Propiedad Privada	198
E. Caso Cruz Sánchez y Otros vs. Perú. Sentencia del 17 de abril del 2015 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).	200
1. Consideraciones de la Corte respecto al derecho a la vida, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos	203
2. Sobre la necesidad del uso de la fuerza en el marco de una operación de rescate de rehenes	207
3. Consideraciones de la Corte relativas al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.....	208
Sección III: El alcance interpretativo del Derecho Internacional Humanitario, a la luz de la aplicación de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos.....	211
A. La obligación al respeto de los derechos: Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre del 2000 (Fondo).....	212
B. Derecho a la vida, integridad personal y la imposibilidad de aplicar leyes de amnistía: Caso de las Masacres del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Sentencia del 25 de octubre del 2012 (Fondo, reparaciones y costas).	215
C. Desplazamiento Forzado: Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Sentencia del 20 de noviembre del 2013. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).	219
D. Principio de legalidad: Caso de la Cruz Flores vs. Perú. Sentencia de 18 de noviembre de 2004 (Fondo, reparaciones y costas).	224
E. Derechos de los niños y derecho a la familia: Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Sentencia del 24 de noviembre del 2009. (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).	226
F. Votos disidentes, concurrentes y razonados referentes al Derecho Internacional Humanitario.	228
1. Cláusula Martens: Voto concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade, Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo).	229
2. Obligación de dar sepultura a los restos mortales de las víctimas: Voto razonado del Juez Antonio Cançado Trindade, Comunidad Moiwana vs. Suriname. Sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).....	230

CONCLUSIONES FINALES.....	233
BIBLIOGRAFÍA	245

Resumen

Introducción y Justificación:

Costa Rica se ha caracterizado a lo largo del tiempo por su vocación pacifista, en particular a partir de la abolición del ejército como institución permanente, esa situación ha generado que la noción de guerra o de conflicto armado se vuelva ajena en el imaginario colectivo de los costarricenses. Sin embargo, Costa Rica nunca estará exenta de verse involucrada en una situación de esta índole, más si tomamos en cuenta que se encuentra en una región que históricamente ha sido conflictiva como lo ha sido Latinoamérica, a partir de esto es que surge la necesidad de estudiar el tema del Derecho Internacional Humanitario y de cómo se aplica en la región, además que se trata de un tema que pasa prácticamente inadvertido en la doctrina nacional, pese a su relevancia internacional.

Hipótesis:

El máximo órgano regional de protección de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha aplicado los postulados y principios del Derecho Internacional Humanitario en su jurisprudencia.

Objetivo General:

Determinar cómo aplica la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia el Derecho Internacional Humanitario, como criterio de interpretación o de aplicación, al momento de decidir sobre temas de derechos humanos en el contexto de un conflicto bélico.

Metodología:

Se utiliza, mayoritariamente, la técnica de procesar información bibliográfica, por lo que se descarta el uso de recolección de información de campo. Dicha información será procesada, exclusivamente, mediante los métodos cualitativos, a través del estudio de distintos textos doctrinarios y jurisprudenciales, por lo que se prescinde totalmente del método cuantitativo.

Conclusiones Generales:

Se define al Derecho Internacional Humanitario como un cuerpo de normas y reglas, que pretenden dotar de humanidad a los conflictos armados, estableciendo dentro de su ámbito de aplicación una protección especial para las personas que se vean afectadas por la guerra, sin que tuvieras algún grado de participación en las hostilidades, o bien si la tuvieron, ya no se encuentran combatiendo.

Respecto al análisis del derecho internacional de derechos humanos a través del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se constata que dentro de la competencia de la Corte IDH, tanto a nivel contencioso cómo consultivo, posee una gran libertad para fundamentar sus resoluciones, y lo ha conseguido a través de diversos mecanismos que la misma Corte ha desarrollado a lo largo del tiempo, con la finalidad de verificar el cumplimiento de lo establecido en la Convención Americana.

Se observaron problemas en cuanto a la eficacia de DIH, respecto a su aplicación y de la falta de voluntad de los estados parte para hacer cumplir sus reglas, ante esa situación, quien asumió ese rol de garante en Latinoamérica fue la Corte IDH, basándose en los principios y reglas del DIH para determinar violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana en los casos de conflictos armados.

Esta interpretación de la Corte IDH surge de la conceptualización de todos los tratados de derechos humanos como instrumentos vivos y por ende la interpretación de estas normas debe hacerse de una manera dinámica, tomando en cuenta la naturaleza de los hechos alegados, las normas aplicables, y las condiciones de vida actuales, y esto encuentra sustento en el artículo 29 inciso b) de la CADH.

Es por medio del estudio de una amplia gama de sentencias emitidas de la Corte Interamericana que se demuestra que este tribunal internacional ha hecho un ejercicio interpretativo de las normas contenidas en la Convención Americana a la luz de las normas de DIH para determinar la violación de derechos consagrados en la Convención Americana.

Ficha Bibliográfica

Carvajal Salas, Gabriel; González Obando, Thomas Arturo. Los alcances jurídicos y aplicativos del derecho internacional humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2017. xii y 250.

Director: Alfonso Chacón Mata

Palabras Clave: Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Conflicto Armado.

INTRODUCCIÓN

Costa Rica a lo largo de su historia se ha caracterizado por su vocación pacifista. La guerra suele ser un concepto ajeno a la realidad costarricense y un acontecimiento que se remonta a solo dos episodios en la historia reciente: la Campaña Nacional de 1856 y la Revolución de 1948. A partir de esta última, se dio la abolición del ejército y con ella la supresión en el imaginario colectivo de permitir al país involucrarse en conflictos armados de escala internacional. A pesar de gozar de una paz prolongada; Costa Rica nunca dejará de estar propenso de verse involucrada en algún evento de esta índole, toda vez que forma parte de la comunidad internacional, y se encuentra ubicada en una región que históricamente ha sido conflictiva.

Al estar ubicados en Latinoamérica, Costa Rica no puede mantenerse ajena a las situaciones que acontecen en la región, es debido a lo anterior que surge la necesidad de abordar el tema del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), ya que corresponde a una materia que, de una u otra forma, se encuentra olvidada por la doctrina nacional. Esta problemática y el contexto histórico de la región, influenciaron el interés en la posibilidad de la aplicación práctica del DIH en el ámbito de protección del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos, y de forma más específica la utilización de sus postulados por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

A. Justificación

Para poder comprender, de forma sencilla, la importancia de este tema, es menester desarrollar una serie de factores de importancia. Primeramente, el Derecho Internacional Humanitario es una rama del Derecho Internacional cuyo contenido es único y corresponde a las normas que rigen y regulan los conflictos armados, sean de carácter internacional o bien de carácter interno. El DIH por medio de sus normas, principios y postulados, establece límites en la forma que debe de hacerse la guerra, por lo que poco a poco se ha transformado a lo largo de la historia con la finalidad de proteger un denominado núcleo de derechos fundamentales durante los conflictos armados¹.

Si bien esta situación de forma preliminar pueda parecer contradictoria, la realidad es que el DIH busca disminuir el número de bajas en los conflictos; sea de las partes involucradas con los grupos combatientes, como con los civiles. Por consiguiente, el DIH esto no solo regula las actividades de las partes combatientes, sino que contiene disposiciones respecto al armamento en aras de evitar las pérdidas humanas de civiles.

Teniendo en consideración lo anterior sobre la naturaleza tan particular del DIH, esta se vuelve un tema muy atractivo, ya que en el contexto de un conflicto bélico busca ejercer un control para proteger los derechos básicos cada ser humano, dejando claro que por existir un conflicto los involucrados no tienen el dere-

¹ Elizabeth Odio Benitez. "De la violación y otras graves agresiones a la integridad sexual como crímenes sancionados por el Derecho Internacional Humanitario". *Biblioteca Jurídica virtual: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, Mayo-Junio de 2001, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/49/pr/pr22.pdf>

cho de actuar como les plazca, sino que deben reconocer que existen límites y prohibiciones.

Por otro lado, y aunado a lo recién mencionado, llama la atención que pese a la trascendencia del DIH a nivel internacional, en Costa Rica pasa casi inadvertido. Este contraste en la realidad nacional puede dar la impresión de que los juristas nacionales no le han brindado la suficiente atención al DIH, cuestión que sugiere que no se considera un derecho “aplicable” en Costa Rica, lo anterior en virtud de que en su mayoría trata de un derecho en época de guerra; sin embargo, está claro que el DIH abarca mucho más que esto y que se le debe ofrecer una mayor atención.

En este mismo orden de ideas, el artículo 12 de la Constitución Política de Costa Rica indica de forma literal lo siguiente: “Sólo por convenio continental o para la defensa nacional podrán organizarse fuerzas militares”. De la lectura de dicho extracto del artículo citado se pone en relieve que si bien en Costa Rica se abolió el ejército y legalmente se encuentra proscrito, su ordenamiento jurídico deja abierta la posibilidad de formar un ejército para la defensa de la soberanía nacional, o bien una fuerza militar a nivel de continente. Este portillo establecido por la constitución es de extrema importancia para la realización de esta investigación, ya que Costa Rica podría eventualmente formar parte de un conflicto armado.

Costa Rica es sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Universidad para la Paz y posee un Premio Nobel de la Paz; sin embargo, no ha

sido ajena a los conflictos armados. Ejemplo de lo anterior es el haber formado parte de la Fuerza Interamericana de Paz en la Ocupación estadounidense de República Dominicana de 1965 a 1966 y de la Fuerza Multinacional que invadió Irak en 2004, con la salvedad de que en este caso el apoyo fue meramente diplomático.

Con base en lo anterior se puede ilustrar que si bien Costa Rica es de una alta vocación pacifista y que por tradición se ha encontrado alejado de los conflictos armados, no está ni estará exento de ellos ni de sus consecuencias. En virtud de lo anterior, la importancia de desarrollar este tema en este momento histórico radica en que el mejor momento para discutir y analizar los vaivenes de la guerra y la implementación e instrumentalización del Derecho Internacional Humanitario, es en los tiempos de paz.

Además tomando como referencia que al ser Costa Rica una nación de alto respeto en Derechos Humanos, de promoción de la paz, respeto a la vida y a la cultura; y que fue el primer Estado del continente en ratificar todas las convenciones concernientes al DIH, no puede seguir siendo ajeno ni mantenerse alejado al estudio de este tema, para que así exista armonía entre la imagen que se presenta a nivel internacional, y el desarrollo doctrinal que se hace a lo interno.

Un tercer elemento de importancia para la elección de este tema es la riqueza que poseen las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus múltiples facultades a la hora de decidir sobre una denuncia puesta bajo su estudio, de esta forma se ha tenido la posibilidad de comparar di-

cha jurisprudencia con la de otros tribunales de la misma naturaleza, por el ejemplo con el Sistema Europeo de DDHH, es en este ejercicio donde se logra apreciar el valor de las sentencias de la Corte IDH. La Corte de San José tiene la particularidad de busca constantemente ampliar de forma progresiva el ámbito de protección de los seres humanos, para lo que se ha complementado con la utilización de otros instrumentos internacionales para constatar una violación de algún derecho consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH).

Este punto es de extrema importancia para la presente investigación, puesto que busca averiguar el cómo y cuándo la Corte IDH ha utilizado alguna norma, principio o postulado del DIH para constatar alguna violación de derechos humanos consagrados en la CADH. Para ello, se tiene conocimiento de que la Corte IDH ha utilizado y aplicado las normas de DIH para desestimar la excepción de alta competencia en razón de la materia en los casos de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Masacre Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Masacre de las Dos Erres y Palmeras vs. Guatemala; así como lo ha utilizado como criterio de interpretación en el caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Dicha complementariedad es uno de los puntos más interesantes y valiosos que tiene la Corte IDH y de ahí surge el interés en analizar sus alcances en relación con el Derecho Internacional Humanitario.

B. Objetivo general

Determinar cómo aplica la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia el Derecho Internacional Humanitario, como criterio de interpretación o de aplicación, al momento de decidir sobre temas de derechos humanos en el contexto de un conflicto bélico.

C. Objetivos Específicos

1. Investigar el concepto, características y principios referentes al Derecho Internacional Humanitario.
2. Analizar las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y desarrollar como ésta y sus protocolos abordan el Derecho Internacional Humanitario.
3. Establecer una conexión entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable en la región latinoamericana y el Derecho Internacional Humanitario.
4. Analizar los casos de mayor relevancia en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aplicado o interpretado el Derecho Internacional Humanitario, al momento de decidir sobre temas de derechos humanos en el contexto de un conflicto armado.

E. Delimitación del Problema de Investigación

Debido al contexto histórico latinoamericano, ha sido recurrente la presencia de conflictos armados tanto de carácter internacional, como a nivel interno. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), al ser la única autoridad internacional a nivel latinoamericano encargada de la tutela del Derecho Internacional de Derechos Humanos, ha tenido que referirse en su jurisprudencia sobre transgresiones de Derechos Humanos ocurridos en conflictos bélicos; sin embargo, al no ser estos competencia directa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, resulta insuficiente para poder determinar la existencia de violaciones de Derechos Humanos y las responsabilidades de las partes en un conflicto armado.

F. Hipótesis

El máximo órgano regional de protección de derechos humanos; la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aplicado los postulados y principios del Derecho Internacional Humanitario en su jurisprudencia.

G. Metodología

En el presente trabajo se pretende desarrollar una investigación con las características cualitativas, esto en el sentido de que se recopilará información de diferentes textos doctrinarios y jurisprudenciales con la finalidad de realizar una clara descripción y definición de puntos importantes en el presente trabajo, tales como las características del Derecho Internacional Humanitario. Se analizarán los

efectos de la guerra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se establecerá una conexión entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Internacional Humanitario en esta región. Asimismo, se identificará las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde el Derecho Internacional Humanitario haya servido como un criterio de interpretación.

El tipo de investigación iniciará como explorativa, ya que al realizar un análisis preliminar de las fuentes no se logra encontrar alguna que aborde el tema específico del presente trabajo, pues en su mayoría los textos consultados constituyen estudios que, si bien analizan el tema, lo hacen de una forma superficial y con un enfoque meramente teórico. Seguidamente, la investigación continuará de manera descriptiva ya que lo que se pretende con ella es describir el Derecho Internacional Humanitario, su historia, características, principios y normativa que lo regula, de tal forma que los lectores comprendan mejor el tema en estudio y la problemática planteada.

Por último, la investigación finalizará con el análisis de la correlación entre el Derecho Internacional Humanitario y la jurisprudencia de la Corte Interamericana con el fin de determinar hasta qué punto puede ser utilizado como un criterio de interpretación, para aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos. Aunado a lo anteriormente expuesto, también se implementará la investigación documental, ya que algunas fuentes primarias utilizadas serán trabajos finales de graduación, libros, artículos de revistas, análisis de derecho comparado, estudio de normativa, entrevistas a jueces y expertos en el tema, y jurisprudencia. Como

fuentes secundarias de información se utilizarán enciclopedias, diccionarios y en general instrumentos que faciliten al lector la comprensión de la materia expuesta. Asimismo, se van a definir los diferentes elementos que componen la investigación, por lo que se trabajará con doctrina, ya sea con trabajos finales de graduación, así como con libros e investigaciones que se hayan hecho sobre los conceptos relevantes a esta investigación.

Igualmente, con el fin de analizar la interrelación del tema de investigación con la jurisprudencia derivada del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el análisis cualitativo se realizará por medio de sentencias que aborden la problemática, de manera tal que se pueda cumplir con los objetivos planteados. En este apartado, las sentencias que se estudiarán serán las que aborden el tema de conflictos bélicos en la región.

Título Único: Los alcances jurídicos y aplicativos del Derechos Internacional Humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Capítulo I: Introducción al estudio del Derecho Internacional Humanitario

El desarrollo de temas de Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) ha pasado casi inadvertido por los juristas nacionales. Posiblemente esta situación se deba a la relativa inaplicabilidad de estas normas en la coyuntura nacional actual; sin embargo, resulta imposible afirmar que en el futuro este tema no puede adquirir relevancia. Es de esta forma que se introduce el Derecho Internacional Humanitario, iniciando desde sus antecedentes históricos, definiendo el concepto y sus principios, y hasta analizando y desarrollando los convenios de Ginebra y sus protocolos.

Sección I: Antecedentes históricos del Derecho Internacional Humanitario moderno

El Derecho Internacional Humanitario ha estado presente en el desarrollo de la humanidad desde los albores de la historia. Así como la humanidad ha ido creciendo y evolucionando, lo ha hecho paralelamente el Derecho Internacional Humanitario. Esto le ha permitido pasar de ser un conjunto de normas de carácter consuetudinario, a llegar a ostentar el carácter supranacional que disfruta hoy en día.

El ser humano se ha caracterizado por su naturaleza guerrera. En su lucha por alcanzar poder, expansión o bien en defensa propia, ha tenido que enfrentarse en conflictos de carácter bélico; sin embargo, a raíz de la crudeza de los efectos que generan dichos enfrentamientos en las personas, de forma tácita y con el fin de dotarlos de humanidad, se fueron incorporando normas tendientes a regular las vicisitudes de la guerra, por lo que los antecedentes del Derecho Internacional Humanitario van mucho más atrás de los intentos de codificación de la materia.

Su origen se remonta a las primeras civilizaciones, quienes de forma rudimentaria ordenaron normas básicas aplicables a conflictos de carácter bélico, las cuales eran solamente para las partes contratantes o las partes enfrentadas en el conflicto. Según lo expone Peytrignet² dichas normas, de carácter consuetudinario se aplicaban por medio de acuerdos bilaterales tomados durante algún momento de las hostilidades, en el cual se acordaba el tratamiento recíproco que se debía dar a heridos o prisioneros, entre otros aspectos de un conflicto; es decir, se establecían condiciones que en la actualidad se podrían considerar de carácter humanista, pero que por su misma condición de acuerdos bilaterales, no gozaban de universalidad. Como consecuencia de ello su evolución para convertirse en reglas generales fue lenta.

Se considera el año 1864 como el del nacimiento del DIH, ya que en ese año fue concertado el primer tratado de Ginebra. Si bien en ese tiempo ya habían surgido tratados de paz, tal vez motivados por las ideas de Henry Dunant en su

² Gérard Peytrignet, "*Derecho Internacional Humanitario: Evolución Histórica, Principios Esenciales y Mecanismo de Aplicación*". (Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Serie Estudios de Derechos Humanos: Tomo II, 1999), 146.

libro “Recuerdo de Solferino”, la comunidad internacional procedió a regular la forma en que se iban a tratar y proteger a las víctimas de las hostilidades, así como la forma en que debe de efectuarse la guerra entre los estados involucrados. Como consecuencia nace el llamado “Derecho de la guerra”, el cual por su parte estaba formado por el *Jus ad Bellum* y por el *Jus in Bello*.

El *Jus ad Bellum* tiene por finalidad reglamentar el derecho a la guerra que tienen los estados. Era una forma de determinar la existencia de una guerra “lícita”, al establecer una serie de procedimientos para realizar la guerra. Este tenía como finalidad limitar el uso abusivo de recurrir a la guerra, ya que definía las razones legítimas por las cuales un estado podría enfrascarse en un conflicto armado.

En este sentido según indica Swinarski³, hoy en día esta parte del derecho a la guerra ha desaparecido por completo. Lo anterior en virtud de que la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU), establece en sus estatutos, una prohibición al uso de la fuerza⁴; en otras palabras, prohíbe la guerra. Sin embargo, se establecen tres excepciones a esta regla: En primer lugar, se establece como una medida de seguridad colectiva que puede ser aplicada por el organismo contra un estado que represente una amenaza para la paz; por otro lado, la segunda excepción corresponde al derecho de recurrir a la fuerza en caso de una guerra de liberación nacional; y por último, la ONU permite la llamada “guerra defensiva”, la

³ Christophe Swinarski, “Nociones Generales de Derecho Internacional Humanitario y sus relaciones con el CICR y con los Derechos Humanos”. *Comité Internacional de la Cruz Roja* (1984) <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdl7w.htm> , Sección 4, párrafo 2.

⁴ Carta de las Naciones Unidas. Artículo 2

cual se indica que pone en peligro la prohibición al uso de la fuerza, ya que no se determina la noción de agresión, y por lo tanto tampoco al agresor.

Por otro lado, el *Jus in Bello* lo conforma el conjunto de normas aplicables en el conflicto armado, que tienen la tendencia de humanizar el desarrollo de la guerra, lo conforma el Derecho de la Haya y el Derecho de Ginebra, los cuales serán desarrollados más adelante. Dadas las normas actuales del Derecho Internacional Público y la prohibición al uso de la fuerza, el *jus in bello* es lo que prevalece, por lo que estas normas del Derecho de la Guerra son las que componen el Derecho Internacional Humanitario.

A. Henry Dunant y su “Recuerdo de Solferino”.

El gran paso hacia la regulación internacional del conflicto armado surgió por un acontecimiento causal: La Batalla de Solferino, acontecida el 24 de junio de 1859 en el Norte de Italia, en la que el ejército francés venció al ejército austriaco, en una cruenta y despiadada batalla campal. Henry Dunant, oriundo de Ginebra, fue testigo de las atrocidades acontecidas en tal lugar y las consecuencias de la guerra. Dunant rememora los hechos acaecidos de los cuales fue testigo y describe la cruenta batalla en la que se habían enfrentado los ejércitos combatientes de la siguiente manera:

Hacinadas columnas se abalanzan, unas contra otras, con la impetuosidad de un torrente devastador que revuelca todo a su paso; regimientos franceses se precipitan, en orden disperso, contra las masas austríacas, cada vez más numerosas y amenazantes y que, parecidas a murallas de hierro, resisten enérgicamente el embate; divisiones enteras dejan las mochilas en el suelo para poder lanzarse mejor contra el enemigo, bayoneta por delante; cuando un batallón es rechazado, otro lo reemplaza inmediatamente. En

cada montículo, en cada altozano, en cada cresta rocosa se libran tozudos combates: hay montones de muertos en las colinas y en las barrancas. Austríacos y aliados se pisotean, se matan unos a otros sobre cadáveres que sangran, intercambian contundentes culatazos, se destrozan el cráneo, se destripan a sablazos o a bayonetazos; ya no hay cuartel, es una matanza, un combate de animales feroces, rabiosos y ebrios de sangre; incluso los heridos se defienden hasta las últimas posibilidades; el que ya no tiene armas agarra la garganta de su adversario, a quien desgarrá con los dientes. Más allá, la lucha es semejante, pero resulta más espantosa porque se acerca un escuadrón de caballería que pasa al galope: las herraduras de los caballos aplastan a muertos y a moribundos; un pobre herido tiene la mandíbula arrancada, otro tiene la cabeza escachada, un tercero, a quien se podría haber salvado, tiene el pecho hundido.⁵

Impresionado por las acciones de ambos bandos, e indignado por la poca asistencia que recibían los caídos en combate, inició un intento serio en atender a los combatientes caídos independientemente del bando que defendiesen. Para tal fin, en conjunto con un grupo de mujeres de un pueblo llamado Castiglione, brindó socorro a los soldados heridos. El apoyo, según narra Dunant, se enfocaba en dar de comer y beber a estas personas y en muchos casos acompañarlos en sus momentos de agonía.

En virtud de su experiencia en Solferino publicó un ensayo denominado “Recuerdo de Solferino”, en el que narra los horrores que vivió y realiza tres propuestas, las cuales el autor Peytrignet⁶ resume de la siguiente manera: En primer lugar, que en cada país sea fundada una sociedad de auxilio similar a la que Dunant había creado, y equiparlas para dar asistencia médica a los heridos que produjera la guerra; segundo, que a las personas heridas o puestas fuera de combate se les tiene que considerar como neutrales y distinguirlos con un símbolo protec-

⁵ Henry Dunant, “Recuerdo de Solferino”. *Comité Internacional de la Cruz Roja* (1982). https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_p0361.pdf, 4.

⁶ Peytrignet, 146.

tor, el símbolo de la Cruz Roja; y tercero, la propuesta de un tratado internacional que otorgara un status de ley a sus propuestas para la protección de los heridos y del personal médico que los asistiera.

Esta comisión liderada por Dunant fue el antecedente directo a la creación del Comité Internacional de la Cruz Roja (también CICR), y sus ideas posteriores a la batalla de Solferino, el origen de los tratados de Ginebra que vinieron a regular internacionalmente al Derecho Internacional Humanitario.

Como consecuencia del trabajo de Dunant, una de las repercusiones fue la formación en el año 1863 de un “Comité internacional de auxilio a los heridos en el campo de batalla”, dicho comité se llegaría a conocer como Comité Internacional de la Cruz Roja, nombre que mantiene hasta la actualidad; este fue el órgano fundador de la Cruz Roja y principal impulsor de los Convenios de Ginebra.

Las ideas de Dunant tomaron mayor relevancia a lo largo del tiempo en el tanto que poco a poco se fueron creando sociedades nacionales de socorro en todo el mundo, tomando el nombre de la Cruz Roja, desarrollando sus propias actividades de carácter humanitario. Inclusive su auge fue tanto que en naciones musulmanas acogieron dicho concepto; sin embargo, por razones religiosas cambiaron su nombre y símbolo por una media luna roja.

El Comité Internacional de la Cruz Roja y sus órganos administrativos tienen como objetivo intervenir en las situaciones de conflictos armados para prestar atención y protección a las víctimas; igualmente, este participa en la codificación

del derecho internacional humanitario, su divulgación mediante publicaciones de acceso global, así como el control de su aplicación.

Entre los años 1864 y 1949, principalmente, se desarrolló normativo del derecho internacional humanitario a través de los convenios de Ginebra. El primero de ellos surgió en 1864, luego de una convocatoria de las principales potencias a pedido del Comité Internacional de la Cruz Roja, como producto de tal reunión se aprobó el “Convenio para mejorar la suerte que corren los heridos en los ejércitos en campaña”; este cuerpo normativo, pese a ser breve y escueto puesto que solo contaba con diez artículos, sentó las bases sobre el respeto y protección al personal y a las instalaciones médicas, así como el principio de que sin importar nacionalidad o pertenencia a algún grupo en específico, se atendería a cualquier persona herida o enferma.

Lamentablemente, la evolución de este tipo de normas no se dio de la mejor manera, ya que el desarrollo de tales directrices fue una respuesta a los conflictos que se presentaban, los cuales cada vez eran más dramáticos y exaltaban el sufrimiento humano en mayor medida que sus conflictos anteriores. De esta forma, mediante un conflicto naval se desarrolló un convenio de protección del militar náufrago en 1907 en la Haya. Con motivo de la primera guerra mundial se evidenció la necesidad de la protección a un sector en especial: los prisioneros de guerra, que se aprobó finalmente en 1929. Luego de la segunda guerra mundial se hizo una revisión del primer convenio de 1864 y se desarrolló de una mejor manera en miras de otorgar una mejor protección, al tiempo que se amplió el ámbito de protección a la población civil.

Este conjunto de lamentables eventos culminaron en una conferencia diplomática convocada en 1949 en la que el CICR tuvo la misión de elaborar proyectos para los mencionados acuerdos, los cuales fueron aprobados en una sola sesión y fueron aceptados por casi la totalidad de la comunidad internacional.

Pese al gran avance en la materia con el Derecho de Ginebra, la realidad demostró que fue insuficiente en el tanto se presentaron conflictos no contemplados en dichos convenios y, como consecuencia, las personas involucradas se veían desprotegidas. Estos escenarios se refieren a guerras de liberación nacional, descolonización, guerras revolucionarias, los cuales tienen en común que carecen del carácter interestatal que sí estuvo presente en cada uno de los conflictos que motivó la creación del derecho de Ginebra. Producto de estas nuevas condiciones se dio una nueva convocatoria en Ginebra, dando como resultado la creación de dos protocolos adicionales a los existentes convenios que desarrollaron la protección a las víctimas de los conflictos: el Protocolo I, refiriéndose a los conflictos internacionales de guerras de descolonización, y el Protocolo II, aplicable para casos de conflictos internos.

B. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)

El Comité Internacional de la Cruz Roja fue fundado como consecuencia de las ideas promulgadas por Henry Dunant y su ensayo "Recuerdo de Solferino". A partir de lo vivido en dicha cruenta batalla, Dunant y otros cuatro ciudadanos sui-

zos fundaron en 1863 el “Comité Internacional de Socorro para los Militares Heridos”, que más adelante sería renombrado a Comité Internacional de la Cruz Roja.

En el año de su fundación el comité realizó un congreso, en el cual participaron varias personalidades internacionales quienes apoyaron las ideas de Dumanant y recomendaron la creación de sociedades nacionales. En dicha reunión se eligió un emblema universal utilizado por este comité: una cruz roja sobre un fondo blanco. Indica Valladares que a través de los años:

El CICR ha sido consecuente con la acción inicial de su mentor y se ha esforzado para brindar protección y asistencia a las personas afectadas por los hechos bélicos y también en otras situaciones de violencia. Una de las actividades importantes que lleva a cabo el CICR para alcanzar su objetivo, es el desarrollo y la promoción del derecho internacional humanitario, rama del derecho internacional público que tiene por objeto reglamentar la conducción de las hostilidades con el fin de mitigar las consecuencias especialmente dañosas sobre quienes no participan o han dejado de participar en los conflictos armados.⁷

A raíz de esas motivaciones, surgió una organización internacional, compuesta por sociedades nacionales que se encargan de aplicar y difundir los valores y principios del comité.

1. Naturaleza jurídica y finalidad

El Comité Internacional de la Cruz Roja es una asociación de carácter neutral e independiente que se rige por el código civil suizo, ya que así lo determinan sus estatutos. Esta es una organización no gubernamental, por lo que tiene inde-

⁷ Gabriel Valladares, “El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y su contribución al desarrollo convencional del Derecho Internacional Humanitario en los comienzos del Siglo XXI”. *XXXV Curso de Derecho Internacional* (2009), 273.

pendencia del gobierno suizo y de otras naciones. Igualmente, su finalidad más básica se puede encontrar en sus mismos estatutos donde el Comité señala:

Hacer siempre lo posible, como institución neutral cuya actividad humanitaria se despliega especialmente en casos de conflicto armado —internacionales o de otra índole— o de disturbios internos, por lograr la protección y la asistencia a las víctimas militares y civiles de dichos acontecimientos y de sus consecuencias directas.⁸

De lo anterior vale la pena destacar dos palabras: protección y asistencia. En primer término, la protección implica liberar a toda persona que no tenga una relación directa con las hostilidades, dejándola fuera del alcance de las consecuencias de la guerra, salvaguardando así su integridad, vida y bienes jurídicos que puedan llegar a verse afectados. Por otro lado, la asistencia es la piedra angular de las ideas promulgadas por Dunant, por lo que busca darles a estas personas atención médica, moral, espiritual, así como proveerlos de alimentos y ropa.

2. Signos Distintivos

En un principio los ejércitos de los países se distinguían por medio de colores en sus uniformes o banderas; sin embargo, al no haber un medio distintivo para los cuerpos médicos, estos a menudo eran confundidos como combatientes, y perecían junto a estos. A partir de esa situación, y en el marco de la primera Conferencia Internacional en el Primer Convenio de Ginebra de 1864 se encontraba la elección de una cruz roja sobre un fondo blanco como emblema de la institución. Dicho emblema respondía a la necesidad de adoptar un signo distintivo de carácter universal que contara con respaldo jurídico, para acatar la obligación de

⁸ Estatutos del Comité Internacional de la Cruz Roja (1952), Art.4 inciso d).

respetar a los cuerpos médicos y de auxilio, en los conflictos armados. Dicho signo debía de ser identificable a distancia y debía ser el mismo para ambos bandos del conflicto.

Por otro lado, más adelante en la historia y durante la llamada “Guerra de Oriente”, que vio enfrentadas a Rusia y a Turquía, el Imperio Otomano envió una carta al Comité Internacional de la Cruz Roja, en la cual anunció que para la identificación de sus cuerpos de socorro iba a utilizar el emblema de una media luna roja sobre un fondo blanco, puesto que la utilización del emblema de la cruz roja, podría herir la susceptibilidad del soldado musulmán. Dicho distintivo fue ratificado en 1929 por la Conferencia Internacional reunida para revisar el Convenio de Ginebra de 1864, junto con el sol y el león rojo. La discusión de los signos distintivos no iba a quedar ahí: en el año de 1999, ante la necesidad de encontrar un símbolo sin una marcada connotación religiosa, se creó un nuevo emblema que consistía en símbolo similar a un rombo rojo sobre un fondo blanco que se denominaría como el cristal rojo. Los emblemas del Comité Internacional de la Cruz Roja se encuentran regulados por el I Convenio de Ginebra de 1949, el cual distingue dos usos para estos emblemas en su artículo 44:

El emblema de la cruz roja sobre fondo blanco y los términos "cruz roja" o "cruz de Ginebra" no podrán emplearse, excepto en los casos previstos en los siguientes párrafos del presente artículo, sea en tiempo de paz sea en tiempo de guerra, más que para designar o para proteger a las unidades y los establecimientos sanitarios, al personal y el material protegidos por el presente Convenio y por los demás Convenios internacionales en los que se reglamentan cuestiones similares.⁹

⁹ Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (1949), Artículo 44.

El primer uso que se distingue es el protector, el cual corresponde a la protección que otorga los Convenios de Ginebra a la utilización del símbolo distintivo a los cuerpos de auxilio, sea personal sanitario o unidades de transporte. Por otro lado, también se desprende la utilización del símbolo para uso indicativo, el cual señala o demuestra la vinculación de la persona que lo utiliza con el movimiento internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, sea en tiempos de guerra o tiempos de paz. Para esto es de vital importancia la correcta utilización de los símbolos, en lo cual se dispone que estos deben ser de color rojo pleno y uniforme; necesariamente deben de estar sobre un fondo blanco; no se deben de poner objetos, dibujos, o inscripciones sobre el símbolo o el fondo y el símbolo debe de ser bidimensional, no tridimensional.¹⁰

3. Principios Fundamentales que rigen el movimiento

El movimiento internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja tiene siete principios rectores principales, a partir de los cuales justifican su forma de actuar. Los Principios Fundamentales son las pautas y reglas que los miembros del movimiento deben de cumplir, indica la doctrina al respecto que: “algunos dicen que son la señal de un cierto rigor en el Movimiento, pero también manifiestan, ante todo, la profunda atención debida al ser humano que sufre en todo tiempo y lugar”.¹¹ Los mismos fueron adoptados en Viena en el año 1965, en el marco de la

¹⁰ Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. “Cruz Roja, Media Luna Roja y Cristal Rojo. Pautas para el diseño de los emblemas”. *Comité Internacional de la Cruz Roja* (Ginebra: Junio 2006), p.6.

¹¹ Valladares, 281.

XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, los cuales se pueden definir a continuación:

a) Humanidad

Este principio es la piedra medular del movimiento, se estatuye de la siguiente manera:

El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, al que ha dado nacimiento la preocupación de prestar auxilio, sin discriminación, a todos los heridos en los campos de batalla, se esfuerza, bajo su aspecto internacional y nacional, en prevenir y aliviar el sufrimiento de los hombres en todas las circunstancias. Tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana. Favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos.¹²

De este principio es importante distinguir ciertos aspectos que se desprenden. En primer lugar, se indica que crea esfuerzos en prevenir y aliviar los sufrimientos, el cual significa el sentido del movimiento, puesto que es el objetivo de la Cruz Roja, que tanto en tiempo de paz o en tiempo de guerra debe prestar asistencia a quien lo requiera. Es por tal razón que la Cruz Roja tiene en sus sociedades nacionales centros de asistencia y hospitales, para prevenir el sufrimiento; y en caso de presentarse en tiempo de guerra, sería imperativo otorgar auxilio y atención a los heridos en batalla. Otro aspecto a destacar es el respeto a la persona humana; lo anterior en virtud de que el movimiento busca promover los Convenios de Ginebra y el Derecho Internacional Humanitario los cuales están destinados por naturaleza a la protección de la vida y la dignidad humana, especialmente en los tiempos de conflicto, con sus programas de rescate y transporte de heridos;

¹² Comité Internacional de la Cruz Roja. "Los Principios Fundamentales del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja". (Ginebra: CICR, 2014), 3.

y en tiempos de paz con sus programas de salud, vacunación y asistencia. Por último, la promoción de la paz, ya que previene y alivia el sufrimiento de las personas en tiempos de guerra sin distinción. Promueve la paz, puesto que sus emblemas se han convertido símbolos de paz, en los conflictos.

b) Imparcialidad

Dicho principio estatuye que la Cruz Roja debe de prestar auxilio en tiempo de guerra a toda persona, sin discriminación y en procura del respeto al principio a la vida y aliviar el sufrimiento. Indica la Cruz Roja que la imparcialidad está compuesta por tres aspectos:

No discriminación que estatuye que los miembros del Movimiento ayudan a las personas sin distinciones basadas en sus creencias religiosas, el color de su piel, sus convicciones políticas, el lugar de donde provienen o si son ricos o pobres. Proporcionalidad en el sentido de que si se brinda asistencia a los heridos o distribuye alimentos, los miembros del Movimiento deben asegurarse de que las personas más necesitadas sean las primeras en recibir ayuda. Imparcialidad, ya que las decisiones deben adoptarse exclusivamente sobre la base de las necesidades y no deben ser influenciadas por consideraciones o sentimientos personales.

Como se vislumbra del texto supracitado, la imparcialidad contempla el ayudar en un conflicto armado a quien más lo requiere sin tomar en cuenta ningún aspecto personal, quien sea miembro del movimiento de la Cruz Roja y la Media Luna Roja está obligado a dar auxilio a cualquier persona que lo requiera, puesto que ese fue el espíritu de su fundador Henry Dunant.

c) Neutralidad

El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, si bien debe de velar por la protección de derechos civiles y sociales, necesariamente se debe de abstener de tomar partido, participar o juzgar. Usualmente se tiende a

confundir los términos de neutralidad e imparcialidad las cuales se distinguen de la siguiente manera: “neutralidad e imparcialidad son nociones distintas: el neutral se niega a pronunciarse; el imparcial elige según reglas preestablecidas”.¹³

Así las cosas y con la finalidad de conservar la confianza, la Cruz Roja aplica este principio en toda circunstancia, principalmente en los tiempos de guerra. En esta circunstancia, la Cruz Roja debe de abstenerse de favorecer u obstaculizar a alguno de los bandos inmiscuidos en el conflicto, ya que su obligación radica en brindarle auxilio a quien lo requiera. También aplica este principio a los dirigentes de la organización, quienes deben de abstenerse de tener de forma paralela alguna función política.

d) Independencia

Indica sobre este principio el CICR lo siguiente:

La Cruz Roja es independiente. Auxiliares de los poderes públicos en sus actividades humanitarias y sometidas a las leyes que rigen los países respectivos, las sociedades nacionales deben, sin embargo, conservar una autonomía, que les permita actuar siempre de acuerdo con los principios de la Cruz Roja.¹⁴

La única forma por medio de la cual el Movimiento de la Cruz Roja y la Media Luna Roja puede ser verdaderamente neutral e imparcial es si esta además tiene independencia. Sobre este principio es menester hacer una aclaración, ya que al estar compuesto el CICR por una serie de sociedades nacionales, necesariamente estas deben de contar con reconocimiento político para su actuar; y en

¹³ Ana Lourdes Golcher González, “*El Derecho Internacional Humanitario y su Relación con el Ordenamiento Jurídico Costarricense*”, Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho (San Pedro: Universidad de Costa Rica, 1985), 29.

¹⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja. “Los Principios Fundamentales del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”, 6.

muchos casos deben de funcionar como verdaderos auxiliares de poderes políticos. Ante esta disyuntiva surge la idea de que se podría caer en una contradicción, ya que su acción complementa la desarrollada por los poderes públicos cubriendo aquellas áreas a las cuales no pueda acceder la administración política de los países, al tiempo que funciona como fuente auxiliar en temas humanitarios. Este principio le brinda al movimiento libertad de acción, ya que no les permite ser un instrumento de injerencia política, social, religiosa o gubernamental, y les da independencia de los que manifieste y suponga la opinión pública. Igualmente permite a los voluntarios a dirigirse de forma directa con los pacientes para llevar a cabo evaluaciones y dialogar con ellos en caso de requerir asistencia con total independencia.

e) Voluntariado

Indica sobre este principio la Cruz Roja que es *“un movimiento de socorro voluntario y de carácter desinteresado”*¹⁵. Como se indicó con anterioridad, el Movimiento de la Cruz Roja y le Media Luna Roja surge de las ideas de su creador Henry Dunant, la cual fue formada por él y cuatro ciudadanos ginebrinos, quienes de forma voluntaria integraron el comité. Esta situación se ha mantenido a lo largo de la historia, y resulta ser la esencia del movimiento.

Ser voluntario de la Cruz Roja significa tener un espíritu de servicios, y no significa solo trabajar recibiendo o no un salario, sino que significa que el trabajo se realiza por una decisión voluntaria y libre. Además, el voluntario del movimiento

¹⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja. “Los Principios Fundamentales del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”, 6.

debe tener un genuino deseo de ayudar, ya que en general lo que se busca es que sea una expresión de solidaridad y reviste una gran importancia, por cuanto al haber sociedades nacionales alrededor del mundo y al estar estas integradas por voluntarios, pueden calar y brindar asistencia de una mejor y amplia forma a lo largo del mundo.

f) Unidad

En cada estado existe solo una sociedad nacional de la Cruz Roja, la cual debe ser accesible y brindar ayuda a lo largo de todo el territorio que representa¹⁶. Ese, a grandes rasgos, es el postulado básico que define al principio de unidad, el cual establece que en cada país debe de haber una sociedad nacional, representada por un comité central, que se encarga de dirigir a una serie de comités regionales que son los encargados de brindar atención a los pueblos.

Necesariamente, esta debe de ser una institución popular y accesible a todos, cuyos voluntarios deben de brindar atención, sin una particular predisposición por razones de raza, religión, orientación sexual, ni otras que sean discriminatorias.

g) Universalidad

La universalidad de sufrimiento requiere un apoyo universal. Esta es la premisa de este principio; manifiesta que todas las sociedades tienen derechos y el deber de ayudarse mutuamente¹⁷. Significa que en todo país existen sociedades

¹⁶ “Principios Fundamentales”, Cruz Roja Española, consultado el 17 de abril de 2016, http://www.-cruzroja.es/portal/page?_pageid=33,11104&_dad=portal30&_schema=PORTAL30, última sección, primer párrafo.

¹⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja. *Los Principios Fundamentales del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, 7.

nacionales, las cuales se deben apoyar mutuamente en caso de una necesidad, ya que el movimiento tiene un espíritu de responsabilidad colectiva. Asimismo, como base de este principio está el actuar; entonces, entre todas deben de apoyarse para brindar auxilio ante una calamidad. También, esta implica que cada sociedad nacional, en el marco del nivel internacional y, frente a los órganos del movimiento, cada sociedad nacional tienen los mismo números de votos.

Sección II: Conceptualización de Derecho Internacional Humanitario

El Derecho Internacional Humanitario no es de creación reciente, este ha estado presente desde el principio de la civilización. En el momento en que el hombre llega a organizarse, a crear ideas y conceptos (como lo es la propiedad privada, el poder económico, político o social), la guerra ha estado presente, y en muchas ocasiones ha sido el medio utilizado para crear un cambio, sea la conquista de un territorio o el derrocamiento de algún imperio o reino. Incluso ha estado presente en la era moderna, y por consiguiente los conflictos armados han ido de la mano con el desarrollo humano.

A pesar de ser una necesidad imperante y toda una realidad en la actualidad, su consolidación como una costumbre o como un derecho consuetudinario no fue rápida y tomó mucho tiempo para llegar a ser un compendio delimitado y reconocido de normas.

La codificación surge en el siglo XX con la promulgación de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, posteriormente con la puesta en vigencia de los proto-

colos adicionales de 1977; los cuales regulan la materia de forma general. Asimismo, han surgido una serie de convenciones que tipifican la materia de forma específica, de las cuales se pueden nombrar la Convención de 1993 sobre Armas Químicas y el Tratado de Ottawa de 1997 sobre Minas Antipersonales, entre otros. A pesar de la existencia de estas regulaciones por más de medio siglo y de que estas han sido ratificadas por varios estados, el Derecho Internacional Humanitario ha sido violado en la práctica en numerosas ocasiones, lo cual da pie a esta investigación, al tiempo que obliga a encontrar una definición adecuada de la materia y de todos los principios que se relacionan con esta.

A. Concepto y definición de Derecho Internacional Humanitario.

El Derecho Internacional Humanitario, *ius in bello*, o simplemente DIH, en su forma más general, trata de un conjunto de normas de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad específica es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados y que, por razones humanitarias, restringe la utilización de ciertos métodos o medios de combate¹⁸. El mismo forma parte del Derecho Internacional Público, el cual se encarga de regular las relaciones entre estados, por lo que se integra a partir de tratados internacionales y por el derecho consuetudinario internacional compuesto por la práctica que los estados reconocen como obligatoria. No se trata de un derecho especial ni se trata de uno “extra” que se le reconoce a las personas, sino que al igual que los derechos humanos, pretende ser un mínimo de reglas aplicable en el momento

¹⁸ Pictet, Jean. “El Derecho Internacional Humanitario: definición”. Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario. (Madrid: Tecnos, 1990), 17-18, Citado por Salmón, Elizabeth. Introducción al Derecho Internacional Humanitario, (Lima: Universidad Católica de Chile, 2004), 23, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf>

más bajo de una sociedad, en su situación más vulnerable, como lo es un conflicto armado. El DIH busca que se respete un mínimo de humanidad y particularmente dirige esta protección a las personas que no forman parte del conflicto. Está noción la recoge el autor Chacón Mata, al definir el DIH como

La salvaguarda jurídica de naturaleza humanista y proyectiva de los derechos humanos más elementales, que poseen todas aquellas personas sin discriminación alguna, vinculadas a un conflicto armado, sea internacional o de carácter endógeno¹⁹.

A su vez, otra definición de DIH nos la ofrece el Comité Internacional de la Cruz Roja, que lo establece como el conjunto de normas que, por razones humanitarias, tratan de limitar los efectos de los conflictos armados, al tiempo que protege a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades y limita los medios y métodos de hacer la guerra²⁰.

Como se puede observar, en esta definición se le da un especial énfasis a los sujetos tanto activos como pasivos, ya que no solo se refiere a los potenciales beneficiarios del DIH (población civil, miembros de fuerzas armadas que han depuesto sus armas, las personas puestas fuera de combate), sino a los sujetos ac-

¹⁹ Alfonso Chacón Mata, "Protección de los niños según el Derecho Internacional Humanitario. Un breve recuento desde los convenios de Ginebra, hasta el desafío actual de la Corte Penal Internacional", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, volumen VII, (Ciudad de México, 2007), 69.

²⁰ "Comité Internacional de la Cruz Roja, Manual de Implementación del Derecho Internacional Humanitario a Nivel Nacional", 13. <https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/icrc-002-4028.pdf>

tivos, siendo estos las fuerzas armadas en combate, puesto que limita los medios para realizar la guerra.²¹

El objetivo del DIH, no es autorizar ni prohibir un conflicto armado, sino regular una situación donde se rompe el estado de paz, procurando humanizar el conflicto y tratando de encontrar un equilibrio entre las actuaciones militares y el principio de humanidad²².

En este sentido, toda norma que se establezca o se reconozca dentro del DIH va dirigida a salvaguardar tanto la integridad física de las personas civiles o fuera de conflicto y la dignidad humana de todos los participantes. Lo anterior se alcanza no solo estableciendo límites a las maniobras o métodos de combate sino también a los medios.

Por su parte, Swinarski nos ofrece una definición más clara que recoge todos los aspectos previamente mencionados, en razón de que menciona que el Derecho Internacional Humanitario es el cuerpo de normas internacionales de origen convencional o consuetudinario, destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales y que limita por razones humanitarias el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, ya que protege a las personas y a los bienes afectados, o que

²¹ Elizabeth Salmón, 84. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf>

²² Mario Bettati, "Droit humanitaire", París: Éditions du Seuil, 2000, 19, Citado por Salmon, Elizabeth, "Introducción al Derecho Internacional Humanitario" (2004), 23 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf>

pueden estar afectados, por el conflicto²³. Finalmente, una definición importante es la que manifiesta Pedro Pablo Camargo quien indica que es:

El conjunto de reglas, tanto convencionales como consuetudinarias que rigen los conflictos armados internacionales y no internacionales, cuando estos no hayan podido ser evitados por el derecho internacional general, y cuyo objeto es por motivos humanitarios, no sólo limitar los medios y métodos de combate, sino también y sobre todo el proteger a las víctimas del conflicto armado, es decir a los heridos, enfermos, náufragos, a la población civil, a los prisioneros, a los bienes civiles y culturales, y al medio ambiente.²⁴

Este aporte en particular especifica quienes son los individuos que obtienen esta protección. Básicamente quienes no formen parte del conflicto, incluyendo aquellos que, habiendo sido parte (por ejemplo, un soldado en el momento que sea puesto fuera de acción), son merecedores de protección. Igualmente, mediante la adopción de otros tratados internacionales se pretende proteger además los bienes de patrimonio cultural y el medio ambiente.

Por otra parte, el concepto que ofrece Camargo señala el nivel de aplicación del DIH, ya que indica que estas normas son de aplicación cuando el conflicto no haya sido evitable por medio del derecho internacional general. Por consiguiente, se debe entender que este tipo de derechos rigen únicamente en caso de conflicto armado; para los tiempos de paz, existe el derecho internacional de derechos humanos, así como la normativa interna de cada país y los mecanismos internos de contención que cada país posea para evitar los conflictos de esta naturaleza.

²³ Christophe Swinarski, "Introducción al Derecho Internacional Humanitario" (1984), <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdl7w.htm#1> , Sección 5, párrafo 5.

²⁴ Pedro Pablo Camargo, "*Derecho Internacional Humanitario*". Tomo 1. Edit. Ediciones S en C, Colombia 1995, 3.

Teniendo claro lo anterior, y tomando en cuenta elementos de todas las definiciones previamente citadas, se puede definir el Derecho Internacional Humanitario como un cuerpo de normas y reglas que pretenden dotar de humanidad a los conflictos armados, estableciendo dentro de su ámbito de aplicación una protección especial para las personas que se vean afectadas por la guerra, sin que necesariamente tuvieran algún grado de participación en las hostilidades; o bien, si la tuvieron, que ya no se encuentren combatiendo. Este además establece una serie de prohibiciones y regulaciones hacia la forma en la que se deben de dirigir las hostilidades, evitando daños, y males innecesarios y desproporcionados.

Aun así, a pesar de esta aparente subsidiariedad de derechos, la realidad es que se rige la complementariedad entre las distintas ramas de derechos humanos, entiéndase el Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho de los Refugiados, la aplicación de alguna norma de cualquiera de estas ramas, bajo ninguna circunstancia implica una desatención de algún derecho de otra rama, incluso en muchas ocasiones comparten los mismos principios.

B. División doctrinaria de Derecho Internacional Humanitario

Doctrinariamente²⁵ se ha establecido una división en el desarrollo normativo del DIH, estos sectores son el Derecho de Ginebra, que tiene un enfoque dirigido a la protección de las víctimas de un conflicto armado; el Derecho de la Haya, que tiene como objetivo limitar ciertos medios o métodos de combate; y el Derecho de

²⁵ Elizabeth Salmón, 64-69. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf>

New York, desarrollado por las Naciones Unidas y sus diversos organismos que más bien pretende establecer un mecanismo de sanciones entre el incumplimiento de los tratados.

Si bien es cierto, esta división fue muy marcada en sus inicios, en la actualidad y principalmente luego de 1977 con la adopción de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, se mezcla dentro de un mismo texto la protección a las víctimas de guerra y una prohibición o regulación en los métodos y los medios empleados en la guerra, alcanzando su punto más claro de convergencia con la creación de la Corte Penal Internacional y su estatuto, ya que mezcla los tres aspectos señalados.

1. Derecho de la Haya.

Corresponde a la rama del derecho aplicable en los conflictos armados, la cual tuvo como antecedente la guerra civil de los Estados Unidos, mediante la promulgación de las *Instrucciones para el Gobierno de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos en Campaña*, las cuales establecían normas para el desarrollo de la guerra terrestre y el trato debido a la población civil.

Este derecho surge en La Haya por parte de una iniciativa del gobierno Ruso, en la cual se reunieron en el año 1899 veintinueve delegados de estados existentes en la época en la llamada Conferencia Internacional de la Paz, la cual tenía como objetivo principal eliminar la posibilidad de que se dieran nuevas guerras, dejando como alternativa el recurrir a un arbitraje. Fracasadas esas negociaciones iniciales, dado el utópico objetivo por el cual se estaban llevando a cabo,

los presentes decidieron cambiar el sentido a la discusión hacia la conducción de la guerra. A pesar de que fue imposible encontrar acuerdos en todo lo dispuesto, se tomó la gran decisión de incluir en el preámbulo una afirmación emitida por el delegado ruso, el profesor von Martens, la cual establece:

Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.

Como consecuencia, se encontró una solución temporal para salvaguardar los derechos de las poblaciones no contempladas en las conferencias, o bien en situaciones fácticas no previstas, además de que si por alguna razón los estados involucrados en un conflicto no encontraren un acuerdo en algún punto, la conducción de la guerra estaría regida por los principios del derecho internacional.

En 1907 se convocó la segunda Conferencia de la Paz de La Haya, cuyo objetivo principal era garantizar la paz internacional, objetivo que se vio truncado con la Primera Guerra Mundial que además impidió que la tercera Conferencia de la Paz se llevara a cabo. Esta lo que buscaba era modificar y actualizar el Convenio acordado en 1899 e incluía disposiciones relativas al bombardeo de pueblos que no estuvieran defendidos, además de referirse a la guerra naval.

Posterior a la Primera Guerra Mundial, con la instauración de la Sociedad de las Naciones, el derecho de La Haya pasó a un segundo plano puesto que se pretendía que iba a haber una paz duradera, por lo que no había interés en esta-

blecer normas sobre el desarrollo de los conflictos armados. Lo anterior sin saber que se avecinaba el evento armado más cruento y caótico de la historia moderna, como lo fue la Segunda Guerra Mundial.

En forma resumida se puede indicar que el derecho de La Haya limita los métodos y medios de combate, entendiendo métodos como las formas en las que se pueden conducir las hostilidades, por ejemplo: la prohibición del “terror” como método de combate o represalias contra un grupo protegido. Además, se refiere a los instrumentos utilizados, como son las armas incendiarias o bombas de racimo. Este derecho parte del principio fundamental de que las partes no tienen un derecho ilimitado para escoger los medios y métodos para hacer la guerra. Con la evolución de esta rama del DIH se pretende disminuir y evitar sufrimientos innecesarios; inclusive, se ha llegado a regular los métodos en procura de la protección del medio ambiente.

2. Derecho de Ginebra.

Este derecho establece su normativa, en la protección internacional de víctimas de los conflictos armados y alcanzó su máximo desarrollo en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, cuando se adoptaron sus cuatro convenios en 1949 y sus protocolos adicionales en 1977. Aunque su origen, se remonta a fechas aún más antiguas, con la mayor aceptación a nivel internacional de los convenios y de los protocolos, se mejora y se amplía el marco de protección, incluyendo más categorías de personas protegidas; por ejemplo, heridos y enfermos de las fuerzas armadas, heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y perso-

nas civiles, entre otras. Cabe señalar que los cuatro convenios y los dos protocolos van a ser analizados de forma más detallada posteriormente en este capítulo.

3. Derecho de New York.

Como se indicó anteriormente, después de la Primera Guerra Mundial, no hubo mucho interés en seguir instaurando normas referentes a los métodos de hacer la guerra. Sin embargo, posterior a la Segunda Guerra Mundial, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, la discusión se enfocó a dos aspectos: El enjuiciamiento de los criminales de guerra y la bomba atómica.

Para el primer aspecto, se establecieron los tribunales de Nuremberg y Tokio, los cuales se encargaron de establecer responsabilidades individuales por situaciones acaecidas en la guerra a partir del año 1943. Respecto al segundo punto, se estableció la Comisión de la Energía Atómica, encargada de eliminar las armas nucleares de los armamentos de los estados. Estas situaciones motivaron a una mayor codificación respecto a normas de carácter humanitarias, por lo que en el año 1968, La Conferencia Internacional de Derechos Humanos aprobó una resolución en la que solicitaban a la Asamblea General de las Naciones Unidas a estudiar las medidas que pudieran aplicarse en un conflicto armado para el total cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario.

Es de esta forma que surge la resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General, la cual tenía por título *Respeto de los derechos humanos en los conflictos armados* y, desde entonces, muchas de las actividades de la ONU en este ámbito

han sido realizadas teniendo en cuenta los derechos humanos²⁶. Siendo este el inicio de una serie de informes anuales por parte del secretario general, los cuales contaban con el respaldo de la Asamblea General por medio de sus resoluciones, hasta llegar a formar un cuerpo normativo.

Es importante señalar que este derecho corresponde a un híbrido de las otras dos categorías anteriormente desarrolladas, ya que su contenido es relativo a que las normas se ajusten al comportamiento de los estados, para que estos sean compatibles con el DIH; es decir, corresponde a un sistema sancionador, así como normas que limiten ciertos métodos y medios de combate. El aspecto que identifica a esta vertiente es el hecho de regular un sistema de sanciones para el cumplimiento de las normas de DIH; dentro de estos mecanismos creados, se contempla tres tipos de medidas: medidas no represivas, medidas que atribuyen responsabilidad penal individual a quienes trasgredan estas normas, y medidas que comportan el empleo del uso de la fuerza.

Las medidas no represivas tratan sobre las obligaciones generales que adquieren los tratados, como la de respetar y hacer respetar las disposiciones sobre la materia (DIH), se trata del principio de Buena Fe y el *Pacta Sunt Servanda* presentes en las obligaciones internacionales.

Sobre los mecanismos de responsabilidad individual, estos pueden presentarse en diferentes formas. Se puede ejercer mediante el compromiso de los estados a adoptar medidas para hacer cumplir estos tratados a través de la legislación

²⁶ Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, "Constraints on the Waging of War" (Ginebra: marzo de 2001, tercera edición), 35.

nacional, así como por medio de sanciones administrativas o penales o bien mediante las normas internacionales que puedan crear mecanismos para vigilar el cumplimiento de normas de DIH e imponer sanciones; por ejemplo, la Corte Penal Internacional. Finalmente, las normas que autorizan el uso de la fuerza se amparan en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que permite las acciones de carácter humanitario, siempre que sean decididas por el Consejo de Seguridad, no la Asamblea General.

D. Conflicto Armado

1. Definición de Conflicto Armado

El Derecho Internacional Humanitario únicamente es aplicable durante los conflictos armados; es decir, no cubre lo que son las tensiones internas ni disturbios, entendiendo estos como actos aislados de violencia a nivel interno. Sobre este particular, la autora Salmón²⁷ nos ofrece dos conceptos extraídos de tribunales penales internacionales que se estudiarán a continuación.

En primer lugar, la autora citada señala la conclusión a la que llegó el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, el cual planteó que existe un conflicto armado cuando “se recurre a la fuerza entre Estados o hay una situación de violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado”²⁸. A su vez, el otro antecedente

²⁷ Elizabeth Salmón, 26. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf>

²⁸ Prosecutor vs. Tadic a/k/a «Dule», caso n.º IT-94-1-T, Opinión y sentencia del 7 de mayo de 1997, párrafo 628 Citado por Salmón, Elizabeth, “Introducción al Derecho Internacional Humanitario” (2004), 26

que nos ofrece la autora es del Tribunal para Ruanda en los casos de Akayesu y Musema, el cual en ambos casos indicó que el término conflicto armado “en sí mismo sugiere la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor medida”.²⁹

A partir de estas nociones generales, se pueden extraer los siguientes elementos fundamentales para distinguirlo: En primer lugar, se observa con claridad que el elemento clave es la existencia de violencia o fuerza armada. Esta primera barrera es definitoria para seguir analizando que situaciones caen dentro de la categoría de conflicto armado. En segundo lugar, se destaca el elemento de organización; es decir, que no se trata de cualquier ola de violencia, sino que en mayor o menor medida debe de existir una estructura, un orden, en cada una de las partes de un conflicto. En tercer lugar, es que el conflicto debe ser entre grupos, ya sean entre un grupo armado y el Estado, o entre estados.

Finalmente, un cuarto elemento correspondería a la prolongación en el tiempo, el cual se extrae del estatuto de Roma como requisito para el reconocimiento de un conflicto armado; como consecuencia, para que se considere a un conflicto como tal, y a su vez para que se dé la aplicación del DIH, deben de existir y acontecer las hostilidades y prolongarse en el tiempo, no basta solo con la amenaza de estas.

²⁹ Prosecutor vs. Akayesu, caso n.º ICTR-96-4-T, Sentencia del 2 de septiembre de 1998, párrafo 620 y Prosecutor vs. Musema, caso n.º ICTR-96-13-A, Sentencia del 27 de enero del 2000, párrafo 248. Citado por Elizabeth Salmón, “Introducción al Derecho Internacional Humanitario” (2004), 26.

2. Clases de Conflictos Armados

A nivel jurídico, en el Derecho Internacional Humanitario se distinguen dos tipos de conflictos armados, por lo que únicamente es aplicable esta normativa si acontecen algunas de estas dos situaciones:

a) Conflicto Armado Internacional:

Corresponde al enfrentamiento entre dos o más estados, el cual se encuentra regulado en el artículo 2 de a los Convenios de Ginebra de 1949, que establece claramente como concepto de Conflicto Armado Internacional el siguiente:

Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar.

En virtud de lo anterior, un conflicto armado de escala internacional, se presenta cuando alguna parte contratante, entendiendo tal como un estado, recurre al uso de la fuerza armada contra otro estado. Para la determinación de la existencia de un conflicto no se toma en cuenta ni la duración ni la intensidad que tenga el suceso, ni siquiera es necesaria una declaración expresa de guerra, sino que basta con que dicha actividad bélica ocurra sobre el terreno de otro estado³⁰.

Otra definición reconocida y compartida internacionalmente nos la ofrece el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, que propone que "*existe con-*

³⁰ Comité Internacional de la Cruz Roja, "Cual es la definición de "Conflicto Armado" según el Derecho Internacional Humanitario" Documento de Opinión (2009) <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>

*flicto armado cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados*³¹; es decir, no entra a valorar la duración o la gravedad de los hechos, solamente con el uso de la fuerza es suficiente para considerarse conflicto armado internacional.

Finalmente, el "German Joint Services Regulations" (ZDv) 15/2 indica que "existe un conflicto armado internacional si una parte utiliza la fuerza de las armas contra otra parte. [...] No es suficiente el uso de la fuerza militar por parte de personas o por grupos de personas".³²

Sobre lo anterior, es necesario hacer la salvedad que para que se le dote de carácter internacional a un conflicto es necesaria participación de un estado como responsable de ejercer el uso de la fuerza, no basta con que sea una actividad de un grupo de personas, sino que deben actuar en representación o bajo las órdenes de un estado.

b) Conflicto Armado No Internacional

A nivel normativo se tomará en cuenta dos fuentes, el artículo 3 de los Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 1 del Protocolo Adicional II. El Artículo 3 es aplicable a un *"conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en*

³¹ TPIY, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 2 de octubre de 1995, párr. 70. Tomado de Comité Internacional de la Cruz Roja, "Cual es la definición de "Conflicto Armado" según el Derecho Internacional Humanitario" Documento de Opinión (2009), 2. <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>

³² D. Fleck, The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 40. Tomado de Comité Internacional de la Cruz Roja, "Cual es la definición de "Conflicto Armado" según el Derecho Internacional Humanitario" Documento de Opinión (2009), 3. <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>

el territorio de una de las Altas Partes Contratantes". El detalle en este caso es que el convenio no limita los casos en que sea aplicable los convenios; es decir que pueden ser conflictos entre grupos armados no gubernamentales y fuerzas armadas gubernamentales o únicamente entre grupos armados de carácter no gubernamental, esto es así ya que el único requisito que exigen los convenios es que ocurran dentro del territorio de una de las Altas Partes contratantes.

A la luz del artículo 3 común de los convenios de Ginebra, para discernir entre un conflicto armado no internacional y eventos menos gravosos, existe un parámetro el cual se encuentra en el protocolo adicional II, artículo 1.2 que excluyen directamente los disturbios y las tensiones interiores, El CICR³³ establece los criterios para realizar esta diferenciación. En primer término, que las hostilidades deben alcanzar un mínimo de intensidad, por ejemplo: que las hostilidades internas impliquen que el estado ejerza fuerza militar ya que estas no pueden ser contenidas mediante la intervención de la fuerza policial. Un segundo criterio es que los grupos no gubernamentales que participen en el conflicto deben ser considerados partes del mismo; es decir, que posean cierta estructura, que sean organizadas y que puedan ejercer operaciones militares.

³³ Comité Internacional de la Cruz Roja, "Cual es la definición de "Conflicto Armado" según el Derecho Internacional Humanitario" Documento de Opinión (2009), 3-4. <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>

A nivel jurisprudencial, se toma la siguiente definición que nos ofrece el Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia, que establece:

Cuando quiera que haya [...] una violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos en el territorio de un Estado³⁴.

A su vez, el citado tribunal reconoce también la posibilidad de que un conflicto no internacional se libere solo entre grupos armados no gubernamentales³⁵.

b.1) Comentario respecto a los acuerdos de paz en Colombia

Colombia es un país de Latinoamérica que se ha visto envuelto en distintas situaciones de conflicto a lo largo de su historia reciente. Desde hace más de sesenta años se ha visto involucrado en un conflicto armado interno con grupos revolucionarios. Las consecuencias han sido muchísimas: decenas de muertos, desaparecidos, desplazados y secuestros; en fin, muchos hechos trágicos. Además, la historia bélica no se resume a ese conflicto, ha tenido graves problemas ligados a la lucha del gobierno colombiano contra el narcotráfico, que tuvo como consecuencia actos terroristas, homicidios y magnicidios. Por otro lado, actualmente cuenta con graves problemas ligados a organizaciones delincuenciales co-

³⁴ TPIY, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 2 de octubre de 1995, párr. 70. Comité Internacional de la Cruz Roja, "Cual es la definición de "Conflicto Armado" según el Derecho Internacional Humanitario" Documento de Opinión (2009) <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>

³⁵ S. Junod, en Sandoz, Swinarski y Zimmermann, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CICR, Plaza & Janés Editores Bogotá, 1998), párr. 4461

nocidas como Bandas Criminales, las cuales causan terror a lo interno de ese País.

Queda claro entonces, que el pueblo colombiano vive y ha vivido en condiciones difíciles y violentas; y que en ciertos momentos parecieron de difícil solución. Sin embargo, el gobierno ha logrado alcanzar acuerdos para lograr desmovilizar varios de los grupos involucrados en el conflicto armado. Es así como organizaciones como la M-19, el Ejército Popular de Liberación y las Autodefensas Unidas de Colombia desaparecieron (o por lo menos así lo hicieron de forma oficial). En este camino tortuoso hacia la paz, el gobierno colombiano logró un acuerdo con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), para lograr su desmovilización y desarme, pero como en toda negociación para lograr acuerdos, se tuvo que hacer concesiones. Por consiguiente, al ser esta investigación referente al DIH, es de importancia hacer un breve comentario a este respecto en virtud de lo aquí investigado.

Primeramente, es de importancia traer a colación la letra del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, ya que para el conflicto colombiano sería esta la normativa a aplicar, la cual además entre sus postulados manifiesta: *“Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio”*.

Si ese párrafo es leído de forma estricta, puede ser interpretado en el sentido de que los acuerdos especiales sirven para poner en vigor únicamente las disposiciones establecidas en los Convenios. Las tendencias actuales del DIH, así

como comentarios actualizados de la CICR, han establecido que esta disposición no está únicamente supeditada a los convenios, ya que puede extenderse a cualquier disposición de DIH, sean las normas consuetudinarias, protocolos u otros tratados de DIH. Esto por cuanto el texto de esa norma alienta a las partes involucradas en el conflicto a poner en vigor, las obligaciones tendientes a proteger y dotar de trato humanitario a las posibles víctimas.

En este sentido, es importante determinar si un acuerdo de paz podría constituir un acuerdo especial. Para poder aclarar esta disyuntiva se puede traer a colación la siguiente interpretación:

Un acuerdo especial puede crear nuevas obligaciones jurídicas, si va más allá de las disposiciones del DIH ya aplicables en las circunstancias específicas (un acuerdo “constitutivo”), o bien retomar simplemente el derecho que ya vincula a las partes (un acuerdo “declarativo”). Asimismo, puede limitarse únicamente a ciertas normas específicas que, en el marco de un conflicto en curso, pueden adquirir una pertinencia particular.

En este sentido, y tomando como base esta interpretación, un acuerdo de paz que involucre en su contenido aspectos relativos al DIH o desarrolle alguno de sus postulados o normas, podría ser considerado como un acuerdo especial; máxime que un acuerdo de paz, no necesariamente significa un cese a las hostilidades, sino el empleo de medios que progresivamente pueda llegar a garantizar la paz. También puede ser considerado un acuerdo especial todo aquel que brinde una protección más amplia a quienes no se encuentren involucrados en el conflic-

to, que la otorgada por los Convenios de Ginebra y sus dos protocolos. Ante esto el Comité Internacional de la Cruz Roja ha manifestado lo siguiente:

El acuerdo especial humanitario es un mecanismo que, en estricto rigor y conforme lo prescriben los Convenios de Ginebra, constituye una institución especial que no es imperativa sino opcional de los actores en conflicto, asistidos por el principio de igualdad que inspira el acuerdo especial humanitario. Concretamente, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 permite a las partes en un conflicto armado de carácter no internacional, convenir la vigencia de otras normas del DIH con el propósito de ampliar los marcos de protección.

Teniendo lo anterior claro, el acuerdo especial debe ser un valor agregado en todo conflicto de carácter interno, en cuanto a la aplicación y efectividad del DIH. En este sentido, la existencia de un conflicto armado en Colombia por más de 60 años, y todo el desarrollo normativo respecto al DIH en dicho país, no sólo por la ratificación de tratados internacional, sino por las normas consuetudinarias; habilitan a las partes de dicho conflicto a celebrar acuerdos especiales humanitarios. Por consiguiente, en el caso de los acuerdos de paz de Colombia, se acude directamente al DIH, ya que así lo faculta el artículo 3 común a los acuerdos de Ginebra.

Además, las normas del DIH forman parte del Bloque de Constitucionalidad Colombiano según lo determinó la sentencia C-225 de 1995 de la Corte Constitucional Colombiana, la cual además dispuso:

17- De otro lado, el artículo 3º común señala que las partes en conflicto podrán realizar acuerdos especiales con el fin de vigorizar la aplicación de las normas humanitarias. Tales acuerdos no son, en sentido estricto, tratados, puesto que no se establecen entre sujetos de derecho internacional público

sino entre las partes enfrentadas en un conflicto interno, esto es, entre sujetos de derecho internacional humanitario. Además, la validez jurídica de las normas humanitarias no depende de la existencia o no de tales acuerdos. Sin embargo, tales acuerdos responden a una pretensión política perfectamente razonable, puesto que la vigencia práctica y efectiva del derecho internacional humanitario depende, en gran medida, de que exista una voluntad y un compromiso reales de las partes por respetarlo. (...) En efecto, esos acuerdos especiales son no sólo una clara posibilidad jurídica contemplada expresamente por el artículo 3º común, cuya vigencia no se discute, sino que, además, como lo señala el Ministerio Público, son útiles para aliviar la suerte de las víctimas de la guerra, favorecer consensos y acrecentar la confianza recíproca entre los enemigos para la búsqueda de la paz.

Por consiguiente, los acuerdos del gobierno colombiano con las FARC pueden estar amparados por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, siempre que se avoquen a desarrollar postulados referentes a DIH; lo cual además tendría como consecuencia la observancia por parte de las Cortes especializadas de dichas disposiciones, así las eventuales sanciones a las que se vería involucrado en caso de violaciones a dichas normas.

5. Principios Generales del Derecho Internacional Humanitario.

Dentro del universo de derechos y normas del DIH, existen principios esenciales que funcionan como una guía para la normativa de esta rama del Derecho, y que además se respetan a nivel consuetudinario. Estos son “deducidos de los convenios o costumbre internacional, aplicables en los conflictos armados, representan el mínimo de humanidad aplicable en todas las circunstancias y sirven para interpretar el Derecho Internacional Humanitario”³⁶. Respecto a esta noción de “humanidad”, el autor Peytrignet nos ofrece un breve análisis, útil para una mejor

³⁶ Jose Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, “Glosario de Derecho Internacional Humanitario”, 14. Consultado el 12 de Octubre de 2015 <https://www.cruzroja.es/dih/pdfs/temas/glosario/Glosario.pdf>

comprensión del tema. Primeramente, se puede entender humanidad como el sentimiento de compasión o piedad activa que se tiene para con una persona que sufre o que se encuentra indefensa, haciendo alusión a la idea del enemigo caído. Y en segunda instancia, en el sentido del género humano, al conjunto de seres vivos y como bien supremo debe ser protegido.³⁷ A partir de esta doble concepción de humanidad se puede comprender el objetivo al que aspira el Derecho Internacional Humanitario, al valorar a cada ser humano como único, por lo que merece protección frente a los ataques de sus semejantes.

Esa caracterización positiva que se le pretende otorgar a cada persona, donde toda vida humana tiene valor y merece ser salvada, sirve para comprender los principios rectores de esta materia y los efectos que estos causan, los cuales se reflejan y se permean en toda la normativa existente.

Por otro lado, cabe destacar que los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario son aquellos preceptos universales que tienen carácter obligatorio para los Estados, más allá de cualquier vínculo convencional que pueda existir con las normas de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales. Estos principios inspiran el DIH y determinan y limitan el comportamiento de quien se enfrasca en un conflicto. Es decir, orientan la interpretación y la aplicación del DIH, de ahí su importancia trascendental, ya que las instituciones armadas deben velar por la observancia de estos principios para así otorgarle un marco de legalidad y humanidad a su participación en el conflicto armado.

³⁷ Gerard Peytrignet, "Derecho Internacional Humanitario: Evolución histórica, principios esenciales y Mecanismos de Aplicación", (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), 152-153 <http://bi-blio.juridicas.unam.mx/libros/4/1836/11.pdf>

Como todo Principio en el Derecho, los pertenecientes al DIH se fueron creando y formando a través de los años, con pensadores como Jean Jaques Rousseau, hasta culminar en su formulación explícita en la Declaración de San Petesburgo. Entre estos principios, se pueden mencionar los siguientes:

a) **Principio de Limitación**

Este principio es de vital importancia, puesto que según sus postulados, manifiesta la imposibilidad de aplicar cualquier método de guerra con tal de alcanzar un objetivo militar, en virtud de que las armas y métodos no son ilimitados, quedando por ende prohibido el empleo de armas de destrucción masiva. Este principio se encuentra regulado por el artículo 35 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 que expresa:

Normas fundamentales. 1. En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado. 2. Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. 3. Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural³⁸.

Sobre este principio también se ha referido la Corte Internacional de Justicia de la siguiente manera:

...está prohibido causar a los combatientes sufrimientos innecesarios; en consecuencia se prohíbe usar armas que les causen ese tipo de daños o que agraven inútilmente su sufrimiento. En aplicación del segundo principio,

³⁸ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, Artículo 35

los Estados no tienen una libertad ilimitada de elección de las armas que emplean....³⁹

Como se vislumbra en lo señalado anteriormente, es muy clara la limitación impuesta a los métodos de guerra, ya que se prohíbe el empleo de armas que, de una u otra forma, pueda causar un daño sobreviniente innecesario y se señala de una manera inequívoca que los Estados se encuentran limitados al momento de elegir el arma que emplean durante las hostilidades. Además, cuenta con la particularidad de que la protección concebida por este principio es aplicable no sólo para los civiles, sino también a la naturaleza. Por otro lado, al ser regulado no solo por los convenios internacionales que regulan la materia, sino por la misma Corte Internacional de Justicia, la transgresión de este principio, tiene un reproche a nivel internacional muy grande.

b) Principio de Humanidad

Este principio se extrae de lo dictado por Frederic de Martens quien indicó en su conocida "Clausula Martens":

Hasta que un Código más completo de las Leyes de guerra se haya publicado, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no incluidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y el imperio de los principios de la ley de las naciones, tal como y resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública.

Asimismo, se pueden ver matices de este principio en el Convenio III de Ginebra relativo al Trato debido de Prisioneros de Guerra que, primeramente, señala

³⁹ Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares, Opinión Consultiva del 8 de Julio de 1996

en su artículo 13 que los prisioneros de guerra deben de ser tratados de forma humana, se les protege de cualquier represalia y de cualquier tipo de manifestación de violencia. En ese mismo sentido aborda el tema el artículo 14 que indica que el prisionero de guerra tiene derecho al respeto de su persona y al respeto de su honor; por lo que, en caso de tratarse de una mujer prisionera, se le debe de tener consideración respecto su sexo. Por último, el artículo 17 indica que en el caso de interrogatorios no se les puede infligir a los prisioneros ningún tipo de tortura física o mental, ni presión para conseguir datos que se requieran.

En virtud de lo anteriormente expuesto, se puede decir entonces que el principio de humanidad es el que protege a toda persona que no participa en las hostilidades (civiles) o bien que dejaron de participar (soldados caídos en batalla o prisioneros de guerra) con la obligación de que deben ser tratados humanamente.

c) Principio de Necesidad Militar

El objetivo básico de todo enfrentamiento armado corresponde a someter al enemigo y en el caso particular de este principio, no solo basta con someterlo, sino que implica que las partes combatientes tienen que hacerlo en el menor tiempo posible y con el mínimo costo en lo concerniente a vidas humanas y recursos económicos.

Este principio es básico en toda situación de conflicto y, por tal razón, ha sido abordado de varias formas en la normativa internacional. El primer antecedente se encuentra en la Declaración de San Petersburgo de 1868 con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra; en la misma

se dispone “que la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo”. En este sentido también se refiere el reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, que señala: “Además de las prohibiciones establecidas por Convenciones Especiales, es particularmente prohibido: g) Destruir o tomar propiedades enemigas, a menos que tales destrucciones o expropiaciones sean exigidas imperiosamente por las necesidades de la guerra”.⁴⁰ Asimismo, la doctrina especializada lo aborda de la siguiente manera:

justifica aquellas medidas de violencia militar que son necesarias y proporcionadas para garantizar el rápido sometimiento del enemigo con el menor costo posible en vidas humanas y recursos económicos. Es decir que en el transcurso de las operaciones militares solo se deben tomar las medidas necesarias para obtener el objetivo propuesto.⁴¹

De lo anteriormente citado se extrae que en todo enfrentamiento armado se debe de optar por el mal menor, y causar el menor daño posible y la única razón por la cual se puede causar un daño es solamente si las necesidades de la guerra ameritan realizarlo, como es el caso de destruir propiedades de civiles.

d) Principio de Distinción

Este principio es básico en el Derecho Internacional Humanitario, y versa sobre la necesaria distinción que se debe de realizar en todo momento entre civi-

⁴⁰ Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre. Artículo 23 g)

⁴¹ Elizabeth Salmón, 56, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf>

les y combatientes; dicho en otras palabras, corresponde a una prohibición expresa de no realizar ataques a población civil, y se debe de aplicar tanto en los conflictos internacionales, como en los no internacionales. El Comité Internacional de la Cruz Roja lo define de la siguiente manera

Las partes en conflicto deben distinguir en todo momento entre la población y los combatientes. Los ataques deben ser dirigidos únicamente contra los combatientes y no contra la población civil. Se hará también distinción entre los bienes civiles y los objetivos militares. Los ataques no pueden ser dirigidos contra los bienes civiles⁴².

Este principio también es abordado por la Corte Internacional de Justicia que señala y manifiesta lo siguiente:

“El primero tiene por objeto la protección de la población civil y de las propiedades civiles y establece la distinción entre combatientes y no combatientes. Los Estados nunca deben hacer objeto de ataque a la población civil y, por consiguiente, nunca deben de usar armas que sean incapaces de distinguir entre objetivos civiles y objetivos militares”.⁴³

En ese sentido refleja el ideal que persigue el Derecho Internacional Humanitario, el cual es buscar siempre el menor daño y peligro posible para la población civil y los individuos que no se encuentren involucrados directamente en el conflicto; limitando en este caso los objetivos de los ataques, determinando a los sujetos que son merecedores de esta protección y, por ende, diferenciando a combatientes de civiles. En este respecto, los autores Henckaerts y Doswald-Beck lo describen de la siguiente forma: “Las partes en conflicto deberán distinguir en todo mo-

⁴² Elizabeth Salmón, 24, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf>

⁴³ Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares, Opinión Consultiva del 8 de Julio de 1996

mento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados”.⁴⁴

Como se vislumbra de lo anterior, se señala nuevamente que los ataques que se realicen durante el conflicto deben de ir dirigidos contra los combatientes, puesto que el Derecho Internacional Humanitario brinda una especial protección hacia los civiles.

e) Principio de Precaución

A diferencia del principio de distinción, este precepto se presenta antes de que se realice un ataque armado, ya que se debe realizar una valoración estricta para determinar los objetivos al alcance de la categoría militar. En este sentido, se deben de tomar todas las medidas necesarias para provocar el menor menoscabo posible al resto de la población que no se encuentra involucrada en el conflicto. Así es como lo señala el Comité Internacional de la Cruz Roja al establecer que

Los ataques deben limitarse estrictamente a los objetivos militares, debiendo determinarse previamente (verificarse) la condición de tales objetivos y adoptarse las precauciones exigibles para que el ataque no afecte a las personas y bienes civiles. Se adoptarán todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de combate para evitar o reducir al mínimo las bajas o daños incidentales⁴⁵.

⁴⁴ Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise. “El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario” Volumen I: Normas (2007), 3
https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf
(último acceso: 2 de Octubre de 2015).

⁴⁵ Jose Luis Rodríguez-Villasante, 24. <https://www.cruzroja.es/dih/pdfs/temas/glosario/Glosario.pdf> (último acceso: 3 de Octubre de 2015)

De acuerdo con lo anterior, queda muy claro que este principio implica un momento de determinación y estudio previo, a la hora del despliegue de la fuerza militar, en el sentido que en el momento de planear el ataque, se debe procurar que este no afecte a las personas ni a los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Como se indicó al inicio, lo que caracteriza a este principio es que se aplica de previo a las hostilidades y que corresponde a una etapa de planeación de los objetivos militares.

f) Principio de Proporcionalidad

Este principio va de la mano con los anteriormente mencionados, en el sentido de que su objetivo es limitar tanto los medios como los objetivos de ataques militares; por lo que obliga a las partes en conflicto a ajustar sus movimientos para reducir en la mayor medida posible los daños a terceros, es decir, civiles. Los medios ejercidos no deben provocar un daño excesivo y se deben ajustar a lo indicado por el DIH. La normativa aplicable prohíbe lanzar un ataque cuando se prevea que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar. Esta norma está contenida en el artículo 51, párrafo 5, apartado b) del Protocolo adicional I, la cual fue aprobada sin oposición, y la cual tampoco presenta reservas por parte de los estados que la aprobaron. Esta norma se encuentra amparada además por lo dispuesto por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual establece un ataque indiscriminado como un crimen de guerra:

Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o

daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea⁴⁶.

En este mismo orden de ideas, y a manera de resumir lo anteriormente indicado, la CICR ha manifestado lo siguiente respecto a los principios del DIH:

El principio de distinción obliga a las partes en el conflicto a distinguir entre los objetivos militares, incluidos los combatientes, y las personas civiles y los objetos de carácter civil, y a dirigir los ataques exclusivamente contra los objetivos militares. El principio de proporcionalidad prohíbe los ataques que causen incidentalmente muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. El principio de precaución exige ejercer un constante cuidado y tomar todas las precauciones posibles para proteger a la población civil y los bienes de carácter civil⁴⁷.

Sección III: Análisis de la Normativa Internacional referente al Derecho Internacional Humanitario.

El Derecho Internacional Humanitario adquiere su sustento legal de forma tradicional por medio de cuatro convenios internacionales promulgados en Ginebra y sus dos protocolos, esto gracias a los esfuerzos del Comité Internacional de la Cruz Roja.

A partir de esta fase de codificación han ido surgiendo una serie de tratados que fortalecen esta base legal, para ampliando los rangos de protección con el paso del tiempo; es así como surge un desarrollo posterior en 1977 que da origen a una serie de tratados destinados a regular situaciones o usos de armas particu-

⁴⁶ Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998), art. 8, párrafo. 2, apartado. b), inciso iv).

⁴⁷ Comité Internacional De La Cruz Roja, "Reglas y normas internacionales aplicables a la función policial. Ginebra, CICR, 2015, 67. <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc-003-809.pdf> (Último acceso: 3 de Octubre de 2016)

lares. A continuación, y con el objetivo de cumplir con el segundo objetivo específico de esta investigación, es menester traer a colación y analizar estos cuerpos normativos de una forma integral, para poder reconocer el fundamento legal que reviste al Derecho Internacional Humanitario.

F. Derecho de Ginebra.

Previo a analizar individualmente cada convenio es válido hacer una breve introducción del llamado Derecho de Ginebra. La piedra angular del Derecho Internacional Humanitario es la protección de las personas ajenas al conflicto, así como las que se consideren fuera de combate de los conflictos armados, esto se ve reflejado en la variedad de sujetos que pretende proteger en cada uno de sus convenios. Aunque su origen se remonta a fechas más antiguas, el Derecho de Ginebra alcanzo su máxima expresión a nivel normativo en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, mediante la adopción de los cuatro convenios en 1949 y luego mediante la promulgación de sus protocolos adicionales en 1977.

Por otro lado, hay que destacar que los cuatro Convenios de Ginebra comparten un capítulo de Disposiciones Generales, que versan sobre los términos de aplicación de estos convenios; disposiciones relativas a los conflictos no internacionales, y prohibiciones respecto a atentados contra la vida e integridad física; en particular: el homicidio, mutilaciones y tortura, entre otros.

Por otro lado, el artículo 9 común establece la obligación de asistir a los heridos y los enfermos. Para lo cual se indica que un organismo humanitario impar-

cial, como lo es el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las partes involucradas en el conflicto.

Dentro de estas disposiciones generales también se encuentran las normas referentes a la duración de la protección que ofrecen estos convenios, la cual se establece hasta que las personas protegidas sean repatriadas. También se indica que los derechos y protección que brindan estos acuerdos son inalienables, es decir irrenunciables.

Respecto a la aplicación del convenio, se traslada la responsabilidad a las partes en conflicto en su fuero interno, es decir a través de los comandantes en jefe de las fuerzas armadas; de igual forma, las actuaciones de los mismos deberán ser concordantes con los principios generales y las costumbres establecidos en tiempos de guerra.

Finalmente, en lo relativo a la represión de abusos conforme lo establecido en los convenios, las sanciones penales se aplicarán a nivel interno, en tanto el convenio contiene el compromiso de que los estados parte tomarán las medidas legislativas necesarias para reprender a los individuos responsables; de igual forma, se reconoce el deber de los Estados partes de investigar los hechos denunciados y, de ser necesario, tomar las medidas que cada caso amerite.

1. Personas protegidas por los Convenios

Como se indicó con anterioridad el Derecho de Ginebra no está enfocado en regular los modos de empleo de la guerra, sino en proteger a las personas que

puedan verse afectadas por sus vicisitudes. Por consiguiente, la protección que se proporciona no es contra las hostilidades derivadas de la guerra, sino contra el poder arbitrario que una parte obtiene, en el transcurso de un conflicto armado, sobre las personas que pertenecen a la otra parte.⁴⁸

El mismo ámbito de aplicación personal está detallado en la categoría de personas indicadas en cada uno de estos cuerpos normativos internacional. En este sentido los Convenios I, II y III se refieren a los combatientes que se encuentren a merced de su adversario. El I y II regulan situaciones en que los combatientes requieran de protección como lo son heridos, enfermos y náufragos. Por su parte, el Convenio III versa sobre prisioneros de guerra; específicamente al trato que estos deben de recibir.

Por otro lado, el Convenio IV protege a civiles, según lo establece en su artículo cuarto:

“El presente Convenio protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”. Como se vislumbra la protección que se le otorga a los civiles es limitada, ya que se le asigna a los civiles que estén en poder del adversario, no así protege a las personas que puedan sufrir los peligros de la guerra.

⁴⁸ Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, “Constraints on the Waging of War”(Ginebra: marzo de 2001, tercera edición) página 59.

Esta particular diferenciación trae consigo una interesante disyuntiva, la cual es que categoría cubre a los grupos de resistencia o guerrilla. Puesto que puede no cumplir con las condiciones para ser considerados combatientes, sin embargo al ser considerados como civiles, estarían siendo revestidos por una protección menor. La respuesta a esta pregunta se encuentra en el artículo 5 del Convenio III: *“Si hay duda por lo que respecta a la pertenencia a una de las categorías enumeradas en el artículo 4 de las personas que hayan cometido un acto de beligerancia y que hayan caído en poder del enemigo, dichas personas se benefician de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto”*. Como se vislumbra, en casos de duda los Convenios de Ginebra, elimina la posibilidad de establecer una decisión arbitraria al respecto e indica que un tribunal es el que debe de decidir y referirse sobre esta situación.

2. El conflicto armado no internacional a la luz del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.

Al realizar el análisis de las disposiciones generales de los Convenios de Ginebra, no se puede obviar lo dispuesto por el artículo 3 común, en virtud de que les otorga una protección especial a las víctimas que se vean afectadas de forma directa o indirecta en los conflictos armados de naturaleza no internacional. Si bien más adelante en esta sección se analizará lo dispuesto por la normativa internacional respecto al DIH, es en extremo importante, en vista de que se ha hecho referencia al conflicto armado de carácter no internacional, hacer un comentario a esta situación. Cabe destacar que este artículo 3 se encuentra presente en los

cuatro Convenios de Ginebra de 1949, algo sin precedentes en el Derecho Internacional Público.

Este artículo es considerado como una “Convención en Miniatura” puesto que es la única regulación existente respecto a conflictos armados no internacionales. Garantiza la aplicación de las normas humanitarias hacia los civiles y da la base para la intervención del Comité Internacional de la Cruz Roja, indicando al inicio del mismo: *“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes , cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones”*.

La particularidad del inicio del artículo 3 común, es el hecho de que obliga a “Cada una de las partes” involucradas en el conflicto. Esta situación es una manifestación de la importancia de este artículo, por cuanto en el momento en que se instituyó, se planteó la obligatoriedad para entes no signatarios, no existentes en la época, o bien que no tuvieran capacidad para comprometerse internacionalmente. Lo anterior tiene su lógica en virtud de que un Estado signatario, por una cuestión de legalidad, debe de respetar las disposiciones de los Convenios de Ginebra, por otro lado un grupo revolucionario al formar parte de dicho Estado y de su soberanía, y al buscar la representación de su país como objetivo militar, se encuentra inevitablemente atado a esta disposición.⁴⁹

⁴⁹ Jean Pictet, Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Publicado el 1 de Noviembre de 1998 por el Comité Internacional de la Cruz Roja en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm>

Por otro lado, en este artículo se encuentra el fundamento de los cuatro convenios de Ginebra, puesto que indica la obligatoriedad de dar un trato humanitario durante el conflicto. Esto es de importancia, puesto que esta disposición sobrepasó al mismo artículo, ya que por el simple hecho de estar regulado en esta norma, progresó a tal grado de ser aplicable para conflictos de escala internacional. Esto además señala que el ámbito de aplicación de este artículo es muy amplio, puesto que se puede aplicar tanto a combatientes como a personas civiles (quienes son los que no llevan armas), teniendo como prioridad estos últimos. Igualmente puede ser aplicado tanto en el caso en que el Gobierno se vea enfrentado contra un grupo de oposición, como en el caso que haya un conflicto entre dos grupos.

Cabe señalar que el mandato que establece este artículo corresponde al de un trato humano, sin discriminación alguna a todo aquel que no tenga participación directa en el conflicto armado. Por lo que se prohíbe: *“a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”*.⁵⁰

De lo anteriormente citado se puede establecer solo dos prerrogativas, el trato humanitario y el derecho a un juicio equitativo. Por lo que el artículo está

⁵⁰ Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra

abierto al castigo. En cuanto a la asistencia humanitaria se establece que los enfermos y heridos sean recogidos y asistidos, y se instituye a la Cruz Roja para llevar a cabo dicha labor.

Es importante destacar, que si bien el artículo es corto en su desarrollo y se presta para discusión y debate en varios aspectos; es de vital importancia, ya que tiene presencia en todos los Convenios de Ginebra, por lo que es un portillo para su aplicación en conflictos de carácter interno. Además de no existir, no habría pautas claras y en el caso de un conflicto en el cual estuviera involucrado un Gobierno, se podría dar un ejercicio arbitrario del poder militar y punitivo de este.

3. I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña.

La prioridad, o bien la finalidad de este convenio es la protección de personas que ya no actúan o no tienen participación directa en el conflicto armado, incluyendo aquellas personas que quedan fuera de combate. Según establece el artículo 12, existe una obligación de asistir y tratar con humanidad a todo herido o enfermo. Esta obligación le corresponde a *“la Parte en conflicto que los tenga en su poder”*. Igualmente este artículo prohíbe *“todo atentado contra su vida y su persona, en particular matarlos o exterminarlos, someterlos a tortura, efectuar en ellos experimentos biológicos, dejarlos deliberadamente sin atención médica o sin asistencia, o exponerlos a riesgos de contagio o de infección causados con esa finalidad”*.

Si bien es cierto, y según se indicó anteriormente, en el encabezado de este Convenio se indicó el grupo demográfico al cual extiende su protección; en el artículo 13 se establece con claridad y mayor detalle, las personas que protege: En este apartado se hace mención a miembros de fuerzas armadas, miembros de otras milicias y cuerpos de voluntarios, fuerzas armadas regulares que sigan instrucciones del gobierno, personas que sigan a estas fuerzas sin formar parte de ellas, miembros de tripulaciones y personas que no formen parte del conflicto que al verse invadidas de forma espontánea tome armas para combatir.

Por otro lado, en su artículo 15 se establece una obligación de buscar y recoger a los heridos y enfermos, independientemente de la parte que represente; por lo que en este sentido se establece que si el adversario captura a heridos o enfermos miembros de fuerzas armadas enemigas, deberá atenderlos como si fueran de su misma tropa, con el claro objetivo de protegerlos contra malos tratos y ofrecerles la asistencia necesaria. Una vez cesado el fuego se podrán pactar acuerdos para la devolución de heridos.

Posteriormente, en su artículo 17 y en concordancia con esta obligación de búsqueda, existe la del registro y transmisión de datos por parte de las partes en conflicto. Esta consiste en la identificación y registro de toda la información de los heridos, enfermos y muertos de la parte adversaria que caigan en poder de alguna parte.

Todas estas obligaciones no solo recaen en las autoridades públicas u oficiales, sino en cualquier persona que quiera prestar asistencia. En el Convenio de

1864, se estableció con firmeza el principio de que ninguna de parte en conflicto puede censurar la participación de una persona en esas actividades. Por el contrario, las autoridades deberían promoverlas. El artículo 18 de este Convenio reafirma expresamente ese cometido de la población, al tiempo que subraya que la población civil también debe respetar a los heridos y enfermos, y debe *“abstenerse de todo acto de violencia contra ellos”*.⁵¹

Seguidamente, en el capítulo III del presente Convenio, se estipula y se amplía el ámbito de protección que inicialmente se propuso al garantizarle a las unidades, establecimientos y personal sanitario, derechos y un estatus de seguridad. En este orden de ideas, el artículo 19 es el encargado de ofrecer esta protección al indicar que *“dichos establecimientos ser objeto de ataques, sino que serán en todo tiempo respetados y protegidos por las Partes en conflicto. Si caen en poder de la Parte adversaria, podrán continuar funcionando mientras la Potencia captora no haya garantizado por sí misma la asistencia necesaria para los heridos y los enfermos alojados en esos establecimientos y unidades”*.

Igualmente, para poder ejercer sus tareas, el personal así como los establecimientos fijos o unidades móviles requieren de protección. En este sentido el Convenio entiende distintas categorías de personal y por ende distintos niveles de protección. En primer término el artículo 24 distingue al personal permanente que es el destinado exclusivamente a la búsqueda, transporte de heridos o enfermos (médicos, enfermeros, camilleros, etc), así como el personal destinado a la admi-

⁵¹ Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld. *“Constraints on the Waging of War”*, 63.

nistración de unidades sanitarias, los cuales indica que serán protegidos ante toda circunstancia.

Por otro lado el artículo 25 toma en consideración al personal temporal el cual se encuentra integrado por militares especialmente formados para prestar servicios como enfermeros o camilleros, auxiliares en la búsqueda o recogida, transporte y asistencia de heridos o enfermos. Estos por su parte contarán con protección si entran en contacto con el enemigo cumpliendo dichas funciones. Por último, el artículo 26 protege al personal de las sociedades de socorro a los cuales se les extenderá una protección especial cuando estas sean reconocidas por el gobierno, como es el caso del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Sobre este mismo tema, menciona el artículo 28, que no se podrá retener al personal destacado en el artículo 24, y que si llegara a suceder dicho evento estos no deben considerarse prisioneros de guerra, pero si podrá beneficiarse de dicho ámbito de protección. A su vez, el artículo 30 establece claramente que una vez que la retención del personal no resulte indispensable, la potencia detentora está obligada a repatriar a los miembros a la otra parte del conflicto, tan pronto como las condiciones militares lo permitan y no representen un peligro para el personal.

Por otro lado, el capítulo V se refiere a la protección que deben tener tanto los edificios como el material sanitario. Específicamente el artículo 33 indica que el material de las unidades sanitarias, tales como camillas, aparatos médicos, quirúrgicos, medicamentos o depósitos sanitarios jamás serán destruidos, y en su lugar

estarán a disposición del personal sanitario para el tratamiento de heridos y enfermos.

Por su parte los establecimientos sanitarios fijos, es decir los edificios de las fuerzas armadas quedarán sometidos al derecho de guerra, de cualquier forma no se podrá cambiar su destino mientras sea necesitado por los heridos y enfermos que alberguen. Esta protección depende del uso y del respeto del emblema distintivo, es decir de la cruz roja o de la media luna roja sobre fondo blanco, emblemas que fueron anteriormente desarrollados en este capítulo.

Finalmente es de importancia hacer referencia a la letra del artículo 46 que establece: *“Están prohibidas las represalias contra los heridos, los enfermos, el personal, los edificios o el material protegidos por el Convenio”*. Como se desprende de dicho texto, las represalias quedan prohibidas, es decir que ninguna Parte contratante involucrada en un conflicto puede inobservar las normas establecidas en este Convenio, ni siquiera como una medida de presión si el adversario lo hubiera inobservado en primer término.

4. II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.

Este Convenio en particular comparte muchas similitudes con el anterior, ya que tiene un ámbito de protección similar. Su principal distintivo, como su nombre lo indica, es que su aplicación se da sobre las fuerzas armadas en el mar, y ese detalle trae consigo una serie de implicaciones que el primer convenio no puede cumplir. El ámbito de aplicación de este convenio, se encuentra expresamente

constituido en su artículo 4, y establece que las disposiciones de dicho acuerdo serán aplicados únicamente a las fuerzas embarcadas, en el instante en que estas desembarquen, estarán *“inmediatamente sometidas a las disposiciones del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña”*.

Por otro lado, el artículo 12 hace referencia al término “naufragio” y a las personas protegidas en este convenio, siendo los náufragos, enfermos y heridos en el mar perteneciente a fuerzas armadas o milicias organizadas que forman parte de fuerzas armadas. De acuerdo con este convenio, al encontrarse en el mar deberán ser tratados con humanidad, protegidos en toda circunstancia, y sin distinción respecto a los motivos o circunstancias que rodeen al naufragio.

En lo relativo a la protección de servicios sanitarios y médicos, el artículo 22 establece la protección a los denominados barcos hospitales, entendiéndose por estos a los barcos militares específicamente creados para prestar asistencia a los heridos, enfermos y náufragos para atenderlos y transportarlos, estos no podrán ser atacados ni apresados.

Posteriormente a esta norma se redactaron una serie de disposiciones relativas a situaciones variadas que podrían de acaecer en el mar; por lo que se establece que los náufragos pueden ser recogidos por distintas embarcaciones que naveguen bajo la bandera de una parte beligerante o neutral. Entre estas disposiciones es importante destacar el artículo 14: *“Todo barco de guerra de una Parte beligerante podrá reclamar la entrega de los heridos, de los enfermos o de los*

náufragos que haya a bordo de barcos hospitales militares, de barcos hospitales de sociedades de socorro o de particulares, así como de buques mercantes, yates y embarcaciones, sea cual fuere su nacionalidad, si el estado de salud de los heridos y de los enfermos permite la entrega, y si el barco de guerra dispone de instalaciones adecuadas para garantizar a éstos un trato suficiente". Como se vislumbra este artículo resumen en gran manera las disposiciones de este apartado, y tiene la particularidad de que permite a las embarcaciones enemigas a tomar a estos náufragos como prisioneros de guerra, siempre y cuando tengan la capacidad de brindarles la atención adecuada.

Por su parte, el capítulo III regula las disposiciones relativas a los barcos hospitales, los cuales el artículo 22 los define como *"los construidos o adaptados por las Potencias especial y únicamente para prestar asistencia a los heridos, a los enfermos y a los náufragos, para atenderlos y para transportarlos"*. La protección que poseen estas embarcaciones se extiende a los establecimientos sanitarios costeros⁵², a los botes salvavidas y cualquier embarcación sin importar su tonelaje que se dedique a los mencionados servicios de asistencia⁵³, inclusive si se encontrare en un puerto ocupado por alguna parte del conflicto, no se le podrá negar su salida⁵⁴.

⁵² II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, Artículo 23,

⁵³ II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, Artículo 26

⁵⁴ II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, Artículo 29

Continúa indicando el convenio que esta protección cesará únicamente cuando se utilicen fuera de sus deberes humanitarios o comentan actos perjudiciales al enemigo, inclusive se mantendrá aunque el personal abordo (el cual está también protegido por este convenio), porte armas; o que el servicio humanitario se preste también a civiles.

Igualmente, este convenio distingue entre los barcos hospitales militares, y los barcos hospitales que utilizan las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja u otras instituciones o personas privadas; los cuales indica el artículo 24: “*disfrutarán de la misma protección que los barcos hospitales militares y estarán exentos de apresamiento*”. Para ello el artículo 43 señala que estas embarcaciones deben de estar pintadas de blanco, y deben de presentar el emblema pintado con rojo oscuro (sea la cruz roja o la media luna roja), de forma clara y visible.

Por último, cabe indicar que al igual que como lo estableció el Convenio I y se indicó en el acápite anterior, este convenio prohíbe las represalias, contras las personas y las embarcaciones que este debe proteger.

5. III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra

Como su título lo indica, la base de las reglas de este tratado gira en torno a la protección de los prisioneros de guerra, sea todo combatiente, que cae en el poder de su adversario al ser capturado. En este sentido, el artículo 12 es al que señala a la parte responsable por el trato de estos prisioneros, puesto que de su

letra se desprende: *“Los prisioneros de guerra están en poder de la Potencia enemiga, y no de los individuos o de los cuerpos de tropa que los hayan capturado. Independientemente de las responsabilidades individuales que pueda haber, la Potencia detenedora es responsable del trato que reciban”*.

Por consiguiente, lo más importante de esta tratado es el trato que se les debe de brindar a los prisioneros de guerra, que corresponde a un trato humano y no como si ellos fueran una propiedad. Lo anterior va ligado a la prohibición de malos tratos, la obligación de velar siempre por el bienestar de los prisioneros, (tanto en su salud física como mental); y el deber de retornar a los prisioneros de vuelta al territorio de la parte contratante de donde provengan o a alguna otra potencia parte del convenio.

Por otro lado, si bien es cierto que el propósito de este convenio es el respeto y bienestar de los prisioneros, así como la pronta devolución de los mismos, no se puede obviar que esa devolución puede tomar tiempo. Es por tal razón que también se regula las condiciones en que se puede y se debe mantener a los prisioneros de guerra, lo cual el convenio nombra como cautiverio, y le dedica todo su título III.

En este apartado, el convenio protege principalmente al prisionero indicando que en caso de un interrogatorio no tiene la obligación de declarar, salvo sus datos personales, con el fin de protegerlo de torturas: *“No se podrá infligir a los prisioneros de guerra tortura física o moral ni presión alguna para obtener datos de*

*la índole que fueren*⁵⁵. Cabe señalar que el convenio no protege al prisionero sobre lo que declare voluntariamente, y que el interrogatorio debe de ser en un idioma que este maneje.

Se indica además que los prisioneros de guerra en primera instancia deben ser evacuados lo más pronto que sea posible a campamentos que se encuentren lejos de la zona de combate, y por consiguiente lejos del peligro. En este sentido el convenio hace referencia al internamiento, el cual es la posibilidad de limitar la libertad de los prisioneros, pero no arbitrariamente. Esta atribución se encuentra regulada por el artículo 21, el cual indica expresamente: “Podrá obligarlos a no alejarse más allá de cierta distancia del campamento donde estén internados o, si el campamento está cercado, a no salir de su recinto”. Cabe señalar que estas normas no brindan bajo ningún tipo de escenario la posibilidad de confinar al prisionero o encerrarlo, además exige que, por razones de seguridad y respeto, el prisionero únicamente podrá ser retenidos en tierra firme, brindando todas las garantías de salud e higiene que las circunstancias lo permitan.

Dentro de las obligaciones de la parte detentora respecto al régimen de cautiverio se encuentran la de hacerse cargo de la manutención de los prisioneros, tanto en su alimentación como su vestimenta. También se hará cargo de proveer la asistencia médica necesaria, incluso en procesos quirúrgicos. Como se mencionó antes, la potencia detentora deberá velar tanto por la salud física como la mental de sus prisioneros, por lo que debe contar con espacios para la actividad física,

⁵⁵ III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Artículo 17

así como aquellos que permitan la libertad de religión y la posibilidad de trabajar, siempre que no represente un trabajo denigrante y forzoso.

Asimismo, dentro de las normas que conforman el DIH, no se establece una prerrogativa que disponga que el intento de evasión o fuga por parte del prisionero sea ilícito. Si bien se establece que las autoridades de los campamentos tienen la potestad de tomar las medidas necesarias para evitar esos intentos de fuga, esas atribuciones no son ilimitadas. Lo anterior se ve reflejado en el artículo 42 del convenio que determina: *“El uso de las armas contra los prisioneros de guerra, en particular contra quienes se evadan o intenten evadirse, sólo será un recurso al que siempre precederán intimaciones adaptadas a las circunstancias”*. Como se desprende, el uso de armas puede darse sólo ante casos aislados y extremos; ya que un intento frustrado de evasión solo tiene como consecuencia un castigo disciplinario.

En este orden de ideas, respecto al régimen disciplinario y sanciones penales que puedan enfrentar los prisioneros de guerra; el derecho aplicable es el de las leyes vigentes y reglamentos de las fuerzas militares de la potencia detentora, y esta será la que autorice el tomar las medidas adecuadas. En todo caso se le deben respetar todas las garantías judiciales debidas, incluidas el derecho de defensa.

Por último, el artículo 118 manifiesta a su letra: *“Los prisioneros de guerra serán liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado las hostilidades activas”*. De esta forma, los efectos de este convenio se prolongan hasta la finali-

zación del conflicto armado. Históricamente, esta disposición ha sido de las que más se ha irrespetado y que más dificultades ha generado en su cumplimiento. Igualmente, la detención puede finalizar anticipada por la muerte del prisionero, porque este se encuentre enfermo y deba ser atendido por una potencia neutral o bien que la liberación pueda favorecer a su estado de salud.

Como conclusión, este convenio confrontado con la realidad es muy difícil de cumplir, ya que se trata de época de guerra, por lo que es difícil garantizar la seguridad de los prisioneros en ese estado. De igual forma, otro inconveniente es la fiscalización de dichos cumplimientos, más allá de los intentos del Comité Internacional de la Cruz Roja. No obstante, es rescatable el esfuerzo que se hace de ver al enemigo de una forma distinta de una forma humanitaria y que se refuerza con la capacitación estatal a las fuerzas armadas.

6. IV Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra.

La motivación principal de la instauración y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario corresponde a dotar el conflicto armado de humanidad y reducir sus consecuencias. En la medida que ha evolucionado la tecnología y las maneras de hacer la guerra, los perjuicios que esta provoca no solo afectan a las fuerzas en combate, sino que ha llegado a afectar civiles, inclusive pueblos enteros. Es por ello que la comunidad internacional decidió suscribir un convenio específico para la protección de la población civil y así reducir al mínimo el peligro y los daños que estos puedan sufrir. Este convenio protege a las personas en todo

momento, aun en el escenario de que se vean afectadas en un conflicto armado del cual no pertenezcan.

El título II de este convenio establece en su artículo 13 el ámbito de aplicación personal, ya que se refiere a la “población en conflicto, sin distinción desfavorable alguna, especialmente en cuanto a la raza, la nacionalidad, la religión o la opinión política, y tienen por objeto aliviar los sufrimientos originados por la guerra”. Cabe señalar que esta protección no necesariamente es generalizada, puesto que se establecen categorías concretas.

Para tal fin, este título establece dos tipos de zonas protegidas: Sanitarias y de seguridad, y neutralizadas. Las primeras estarán enfocadas en proteger a “los heridos y a los enfermos, a los inválidos, a los ancianos, a los niños menores de quince años, a las mujeres encintas y a las madres de niños de menos de siete años”⁵⁶; mientras la segunda está avocada a proteger a “los heridos y enfermos, combatientes o no combatientes; y las personas civiles que no participen en las hostilidades y que no realicen trabajo alguno de índole militar durante su estancia en esas zonas”.⁵⁷

Cabe señalar que el convenio establece que estas zonas deben de ser pactadas entre las partes que conforman el conflicto con anterioridad, tomando en cuenta inclusive a beligerantes y estados neutrales. Esta situación refleja la problemática que enviste la delimitación de estas zonas, ya que su aplicación es prácticamente nula; máxime que muchos de los combates se dan en zonas de alta

⁵⁶ IV Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, Artículo 14

⁵⁷ IV Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, Artículo 15

densidad de población. Igualmente, es importante señalar que el grupo demográfico que protege las zonas sanitarias y de seguridad corresponde a individuos que no se encuentran en capacidad de formar parte activa del conflicto.

Por otro lado, el artículo 18 le otorga una protección especial a los hospitales civiles, la cual se dará en todo momento y, de ser necesario, estos podrán utilizar un signo distintivo para que las fuerzas militares lo puedan reconocer a distancia. Por su parte, esta protección se extiende a su personal y al transporte de heridos y enfermos.

Asimismo, es de suma importancia la protección que se le da a las acciones de socorro, como lo son la entrega de víveres, medicamentos y ropa, entre otros. A ellos se les debe garantizar el libre paso para estas acciones destinadas a la acción civil, con la particularidad de que para que estos envíos lleguen a su destino deben ser autorizadas por las partes contratantes.

Al igual que el convenio III, existen grandes dificultades para su eficaz cumplimiento; por ejemplo, se menciona que las mujeres y niños merecerán un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor u honor; sin embargo, en su lugar la realidad indica que estos sujetos son una de las víctimas recurrentes en estas circunstancias. De igual forma, se procura que se mantenga el contacto con familiares y el intercambio de información entre sus miembros, pero es más frecuente que ocurra todo lo contrario, ya que el estado de guerra suele separar familias y sobre todo dificultar cualquier contacto con ellas.

Por otro lado, el título III hace referencia a las personas protegidas por este convenio en sentido estricto. Para alcanzar ese fin categoriza a las personas civiles en poder del enemigo en dos grupos: las personas civiles en tierra enemiga y la población en territorios ocupados.

Entre las disposiciones generales se encuentra el respeto a los derechos fundamentales de las personas protegidas, en especial a las mujeres quienes “serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”⁵⁸. Igualmente, los artículos 31 y 32 prohíben ejercer con el fin de socavar información “coacción alguna de índole física o moral contra las personas protegidas” y emplear “medida que pueda causar sufrimientos físicos o la exterminación de las personas protegidas”.

Asimismo, en cuanto a la distinción indicada antes, hay que señalar que los civiles en tierra son los que salvo por razones de seguridad, podrán salir del país, y si no logran salir o fueren retenidos su trato no deberá ser distinto al de resto de extranjeros. Por otro lado, el otro grupo es la población de territorios ocupados, siempre que las posibilidades lo permitan este grupo deberá poder vivir con normalidad; es decir, el ocupante procurará mantener el orden público. En estos casos están prohibidas las deportaciones o el traslado de las poblaciones, y no se les podrá obligar a participar en labores de índole militar. Incluso, corresponde al ocupante atender el mantenimiento de servicios médicos, higiene y de aprovisionamiento, así como facilitar la entrada de envíos de socorro. También corresponde

⁵⁸ IV Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, Artículo 27

a la potencia que detenga a civiles, el internamiento en los casos en que lo ameriten. A estos civiles les corresponderá un trato análogo al que merecen los prisioneros de guerra, en el sentido de que deberán hacerse cargo de la manutención de los detenidos, así como el acceso a la asistencia médica, entre otras obligaciones.

A pesar de esta distinción, ya sean civiles en tierras enemigas o los habitantes de los territorios ocupados, ambos en cualquier circunstancia les serán reconocidos sus derechos de respeto por su condición de persona, a su honor, libertad de religión, así como su derecho a profesar su fe y, en general, ser tratados con humanidad.

Finalmente, para controlar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en este convenio, se contempla la posibilidad de que representantes o delegados de las potencias protectoras estén autorizados para trasladarse al lugar donde haya personas protegidas, en particular lugares de internamiento. Estas tendrán acceso a que las personas se encuentren en estos lugares, para velar por el cumplimiento de las obligaciones que se imponen, de igual forma los delegados del Comité Internacional de la Cruz Roja también tendrán estas facultades.

7. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales

El ámbito de aplicación de este protocolo es el mismo que el de los convenios de Ginebra, siendo su objetivo el limitar los métodos de guerra, y modificar y crear una nueva costumbre de como conducir los conflictos. Luego de la Segunda Guerra Mundial, ante las atrocidades de dicho conflicto, se procuró establecer dis-

tinciones claras, que sirvieran para limitar los aspectos que pudieran generar mayor destrucción y peores consecuencias. En este sentido se puede establecer al artículo 48 como la norma de mayor relevancia de todo este cuerpo normativo, que a su letra indica:

A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares.

Como se vislumbra, esta norma pretende que, a la hora de dirigir las hostilidades, se distinga entre combatientes y civiles. Por consiguiente, señala una limitación máxima al establecer que tales hostilidades deben de ir dirigidas a objetivos militares solamente, quedando prohibida cualquier tipo de afectación a civiles. Dentro de estas limitaciones se encuentran la prohibición de emplear ciertos tipos de armas o proyectiles que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. De igual forma, se prohíben ataques indiscriminados, así como las represalias contra la población civil, sea directamente a las personas o a los bienes que sean esenciales para esta población, así como los que puedan causar un daño grave o duradero al medio ambiente. Por otro lado, para poder establecer de forma más clara esta distinción, el mismo protocolo define en su artículo 43 quienes componen a las fuerzas armadas, al indicar que son:

Todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa

Parte (...)deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armado (...) Los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades.

De este artículo se desprende que no solo quienes componen las fuerzas armadas, sino sus requisitos, como lo son un grado de organización y un sistema de disciplina. Asimismo, también señala una definición para los combatientes, a quienes además se les hace la indicación de que pueden participar activamente en el conflicto. A estos, además, se les impone la obligación de distinguirse de la población civil, lo cual no necesariamente debe de suceder en todo momento, sino en los momentos de ataques. Igualmente, el artículo 50 establece que serán considerados civiles, las personas que no se ajusten a los requisitos indicados en el artículo 43. Igualmente, el artículo 52 prohíbe atacar los bienes de carácter civil, ya que indica:

Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataques ni de represalias (...) Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

Como se vislumbra, este artículo estipula de forma clara cuáles bienes se determinan como de carácter civil, y son aquellos que además por su naturaleza se dediquen a fines civiles. Esta distinción tiene como objetivo, eliminar la concepción de antaño de determinar prácticamente cada bien, como objetivo militar. Además,

el artículo 53 protege los llamados bienes culturales o de culto, en este sentido, este artículo prohíbe:

a) cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos; b) utilizar tales bienes en apoyo del esfuerzo militar; c) hacer objeto de represalias a tales bienes.

Cabe destacar que en este protocolo se prohíbe también la perfidia, la cual es definida como “los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados”⁵⁹.

La buena fe a la que se refiere corresponde a una verdadera creencia de la parte contraria de que le reviste una protección, un ejemplo de esta violación sería simular la intención de negociar utilizando la bandera de parlamento o rendición. Por lo tanto bajo este concepto se prohíbe matar, herir o capturar a un adversario utilizando este tipo de tácticas.

Dentro del protocolo se encuentra un apartado exclusivamente dedicado a la salvaguarda del enemigo fuera de combate, en el cual se establece que ninguna persona podrá ser objeto de ataque cuando se reconozca que esta fuera de combate⁶⁰. A su vez el mismo artículo establece que está fuera de combate toda per-

⁵⁹ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, Artículo 37

⁶⁰ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, Artículo 41

sona que: esté en poder de una parte adversa, que exprese claramente su intención de rendirse, o que esté inconsciente o incapacitada a causa de heridas o enfermedad y por ende incapaz de defenderse.

Como se desprende de lo anteriormente dicho, las normas de este protocolo están enfocadas mayormente a que se presente una distinción entre civiles y combatientes, así como a proteger los bienes que no sean susceptibles de ser apropiados o ser objetivos militares. Es claro que las normas aquí citadas buscan servir como precaución, de tal forma que se puedan evitar pérdidas humanas innecesarias y, como es el espíritu del DIH, se pueda humanizar el conflicto armado.

8. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Como su título lo indica, la particularidad de este protocolo es que se desarrolla en el tema de los conflictos armados no internacionales. Esta situación surge como una consecuencia de la realidad vivida hasta 1977, ya que después de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de conflictos que se produjeron en el mundo no tenían carácter internacional, por lo que la única norma al respecto era el artículo 3 común a todos los convenios, la cual además se estaba tornando insuficiente para resolver estos conflictos. Cabe indicar que este protocolo es muy pequeño, lo componen apenas 28 artículos, los cuales son de importancia para el desarrollo de esta investigación.

El ámbito de aplicación de este protocolo corresponde a las mismas situaciones previstas por el artículo 3 común a los convenios de Ginebra; sin embargo, a diferencia de este, no aplica a todos los conflictos armados, sino necesariamente a:

Los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo I y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas⁶¹.

Cabe señalar que este no aplica ante conflictos de menor intensidad como motines o tensiones internas, además de que necesariamente tienen que formar parte las fuerzas armadas gubernamentales.

En cuanto a las personas protegidas el protocolo es muy claro en su artículo 2: la protección de las normas aquí indicadas se aplicará a quienes se vean afectadas en conflictos armados en los términos de lo indicado en el párrafo anterior, sin que se realice una distinción de carácter desfavorable de ningún tipo. Posteriormente, se establece un apartado sobre el denominado trato humano, regulado en el artículo 4 de este protocolo el cual establece:

Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes”.

⁶¹ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, Artículo 1

En este sentido el resto del artículo 4 como artículo 5, señalan tipos de poblaciones que se encuentran en estado de vulnerabilidad y de una forma u otra, requieren una mayor protección, como lo son los niños y las personas privadas de libertad.

Al igual que el Protocolo I, este protocolo también trae consigo una protección a la población civil ya que el artículo 13 indica que “gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”. Igualmente, otorga protección en los artículos 14 al 16 a bienes de un carácter muy específico como lo son los bienes indispensables para la supervivencia, las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, bienes culturales y lugares de culto.

Respecto a las obligaciones que impone o derechos que otorga, este protocolo no representa mayor diferencia que sus predecesores, pero como se mencionó, su valor se centra en que de manera explícita permite la aplicación de dichas normas a los conflictos no internacionales; por ejemplo, la protección debida de toda persona que no participa en el conflicto o que ha dejado de participar del mismo; la protección a los bienes de la población civil, tanto los declarados como bienes culturales como los esenciales para su supervivencia; la protección a heridos así como al personal sanitario, sus transportes y los materiales destinados a este uso, los cuales tendrán el derecho de utilizar el signo distintivo de la Cruz Roja o Media Luna Roja.

Un aspecto que no había sido desarrollado en los otros convenios es el desplazamiento forzado, el artículo 17 ya que dispone: “No se podrá ordenar el

desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas". Como se señala, se prohíbe el desplazamiento interno, salvo que el mismo conflicto así lo exija; además, se prohíbe obligar a las personas a abandonar su propio territorio por razones relacionadas al conflicto. Igualmente, se establece que en el caso que se deba dar dicho desplazamiento se tomarán todas las medidas posibles para que la población sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, seguridad y alimentación.

H. Desarrollos posteriores a 1977.

Posterior a los protocolos, y ante las distintas formas actuales de hacer la guerra, surgió la necesidad de regular nuevas situaciones que pudieran llegar a afectar el desarrollo de un conflicto. Además, muchos de los ámbitos de aplicación del DIH se desarrollaron después de 1977. Si bien esta investigación se enfoca en los Convenios de Ginebra, se considera importante hacer una somera mención a dos tratados con fecha posterior a 1977 que serán indicados a continuación.

1. Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados.

Este convenio según se ha indicado se refiere a armas controvertidas y tiene como objetivo proteger a la población civil contra los efectos de las armas y proteger a los combatientes contra sufrimientos excesivos. Cabe señalar que, inicialmente, se aplicaba solo para conflictos de naturaleza internacional; sin embar-

go, en 1996 mediante una reforma al protocolo II, se amplió su aplicación a los conflictos internacionales.

Este convenio cuenta con once artículos que no hacen referencia a aspectos sustantivos del empleo de armas, sino a los distintos ámbitos de aplicación. Cabe señalar que en su preámbulo se cita nuevamente la Cláusula Martens, esto en virtud de que no encontraron lograr acuerdos en todos los aspectos que se habían planteado previamente. Asimismo, en lo referente a los aspectos sustantivos cuenta con cinco protocolos que se encargan de desarrollarlos.

En este sentido el Protocolo I se refiere a fragmentos no localizables y prohíbe la utilización de cualquier tipo de arma que tenga como objetivo principal lesionar por medio de fragmentos que no puedan ser detectables mediante rayos X en el cuerpo humano. Por consiguiente, lo que busca es proteger al combatiente de un sufrimiento superfluo; sin embargo, tiene una aplicabilidad limitada, ya que no es usual que los ejércitos cuenten con dichos tipos de armas.

Por otro lado, el Protocolo II restringe el empleo de las minas terrestres, armas trampa y otros artefactos explosivos. Este cuerpo normativo, a diferencia del anterior, se encuentra enfocado en proteger tanto a los combatientes como a la población civil; ya que tiende eliminar un peligro que pudiera ser duradero y afectar una vez terminado el conflicto.

Asimismo, el Protocolo III prohíbe la utilización de armas incendiarias. Cabe señalar, que se prohíbe expresamente su empleo sobre la población civil, así como bosques u otros tipos de elementos naturales.

Inicialmente, esta Convención se encontraba complementada solamente por estos tres protocolos; sin embargo, una de sus características es que puede ampliarse en su ámbito de aplicación como respuesta a nuevos cambios en la conducción de la guerra o bien el empleo de nuevas armas. De esta forma es que surge el Protocolo IV sobre armas láser cegadoras, el cual indica expresamente: “se prohíbe emplear o transferir a un Estado o a cualquier otra entidad armas láser específicamente concebidas para causar ceguera permanente”⁶². En este sentido no se prohíbe el uso de armas láser propiamente, sino que se limitan los efectos que estos puedan tener, como una medida de precaución.

Por último, en el año 2001 se establece el Protocolo V sobre restos explosivos de guerra, los cuales son los artefactos disparados o utilizados que no hicieron explosión o no fueron detonados. En este sentido, este Protocolo impone obligaciones a los estados de limpiar el territorio de su control de los restos de la guerra, proporcionar asistencia para la remoción de los restos de explosivos sobre los territorios en los cuales no tienen control, tomar precauciones para proteger a la población civil, registrar la información sobre los artefactos explosivos utilizados, entre otras.

⁶² Protocolo IV a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales de 1980, sobre armas láser cegadoras, aprobado el 13 de octubre de 1995, Artículo 1.

2. La Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, introducción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción.

Esta Convención, la cual fue firmada en 1997 y es conocida popularmente como la Convención de Ottawa, es un instrumento internacional que tiene como objetivo el desarme ya que prohíbe rotundamente la utilización por parte de los grupos armados de armas antipersonales. El mismo nace con el objetivo de

poner fin al sufrimiento y las muertes causadas por las minas antipersonal, que matan o mutilan a cientos de personas cada semana, en su mayor parte civiles inocentes e indefensos, especialmente niños, obstruyen el desarrollo económico y la reconstrucción, inhiben la repatriación de refugiados y de personas desplazadas internamente, además de ocasionar otras severas consecuencias muchos años después de su emplazamiento.⁶³

En dicha cita, se establecen los motivos en los cuales se funda la Convención, la cual además establece varias obligaciones para los estados contratantes como abstenerse de emplear, producir, desarrollar y almacenar armas de este tipo; así como de destruir todas las armas de este tipo que puedan tener bajo su poder.

Como se vislumbra, en esta Convención se establece una prohibición similar a la establecida en el Protocolo I de la Convención de 1980, ya que se marca una limitación al empleo de cierto tipo de armas. Esta prohibición es muy significativa para lo establecido como armas convencionales, ya que el resto de instrumentos internacionales de DIH se encuentran enfocados en restringir el uso de ciertas armas para evitar daños superfluos, pero no evita que estas se utilicen del todo.

⁶³ Preámbulo de la Convención Sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Convención de Ottawa)

Capítulo 2: La aplicación del Derecho Internacional Humanitario y las facultades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que permiten su implementación en el sistema.

Sección I: Introducción a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus distintas facultades

El Derecho Internacional Humanitario no posee un órgano jurisdiccional fijo que permita una tutela judicial efectiva. Por esta razón, las Cortes Regionales deben de ser las encargadas de velar por el cumplimiento de estas normas. Igualmente las normas del Derecho Internacional Humanitario se complementan en su aplicación con las de los derechos humanos, lo cual puede verse reflejado en la jurisprudencia de estas Cortes Regionales.

Esta cuestión es parte fundamental de la hipótesis y los objetivos planteados en esta investigación, por lo que es de suma importancia analizar de forma breve y puntual las distintas facultades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para determinar su postura respecto a la resolución de denuncias referentes a casos de violaciones de Derechos Humanos.

Si bien la Corte IDH es la encargada de aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH o simplemente la Convención), tiene en el ejercicio de su jurisdicción una serie de herramientas o facultades coadyuvantes que le permi-

ten determinar o justificar con una mayor precisión, las denuncias puestas a su estudio.

Por lo que en esta sección se hará una pequeña introducción al Sistema Interamericano de Protección y Promoción de Derechos Humanos; y se analizarán las distintas facultades que tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos; puesto que esto permite en cierta medida justificar la implementación de normas y postulados del Derecho Internacional Humanitario, en su jurisprudencia.

A. Tutela Multinivel y el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos constituyen aquella esfera de derechos con los cuales cuenta y es titular toda persona, sin distinción y por el simple hecho de existir. Estos por su parte devienen de la dignidad humana, y por lo tanto alcanzan a toda la humanidad. Asimismo, son tutelados por distintos tratados internacionales los cuales reconocen estos derechos a los individuos y por consiguiente establecen obligaciones para los estados, hacia su respectivo respeto, protección y promoción.

Se ha hablado de que existen varios niveles de protección de Derechos Humanos en la región; esta idea se denomina Tutela Multinivel de Derechos Humanos y proviene del derecho europeo y de su sistema, motivado por su política de cohesión en la cual existe una organización comunitaria de Estados y órganos supranacionales. Esta idea tuvo gran aceptación en Europa, por cuanto permite un desarrollo equilibrado entre los países de dicha región.

Al respecto de este tema y al ser proveniente de la doctrina europea, es menester centrarse brevemente en lo determinado por esta región para tener una mayor comprensión. De este modo, dentro de la comunidad europea, la doctrina ha determinado distintos niveles de protección para regular diferentes áreas, una de estas son los derechos humanos, en los cuales se distinguen tres niveles de protección⁶⁴.

El primer nivel de protección lo constituye el nivel nacional, y se ve reflejado en las constituciones nacionales de cada estado miembro, ya que incluyen en su articulado los derechos que la respectiva Nación quiera reconocer a sus ciudadanos y residentes. El siguiente nivel corresponde al supranacional el cual es prácticamente exclusivo de la Comunidad Europea, y en el cual los derechos humanos son protegidos por el derecho de Unión Europea; mediante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Carta de Derechos Fundamentales. En este nivel, los instrumentos están dirigidos primordialmente a proteger los derechos humanos de violaciones por parte de la Unión Europa y sus órganos, así como de los Estados miembro. Por último, se encuentra el nivel internacional en el cual los derechos humanos son protegidos mediante el sistema europeo de derechos humanos, creado por la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 en el marco del Consejo de Europa, cuya corte competente es la Corte Europea de Derechos Humanos, que es un tribunal internacional con funciones simi-

⁶⁴ René Ureña, “¿Protección multinivel de los Derechos Humanos en América Latina? Oportunidades, desafíos y riesgos” en Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual. Compilado por Dhes Red Derechos Humanos y Educación Superior (Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2013), 17-21.

lares (en Europa) a las cumplidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el contexto latinoamericano, a diferencia de Europa, existe un Sistema de Promoción y Protección de Derechos Humanos el cual encuentra como su primer antecedente la “Conferencia Interamericana sobre problemas de la Guerra y la Paz” celebrada en Chapultepec en 1945, donde se proclamó la adhesión de las Repúblicas Americanas a los principios democráticos, y en la que se determinó que “todo atentado contra la integridad o la inviolabilidad soberana o independencia de un Estado Americano será considerado como un acto de agresión contra los demás Estados Americanos y se establece la vinculación entre el Sistema Universal y el Regional”⁶⁵. Asimismo, cabe resaltar que en esa misma conferencia se encomendó a un comité jurídico la redacción de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Otro antecedente es la “Novena Conferencia Internacional Americana”, celebrada en Bogotá en marzo de 1948, puesto que en esta se suscribe la Carta que crea la Organización de Estados Americanos y se adopta la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Lo anterior es relevante por cuanto se establece un sistema inicial de protección, ya que la carta establece los órganos de la OEA y un catálogo de derechos fundamentales, promulgada con anterioridad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La OEA fue fundada inicialmente con veintiún estados; sin embargo, en la actualidad cuenta con treinta y

⁶⁵ Ana Villata Vizcarra, “La contribución de América al Derecho Internacional”, <http://www.oas.org/dil/esp/59-94%20Villata%20def.pdf> , Consultado el 17 de Mayo de 2016

cinco Estados miembros, su sede se encuentra en Washington D.C., y su máximo órgano es la Asamblea General donde cada estado tiene un voto.

Por su parte, en 1959, a raíz de que se vivían momentos convulsos en la región, en particular en el Caribe, se decide convocar la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; en la misma se discutieron dos asuntos de importancia: la mencionada situación en el Caribe, y el ejercicio efectivo de la democracia representativa en relación con los derechos humanos. Como resultado, y aprovechando que el ambiente político era el apropiado, se emitieron diversas resoluciones concernientes a la promoción y protección de los derechos humanos, de las cuales se destaca la Resolución VIII, en la cual se encomienda al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de Convención sobre derechos humanos y, para ello, se decidió la creación de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyo fin sería la promoción al respeto en la región de estos derechos.⁶⁶

Nueve años más tarde en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, se redactó la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica) que por su parte entró en vigencia en el año 1978 y se estableció como la base del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos, ya que en esta se indica:

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Con-

⁶⁶ Héctor Faúndez Ledesma, "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales" 3era Edición, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, 34.

*vención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.*⁶⁷

Por otro lado, en una Asamblea General de la OEA realizada en Bolivia en el año 1979, se aprobó el estatuto de la Corte, donde se establece que la Corte es una institución que tiene como objeto *“la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*; en virtud de lo cual constituye un órgano jurisdiccional vinculante a todos los estados miembros de la OEA, cuyas sentencias son de acatamiento obligatorio y sobre las cuales no son oponibles recurso alguno. Asimismo, cuenta con una facultad de vigilancia del cumplimiento de sus disposiciones por parte de los estados.

Teniendo como base lo anterior, a nivel latinoamericano efectivamente hay presencia de tutela multinivel de Derechos Humanos a nivel nacional y a nivel internacional. Primeramente, en el ámbito nacional existe por cuanto los respectivos estados de la región tienen incorporados en el articulado de sus constituciones Derechos Humanos y los mismos son protegidos por las Cortes Constitucionales. Por otro lado, y como se supra indicó, la protección internacional la brinda el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de Derechos Humanos y el Pacto de San José. Sin embargo, no hay presencia de protección a nivel supranacional en esta región, toda vez que el único intento de una Organización Comunitaria en la región corresponde al MERCOSUR o a la Comunidad Andina, en las cuales nunca se logró concretar una Carta de Derechos que regulara las acciones de sus estados miembros, lo cual imposibilitó que hubiera presencia, aunque sea de una

⁶⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 33.

protección supranacional, de derechos humanos en la región. Al respecto ha señalado la doctrina que:

No existe un nivel supra-nacional de protección de los derechos humanos en América Latina. Algunos comentaristas han sugerido que este hecho es un problema de progreso y desarrollo: el proceso de integración latinoamericano es joven, sostienen, si se le da el suficiente tiempo, llegará la protección comunitaria. Esta idea es errónea, pues supone que existe una trayectoria única de desarrollo jurídico, inspirada en el modelo europeo, en la cual existiría una “infancia” en la protección de los derechos humanos (la protección exclusivamente nacional), una “adolescencia” (la protección internacional) y una edad adulta (la protección supra-nacional), que a su vez llevaría un punto máximo de progreso: el constitucionalismo supranacional”.⁶⁸

Sobre esto cabe resaltar que no necesariamente una protección a nivel supranacional, signifique progreso, puesto que, si bien puede contribuir a la justicia, también puede servir como una herramienta para legitimar el abuso a los más débiles. En el contexto latinoamericano no está previsto que exista una protección de derechos humanos a nivel supranacional, por lo que en lo que corresponda a tutela multinivel en nuestra región, se estará hablando exclusivamente a la interacción que exista entre los sistemas jurídicos nacionales y el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos.

A continuación, se hará referencia a los dos grandes pilares del Sistema Interamericano de Promoción y Protección Derechos Humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre esta última se realizará un especial énfasis, por lo que se estudiará sus competencias (consultiva y contenciosa), con la finalidad de adquirir una mejor comprensión de los temas que se discutirán en esta sección.

⁶⁸ René Ureña, 24.

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue la base de la creación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fue creada en 1959 por la Quinta Reunión de Consulta de Miembros de Relaciones Exteriores celebrada ese año en Santiago de Chile, y su estatuto se creó al año siguiente a través de la aprobación del Consejo de la Organización de Estados Americanos, entrando en funciones en octubre de 1960 al elegirse sus primeros siete miembros y tomando como sede permanente la ciudad de Washington. El papel que la Comisión desempeña dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es la de recibir peticiones o comunicaciones en las que se alegue la violación de cualquier derecho que esté reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

En estos casos, la Comisión realiza inicialmente un estudio preliminar sobre la comunicación; y de considerar que sea admisible, le dará curso y generará una serie de informes para el Estado interesado. Asimismo procurará que se llegue a una solución amistosa, siempre con base en el respeto a la CADH y a los derechos humanos en general. Finalmente, la Comisión se encargará de elaborar un informe final en el cual expondrá los hechos, conclusiones y una serie de recomendaciones, si estas últimas no son aceptadas la CIDH podrá someter el caso a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁹.

⁶⁹ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículos 41 inciso f), 45, 46, 47 y 48.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) o Corte de San José como se le conoce, fue creada en 1969 por la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José. Este tribunal corresponde al máximo ente regional al que le corresponde la tutela de los Derechos Humanos en Latinoamérica. Se encuentra constituido por siete jueces nacionales de los estados miembros de la Organización de Estados Americanos, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral y de reconocida competencia en materia de derechos humanos⁷⁰; estos jueces serán elegidos mediante votación secreta en la Asamblea de la OEA, por un período de seis años y únicamente podrán ser reelectos en una sola oportunidad.

Como se indicó, la Corte IDH nació junto al pacto de San José, el cual entró en vigencia hasta el año 1978 y, por consiguiente, la primera terna de jueces se eligió hasta mayo de 1979. A su vez, en el año de su entrada en vigor, los estados partes decidieron establecer la sede permanente de la Corte en Costa Rica, la cual se mantiene desde el 3 de setiembre de 1979.

3. Competencias de la Corte Interamericana

El artículo dos del Estatuto de la Corte IDH es el que establece las funciones que este tribunal tiene a su cargo. La primera de estas es la competencia o función de carácter jurisdiccional, la cual se rige por los artículos 61, 62 y 63 de la

⁷⁰ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 52.

Convención Americana. Su otra gran función es la de carácter consultivo que encuentra su fundamento normativo en el artículo 64 de la Convención.

a) Competencia Consultiva

Esta función de la Corte IDH faculta a los estados miembros de la Organización de Estados Americanos para consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de derechos humanos. Si bien el término “otros tratados concernientes a la protección de derechos humanos” es muy amplia, la misma Corte decidió trazar la línea por la que debe entenderse dicho término:

De todo lo anterior puede concluirse que el propio texto del artículo 64 de la Convención, el objeto y fin de la misma, las normas de interpretación consagradas en el artículo 29, de la práctica de la Comisión y los trabajos preparatorios, están todos orientados unívocamente en el mismo sentido. No existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y está emitir una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también parte de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano o de que no haya sido adoptado dentro del marco y bajo los auspicios de éste.⁷¹

Esta función es de importancia puesto que le otorga a la Corte IDH la posibilidad de interpretar la Convención y, por ende, establecer las directrices mediante las cuales se deben garantizar los derechos que en esta se consagran. Por su parte, a través de este mecanismo se facilita la supervisión del cumplimiento de lo contenido en la convención, puesto que este mecanismo no implica, ni es necesario que ocurra, un conflicto (a diferencia de la competencia contenciosa) y, por

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de setiembre de 1982. Párrafo 48.

ende, posibilita una mejor recepción de las recomendaciones por parte de los estados.

b) Competencia Contenciosa

La función más importante que se le atribuye a la Corte es la de naturaleza contenciosa. Esta se ejerce cuando entra en conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, algún caso donde se alega la violación de algún derecho protegido en la Convención Americana por parte de un estado miembro. La Comisión puede enterarse de dichos casos mediante peticiones individuales, en las cuales se les otorga capacidad a los individuos para acceder al Sistema Interamericano sin que exista mediación de ningún estado; o por medio de comunicaciones estatales, esta permite a los estados partes del Sistema formular denuncias contra otro estado sin que exista algún tipo de vinculación directa con la víctima.

Una vez realizado un análisis de admisibilidad de los casos, si la Comisión lo considera así, se procede a la elaboración de un informe y se eleva la comunicación a conocimiento de la Corte Interamericana. Si los estados reconocen la competencia de la Corte, esta podrá conocer cualquier caso concerniente a la interpretación y la aplicación de las disposiciones del Pacto de San José.

Esta función jurisdiccional se desarrolla a través de un proceso conformado por una parte escrita y una oral. La parte escrita consiste en los actos mediante los cuales se determina el contenido del litigio, estos son el sometimiento del caso por la Comisión o el estado parte, el examen preliminar del mismo, los escritos que

contienen los argumentos y pruebas de las partes, la contestación del Estado y las excepciones preliminares. Por su parte, la etapa oral se conforma por audiencias públicas, en las cuales se valoran las distintas pruebas que hayan sido propuestas en los escritos de demanda y contestación, y que la Corte decida admitir.⁷²

Los fallos emitidos por la Corte deberán ser siempre motivados, por lo que son definitivos e inapelables. Únicamente, se prevé que, en caso de desacuerdo sobre el sentido de la sentencia o sus alcances, a solicitud de parte, la Corte interpretará las dudas y emitirá su criterio dentro de los siguientes noventa días a partir de la notificación. Los estados partes asumen la obligación de cumplir con las decisiones emitidas por este Tribunal en todos sus extremos.

B. Diálogo entre Cortes

El Diálogo Jurisprudencial entre Cortes, hace referencia a la forma en que los jueces y las jurisdicciones, utilizan la jurisprudencia extranjera para justificar sus sentencias. Para que exista diálogo es necesaria una reciprocidad, por lo que debe haber presencia de más de una corte que se cite la una a la otra; de lo contrario no existiría diálogo.

Se determina que existen distintas modalidades de diálogo. Puede existir un diálogo horizontal, el cual se ve reflejado entre organismos de un mismo nivel; un diálogo vertical, el cual se presenta cuando recíprocamente jurisdicciones de diferente nivel y jerarquía se citan una a otra, como sería que lo hiciera la Sala Constitucional de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo,

⁷² Reglamento de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Artículos 48 al 55.

mo, el diálogo puede ser implícito si se utiliza jurisprudencia extranjera y esta no es citada, o expresa cuando se cita la sentencia.

La finalidad del Diálogo entre Cortes es la estandarización de la protección de derechos humanos, por lo que contiene la radical importancia de que el juez debe de escoger, aquel instrumento o jurisprudencia que tenga una mayor protección de derechos humanos.

1. Diálogo Horizontal entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos.

Es de particular relevancia para la presente investigación realizar un análisis del fenómeno denominado Diálogo Horizontal que existe entre la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana, en especial a la hora de determinar violaciones del Derecho Internacional Humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Si bien la Corte IDH funciona como un ente jurisdiccional que se encarga de salvaguardar los derechos establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene una serie de facultades que puede utilizar a la hora de ejercer su función. Una de esas facultades corresponde al diálogo horizontal con la Corte Europea de Derechos Humanos, puesto que corresponde al análisis interpretativo del derecho comparado y la jurisprudencia como un método de asistencia para determinar violaciones de derechos humanos.

Esta situación es de importancia, ya que si bien no existe un tratado internacional que regule violaciones al Derecho Internacional Humanitario en la región; por medio del diálogo horizontal, la Corte IDH puede utilizar razonamientos similares que hayan sido aplicados por otras cortes y, específicamente, el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, por cuanto esta, le brinda la posibilidad de ampliar la aplicación e interpretación de los aspectos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos; sin embargo, no hay que perder de vista que este “diálogo” tiene un carácter meramente cooperativo y discrecional⁷³, esto quiere decir que, los sujetos partes del dialogo, al tener el mismo nivel jerárquico no tienen ninguna obligación de citar jurisprudencia ajena, sino más bien el objetivo de estas menciones mutuas es obtener y alcanzar una mayor legitimidad, implementación y obediencia⁷⁴ en sus respectivos sistemas de protección de derechos humanos.

Por su parte, las bases de este diálogo no fueron decisiones tomadas al azar, sino que se deben a que entre ambos sistemas existen gran cantidad de similitudes y por lo tanto facilita la comparación y la influencia recíproca que se da en la actualidad. El origen de ambos sistemas al igual que la naturaleza de los derechos positivados que contienen y protegen es homogénea⁷⁵, y no solo se trata de remontarse a la Declaración Universal de Derechos Humanos como la base

⁷³ Haideer Miranda Bonilla, “El Control de Convencionalidad como instrumento de diálogo jurisprudencial en América”, Revista Jurídica IUS Doctrina. N° 12, 2015, pp.46 – 47, <http://revis-tas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/19748/19812> ,

⁷⁴ *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano*, ed. Javier García Roca, Pablo Fernández Sánchez, Pablo Santolaya Machetti, y Raúl Canosa Usera, (Thomson Reuters, 2012), 70.

⁷⁵ Javier García Roca, Pablo Fernández Sánchez, Pablo Santolaya Machetti, y Raúl Canosa Usera, 71.

homogénea de ambos sistemas regionales, sino a la dignidad humana como la piedra angular de todo el sistema de protección de derechos humanos.

Otro criterio que equipara a ambos sistemas internacionales es la utilización de criterios y principios similares para sus decisiones, esto debido a que ambos nacieron dentro de un mismo contexto de constitucionalismo y que se han ido perfeccionando y si se quiere, estandarizando, a lo largo de los años.

Finalmente, otro aspecto importante para este análisis es reconocer las similitudes existentes en los procedimientos de tutela de derechos de cada sistema de protección, dejando de lado la forma de acceso a cada uno de ellos, las estas semejanzas en cuanto a los aspectos procesales son las que facilitan la comparación y consecuentemente crean un ambiente idóneo para el diálogo entre Cortes.

En cuanto a la utilización de argumentos entre la Corte IDH y la CEDH, si bien inicialmente circulaban de forma unidireccional, esta relación se ha convertido en una circulación bidireccional. Lo anterior se refuerza con el estudio realizado por los profesores franceses Laurence Burgorgue-Larsen y Nicolás Montoya Céspedes, quienes determinaron que en el sistema europeo de derechos humanos se han efectuado 51 referencias al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a su jurisprudencia. En ese mismo sentido se encontraron 159 fallos de la Corte de San José en los que se hace referencia explícita a la jurisprudencia de la CEDH.⁷⁶

⁷⁶ Laurence Burgorgue-Larsen y Nicolás Montoya Céspedes, “El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y La Corte Europea de Derechos Humanos” en *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*. Compilado por Dhes Red Derechos Humanos y Educación Superior (Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2013), 189.

En este sentido, se establece que el diálogo se puede percibir desde dos puntos de vista distintos: el primero puede ser un diálogo que verse sobre aspectos procesales, y el segundo un diálogo que por su parte lo hace sobre aspectos sustanciales.

En relación al diálogo sobre aspectos procesales, cabe resaltar que el mismo ha sido de gran importancia para justificar la competencia de la Corte IDH para interpretar otros tratados distintos a la Convención Americana de Derechos Humanos. Como ejemplo de ello se tiene la referencia hecha por la Corte IDH al sistema europeo, en una opinión consultiva solicitada por Perú para la aplicación de otros tratados, en la que determinó lo siguiente:

“...el Protocolo No. 2 a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, otorga competencia a la Corte Europea, para emitir opiniones consultivas, pero la somete a límites precisos. Sólo el Comité de Ministros puede formular una solicitud en ese sentido; y la opinión únicamente puede versar sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación de la Convención y sus Protocolos, excluido todo lo que se refiera al contenido o extensión de los derechos y libertades definidos en esos instrumentos (...) se pone de manifiesto que el Pacto de San José quiso dar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una competencia consultiva lo más amplia posible, sin las limitaciones del sistema europeo”.⁷⁷

Como se vislumbra, en este caso lo que realiza la Corte IDH es un contraste de su competencia con la de su contraparte europea, con el fin de demostrar las distinciones de un sistema con otro y pone de manifiesto la relativa libertad con la que cuenta la Corte IDH para hacer cumplir lo contenido en la Convención Ameri-

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de Setiembre de 1982. Párrafos 16 y 46.

cana. Esta facultad de la Corte es de importancia, por cuanto justifica en cierto modo, la utilización de tratados de Derecho Internacional Humanitario, lo cual forma parte de la piedra medular de este trabajo.

A modo de ejemplificar la existencia de esta dialogo entre cortes, el TEDH también ha hecho referencia a la jurisprudencia de la CIDH en aspectos de orden procesal. Así, en el fallo Akdivar y Otros contra Turquía, el TEDH cita la jurisprudencia de la Corte de San José al considerar la carga de la prueba en los eventos en los que se evoca la falta de agotamiento de los recursos internos como condición previa al recurso convencional, en esta oportunidad hace referencia a la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo) del 29 de julio de 1988.

Por su parte en el fallo Serguei Zolotoukhine contra Rusia, el TEDH hace una referencia un tanto implícita ya que realiza un recuento de su jurisprudencia respecto a la protección que implica el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, constituido en el artículo 4 del Protocolo No. 7 de la Convención de Roma. Aquí, el Tribunal de Estrasburgo constata que el nivel de protección otorgado al derecho en su interpretación es inferior en relación al acordado por otros entes internacionales entre los que se encuentra la Corte IDH y, como consecuencia, el TEDH termina adoptando una interpretación más garantista de este derecho.

Finalmente, en el fallo Varnava y otros contra Turquía el TEDH adoptó la interpretación que toma la Corte de San José sobre la competencia *ratione temporis* en los casos de las violaciones continuas de los derechos protegidos por la

Convención, esto haciendo referencia al caso Blake contra Guatemala, sentencia del 24 de enero de 1998, y también haciendo alusión al Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador en el cual se llegó a una conclusión similar. Al adoptar dicha interpretación, el TEDH se declaró competente para analizar si el Estado incurrió en violación de la obligación procedimental que se deriva del derecho a la vida, aun cuando los hechos se habían producido con anterioridad al reconocimiento estatal de la competencia del Tribunal, generando así un cambio radical en su momento en la jurisprudencia de este tribunal europeo⁷⁸.

Por otro lado, en cuanto a los aspectos sustanciales de este diálogo, la Corte IDH hace referencia a la jurisprudencia de la CEDH, en cuanto a los métodos de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, o bien para determinar reparaciones, lo cual se vislumbra en el siguiente extracto jurisprudencial:

La Corte ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. En este sentido, al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”.⁷⁹

Asimismo, uno de los temas de diálogo recurrentes corresponde a la desaparición forzada de personas, lo cual reviste una importancia vital respecto a este trabajo, puesto que corresponde a una violación de las normas contenidas en

⁷⁸ Laurence Burgorgue-Larsen y Nicolás Montoya Cespedes, 198-199.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 15 de Setiembre del 2015, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, párrafo 106.

el Derecho Internacional Humanitario. Respecto a este tema, la Corte IDH ha sido citada en la jurisprudencia de la CEDH en diversas oportunidades para resolver cómo la desaparición forzada constituye una violación múltiple de los derechos protegidos por las convenciones regionales; o bien, esta se utiliza para referenciar los elementos constitutivos de la desaparición forzada, lo cual viene a fortalecer las decisiones tomadas por la Corte Interamericana sobre el tema, ya que en varias oportunidades se ha basado en normas de DIH.

Por su parte, la Corte IDH en su sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay, cita a la jurisprudencia de la CEDH en materia de desaparición forzada como criterio para determinar que las violaciones graves a derechos humanos no pueden prescribir, por lo que no se permiten amnistías al efecto. Tal premisa es el punto medular de esta sentencia. Para ello, indica que el Tribunal Europeo manifestó “que cuando un agente estatal es acusado de crímenes que violan los derechos del Artículo 3 del Convenio Europeo (Derecho a la vida), los procedimientos penales y el juzgamiento no deben verse obstaculizados y la concesión de amnistía no es permisible”.⁸⁰

Por otro lado, y en este mismo orden de ideas, otro ejemplo de diálogo horizontal lo encontramos en el voto razonado del juez Antônio Cançado Trindade, en el caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, quien lo utiliza a la hora de

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 24 de Febrero del 2011, Caso Gelman vs. Uruguay, párrafo 213.

esclarecer su posición respecto a la protección del derecho a la identidad y al derecho a la vida y lo hace de la siguiente manera:

En el entendimiento de la Corte Europea, "al constituir un medio de identificación personal y una conexión a la familia, el nombre de un individuo concierne a su vida privada y familiar". No se trata del nombre per se, sino más bien del nombre como "bien de la identidad personal", designando la persona humana que con él se identifica, y mediante el cual ejerce y defiende sus derechos individuales. (...) se encuentra en la jurisprudencia reciente de la Corte Europea de Derechos Humanos: en el caso Chipre versus Turquía (Sentencia del 10.05.2001), v.g., la Corte Europea estableció la violación del derecho a la vida (artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos) por la falta de cumplimiento, por el Estado demandado, de la obligación procesal de investigar el paradero de las personas desaparecidas.⁸¹

La parte del diálogo correspondiente al Tribunal de Estrasburgo sobre aspectos sustanciales se concentra en dos vertientes: la desaparición forzada y las obligaciones positivas que le corresponden a los Estados Parte que se derivan de la Convención regional.

Sobre la Desaparición Forzada, el TEDH utiliza los fallos interamericanos de dos formas distintas: en un primer momento, este Tribunal internacional se rehusó a condenar al Estado por la violación al derecho a la vida al considerar que al no existir prueba irrefutable sobre la muerte de la presunta víctima no se puede declarar la violación de ese derecho; sin embargo, al hacer este análisis reconoce que existe jurisprudencia de la Corte IDH tendiente a reconocer este tipo de violaciones. Ya en fallos posteriores, como lo son los casos de Timurtas contra Turquía del 13 de junio de 2000 y Tas vs. Turquía del 14 de noviembre de 2000, el TEDH también condenó al Estado por violación de las obligaciones sustanciales y proce-

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 1 de Marzo del 2005, Caso Herminas Serrano Cruz vs. El Salvador, párrafos 24 y 35

sales derivadas del derecho a la vida al considerar que por el simple paso del tiempo la víctima podía darse por muerta y, consecuentemente, genera responsabilidad internacional a los estados parte. Esta interpretación ha permitido a ambos jueces proclamar su competencia para juzgar algunos eventos que acaecieron con anterioridad a la aceptación de la competencia del juez regional de derechos humanos por parte de un estado.

Respecto a las obligaciones positivas, las cuales son las que derivan de las disposiciones convencionales que obligan a los estados a realizar determinadas actuaciones para garantizar el debido respeto a las derechos contenidos en las convenciones, entre ellas resalta la obligación de los estados a efectuar investigaciones efectivas en los casos de violaciones al derecho a la vida.

Un ejemplo claro de la presencia de este diálogo jurisprudencia sobre las obligaciones positivas de los estados se encuentra en el caso *Al-Skeini y Otros* contra el Reino Unido. En este fallo el Tribunal de Estrasburgo afirma que las obligaciones positivas que se derivan del Convenio son exigibles al Estado incluso en circunstancias difíciles de orden público, como la ocupación o el conflicto armado interno. Este caso en particular trata sobre la responsabilidad del Reino Unido durante la ocupación de Irak entre 2003 y 2004, y el TEDH cita la sentencia de la Corte de San José sobre la Masacre de Mapiripán en la cual se afirma que por más difícil que sea la situación del estado, ésta no lo exime de su obligación de investigar de manera adecuada las posibles violaciones de los derechos convencionales y de sancionar a los responsables.

Tomando en cuenta lo anterior, se vislumbra que la Corte IDH entre sus muchas facultades, está la posibilidad de citar la jurisprudencia de otras jurisdicciones. Así lo hizo en para los casos mencionados, en los cuales se realizaron violaciones claras tanto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como al Derecho Internacional Humanitario. Queda claro entonces que si bien la competencia básica de la Corte IDH corresponde a la aplicación de las normas establecidas por el Pacto de San José; esta, a la hora de establecer sus posturas, tiene más posibilidades a su alcance, siendo el diálogo con la Corte Europea de Derechos uno de ellas.

C. Control de Convencionalidad

Otro mecanismo de cumplimiento que tiene la Corte IDH como parte de sus facultades corresponde al Control de Convencionalidad. Este puede considerarse como un examen de compatibilidad entre el parámetro de convencionalidad y la normativa interna o actuación nacional; en virtud de que este examen puede ser sobre la actuación de un órgano legislativo, ejecutivo o judicial, o sobre si en algún aspecto la normativa interna se contradice la Convención Americana de Derechos Humanos.

El control de convencionalidad es un mecanismo que ejerce la Corte IDH de forma subsidiaria, complementaria en el evento de que el derecho interno, ya sea a través de la Constitución, la ley, los actos administrativos, la jurisprudencia, las prácticas administrativas o judiciales, entre otras formas de actuación estatal, sea incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tra-

tados aplicables; este tipo de control se realiza por medio de una confrontación directa comparando entre sí el derecho interno con el tratado en un caso concreto. La Corte de San José tiene a su cargo “el control de convencionalidad fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana”⁸².

Si bien es cierto que el concepto a nivel latinoamericano es desarrollado a profundidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su origen no es precisamente en esa jurisdicción. El mismo se remonta al año 1977 cuando Mauro Cappelletti al describir la función realizada por la Corte Europea de Derechos Humanos para verificar el respeto y cumplimiento de los derechos comprendidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo denominó control de la legitimidad convencional del acto impugnado⁸³. Es así como se puede deducir que el fundamento a nivel latinoamericano para esta doctrina nace a partir del preámbulo de la Convención Americana, la cual en su párrafo segundo que expresa:

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

Queda claro que, dentro de esta motivación previa al articulado de la Convención, se entiende que no se debe dejar el respeto a los derechos y garantías

⁸² Haideer Miranda Bonilla. El Control de Convencionalidad como Instrumento de Diálogo Jurisprudencial en América Latina”, Revista Jurídica IUS Doctrina. N° 12, (2015), 5. <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/19748/19812>

⁸³, Mauro Cappelletti “Justicia constitucional supranacional. El control judicial de las leyes y la Jurisdicción de las libertades a nivel internacional”, Citado por José Ovalle Favela, “La Influencia de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno de los Estados Latinoamericanos”, 605.

consagrados en el pacto a la buena voluntad de los estados partes, sino que deberá haber supervisión de dicho cumplimiento, realizando para ello algún tipo de ejercicio comparativo entre los actos de los estados y lo que se establece en la CADH, debiendo existir concordancia y armonía entre ambas.

El control de convencionalidad tanto como mecanismo de control como de cumplimiento se ha llevado a cabo desde que la Corte IDH inició en sus funciones. Un ejemplo claro en que la Corte IDH utilizó el control de convencionalidad es el del caso de “La Última Tentación de Cristo (Olmeda Bustos y Otros) vs. Chile”, en el cual se realizó una denuncia por cuanto el Consejo de Calificación Cinematográfica de Chile rechazó la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, decisión que fue ratificada por la Corte Suprema de Justicia. En este sentido la Corte determinó que la censura violentaba el artículo 13 de la Convención, por lo que mandó al Estado a modificar su ordenamiento jurídico interno, puesto que la censura estaba consagrada según lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Política Chilena. La Corte, en este caso, aplicó el control de convencionalidad, ya que había una divergencia entre lo dispuesto por el derecho interno y la convención, lo que repercutió en la readecuación de la legislación chilena.

Otro antecedente es el caso “Barrios Altos vs. Perú”, el cual además es de gran importancia para este trabajo, por cuanto corresponde a una violación clara del Derecho Internacional Humanitario. El mismo narra los hechos que determinaron la denuncia que en Barrios Altos, una zona ubicada cerca de Lima, Perú; se estaba realizando una fiesta para reunir fondos. De manera intempestiva seis individuos miembros del Grupo Colina (una fuerza militar peruana), dispararon indis-

criminosamente a los presentes matando a quince personas. Sobre este hecho nunca se pudo realizar una investigación, ya que se aprobaron dos Leyes de amnistía. En este caso la Corte IDH, en aplicación del control de convencionalidad, determinó que dichas leyes de amnistía eran contrarias a la convención, por lo que las hizo cesar en sus efectos de forma inmediata.

Por otro lado, el control de convencionalidad como término se instaura en la sentencia de “Almonacid Arellano y Otros vs. Chile”. En este caso (muy similar al de Barrios Altos vs. Perú) se denunció la muerte de Luis Almonacid Arellano, quien fuere parte del Partido Comunista durante el golpe de estado al presidente Salvador Allende; el cual tampoco pudo ser investigado por las leyes de amnistía a los crímenes de guerra instauradas posteriormente por el gobierno chileno. Sin embargo, en su sentencia de fondo, la Corte IDH rechaza lo dispuesto por el derecho interno, dejando sin efecto las leyes de amnistía, por primera vez en su judicatura desarrolla el término del control de convencionalidad de la siguiente manera:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁸⁴

Esta sentencia marcó una antes y un después en el uso del término “control de convencionalidad”; no así en su aplicación, como se indicó anteriormente. La

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Párrafo 124.

misma manifiesta claramente que, en primera instancia, este control se debe realizar en el fuero interno de los estados, a través de sus jueces y que no se debe llegar hasta la última instancia del Sistema Interamericano para determinar si las leyes y demás normativa impugnada es conforme a lo que establece la Convención. Se indica que existe la obligación de cotejar las normas locales con el contenido de la CADH, así como con las sentencias de la Corte, para que exista armonía entre ambos.

Asimismo, otra sentencia de importancia para analizar el control de convencionalidad es la sentencia sobre el fondo y reparaciones del caso “Gelman vs. Uruguay”. Este corresponde a la denuncia interpuesta por la activista María Macarena Gelman, en razón de que en el año 1976 su madre embarazada y su padre fueron detenidos y desaparecidos por la dictadura argentina. Por su parte, Macarena fue dejada en un canasto en la casa de un policía uruguayo. Los hechos nunca pudieron ser investigados en virtud de que en Uruguay regía, desde 1986, la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. Sin embargo y, de igual forma que en los casos anteriores, en aplicación del control de convencionalidad, se deja sin efecto esta Ley:

Quando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación

que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁸⁵

Dado lo supraindicado, y al observar a lo largo de la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH, el control concentrado de convencionalidad que ejerce se asemeja al control concentrado de constitucionalidad que efectúan los Tribunales Constitucionales sede nacional. En ese sentido, en un voto concurrente el ex juez interamericano García Ramírez indicó:

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.⁸⁶

1. Características del Control de Convencionalidad

Después de su sentencia en el caso de *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH ha ido precisando, poco a poco, los alcances del concepto en su jurisprudencia, hasta llegar a precisar una serie de elementos o características.

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de febrero del 2011. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Párrafo 196.

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez en el caso *Tibí vs. Ecuador*, sentencia del 7 de septiembre del 2004, párr. 3, Citado por Haideer Miranda Bonilla, “El Control de Convencionalidad como Instrumento de Diálogo Jurisprudencial en América Latina”, *Revista Jurídica IUS Doctrina*. N° 12, (2015), 11. <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/19748/19812>

Un primer elemento que compone el control de convencionalidad es que el mismo debe ser aplicado *ex officio*, lo cual significa que debe de ser aplicado por los jueces en razón de su cargo. Así lo determinó la Corte IDH en el caso de “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” donde determinó: “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.⁸⁷

Otro elemento a considerar es que el control de convencionalidad además de deber ser aplicado de oficio, le corresponde su aplicación a todos los jueces nacionales independientemente de su nivel, según lo indicó la Corte IDH en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana”.⁸⁸

En este sentido, se determina que el juez nacional es juez natural de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que está obligado a realizar la aplicación e interpretación de esta. Además, el juez nacional tienen la misión de salvaguardar no solo los derechos fundamentales previstos en la Constitución, sino también en el conjunto de valores, principios y derechos reconocidos en los

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de Noviembre del 2006. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú. Párrafo 128.

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 26 de Noviembre del 2010. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Párrafo 225.

instrumentos internacionales reconocidos por el estado⁸⁹, a su vez está llamado a conocer de un caso contencioso antes de que el mismo sea sometido al Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos, por lo cual debe considerar lo pertinente a la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH, concretando así un diálogo interjurisdiccional. Así lo determinó la Corte IDH en la sentencia sobre fondo y reparaciones del caso “Gelman vs. Uruguay” cuando indicó que el control de convencionalidad “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.⁹⁰

Igualmente, la Corte IDH aplicó el mismo criterio en la sentencia base del Derecho Internacional Humanitario en la región, “La Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, en la cual dictaminó que

El Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”.⁹¹

Por último, se tiene como tercer elemento que el control de convencionalidad no es exclusivo de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino que

⁸⁹ Haideer Miranda Bonilla, “Derechos Fundamentales en América Latina, (2015), 165. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/elvia/cap.2.pdf>

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de Febrero del 2011. Caso Gelman vs. Uruguay. Párrafo 239.

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 30 de Noviembre del 2013. Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Párrafo 142.

se extiende a otros tratados de Derechos Humanos. Así lo indicó la corte en su sentencia del caso “Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala”, en la que señaló:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin”.⁹²

Como se puede ver, el control de convencionalidad no es exclusivo de lo determinado por la convención, sino pues supone que los jueces de las jurisdicciones internas, están además en la obligación de aplicar todos los tratados de Derechos Humanos que se hayan suscrito en la región latinoamericana, sin distinción alguna. En virtud de todo lo anterior, se puede concluir entonces a nuestro juicio, del control de convencionalidad lo siguiente:

- i) Consiste en la realización de un examen de compatibilidad de las normas y las prácticas internas de los estados con la Convención, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados referentes a Derechos Humanos que se hayan suscrito en la región.
- ii) Le corresponde ejercerlo a toda autoridad pública, independientemente de si pertenezca o no al poder judicial.
- iii) Debe ser aplicado *ex officio* y puede suponer la supresión de normas internas contrarias a lo indicado por la convención.

⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia de 20 noviembre de 2012. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Párrafo 330.

Es de importancia cerrar este tema con la siguiente frase que resume en un todo la discusión respecto a este tema:

El control de convencionalidad, como instrumento de diálogo judicial se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en el Pacto de San José y para Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un «*ius commune* latinoamericano», tal y como lo ha caracterizado el constitucionalista Ferrer Mac-Gregor, conformado por estándares mínimos de protección de la persona humana que puedan ser ampliados indistintamente por las jurisdicciones constitucionales, convencionales o comunitarias en atención al principio *pro homine* o de la mayor tutela expansiva⁹³.

D. El valor y versatilidad de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La voluntad de la jurisdicción interamericana es, y siempre ha sido, la protección de los Derechos Humanos en los países de la región. Lo anterior se ha visto reflejado con claridad en la historia, la cual se ha esbozado levemente en este trabajo y se remonta desde el año 1945 con la *Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz celebrada* en la Ciudad de México. De dicha reunión se estableció la voluntad de la región para tutelar sobre Derechos Humanos. En esa idea, se encomendó la confección de un anteproyecto de declaración de Derechos y Deberes Internacionales del Hombre⁹⁴.

⁹³ Armin Von Bogdany, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi, “La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia Un *Ius Constitutionale Commune* En América Latina?”, Tomos I y II. Ed. UNAM, México, 2010. Citado por Haideer Bonilla Miranda, “El Control de Convencionalidad como Instrumento de Diálogo Jurisprudencial en América Latina”, *Revista Jurídica IUS Doctrina*. N° 12, (2015), 51.

<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/19748/19812>

⁹⁴ Héctor Faundez Ledesma, 31.

De esta forma, se inició un proceso paulatino y progresivo en el cual se fue ampliando el marco de protección de los individuos a través de la creación de todo un sistema, iniciando con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya labor inicial era la de promoción de los Derechos Humanos, seguida por la elaboración y posterior ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual brinda mayor claridad para la región de la manera en que se iba a procurar proteger los derechos fundamentales de los estados miembros, desembocando en la implementación de un órgano jurisdiccional que velará por estos intereses, posición que asume la Corte Interamericana.

Ahora bien, en referencia a sus sentencias, y contrastándola con entidades homólogas, como lo son la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; la Corte Interamericana no se limita solamente a indicar si hubo una violación de algún derecho protegido en la CADH, y por consiguiente a realizar una sanción pecuniaria (como lo hace su similar europea), sino que se ha caracterizado por ser muy versátil al momento de establecer las reparaciones e indemnizaciones cuando se comprueba que existe una responsabilidad estatal.

Ese tipo de ejercicios es lo que ha hecho que la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se aventure al momento de analizar, investigar y fundamentar sus sentencias, utilizando diversos métodos como el diálogo entre cortes y la utilización de otros instrumentos internacionales para establecer violaciones de derechos protegidos en la Convención, entre otros mecanismos que se estudiarán más adelante. Estas facultades convergen en el establecimiento del de-

nominado control de convencionalidad, el cual como se indicó anteriormente, trata sobre la función que ejerce la Corte para verificar si los actos de los poderes internos de los Estados partes respetan los derechos, libertades y garantías previstas en la Convención Americana; es decir, verificar si son compatibles con la Convención⁹⁵.

Otro aspecto a considerar son las opiniones consultivas emitidas por la Corte, a la luz del artículo 64 de la Convención, resultan reveladoras de la posición de la Corte respecto a la interpretación del pacto y concernientes a la protección de derechos consagrados en el mismo; tienen carácter obligatorio para el Estado que solicitó la consulta. Sin embargo, al tratarse de un análisis a fondo de compatibilidades entre leyes internas y los instrumentos internacionales de protección, su aplicación a los demás Estados partes resulta mucho más compleja.

Asimismo, como se mencionó anteriormente, los fallos emitidos por la Corte Interamericana en el ejercicio de su competencia contenciosa son inapeables y de carácter definitivo, esto según se ha establecido en el artículo 67 de la Convención. En principio, la decisión emitida por la Corte vincula directamente a las partes que comparecieron ante esta; aunque mediante una interpretación extensiva del artículo 69 de la CADH, se entiende que las sentencias de la Corte IDH comparten el carácter obligatorio para todos los estados miembros.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, al tener la Corte la facultad de interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención, y al tener sus sentencias

⁹⁵ José Ovalle Favela, "La Influencia de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno de los Estados Latinoamericanos", 605.

un carácter extensivo; es decir, *erga omnes*, es claro que cada fallo se convierte en jurisprudencia de acatamiento obligatorio para todos los estados miembros. De igual forma, esta misma interpretación de los criterios de la Corte emitidos en sentencia, se pueden extender a resoluciones dentro de su competencia consultiva.

Lo que se entiende como jurisprudencia de la Corte no se limita a las sentencias en las que se establece la existencia de una violación de Derechos Humanos, sino que se toman en cuenta las resoluciones sobre excepciones preliminares, el fondo, reparaciones, interpretación de sentencias, competencia, así como las sentencias de medidas provisionales y su cumplimiento.

En cada una de estas instancias procesales la Corte puede emitir criterios de interpretación de la Convención que resultan de acatamiento obligatorio para los estados miembros. De igual forma es importante destacar que si bien las resoluciones mencionadas pueden emitirse individualmente, estas se pueden presentar en momentos temporales distintos; la práctica reciente de la Corte es agrupar la mayor cantidad de estas resoluciones en una sola sentencia. Lo anterior se debe principalmente a cuestiones de celeridad procesal, al aumento en la carga de trabajo en la Corte, y con el objetivo de reducir costos.

En este sentido, un ejemplo de como las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos van adquiriendo un valor preponderante dentro del Sistema Interamericano de Protección se puede observar en el caso “Castillo Petruzzi vs. Perú”. En dicha sentencia se analiza el artículo segundo de la Convención Americana, en cuanto a la obligación de adoptar las medidas necesarias para

hacer efectivos los derechos establecidos dentro de la convención, indicando lo siguiente:

El deber general del artículo 2do de la Convención Americana de Derechos Humanos implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.⁹⁶

De este extracto se entiende que la Corte ordena que se tomen las medidas necesarias, sobre todo de índole legislativa, que pueden incluir modificaciones a nivel constitucional, para que se respeten y primordialmente se garanticen todos los derechos contenidos en el Pacto de San José. En ese sentido, se da a entender que existe una supremacía de las disposiciones del derecho internacional, reflejadas en la CADH, sobre el resto de normativa a nivel interno de cada Estado.

A su vez, esta supremacía del derecho internacional va fuertemente ligada al artículo 27.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales de 1986, que indica: "Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado". De esta forma se puede reconocer la interrelación entre distintos instrumentos y el uso que la Corte le puede dar para establecer con claridad las interpretaciones que se le da a la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Sentencia de 4 de septiembre de 1998, párrafo 207.

Es claro que a lo largo de todos sus años de existencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha creado una colección importante de sentencias que se destacan por un principio de congruencia y siempre en una búsqueda constante de la ampliación progresiva de la protección de los Derechos Humanos, y dada la amplia gama de temas que se han discutido en esta sede internacional, se escapa de los objetivos de este trabajo el analizar un panorama completo de todos los criterios jurisprudenciales que la Corte ha establecido, por lo que la misma se dedicará exclusivamente a lo que se ha decidido concerniente al Conflicto Armado y a las herramientas utilizadas para decidir sobre dicho tema.

E. Capacidad de la Corte Interamericana de aplicar otros instrumentos internacionales.

En el acápite anterior, si bien se desarrollaron las distintas competencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), es importante para esta investigación ahondar en la capacidad de la Corte para aplicar otros tratados, puesto que el Derecho Internacional Humanitario está compuesto de una serie de tratados que no corresponden a las normas del sistema interamericano. Los límites de la Corte IDH parecen claros, en el supuesto de que solo puede conocer asuntos que sean calificados como potenciales o presuntas violaciones a derechos consagrados en la CADH; sin embargo, esta descripción presenta ciertas inexactitudes.

Como se ha indicado anteriormente, la Corte IDH únicamente conocerá los casos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) eleve para su estudio, la misma CADH indica que la CIDH podrá declarar como inadmisibles toda petición que le sea presentada cuando esta no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por el pacto de San José, esto a la luz del artículo 47.

En primer término, se señala como un requisito indispensable el que el hecho alegado deba versar sobre una situación que pueda considerarse violatoria a la CADH; es decir, ofrece una limitación en razón de la materia, en el sentido de que no se podrá acudir al Sistema Interamericano por casos en que se produzcan violaciones a otros instrumentos internacionales distintos a la CADH, aun así asumir esta conclusión como válida puede resultar algo precipitado.

Hay que señalar como complemento al alcance de la competencia material, el reglamento de la CIDH en su artículo 23 indica de manera explícita cada uno de los instrumentos de derecho internacional en el ámbito interamericano, cuya violación faculta a la CIDH para conocer sobre dicha situación y elevarla a conocimiento de la Corte IDH. En principio, los tratados aplicables corresponden a la Declaración Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador, Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención de Belem do Pará.

Ahora bien, esta ampliación en cuanto a la normativa aplicable rompe con el paradigma de que únicamente se puede reclamar una violación a la CADH, ya que existe toda una gama de instrumentos internacionales de derechos humanos que entran dentro del mismo manto de protección y son exigibles ante la jurisdicción interamericana. En este sentido, esta faceta de la competencia *ratio materiae*, constituye el derecho sustantivo que la Corte IDH deberá aplicar; no obstante, no debe entenderse como un impedimento para analizar otras normas e instrumentos, que a la postre puedan servir para dar mayor contenido a un derecho protegido por la CADH.

Un precedente claro en el cual la Corte IDH ha reafirmado su competencia en razón de la materia se dio en la resolución de las excepciones preliminares del caso “González y Otras vs. México”, también conocido como “Campo Algodonero”. Este caso trata sobre la acusación de una falta de investigación diligente por el asesinato de varias menores y mujeres cuyos cuerpos fueron encontrados en una locación comúnmente llamada “campo algodónero” en Ciudad Juárez. El estado mexicano mediante el planteamiento de una excepción, pretendía impedir que la Corte IDH tuviera conocimiento del caso alegando, que en virtud de una interpretación textual del artículo 12 de la Convención de Belem do Para no se puede considerar que la Corte IDH tenga facultades para conocer de violaciones al tratado, y por ende esto desemboca en una falta de competencia en razón de la materia por parte de la Corte IDH. Sobre este caso, la Corte IDH señaló en su decisión: “En suma, parece claro que el tenor literal del artículo 12 de la Convención Belém do Pará concede competencia a la Corte, al no exceptuar de su aplicación ninguna

de las normas y requisitos de procedimiento para las comunicaciones individuales”.⁹⁷

En análisis del artículo 7 de la Convención Belem do Pará, referente a los deberes de los Estados parte, la Corte IDH determinó que en la formulación del artículo 12 de dicha convención no se excluye ninguna disposición de la Convención Americana, por lo que habrá que concluir que la Comisión actuará en las peticiones sobre el artículo 7 de Belem do Pará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 a 51 de la CADH (dedicados a la competencia de la CIDH), como lo dispone el artículo 41 (el cual establece las funciones de la misma). Asimismo, el artículo 51 de la Convención y el artículo 44 del Reglamento de la Comisión se refieren expresamente al sometimiento de casos ante la Corte cuando ocurre incumplimiento de las recomendaciones del informe de fondo al que se refiere el artículo 50 de la Convención Americana. Por otro lado, el artículo 19.b del Estatuto de la Comisión establece que entre las atribuciones de la Comisión está la de “comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención.

Otro antecedente importante para análisis es la sentencia del caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”, también conocido como el caso de los “Niños de la Calle”. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la detención y posterior asesinato de Julio Caal Sandoval, Jovito Juárez Cifuentes, Anstram Villagrán, Henry Giovanni Contreras, Federico Figueroa Tún-

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafos 40 y 41.

chez por parte de agentes policiales, así como a la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos.

La Comisión decidió dentro de su demanda, incluir alegatos exigiendo que se dictara la violación de los artículos 1,6, y de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura. De igual forma, la Corte IDH, al exponer los motivos por lo que es competente para decidir sobre el caso, señala las fechas en que Guatemala ratificó la CADH y reconoció la competencia contenciosa de la Corte y, finalmente, cuando ratificó la Convención contra la Tortura. Igualmente, expuso con claridad que la competencia material de la Corte IDH va mucho más allá del texto de la CADH, más aun en tanto la representación de Guatemala nunca rechazó directamente los alegatos en su contra, que versaban sobre la violación a los dos instrumentos internacionales citados anteriormente, puesto que se limitaron a indicar que el tema ya había sido tratado por los tribunales internacionales, provocando con esto una aceptación tácita de la competencias de la Corte IDH para juzgar a Guatemala basado en violaciones a ambos convenios.

Igualmente, en la fundamentación y por medio de la sentencia, la Corte IDH no solo hace referencia a la Convención contra la tortura como elemento para ampliar el contenido de los mecanismos de protección establecidos en el artículo 5 de la Convención⁹⁸, sino que la utiliza como base para verificar si existió alguna falta

⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 239.

por parte del Estado Guatemalteco, y la emplea directamente para sancionar al estado. Este accionar la Corte IDH lo justificó de la siguiente manera:

(...) Lo que se consideró importante fue atribuir la competencia para aplicar la Convención contra la Tortura a un órgano internacional, ya se trate de una comisión, un comité o un tribunal existente o de uno que se cree en el futuro. En el presente caso, sometido a la Corte por la Comisión Interamericana, corresponde a este Tribunal ejercer dicha competencia. Guatemala aceptó la competencia de esta Corte el 9 de marzo de 1987 y ratificó la Convención contra la Tortura el 29 de enero de 1987, Convención que entró en vigor el 28 de febrero de 1987.⁹⁹

Otro aspecto importante de esta sentencia que merece destacarse es que se utiliza un instrumento que se podría considerar como extra-convencional, el cual es la Convención sobre Derechos del Niño. En este caso, el objetivo no es sancionar en razón de una violación a ese tratado, sino más bien reforzar y aclarar el contenido de algún derecho consagrado en la convención, en este caso se dio de la siguiente manera:

“El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como “niño”. Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. De conformidad con la legislación guatemalteca vigente para la época en que ocurrieron los hechos del presente caso, igualmente eran menores, quienes no habían cumplido los 18 años de edad. Según esos criterios sólo tres de las víctimas, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstrau Villagrán Morales, tenían la condición de niños. Sin embargo, la Corte emplea, en esta sentencia, la expresión coloquial “niños de la calle”, para referirse a las cinco víctimas en el presente caso, que vivían en las calles, en situación de riesgo”.¹⁰⁰

⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 248.

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párrafo 188.

Por su parte, la Corte también, en distintas oportunidades, ha utilizado convenios internacionales en sus sentencias que no corresponden exclusivamente al ámbito interamericano, un ejemplo claro de esto es la utilización del Convenio 169 de la OIT correspondiente a los derechos de los pueblos indígenas.

Si bien es cierto que la Corte Interamericana no está facultada para resolver controversias basadas directamente en una violación de este convenio, ha utilizado esta normativa cuando analiza casos que tengan relación con la materia de pueblos indígenas; principalmente, como norma interpretativa y, sobre todo, para especificar las responsabilidades de los estados.

Esta situación se presentó en el caso “Yakye Axa vs. Paraguay”, en el cual se discutió un reclamo de titulación de un territorio considerado ancestral de una comunidad indígena del Chaco en Paraguay, que se encontraba en extrema pobreza. El problema radicaba en que parte de este territorio se encontraba en manos de terceros, como consecuencia de una falta de acción efectiva por parte del gobierno paraguayo para reconocer la personalidad jurídica de la comunidad indígena y por ende reconocerle la titularidad sobre dichas tierras en disputa. Esta situación provocó que se acusara al estado de violar el derecho a la propiedad privada, debido proceso y de protección judicial.

Además del problema por la titularidad de la zona, debido a las condiciones de los asentamientos de estos pueblos, se visualizaban problemas en cuanto a la falta de acceso de alimentos, salud y educación, entre otros, lo cual motivaba el incluir en los reclamos la violación del derecho a la vida.

Ya en sentencia, como parte del análisis de la Corte IDH, se consideró que a efectos de interpretar el alcance de los derechos presuntamente violados al tratarse de pueblos indígenas se debía acudir al Convenio 169, ya que a través de este estudio la Corte IDH reconoció la estrecha relación que las comunidades indígenas conservan con el territorio al que pertenecen, siendo esta la base fundamental de su cultura, vida espiritual, preservación y medio de subsistencia. Lo anterior se decidió con base en el artículo 13 del convenio 169; respecto al retraso en el reconocimiento de estas tierras a la población indígena, la Corte IDH consideró que se configuró la violación del derecho de propiedad de la comunidad.

La Corte no se limitó a la utilización de este Convenio de la OIT de manera meramente interpretativa, sino que también se guió de este para definir el alcance de las medidas que el Estado debía adoptar para restituir a la comunidad la titularidad de sus tierras ancestrales invocando el artículo 16.4 del Convenio 169, este versa sobre los casos en que no puedan ser restituidas dichas tierras ancestrales, dichos pueblos deberán recibir, dentro de las posibilidades, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban, y que les permitan sobrellevar sus necesidades y garantizar su desarrollo a futuro.

Por otro lado, la Corte IDH ha desarrollado una interpretación extensiva del Derecho a la vida en aras de garantizarlo por medio pautas y obligaciones para los Estados, planteando un precedente a nivel internacional en este aspecto. En este caso en particular se consideró que la falta de acceso de la comunidad indígena a gozar de sus propias tierras y, por ende, la poca posibilidad de satisfacer sus necesidades a través de sus propios medios tradicionales generaron una condición

general de carencia extrema a toda la población indígena, desembocando en casos de desnutrición, cuadros de enfermedades altamente evitables e inclusive muerte debido a estas condiciones.

Finalmente, la Corte llegó a la conclusión de que el Estado debe asegurar las condiciones de una vida digna, extendiendo así la interpretación del derecho a la vida, expresándolo del siguiente modo:

Este Tribunal ha sostenido que el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular. En razón de este carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna. Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.¹⁰¹

Es así como se puede observar claramente la forma en que la Corte utiliza distintos instrumentos de índole internacional que velan por la protección de Derechos Humanos. No solo aprovecha cualquier oportunidad en que pueda valerse de algún convenio para ampliar el contenido de un derecho que protege la Convención Americana, sino que al hacer esto va creando precedentes que la faculta para aventurarse cada vez más en incluir diversas fuentes para elaborar sus sentencias

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yakyé Axa vs. Paraguay, Sentencia del 17 junio de 2005, párrafos 161 y 162.

y ejercer una mejor labor en cuanto a la protección de los derechos de las personas que habitan los territorios de los estados miembros. Esto se ve reflejado en el hecho de que la Corte ha repetido esta doctrina recientemente mencionada en casos como Sawhoyamaya y Saramaka.

Otra faceta de la Corte Interamericana en la que se presenta una constante utilización de otros medios como lo son tratados internacionales ajenos a la CADH es dentro de la competencia consultiva; si bien es cierto que no tiene el mismo impacto que podría tener una sentencia, cada resolución es un claro reflejo de la posición de la Corte y de los diversos métodos que la misma tiene para llenar vacíos normativos y para resolver conflictos.

Una de las opiniones consultivas más relevantes en este particular es la OC- 1/82, emitida en 1982 en respuesta a una consulta realizada por Perú, en la cual solicita que se le aclare respecto al artículo 64 de la Convención, como debe ser interpretada la frase “o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los estados americanos”. De esta manera, lo que resolvió la Corte IDH por unanimidad fue que:

La competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.¹⁰²

¹⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de Setiembre de 1982, párrafo 39.

Dentro del análisis que realizó la Corte IDH, se reconoce que la competencia que se le establece para esta faceta consultiva es una de las más amplias que se haya reconocido a cualquier tribunal internacional sobre todo al indicar que:

Están legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la Organización de los Estados Americanos que enumera el Capítulo X de la Carta, e igualmente todo Estado Miembro de la misma, sea o no parte de la Convención. El objeto de la consulta no está limitado a la Convención, sino que alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, sin que ninguna parte o aspecto de dichos instrumentos esté, en principio, excluido del ámbito de esa función asesora.¹⁰³

Todos estos antecedentes ya detallados, ayudan a observar una tendencia de la Corte Interamericana que busca siempre el fortalecimiento de los derechos contenidos en la Convención, que por su mandato tiene el deber de proteger, y para ello ha ampliado el uso de los medios y fuentes con la finalidad de crear toda una estructura doctrinaria que le permite ir un poco más allá de los límites usuales del derecho internacional.

Esta versatilidad que se ve reflejada inclusive en la faceta consultiva de este tribunal internacional que se repite caso con caso, va generando criterios jurisprudenciales que sufren una constante evolución en aras de ofrecer una mejor y más completa protección de los derechos humanos, esto es un claro ejemplo de la progresividad de los derechos en esta materia, pero esta vez reflejada en la jurisprudencia del tribunal, permitiendo así ofrecer cierto parámetro de seguridad jurídica para las víctimas.

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de Setiembre de 1982, párrafo 14.

Este paso adelante que realiza la Corte con cada sentencia que emite va creando precedentes que ayudan en futuros casos para una mejor resolución de controversias, y por ende, ofreciendo una mejor protección de los Derechos Humanos en la región, al mismo tiempo que busca la convergencia de los distintos instrumentos de Derechos Humanos, yendo paso a paso a una eventual universalización de los sistemas de protección de estos derechos fundamentales.

Por lo tanto, esta y todas las facultades anteriormente estudiadas en esta sección, permite determinar que la Corte IDH es un tribunal dinámico, que para el ejercicio de sus funciones no requiere solamente aplicar la CADH, sino que se puede ayudar por una serie de mecanismos y tratados, para decidir sobre cuestiones distintas.

Dentro de esos mecanismos se encuentran las normas del Derecho Internacional Humanitario, las cuales, si bien no conforman la gama de tratados internacionales establecidos por el artículo 23 del Reglamento de la CIDH, pueden ser utilizados por parte de la Corte IDH, para resolver temas sobre bienes jurídicos violentados durante conflictos armados, lo cual será desarrollado más a fondo en el próximo capítulo.

Sección II: La aplicación del Derecho Internacional Humanitario y su convergencia con los Derechos Humanos.

Una vez realizado el análisis del Derecho Internacional Humanitario, los tratados de Ginebra de 1949 y las facultades de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, es de importancia desarrollar la forma en que el Derecho Internacional Humanitario puede ser aplicado y la relación que este tiene con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por consiguiente, en este capítulo se hará un análisis de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, desde los ámbitos espacial, material, persona y temporal; así como una mención tanto a la eficacia del DIH, como a los distintos órganos encargados de su aplicación, para finalizar haciendo una referencia a la posible interconexión de esta rama del Derecho Internacional con el Derecho Internacional Humanitario; en pos de alcanzar lo establecido en el tercer objetivo específico de esta investigación.

A. Los distintos ámbitos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) es el cuerpo de normas de carácter convencional, destinado a ser aplicable en los conflictos armados tanto de carácter internacional, como conflictos internos; que limita, por razones humanitarias, los métodos empleados por las partes en el conflicto y por ende protege a las personas y bienes que están afectados o pueden verse afectados por las hostilidades.

En este sentido cuenta con distintos ámbitos de aplicación los cuales han sido objeto de estudio por la preeminencia de conflictos armados de distinta índole, y de lo sucesivo en que se han presentado. Estos ámbitos de aplicación se expondrán a continuación.

1. **Ámbito de aplicación material.**

De acuerdo a la definición clásica del Derecho Internacional Humanitario (DIH) que se expuso en el capítulo anterior, este es aplicable tanto en los conflictos armados internacionales, como en los no internacionales. Sin embargo, esta situación no siempre fue así ya que al llegar al término de “conflicto armado” requirió de un desarrollo normativo y doctrinal.

En un principio, las disposiciones del DIH, se aplicaban únicamente en las circunstancias de una guerra. Lo anterior en virtud de que, en el derecho internacional clásico, la guerra era un mecanismo permitido y su reconocimiento estaba sujeto a la disposición de los estados involucrados en el conflicto. Esta situación ideológica tuvo un cambio fundamental, con la firma de los Convenios de Ginebra de 1949 puesto que el artículo 2 común en todos estos cuatro tratados precisa: “Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”.¹⁰⁴

Como se vislumbra de forma clara, cuando se elaboraron los convenios, se descartó el uso exclusivo del término guerra, y se introdujo al conflicto armado. Además, se estableció un elemento ajeno a la intencionalidad de las partes, el cual es que, de acuerdo con esta norma, ya no es necesaria que las partes reconocieran la guerra. Por lo tanto, este nuevo concepto abarca, no solo la guerra de-

¹⁰⁴ Artículo 2 Común de los Tratados de Ginebra. Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949

clarada, sino también los restantes enfrentamientos armados. Este ámbito de aplicación, fue ampliado tiempo después por el Protocolo I a los Convenios de Ginebra, el cual indicó:

3. El presente Protocolo, que completa los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra, se aplicará en las situaciones previstas en el artículo 2 común a dichos Convenios. 4. Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.¹⁰⁵

Lo indicado en este artículo amplió el espectro de las situaciones calificadas como conflicto armado internacional, ya que incorporó una categoría de conflicto denominado guerras de liberación nacional. Esta nueva categoría es definida por la doctrina de la siguiente manera: *“una guerra de liberación nacional es un conflicto en el que un pueblo, en el ejercicio de su derecho a la autodeterminación, se enfrenta a un régimen que se lo impide”*.¹⁰⁶

Por otro lado, la implementación del término de conflicto interno permitió que se pudiera expandir la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a dos partes perteneciente a un mismo estado. Esta situación se logró gracias a las disposiciones implementadas por el artículo 3 común a todos los Convenios de Ginebra (que se desarrolló en el capítulo anterior), ya que estableció un mínimo de normas aplicables a un conflicto armado de carácter interno; puesto que, con anterioridad, la única forma que había para poder otorgarle una aplicación extensiva de

¹⁰⁵ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977. Artículo 2, incisos 3) y 4).

¹⁰⁶ Juan Hernández Pastor, *“Ámbitos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario”*. Agenda Internacional Año XVI, N° 27, 2009, 141.

los términos de las normas de la guerra, era si el estado le reconocía al grupo opositor el carácter de beligerante.

Por consiguiente, se puede concluir que el Derecho Internacional Humanitario debe de ser aplicado en toda situación que pueda tener como consecuencia el sufrimiento de personas protegidas, por lo que cualquier combatiente, sea un estado o un grupo, debe tener presente estas reglas a la hora de que tenga un enfrentamiento armado con un adversario.

2. Ámbito de aplicación personal

Como se indicó en el párrafo anterior, el Derecho Internacional Humanitario vincula a todas las partes enfrentadas en un conflicto armado, por lo que es relevante prestarle atención a cada una de las partes que se puedan ver involucradas en un conflicto de esta índole y, por lo tanto, están sujetos a las normas del DIH.

a) Los Estados

Estos corresponden a los principales destinatarios de las normas del Derecho Internacional Humanitario. En la actualidad casi todos los Estados del mundo han ratificado los cuatro convenios de Ginebra de 1949. En este sentido, es importante hacer la salvedad que Costa Rica no ha sido ajena a esta tendencia. Al ser un país de tradición pacífica, el 16 de febrero del año 2012, Costa Rica se convirtió en el primer país del continente a ratificar todos los tratados internacionales concernientes al Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, dependiendo del estado, las normas pueden variar en virtud de que puede haber reservas formula-

das por estos, o tratados internacionales que todavía estén pendientes de ser ratificados. Tal es el caso de Estados Unidos e Irak, quienes no han ratificado hasta el momento los Protocolo I y II adicionales. En este sentido, solo una vez que se haya determinado las vinculaciones de los estados con el Derecho Internacional Humanitario es que puede plantearse la atribución de responsabilidad por posibles violaciones a las normas.

b) Los movimientos de liberación nacional.

Este grupo correspondería al movimiento que lucha en el ejercicio de la libre determinación de un pueblo (como se indicó en el acápite del ámbito material). Esto se vislumbra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puesto que se legitima la defensa de los pueblos, y se establece la libre determinación de los pueblos, así como su derecho a establecer su condición política: *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”*.¹⁰⁷

Asimismo, como se indicó en el acápite del ámbito material, el Protocolo I a los Convenios de Ginebra amplió este ámbito respecto a las guerras de liberación nacional, a los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera. Igualmente, continúa el Protocolo I indicando sobre los movimientos de liberación nacional que:

¹⁰⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 1

“La autoridad que represente a un pueblo empeñado contra una Alta Parte contratante en un conflicto armado del tipo mencionado en el párrafo 4 del artículo 1 podrá comprometerse a aplicar los Convenios y el presente Protocolo en relación con ese conflicto por medio de una declaración unilateral dirigida al depositario”.¹⁰⁸

Este artículo es el que establece la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en estos supuestos mencionados y tiene la particularidad de que basta la declaración unilateral de la autoridad que representa al pueblo al depositario para que se apliquen las normas del DIH; como consecuencia, el movimiento podrá comprometerse si ostenta el carácter de autoridad representativa del pueblo.

En virtud de lo anterior, queda claro que las guerras de liberación nacional constituyen un supuesto ineludible de la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario.

c) Los grupos armados organizados

Como se discutió en el capítulo anterior, los Convenios de Ginebra establecen reglas aplicables a los conflictos armados de carácter no internacional por medio del artículo 3 común.

Cabe resaltar nuevamente que las disposiciones de dicho artículo son de aplicación obligatoria para todo grupo que se constituya como parte en un conflicto armado; sin embargo, estos términos no aparecen en la redacción del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977 (en adelante Protocolo II). Este protocolo en su texto definitivo no recoge el término de “partes en

¹⁰⁸ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, Artículo 96.3

conflicto”, por lo que establece una serie de obligaciones que son aplicables únicamente al estado. Sobre esto la doctrina ha indicado lo siguiente:

“si bien el Protocolo II adicional establece un umbral de aplicabilidad superior en relación al artículo 3 común, las condiciones objetivas que establece respecto de las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, no representan una variante en relación con su capacidad para asumir compromisos internacionales”.¹⁰⁹

Respecto a lo que se debe de entender como “Grupo Armado” a nivel del derecho internacional no existe un concepto único, inclusive existe gran variedad de términos que se le acuñan a estos grupos; por ejemplo rebeldes, guerrillas y grupos insurgentes, entre otros. Pese a que se hace una mención implícita en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, no se les dedica un espacio para tratar de definir estas figuras.

De cualquier manera, resulta lógico deducir que para que algún grupo sea considerado como grupo armado dentro de un conflicto armado no internacional y como consecuencia se convierta en sujeto activo del conflicto al cual le son aplicables las normas del DIH, se requiere cierta noción de organización, pero ante la mencionada falta de unanimidad sobre qué se debe entender por grupo armado, la Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA), a cargo de las Naciones Unidas, en su manual sobre “Negociación Humanitaria con Grupos Armados: Un manual para profesionales” ofrece una definición que debe considerarse como un grupo armado, indicando que son aquellos grupos que pueden emplear las armas en el uso de la fuerza para lograr objetivos políticos, ideológicos o económicos; estos poseen una identidad de grupo y actúan en busca de alcanzar ob-

¹⁰⁹ Juan Hernández Pastor, 141

jetivos como tales; además, no están dentro de las estructuras militares de los estados, de alianzas estatales ni de organizaciones intergubernamentales y, por ende, no están bajo el control del Estado o Estados en los que operan¹¹⁰

Por lo tanto, queda claro que en este supuesto las normas del Derecho Internacional Humanitario, también son aplicables en caso de conflictos a nivel interno, e incluso una parte de este conflicto, como lo son los grupos disidentes, pueden comprometerse internacionalmente respecto a estas normas, con la excepción del Protocolo II.

d) Los movimientos de operaciones de paz

La Organización de las Naciones Unidas establece en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas lo siguiente:

“Todos los Miembros de las Naciones Unidas, con el fin de contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando éste lo solicite, y de conformidad con un convenio especial o con convenios especiales, las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales”.¹¹¹

Este artículo le otorga la facultad al Consejo de Seguridad de aplicar acciones coercitivas para el mantenimiento de la paz; sin embargo, ante la inexistencia de convenios especiales para poner a disposición del Consejo de Seguridad las fuerzas armadas, este artículo nunca ha podido ser aplicado. Esta inacción del

¹¹⁰ Gerard McHugh y Manuel Bessler, *“Humanitarian negotiations with armed groups: a manual for practitioners”*, (Naciones Unidas, enero 2006), 14-16, <https://docs.unocha.org/sites/dms/Documents/HumanitarianNegotiationswArmedGroupsManual.pdf>

¹¹¹ Carta de las Naciones Unidas, Artículo 43

Consejo de Seguridad ha tenido como consecuencia que en el caso de un conflicto armado la Naciones Unidas establezcan medidas de carácter militar, para la supervisión de los acuerdos suscritos por las partes; a estas se le denominan operaciones para el mantenimiento de la paz. Cabe destacar que, entre sus tareas, se encuentran detener las hostilidades y ayudar a crear condiciones para que prosperen los medios pacíficos de solución de conflictos.

La aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario respecto a las operaciones de mantenimiento de la paz ha generado una discusión, puesto que se ha establecido que este debe ser aplicado para los estados y no para este tipo de fuerzas. A este respecto, se desprende el siguiente criterio de la doctrina:

La tesis tradicionalmente sostenida en el ámbito de la ONU, sobre la aplicabilidad del DIH a las OMP, señalaba que las fuerzas que actuaban bajo su autoridad debían respetar los principios y el espíritu del DIH; siendo los Estados participantes los que resultaban obligados por los instrumentos que ellos mismos hubieren ratificado.¹¹²

Ante la ambigüedad de esta tesis y la convergencia de criterios, es que surge la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 1994, la cual estipula en su artículo octavo la obligación de poner en libertad al personal de las Naciones Unidas capturado o detenido. Además, dispone que, en el período que precede a la liberación, el personal sea tratado de conformidad con los principios y el espíritu de los Convenios de Ginebra de 1949. Por otro lado, en su artículo vigésimo se estipula, que nada de lo dispuesto en la Convención afectará a la aplicabilidad del derecho internacional humanitario ni de

¹¹² Felipe Henríquez Palma, “El derecho internacional humanitario y las operaciones de paz de Naciones Unidas”. 2002, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdq3n.htm> , Sección tercer, sub sección A), párrafo 3, Consultado el 29 de Noviembre de 2016.

las normas universalmente reconocidas de derechos humanos. Como se puede ver, de estas dos normas se reconoce la aplicación del Derecho Internacional Humanitario (DIH) a estas operaciones de mantenimiento de la paz; por tanto, las obligaciones jurídicas del personal militar integrante de las fuerzas de las Naciones Unidas se encuentran amparadas en las normas de DIH incorporadas en sus respectivas legislaciones nacionales y en las normas de DIH de carácter convencional.

3. **Ámbito aplicación Temporal y Espacial**

Sobre este respecto el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia en el caso del campo de detención Celibici señaló:

En lo que hace al ámbito temporal y espacial de aplicación del derecho internacional humanitario precisó que dado el carácter internacional de un conflicto por la participación de las fuerzas armadas de dos o más Estados, o por el accionar de un grupo armado en el interés de un tercer Estado, sus normas se aplican a todo el territorio de esos Estados hasta el cese total de hostilidades.¹¹³

Esta situación es relevante, especialmente por el vacío normativo que existe en estos aspectos. Por lo que en el entendido de que un conflicto armado involucra necesariamente una confrontación armada, la aplicación del Derecho Internacional Humanitario comienza con la apertura de las hostilidades y finaliza con el cese de estas; o bien cuando se haya alcanzado la paz.

¹¹³ The Prosecutor v. Zejnir Delalic, et al., Caso N° IT-96-21, J, 16-XI-1998, Tribunal Penal Internacional para la ex yugoslavia, Citado por Hortensia D.T. Gutiérrez Posse, “*La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario - los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio – la responsabilidad penal individual*”, publicado el 1 de Febrero de 2001, accesado el 20 de Noviembre de 2016. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdpfn.htm>

Por otro lado, cabe señalar que también se establecen normas aplicables de forma permanente desde el momento en que los tratados son ratificados, como por ejemplo aquellas normas que establecen la obligación de los Estados Partes a difundir los postulados establecidos para el Derecho Internacional Humanitario, así como las medidas para su aplicación.

Por otro lado, el ámbito de aplicación espacial corresponde a un aspecto básico de vinculación del Derecho Internacional Humanitario, que inicia con la actuación de las normas sobre Estados que actúen fuera de su territorio. Sobre este aspecto la doctrina ha señalado lo siguiente:

El ámbito de aplicación espacial comprende todos aquellos lugares en los cuales resulte legítimo que los beligerantes preparen o concreten sus actos de hostilidad recíproca. Deben distinguirse de los teatros de guerra que son los ámbitos en que efectivamente se realizan las hostilidades de hecho. El ámbito espacial comprende el territorio de los beligerantes incluidos los espacios marítimos y aéreos, el que estos ocupan militarmente, las tierras res nullius y el alta mar y el espacio aéreo suprayacente.¹¹⁴

Como se vislumbra, el criterio compartido por la doctrina señala que el espacio donde puede ser aplicado el DIH corresponde a todo aquel donde se puedan presentar conflictos armados. Sin embargo, esta situación es motivo de discusión, toda vez que existe una prohibición por parte de las Naciones Unidas al uso de la fuerza por parte de los estados, mientras que en las legislaciones internas existen penalizaciones para que los individuos se alcen en armas. Por lo tanto, el debate respecto al ámbito de aplicación espacial del Derecho Internacional Huma-

¹¹⁴ Haber Arbué Vignali, "El derecho internacional humanitario (*jus in bello*)". En Eduardo Jiménez de Arechaga (director). *Derecho Internacional Público*. Tomo II. (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995), 343-344. Citado por Juan Hernández Pastor, "Ámbitos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario". En *Agenda Internacional* Año XVI, N° 27, 2009, p.162.

nitario, ha ido más allá de esa definición clásica, para orientarse en el respeto y protección de todas las personas que se vean afectadas por un conflicto armado.

Todo lo anteriormente indicado, lo recoge el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia en el caso Tadic de la siguiente manera:

El derecho internacional humanitario regula la conducta de ambos tipos de conflictos armados internacionales, sean internacionales o internos. El apelante señala, de forma correcta, que para que exista una violación a este cuerpo legal debe de haber un conflicto armado. La definición de “conflicto armado” varía dependiendo de si las hostilidades son internacionales o internas pero, en contraposición al argumento del apelante, el alcance temporal y geográfico de ambos tipos de conflictos, se extiende más allá del tiempo y lugar de las hostilidades. Con respecto al ámbito temporal de referencia de los conflictos armados internacionales, cada una de las cuatro Convenciones de Ginebra, contiene referencias que indican que su aplicación se extiende más allá del cese de las confrontaciones. Por ejemplo, ambas Convenciones I y III, se aplican hasta que las personas protegidas, que hayan caído en el poder del enemigo, hayan sido liberadas y repatriadas.¹¹⁵

Como se vislumbra de lo anterior, el conflicto armado va más allá del tiempo y lugar de las hostilidades, por lo que se puede concluir que el Derecho Internacional Humanitario se encuentra siempre presente y no cesa; no es necesario un conflicto armado para su aplicación, ya que existen disposiciones de aplicación obligatoria y permanente. Por otro lado, los estados deben procurar la discusión de temas de Derecho Internacional Humanitario en la doctrina, especialmente en países de tradición pacifista como lo es Costa Rica, donde las fuentes de carácter doctrinarias son muy escasas. Hay que recordar que el mejor momento para el desarrollo del DIH corresponde a los tiempos de paz.

¹¹⁵ T. Fiscal vs. Tadic, Caso No. IT-94-1-T, Sentencia del 2 de octubre de 1995, párrafo 67, traducción nuestra del inglés de la sentencia original.

B. La eficacia del Derecho Internacional Humanitario.

Uno de los factores preponderantes para determinar la eficacia de un sistema de normas, corresponde a la capacidad de cumplimiento de sus tutelados. En este sentido, cuando se hace referencia a las normas del derecho interno, al tener los Estados mecanismos especializados en la administración de justicia, se puede decir que existe una verdadera tutela judicial efectiva. Sin embargo, al momento de analizar este tema en el derecho internacional, se puede concluir que su eficiencia dista mucho de la del Derecho Interno.

Esta situación es característica del Derecho Internacional en general, por lo que tampoco es ajeno al Derecho Internacional Humanitario (DIH). Los conflictos armados por su parte se caracterizan por la violencia generalizada y la ruptura con los regímenes jurídicos; de ahí que es difícil el cumplimiento de las normas del DIH, lo cual inevitablemente repercute en la impunidad de las transgresiones a estas normas. Esta situación ha mostrado la necesidad de fortalecer los mecanismos de eficacia de esta rama del Derecho.

1. Estados Parte

En este sentido los primeros obligados en la aplicación de este ordenamiento jurídico son los estados signatarios de los Convenios de Ginebra y sus protocolos. Son estos quienes se han comprometido en respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario, por lo que están obligados a implementar medidas para la promoción y difusión de estas normas; así como la forma de conocer sobre sus infracciones. Sin embargo, la historia ha determinado que esto no es suficien-

te, en virtud de que en muchas ocasiones quienes transgreden el Derecho Internacional son los mismo estados; por lo que se ha establecido la necesidad de ayudar externa.

2. La Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta.

El Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (el cual se desarrolló en el capítulo anterior, en adelante Protocolo I) insta una Comisión Internacional de Encuesta, a la cual le corresponde investigar cualquier infracción grave a los cuatro Convenios de Ginebra o bien al Protocolo I, además de ofrecer sus buenos oficio para retornar al respeto de las normas establecidos en dichos tratados internacionales¹¹⁶.

Esta comisión; sin embargo, es una institución independiente, no así una institución intergubernamental, lo cual corresponde a una de sus críticas más generalizadas. Este es un órgano permanente sujeto a una declaración de aceptación previa, integrada por quince miembros de alta reputación moral e imparcialidad. Mantiene un procedimiento de investigación que prevé la comparecencia de las Partes en la que deben de presentar pruebas y realizar una investigación *in loco* por parte de la Comisión. Una vez concluido este procedimiento, se presentará un informe a las Partes que contengan las conclusiones sobre los hechos y las recomendaciones que estime convenientes. A pesar de ello, como se indicó ante-

¹¹⁶ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, aprobado el 8 de junio de 1977, Artículo 90, incisos 2.c.i) y 2.c.ii).

riormente, esta comisión no ha estado exenta de críticas y una muy clara es la que indica Pastor Ridruejo:

Nótese que la Comisión no es un órgano jurisdiccional, pues no dicta sentencias vinculantes desde el punto de vista jurídico. Es, todo lo más, un órgano cuasi-jurisdiccional, que se limita a investigar los hechos y a hacer recomendaciones. Pese a la modestia de estas funciones, el Protocolo I no pudo prever el carácter automático de la competencia de la Comisión. Porque, en efecto, para que ésta pueda ejercer sus funciones es preciso que las dos partes en conflicto hayan aceptado su competencia, bien ad hoc, o por un supuesto determinado....¹¹⁷

Asimismo, aunado a la cita anterior, a pesar de estar dicha comisión instaurada desde 1991, son pocos los países que han aceptado de forma unilateral su competencia. Por lo que los mismos convenios rectores del Derecho Internacional Humanitario han tenido que prever otros mecanismos para garantizar su eficacia.

3. Potencias Protectoras

Cabe señalar que el artículo 8, común en los cuatro Convenios de Ginebra, establece funciones de ayuda y asistencia, mediante un Sistema de Potencias Protectoras; este a su letra indica lo siguiente:

“El presente Convenio será aplicado con la colaboración y bajo el control de las Potencias protectoras encargadas de salvaguardar los intereses de las Partes en conflicto. Para ello, las Potencias protectoras podrán designar, aparte de su personal diplomático o consular, a delegados de entre los propios súbditos o de entre los de otras Potencias neutrales. Estos delegados serán sometidos a la aprobación de la Potencia ante la cual hayan de efectuar su misión”.

La misión, entonces, de las potencias protectoras es facilitar el contacto de las partes en conflicto. En este sentido, se requiere que estas designen a uno o

¹¹⁷ José Antonio Pastor Ridruejo, *“Aplicación del Derecho Internacional Humanitario: Control y Sanción en caso de su violación, medidas nacionales e internacionales de implementación”*, (COD-HEM: Mayo/Junio 2001), 57.

más Estados neutrales, formalizando su designación por medio de un acuerdo suscrito por todos. Este sistema por su parte nunca funcionó, principalmente porque todas las partes deben de ponerse de acuerdo y la última vez que se aplicó fue durante la Segunda Guerra Mundial. Igualmente, esta presentaba dificultades a la hora de la designación de tales potencias y, por otro lado, las obligaciones de las partes, no estaban dispuestas claramente y eran prácticamente de carácter discrecional. Como consecuencia, el artículo 5 del Protocolo I dispuso lo siguiente: “ Si, a pesar de lo que precede, no hubiere Potencia protectora, las Partes en conflicto aceptarán sin demora el ofrecimiento que pueda hacer el Comité Internacional de la Cruz Roja o cualquier otra organización que presente todas las garantías de imparcialidad y eficacia”.¹¹⁸

Se establece entonces que le corresponde a la CICR sustituir a las potencias protectoras y brindar el sentido de humanidad al conflicto armado, además de proteger y ayudar, de forma imparcial, a las partes intervinientes en el conflicto, lo cual corresponde a su función básica existencial. En virtud de ello, tampoco se logró, por este medio, una plena efectividad del Derecho Internacional Humanitario, ya que el hecho de estar regulado, no fue suficiente para que el sistema de potencias protectoras prosperara.

¹¹⁸ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, Artículo 5 inciso 4.

4. Organización de las Naciones Unidas

Asimismo, en el sentido de la efectividad de Derecho Internacional Humanitario, el Protocolo I señala: “En situaciones de violaciones graves de los Convenios o del presente Protocolo Las Altas Partes contratantes se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y en Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.¹¹⁹

Esta disposición no es del todo clara, en cuanto al involucramiento de las Naciones Unidas durante un conflicto armado, ni al papel que debe representar. Sin embargo, en los últimos años, esta ha empezado a desempeñar

“una labor tan sui generis como decisiva en la aplicación del derecho de los conflictos armados con base en: la interacción entre los derechos humanos y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la acción humanitaria, las operaciones de paz (que a partir de ONUSAL en 1990 han incluido un componente de derechos humanos para fortalecer las capacidades de alerta temprana, de respuesta y de reconstrucción posterior a los conflictos), las sanciones económicas, etc”.¹²⁰

No obstante, hay que recordar que si bien la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado resoluciones que instan a las partes a respetar las normas del Derecho Internacional Humanitario durante un conflicto armado, estas no tienen un carácter vinculante para los estados, sino que son meras recomendaciones. Distinto es el caso del Consejo de Seguridad, el cual puede intervenir para establecer recomendaciones para reestablecer o mantener la paz a nivel internacional y, a diferencia de ella, sus dictámenes sí son vinculantes; por lo que,

¹¹⁹ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, Artículo 89.

¹²⁰ Joaquín Cáceres Brun, “*El sistema de Eficacia del Derecho Internacional Humanitario*”. Comité Internacional de la Cruz Roja. (Ginebra: 2003).18.

puede referirse en materia de DIH, por ser este una amenaza a la paz. Como lo indicó Consigli, particularmente

Durante el período de la guerra fría adoptar resoluciones de este tipo resultaba una tarea muy ardua a causa del veto. Sin embargo a partir de 1990 se pueden identificar algunas situaciones que encuadran en el concepto de imposición humanitaria: los casos de Haití y Rwanda donde sus respectivos gobiernos no autorizaron ni pidieron las acciones en su territorio, y la operación desarrollada en Somalia, donde el consentimiento del Estado era dudoso. En los tres, el Consejo de Seguridad determinó que la respectiva situación constituía una amenaza para la paz y seguridad en la región”¹²¹.

5. Corte Penal Internacional

Otro órgano que en su defecto también tendría potestad en temas de Derecho Internacional Humanitario, corresponde a la Corte Penal Internacional. La cual, de acuerdo con sus estatutos, tiene competencia “respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”.¹²² Asimismo, según la doctrina la Corte Penal Internacional cumple con los siguientes objetivos:

Hacer que los criminales de guerra comparezcan ante la justicia, especialmente cuando los Estados no tienen la disposición o la capacidad de hacerlo; instar a los Estados a investigar los crímenes y a enjuiciar a los criminales en los tribunales nacionales; contribuir a la prevención de los crímenes internacionales; y por último, de manera más general, reforzar la paz y la seguridad internacional promoviendo el imperio de la ley en países que sufren las consecuencias de conflictos y crímenes de guerra”.¹²³

¹²¹ José Alejandro Consigli, “*La Intervención Humanitaria a la luz del Derecho Internacional Actual*”, Anuario Argentino De Derecho Internacional, 172-173,

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21642.pdf>

¹²² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 8.

¹²³ Frits Kalshoven, y Liesbeth Zegveld, “*Constraints on the Waging of War*”, 223.

Sin embargo, a pesar de que la competencia de la Corte Penal Internacional resultaba prometedora para lograr la eficacia del Derecho Internacional Humanitario, esta no representa una respuesta clara a esta necesidad. Lo anterior en virtud de que su jurisdicción se limita a las violaciones del derecho más grandes. Además, tiene otra particularidad y es que las acciones penales están dirigidas hacia infractores individuales, por lo que esto no sería suficiente ante violaciones sistemáticas del Derecho Internacional Humanitario.

6. Los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos

Ante esta carencia de órganos encargados de aplicar el DIH y al ser sus mecanismos de aplicación, en cierta medida, deficientes; los organismos de Derechos Humanos han ido incorporando poco a poco el Derecho Internacional Humanitario entre sus actividades. Esto por cuanto se dan situaciones en que estos organismos, realizan actividades en zonas de conflictos armados, o bien llegan a sus jurisdicciones denuncias sobre hechos que suceden en estos lugares, donde son aplicables tanto las normas de los Derechos Humanos, como las del Derecho Internacional Humanitario. Un ejemplo de ello es el trabajo realizado por el Alto Comisionado de los Derechos Humanos, quien cuenta con oficina en Colombia y recibe denuncias tanto para violaciones de Derechos Humanos, como para violaciones al Derecho Internacional Humanitario¹²⁴.

Nuestra región, no es la excepción dado que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha debido evaluar situaciones que han puesto en peligro de-

¹²⁴ Frits Kalshoven, y Liesbeth Zegveld, "*Constraints on the Waging of War*", 235

rechos humanos, por conflictos armados en países latinoamericanos. En este sentido ha recurrido a normas de Derecho Internacional Humanitario para interpretar las normas aplicables de Derechos Humanos.

En este sentido, hizo referencia en su Informe sobre la situación de Colombia en 1999, donde analizó a todas las partes que hubiesen tenido algún involucramiento en el conflicto armado y en ese informe determinó: “La Comisión desea reiterar que el cumplimiento con las normas del derecho internacional humanitario no sólo constituye una obligación de las partes en el conflicto, sino que eventualmente contribuirá a crear un clima propicio para alcanzar la paz y la reconciliación nacional”.¹²⁵

Sin embargo, a pesar de lo que significó este logro dentro de la eficacia del Derecho Internacional Humanitario, la Comisión tuvo que reconocer sus propios límites. Es así como determinó que el hecho de decidir sobre violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario por parte de los grupos armados en Colombia, se salía de su jurisdicción. Esta situación aplica a todos los organismos intergubernamentales, ya que los limita a conocer sobre violaciones puntuales y casos individuales y su relación se limita a realizar informes respecto a este tema, y manifestarse en desacuerdo con estas violaciones.

Esta problemática es la que da lugar a que, en nuestra región, el órgano que ha tenido que ir incorporando en su jurisprudencia las disposiciones del Dere-

¹²⁵ Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* (1999), Párrafo 29.

cho Internacional Humanitario sea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual se discutirá a profundidad en el próximo capítulo.

C. La convergencia del Derecho Internacional Humanitario con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El Derecho Internacional moderno ha sido dividido tradicionalmente en dos vertientes: una de carácter sustantivo que es la que determina los derechos y deberes de los estados; y otra de carácter procesal, la cual es aplicable cuando alguno de estos ha utilizado la fuerza en sus relaciones con otro. En este sentido, en los conflictos armados operarían dos vertientes: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o simplemente Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Asimismo, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha hecho la siguiente referencia a los Derechos Humanos: “es un conjunto de normas internacionales, convencionales o consuetudinarias, en que se estipula el comportamiento y los beneficios que las personas o grupos de personas pueden esperar o exigir de los Gobiernos. Los derechos humanos son derechos inherentes a todas las personas por su condición de seres humanos”.¹²⁶

Este por su parte es aplicado en todo momento, ya sea en tiempos de paz o bien durante un conflicto armado; sin embargo, los estados pueden derogar, por razones de emergencia, ciertas normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la condición de que estas derogaciones vayan en proporción con la crisis que se esté viviendo y que su aplicación no sea indiscriminada. Cabe resal-

¹²⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja, “*Derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos*”. Consultado el 10 de Julio de 2016, https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih_didh.pdf

tar que el Derecho Internacional Humanitario es inderogable, así como ciertas normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; por ejemplo, la inviolabilidad de la vida, la prohibición de la tortura y la libertad de pensamiento, entre otros. Por otro lado, si bien el Derecho Internacional Humanitario fue definido y desarrollado en el capítulo anterior, es importante recordar que el mismo es aplicable en tiempo de un conflicto armado, sea de escala internacional o de carácter interno. Por otro lado, el Derecho Humanitario tiene por objeto proteger a las víctimas, procurando limitar los sufrimientos provocados por la guerra.

De esta forma es claro que tanto el Derecho Internacional Humanitario, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos son aplicables durante los conflictos armados; por lo que existen varias teorías sobre la convergencia de estas dos ramas del Derecho Internacional, las cuales se analizarán a continuación.

1. Tesis Integracionista

Esta tesis establece que el Derecho Internacional Humanitario (DIH) es parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Aboga por una fusión entre ambas ramas. Inclusive en cierta medida, se declara en esta tesis, que el Derecho Internacional Humanitario es la base de los Derechos Humanos. Lo anterior se desprende de lo indicado por el profesor Swinarski, que estableció:

La tesis integracionista, que preconiza la fusión del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. Para sus partidarios, el derecho humanitario no es sino una parte de los derechos humanos; sin embargo, para otros la primacía cronológica del derecho internacional humanitario - como un cuerpo de reglas internacionales que protegen al individuo- sobre

los derechos humanos demuestra que el derecho internacional humanitario, tomado en un sentido amplio, es la base de los derechos humanos.¹²⁷

A pesar de tener el DIH y los Derechos Humanos ciertas coincidencias, en virtud de que ambos pregonan la protección del ser humano; esta teoría no es del todo aceptada. En primer lugar, se establece que no explica las diferencias entre estas dos vertientes, principalmente en cuanto a principios y terminología.

Esta situación se ejemplifica con el uso del principio de proporcionalidad, abarcado en el capítulo anterior. Esto en virtud de que, para los derechos humanos, el principio de proporcionalidad puede configurarse al momento de que un agente estatal, en el ejercicio de sus funciones, tenga que utilizar la fuerza sobre un individuo para garantizar el orden (que para los derechos humanos corresponde al grado de fuerza que se vaya a utilizar). Sin embargo, para el DIH el principio de proporcionalidad es algo distinto. Si el individuo del que se refiere corresponde a un combatiente, este principio se aplica respecto a los civiles y bienes a su alrededor, ya que inclusive sobre este combatiente está permitida la utilización de fuerza letal.

Como se puede ver con este ejemplo, en estas dos ramas existe una divergencia de criterios, lo mismo puede suceder con otros términos y principios. Cabe resaltar, que en ambos ordenamientos existen términos que pueden tener significados diferentes, lo cual puede generar confusión. Por esta razón, esta posición no es tan aceptada ni difundida, ya que inclusive hay diferencias conceptuales que pueden tener razón de ser en un ordenamiento y en el otro ser incomprensible.

¹²⁷ Christophe Swinarski, "Introducción al Derecho Internacional Humanitario", 16.

2. Tesis Separatista

Por otro lado, esta corresponde a la contraposición de la anterior y establece que el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos son dos materias autónomas, separadas y disímiles; por lo que el acercamiento entre estas puede ocasionar confusión. Sobre esta tesis Golcher señala lo siguiente: “Acentúa las diferencias entre las finalidades de los sistemas de protección del DIH y de los Derechos Humanos. Uno protege al individuo víctima de un conflicto armado, cuando el orden nacional no puede brindarle una protección eficaz”.¹²⁸

Este es el sentido básico de esta teoría, ya que, en este sentido, los Derechos Humanos protegen a los individuos contra manifestaciones arbitrarias de los ordenamientos jurídicos internos; mientras que el Derecho Internacional Humanitario lo hace en el escenario de un conflicto armado, el cual se sale del alcance de la jurisdicción interna. Por lo tanto, según esta teoría, ambas ramas son ideas que se fueron desarrollando como sistemas jurídicos con objetivos distintos y con diferentes ámbitos de aplicación y protección.

Igualmente, la tesis separatista permite definir qué, a quién protege y en qué situaciones protege cada sistema. Por ejemplo, el Derecho Internacional Humanitario se extiende hacia proteger a las personas que no forman parte de las hostilidades, sean combatientes que ya no puedan participar, o bien población civil. Por otro lado, define que los Derechos Humanos se extienden a cualquier persona, por el simple hecho de existir, sin importar su afiliación.

¹²⁸ Ana Lourdes Gólcher González, “El Derecho Internacional Humanitario y su Relación con el Ordenamiento Jurídico Costarricense”, 32.

3. Tesis Complementarista

Esta por su parte es la más aceptada, ya que afirma que, si bien los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario son dos sistemas diferentes, estos se complementan. Manifiesta esta tesis que estas ramas de le Derecho Internacional son sistemas jurídicos diferentes que, a pesar de tener diferentes ámbitos de aplicación personal, mantienen una relación estrecha ya que ambas promulgan la protección del ser humano. Asimismo, en nuestra región el criterio que ha mantenido la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH) en su ejercicio es que

“Al igual que otros instrumentos universales y regionales sobre derechos humanos, la Convención Americana y los Convenios de Ginebra de 1949 comparten un núcleo común de derechos no suspendibles y el objetivo común de proteger la integridad física y la dignidad del ser humano. A pesar de que, técnicamente, los tratados sobre derechos humanos son aplicables tanto en tiempo de paz como en situaciones de conflictos armados, aunque uno de sus objetivos sea prevenir la contienda armada, ninguno de esos instrumentos de derechos humanos ha sido diseñado para regular situaciones de esa índole y, por lo tanto, no incluyen normas que rijan los medios y los métodos de los conflictos armado. Por el contrario, el Derecho internacional humanitario no se aplica por lo general en tiempo de paz, y su objetivo fundamental es restringir la contienda armada para disminuir los efectos de las hostilidades. Por lo tanto, es comprensible que las disposiciones del Derecho humanitario convencional y consuetudinario otorguen, en general, una protección mayor y más concreta para las víctimas de los conflictos armados, que las garantías enunciadas de manera más global en la Convención Americana y en otros instrumentos sobre derechos humanos. Por otra parte, es precisamente en situaciones de conflicto armado interno que esas dos ramas del Derecho internacional convergen de manera más precisa y se refuerzan recíprocamente”.¹²⁹

Como se vislumbra, la CIDH es clara en indicar que, si bien tanto los Derechos Humanos como el DIH son materias de distinta índole, tienen un mismo obje-

¹²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 55/97 Caso 11.137. Juan Carlos Abella vs. Argentina, del 18 de noviembre de 1997.

tivo y por consiguiente un mismo núcleo de derechos que proteger; por lo que convergen y se complementan cuando ocurre un conflicto armado. Es por esta razón que la doctrina establece a esta teoría como la correcta, ya que, si bien ambas vertientes distan en su ámbito de aplicación (puesto que el Derecho Internacional Humanitario es un derecho de excepción y urgencia que es aplicable para conflictos armados y los derechos humanos se aplican en tiempos de paz), poseen principios comunes que son aplicables en todo momento; por ejemplo, los principios de inviolabilidad y no discriminación.

Capítulo III: El Derecho Internacional Humanitario en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Conforme se acercan las etapas finales de esta investigación, se inicia el análisis de las secciones más importantes de la misma, en la cual se señalarán directamente los usos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos le ha dado al Derecho Internacional Humanitario y los alcances del mismo.

Hace no muchos años esta discusión habría sido resuelta con facilidad y contundencia, ya que en cuanto al ámbito del Derecho Internacional Público se le consideraban al Derecho Internacional de Derechos Humanos (en adelante Derechos Humanos) y al Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) como ramas completamente autónomas e independientes, y como tales era insólito pensar que un tribunal internacional de alguna de estas ramas utilizara principios o

normativa de la otra para resolver y sancionar violaciones de derechos y, por ende, establecer reparaciones.

El panorama actual es un tanto diferente; aunque quizás en la teoría y en las casas de enseñanza se mantenga esa posición de mantener alejadas estas ramas, la realidad es otra, ya que en el ámbito de Derechos Humanos existe una interrelación entre todas sus ramas, misma que es clara al conocer y entender la evolución de los Derechos Humanos, tanto en su etapa de codificación, como también en la práctica mediante las sentencias de los tribunales internacionales destinados a reconocer estos derechos y moldeando un nuevo enfoque dirigido a crear un ámbito de protección en situaciones de anormalidad, en los cuales la diferenciación se atenúa aún más, ya que se aplican simultáneamente las normas de DIH y de Derechos humanos, concretamente en Latinoamérica, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH o simplemente la Convención).

El hecho extraordinario dentro del DIH que motiva esa necesidad de protección es el conflicto armado, el cual no impide ni excluye de ninguna manera la aplicación de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; o explicado de otra manera, la existencia de un conflicto armado no suspende la aplicación de las normas de Derechos Humanos.

A su vez se encuentra otro punto de convergencia entre los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en el objeto de la protección que persigue, el cual se trata de la población civil. Aunado a esto hay que tomar en cuenta el carácter progresivo de los Derechos Humanos, este ambiente va crean-

do poco a poco más puntos de unión entre las diferentes ramas de Derechos humanos, dirigiéndose a una necesaria posición de integración, en lugar de separación en procura de ampliar la esfera de protección.

Habiendo ya establecido esta interrelación entre estas ramas del derecho internacional, queda demostrada la pertinencia del presente trabajo, en los párrafos siguientes se demostrará como esta tendencia integracionista se ha ido trasladando al ámbito de la práctica estudiando diversas sentencias emitidas por la Corte IDH que han aplicado de manera sistemática normas y principios de DIH como medio de interpretación del Pacto de San José con otros tratados internacionales del Derecho Humanos, representando este cambio jurisprudencial.

Iniciando este estudio con el caso Las Palmeras, en la cual la sentencia de excepciones preliminares emitida el 4 de Febrero del año 2000 es de los primeros acercamientos que la Corte IDH tiene con el Derecho Internacional Humanitario.

En esta sentencia se decide sobre los límites de competencia que el tribunal posee para condenar o no violaciones al artículo tercero común de los Convenios de Ginebra alegados por la Comisión, el cual tuvo un desenlace directo al rechazar por completo la posición de la CIDH que abogaba por una ampliación de la competencia de la Corte que le permitiera conocer y aplicar directamente las normas de los Convenios de Ginebra. Sin embargo, la Corte resolvió esta discusión de manera sencilla aplicando el denominado principio de competencias de atribución, este principio trata, muy sucintamente, de que las organizaciones internacionales únicamente están facultadas para hacer lo que expresamente les haya sido atribuido por los estados parte del tratado.

Dicha sentencia será estudiada a profundidad líneas adelante; sin embargo, vale la pena mencionarla en este momento ya que representa el inicio de este estudio, el cual uno de sus objetivos es ubicar dentro de la amplia gama de decisiones emitidas por la Corte Interamericana cuales utilizaron de alguna u otra manera normas de DIH, así como estudiar la posición que esta tomó en un inicio, y que comparándola con futuras sentencias, sirve como marco de referencia para identificar variaciones en los criterios de la Corte a favor o no de la aplicación del DIH al momento de resolver los casos que son de su conocimiento.

Sección I: La capacidad de la Corte Interamericana para aplicar las normas del Derecho Internacional Humanitario.

Como se indicó en el capítulo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha señalado que, respecto a su función contenciosa, le corresponde aplicar únicamente los postulados de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH o la Convención). Así lo precisó este órgano en el caso de la Masacre Plan de Sánchez: “la Corte hace notar que en materia contenciosa sólo tiene competencia para declarar violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos del sistema interamericano de protección de derechos humanos que así se la confieren”.¹³⁰

¹³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre Plan de Sánchez, Sentencia de 29 de abril de 2004, Serie C N° 105, párrafo 51.

Esta concepción clásica ha ido variando y se ha ido desarrollando con el tiempo. En la actualidad, la Corte IDH ha indicado que “al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.¹³¹

La teoría constitucional de los Estados Unidos, acuñó el término *Living Convention*, en el que se infiere que el texto jurídico corresponde a algo viviente y cambiante a través del tiempo por medio de la actividad jurisdiccional. Por lo tanto, la Corte IDH, basándose en ese término, señaló que la Convención y los tratados internacionales de Derechos Humanos, son instrumentos vivos que requieren una interpretación evolutiva. Al respecto ha indicado la doctrina: “El concepto de *living Convention* puede ser adecuado para referirse a los casos en que la Corte actualiza el derecho a las necesidades de protección de los derechos humanos del momento de aplicación”.¹³²

Asimismo, este concepto adquiere vigencia dado que, según indicó el juez Sergio García Ramírez, la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido que explorar el alcance de muchos derechos y libertades contenidos en la Convención. Lo anterior permite un ejercicio de relectura de textos, que permite mantener al día la tute-

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 83.

¹³² Malarino, Ezequiel. *Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de La Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Montevideo: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, 2010), 34.

la de los derechos, y responde a las novedades que se pueden presentar en los casos puestos ante la jurisdicción de la Corte.¹³³

Por otro lado, el juez Antonio Cançado Trindade precisó que el ejercicio de una interacción interpretativa entre distintos instrumentos internacionales de protección internacional de los derechos de la persona humana lo convalida el artículo 29 inciso b) de la Convención Americana. Lo anterior con la salvedad de que existe una distancia entre este ejercicio de interpretación, y la aplicación de la normativa internacional de protección de los derechos de la persona humana, ya que la Corte se encuentra avalada para interpretar y aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos solamente.¹³⁴

Por consiguiente, se puede concluir que la Convención Americana de Derechos Humanos, no es ajena a las tendencias del Derecho Internacional actual, ni al principio de progresividad de los Derechos Humanos, ya que no es un instrumento estático. Como queda claro entonces, la Corte Interamericana puede contextualizar y darles contenido a las normas de la Convención, por medio de otras normas entre las cuales podrían estar los Convenios de Ginebra de 1949, lo cual será discutido y expuesto con mayor profundidad a continuación.

¹³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile* del 19 de septiembre de 2006, Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo 1.

¹³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Las Palmeras vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, Párrafo 5.

A. El alcance interpretativo y la capacidad de la Corte de aplicar normas provenientes del Derecho Internacional Humanitario.

La capacidad y la posibilidad de la Corte IDH para aplicar las normas que conforman el DIH, o bien el alcance en que estas puedan ser aplicadas, ha sido tema de discusión por parte de la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la construcción jurisprudencial del sistema. Es a través de varias sentencias, que la Corte IDH ha ido delineando su postura al respecto, hasta llegar a tener el criterio que en la actualidad mantiene.

El primer órgano perteneciente al Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos en analizar los postulados del DIH y utilizarlos en sus decisiones fue la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el caso “La Tablada vs. Argentina”. Esta situación se presentó en el año de 1989, donde hubo un intento de ocupación de un cuartel del ejército argentino, por parte de miembros del Movimiento Todos por la Patria (MPT). De este enfrentamiento resultaron muertos 32 guerrilleros, 9 militares y 2 policías. Cabe señalar que luego que el ataque fue controlado por el ejército argentino en un enfrentamiento armado que duró treinta horas; todos los sobrevivientes del MPT fueron torturados. Posteriormente, cinco personas fueron detenidas por el ataque, y dos más se entregaron voluntariamente, siendo estos siete igualmente torturados.

El caso fue llevado a observación de la CIDH, la cual indicó que, con anterioridad a referirse sobre los reclamos de los peticionarios, debía determinar si los hechos eran considerados como un conflicto armado a nivel interno. Para tal fin, la

CIDH utiliza el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, haciendo referencia a las características que ahí se incluyen, con la finalidad de determinar la existencia o no de un conflicto armado no internacional. En este sentido manifestó lo siguiente:

“Los hechos acaecidos en el cuartel de La Tablada se diferencian de las situaciones mencionadas, porque las acciones emprendidas por los atacantes fueron actos hostiles concertados, de los cuales participaron directamente fuerzas armadas del gobierno, y por la naturaleza y grado de violencia de los hechos en cuestión. Más concretamente, los incursores participaron en un ataque armado que fue cuidadosamente planificado, coordinado y ejecutado, v.gr. una operación militar contra un objetivo militar característico: un cuartel. (...) Por lo tanto, la Comisión concluye que el choque violento entre los atacantes y los miembros de las fuerzas armadas argentinas, a pesar de su corta duración, activó la aplicación de las disposiciones del artículo 3 común, así como de otras normas relevantes para la conducción de conflictos internos”.¹³⁵

Luego de esto, la CIDH estableció las diferencias y convergencias entre el DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para terminar indicando que el punto máximo donde estas dos ramas convergen corresponde a los conflictos armados de escala no internacional. En este sentido señaló:

Tanto el artículo 3 común como el artículo 4 de la Convención Americana, protegen el derecho a la vida y, en consecuencia, prohíben, inter alia, las ejecuciones sumarias en cualquier circunstancia. Las denuncias que aleguen privaciones arbitrarias del derecho a la vida, atribuibles a agentes del Estado, están claramente dentro de la competencia de la Comisión. Sin embargo, la competencia de ésta para resolver denuncias sobre violaciones al derecho no suspendible a la vida que surjan de un conflicto armado, podría encontrarse limitada si se fundara únicamente en el Artículo 4 de la Convención Americana. Esto obedece a que la Convención Americana no contiene disposiciones que definan o distingan a los civiles de los combatientes, y otros objetivos militares ni, mucho menos, que especifiquen cuándo un civil puede ser objeto de ataque legítimo o cuándo las bajas civiles son una consecuencia legítima de operaciones militares. Por consiguiente, la Comisión debe necesariamente referirse y aplicar estándares y reglas pertinentes del Derecho humanitario, como fuentes de interpretación autori-

¹³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso 11.137, no. 55/97, Párrafos 152 y 155.

zadas al resolver ésta y otras denuncias similares que aleguen la violación de la Convención Americana en situaciones de combate.¹³⁶

Como se vislumbra, siendo un primer acercamiento al respecto, la CIDH utiliza el DIH, para contextualizar y orientar su respuesta, y como un parámetro de decisión; ya que finalmente se refiere a violaciones de normas de la CADH. Se concluye que al tutelar tanto los Derechos Humanos y el DIH, cuestiones referentes a la dignidad humana y bienes jurídicos como la vida y la integridad, ambas ramas se complementan, por lo que el DIH puede servir como un criterio de interpretación.

Por otro lado, el primer caso en que la Corte IDH se refirió sobre su competencia para aplicar el DIH se dio en el “Caso Las Palmeras vs. Colombia”. En el año 1991, el comandante del Departamento Policial de Putumayo, ordenó un ataque en la localidad de Las Palmeras, apoyado por miembros del ejército. En este operativo resultó herido un niño que se dirigía a la escuela y detuvieron a siete personas, las cuales fueron ejecutadas extrajudicialmente. Para justificar este actuar, los policías vistieron a sus víctimas de guerrilleros y amedrentaron a testigos. En razón de lo anterior la CIDH solicitó, cuando hizo su denuncia a la Corte IDH, que se declarara la violación a varias normas dentro de las que se incluían el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Ante esto, el Estado colombiano, interpuso una excepción preliminar donde indicaba que la Corte IDH no tenía competencia para aplicar las normas del DIH.

¹³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.137, no. 55/97, Párrafo 161.

Sobre esto la Corte IDH aclaró que “el procedimiento iniciado en casos contenciosos ante la Comisión que culmine en una demanda ante la Corte, debe referirse precisamente a los derechos protegidos por dicha Convención”¹³⁷. Por lo tanto, la Corte IDH dio a entender en este primer momento que la competencia *ratione materiae*, era exclusiva de las normas contenidas en la CADH, por lo que no podía conocer de otras convenciones, salvo que estas así lo indicaran. Si bien en este momento, la Corte desestimó el argumento de la CIDH en el caso “La Tablada”, y acogió la excepción interpuesta por Colombia, teniendo esto como consecuencia que no se aplicaran las normas del DIH en la sentencia de fondo, este pronunciamiento recibe una mención especial, por cuanto constituye un primer antecedente.

Por otro lado, la Corte IDH mantuvo un criterio similar en el caso de “La Masacre de Mapiripán vs. Colombia”. En este caso, el ejército colombiano permitió el traslado de las Autodefensas Unidas de Colombia al municipio de Mapiripán, para un presunto ataque a colaboradores de la guerrilla. Durante cinco días estuvieron buscando a estos presuntos colaboradores y en el camino torturaban y asesinaban a los pobladores, eliminando así a los testigos de esta masacre. Si bien la Comisión no menciona el DIH, es la misma Corte la que hace referencia a esta rama del Derecho Internacional para contextualizar el conflicto armado. Además de eso, va más allá y determina el alcance de esta al indicar:

“Si bien es claro que la atribución de responsabilidad internacional bajo las normas de Derecho Internacional Humanitario no puede ser declarada, como tal, por este Tribunal, dichas normas son útiles para la interpretación

¹³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Las Palmeras vs. Colombia, Sentencia de 4 de febrero de 2000 (Excepciones Preliminares), Párrafo 34.

de la Convención, al establecer la responsabilidad estatal y otros aspectos de las violaciones alegadas en el presente caso”.¹³⁸

Como se vislumbra, si bien en este caso la Corte IDH tampoco manifiesta que puede aplicar las normas del DIH, es enfática en que lo puede utilizar como un medio para interpretar la CADH. Este fragmento citado es de vital importancia para el desarrollo jurisprudencial, ya que la Corte da a entender que existe una relación intrínseca entre las normas del DIH y los Derechos Humanos.

Otro caso de importancia para este análisis corresponde al de la “Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”, en el cual se discutió la desaparición forzada de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano, por parte de militares integrantes del Batallón Atlacatl del Ejército salvadoreño durante un operativo militar conocido como “Operación Limpieza”. Cabe resaltar que la madre de las niñas, interpuso una serie de recursos a fin de poder volver a ver a sus hijas. Sin embargo, eso fue imposible ya que no se realizaron mayores investigaciones, ni se sancionó a los responsables.

En este respecto el Estado salvadoreño interpuso la excepción de incompetencia *ratione materiae*, manifestando que la situación acontecida a las hermanas Serrano Cruz sucedió en un estado de excepción donde la normativa aplicable era la del Derecho Internacional Humanitario. Igualmente, señaló que estas ramas se han desarrollado de forma independiente y figuran en tratados diferentes, por lo que al darse la situación de las hermanas Serrano Cruz en tiempo de guerra, se

¹³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia., Sentencia del 15 de Septiembre del 2005, Párrafo 115.

pueden suspender las disposiciones de la CADH, ya que esta es aplicable en tiempos de paz.

En este sentido, la Corte IDH desestimó esta excepción ya que manifestó, primeramente, que existe una complementariedad entre las normas de los derechos humanos y las del DIH, al indicar que ambas ramas del derecho internacional público se hacen presentes en el escenario de un conflicto armado, por lo que existe una convergencia entre ellas. Además, de forma más expresa, el máximo tribunal señaló:

La Corte ha establecido claramente que tiene la facultad de interpretar las normas de la Convención Americana a luz de otros tratados internacionales, para lo cual en reiteradas oportunidades ha utilizado normas de otros tratados de derechos humanos ratificadas por el Estado demandado, para dar contenido y alcance a la normativa de la Convención. En este sentido, este Tribunal en su jurisprudencia constante ha resuelto que “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con este sistema dentro del cual se inscribe. (...) Estos parámetros permiten a la Corte utilizar las normas del Derecho Internacional Humanitario, ratificadas por el Estado demandado, para dar contenido y alcance a las normas de la Convención Americana.”¹³⁹

En esta sentencia se da un paso importante, ya que si bien el Estado pretendía que la Corte declarara que no podía conocer de casos que sucedieran en un conflicto armado, sucedió todo lo contrario. La Corte IDH no solo desestima la excepción, sino que reafirma que puede conocer sobre violaciones de derechos humanos que sucedan en conflictos armados a nivel interno, utilizando para ello las normas del DIH para darle alcance y contenido a la CADH.

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Sentencia de 23 de noviembre de 2004 (Excepciones Preliminares), Párrafo 119.

El juez Antonio Cançado Trindade, si bien mantiene el mismo criterio de la Corte IDH en esta sentencia, razona diferente la convergencia entre los Derechos Humanos, ya que va más allá y dice:

El carácter imperativo del artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario ha recibido reconocimiento judicial. A mi juicio, esta disposición, juntamente con las referentes a las garantías fundamentales de los Protocolos Adicionales I (artículo 75) y II (artículos 4-6) de 1977 a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario, sumadas a las disposiciones referentes a los derechos inderogables de los tratados de derechos humanos como la Convención Americana, pertenecen en nuestros días al dominio del *jus cogens* internacional.¹⁴⁰

Mismo criterio mantiene en su voto razonado en el caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, donde indicó:

No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *jus cogens*), y acarrear obligaciones *erga omnes* de protección.¹⁴¹

Cabe resaltar que el concepto de *jus cogens* es de vital importancia para esta investigación, puesto que se encuentra contemplado en la normativa internacional y se establece de la siguiente forma:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo

¹⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Sentencia de 23 de noviembre de 2004 (Excepciones Preliminares), Voto disidente del Juez A.A. Cançado Trindade, Párrafo 40.

¹⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia del 31 de Enero del 2006, Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, Párrafo 64.

en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.¹⁴²

Es relevante analizar este concepto, puesto que las normas atinentes al Derecho Internacional Humanitario deben ser consideradas como imperativas y de acatamiento obligatorio por parte de los Estados y de esta forma, pueden ser tomadas en cuenta por la Corte IDH, a la hora de contextualizar una denuncia que llegue a su conocimiento, por una transgresión de derechos humanos como consecuencia de un conflicto armado.

Este concepto también fue expuesto por el juez Sergio García Ramírez, quien indicó que las normas del DIH pueden ser tomadas en cuenta para la interpretación de la CADH, por lo que no se aplica directamente el artículo 3 común directamente, sino que le sirve para darle sentido a una norma que el tribunal debe aplicar directamente. Además, el mismo juez García Ramírez manifestó: “La Corte puede ir más lejos en su apreciación de este tema, aun cuando no se le requiriese en los términos estrictos de la demanda, y observar la presencia de normas de jus cogens”¹⁴³.

Hay que aclarar que, si bien se está haciendo referencia a votos razonados, que no corresponden a la postura oficial de la Corte IDH, estos son muy útiles para dimensionar y poner en relieve toda la información a la que se ha referido en esta sección. Dicho lo anterior, es importante indicar que si bien durante el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, se ha ido admitiendo las normas del DIH como un criterio de interpretación, en virtud de ello se ha desestimado la ex-

¹⁴² Convención de Viena sobre los Tratados, Artículo 53.

¹⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile* del 19 de septiembre de 2006, Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, Párrafo 25.

cepción de falta de competencia en razón de la materia; tomando en consideración el criterio de estos dos jueces citados por medio de sus votos disidentes, la Corte IDH ni siquiera debería de razonar si puede aplicar o no estas normas, ya que son inderogables, y una vez aceptadas son de aplicación imperativa para los Estados.

Por lo tanto, la Corte debería de ser capaz de utilizar el DIH como criterio de interpretación, no solamente cuando se le solicita que así lo haga, ni referirse a ello cuando se le oponga una excepción, sino que formaría de entre sus facultades servirse del DIH cuando así lo convenga, simple y llanamente por la naturaleza imperativa de sus normas.

Sección II: Análisis detallado del criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tres casos que fueron consecuencia de conflictos armados.

A continuación, se procederá a realizar un análisis de los casos presentados ante la Corte IDH y resueltos por la misma que reflejan de mejor manera la influencia que ha ejercido el Derecho Internacional Humanitario en la jurisprudencia de dicho tribunal internacional, y de cómo estas sentencias sientan las bases de lo que podría ser un cambio revolucionario en la defensa de los Derechos Humanos al ampliar el rango de protección que ejerce la Corte IDH sobre los principios y derechos contenidos en la Convención Americana. Las sentencias elegidas para este estudio son las siguientes:

1. El Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. La importancia de esta sentencia radica en que la Corte IDH para analizar los hechos particulares de este caso realiza una contextualización de la situación vivida en el Estado colombiano y determina la misma como un conflicto armado, a partir de esto comienza un valioso análisis desde la perspectiva del DIH y determina la existencia de violaciones cometidas contra derechos contenidos y protegidos en la CADH.
2. El Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. De esta sentencia en particular, lo relevante es que la Corte IDH explora conceptos y principios propios del DIH de manera explícita e incluso se aventura a estudiar los principios básicos de dicha materia con el fin de determinar la existencia de alguna violación a la Convención Americana y eventualmente ser generadores de responsabilidad internacional.
3. Caso Cruz Sanchez y Otros vs. Perú, al igual que el caso de la Masacre de Mapiripán, la Corte IDH reconoce la existencia de un Conflicto Armado en Perú que se extendió aproximadamente entre la década de 1980 y hasta finales del año 2000, esta consideración realizada por el tribunal internacional condiciona el análisis de todos los hechos que fueron sometidos a estudio y de las potenciales violaciones según lo que establece el DIH; entre ellos, el Derecho a la Vida valora el Uso de la Fuerza ejercido por el Estado, y de igual manera estudia a profundidad el Principio de Distinción.

Cabe resaltar que dos de las sentencias a estudio son de emisión muy reciente, ya que se tratan de resoluciones del 2012 y 2015, lo que fortalece la idea

de que la utilización del DIH al momento de establecer responsabilidad internacional es una tendencia jurisprudencial fuerte y que está muy presente en la actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

B. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 septiembre del 2005.

Este caso en particular es valioso y de importancia, ya que se realiza una contextualización de la situación del Estado colombiano, propias del conflicto armado que se viene desarrollando en dicho país en los últimos sesenta años. La relevancia de este caso se debe a que la Corte IDH hace referencia a normas provenientes del DIH, para contextualizar e interpretar varios aspectos que sucedieron en esta denuncia planteada a la Corte. Si bien en la Sección Primera de este capítulo se hizo referencia a los hechos de este caso, estos se mencionaron muy sucintamente, por lo que, para una mayor comprensión de este caso, se hará referencia con un mayor detalle.

Los hechos de este proceso iniciaron el 12 de Julio de 1997 cuando un grupo de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) aterrizaron en el aeropuerto de San José de Guavaire en vuelos irregulares y fueron recogidos por miembros del ejército sin exigirles ningún tipo de control, por lo que ni siquiera se elaboró un registro de la llegada de dichos vuelos, como si se tratará de alguna operación militar. El ejército colombiano facilitó el transporte de paramilitares hasta

la localidad de Mapiripán, transportándolos inclusive en vehículos comúnmente utilizados por el mismo ejército.

El 15 de julio más de cien hombres armados rodearon la localidad por vía terrestre y fluvial, los mismos utilizaban prendas de uso de exclusivo de las fuerzas militares, así como armas de corto y largo alcance cuyo uso era de monopolio del Estado. Una vez que tomaron control del pueblo, comunicaciones y oficinas públicas y procedieron a intimidar a sus habitantes, inclusive un grupo de la población fue torturado y asesinado.

La fuerza pública llegó a Mapiripán el 22 de julio de 1997, después de concluida la masacre y con posterioridad a la llegada de los medios de comunicación cuando los paramilitares ya habían destruido gran parte de la evidencia física. A pesar de los recursos interpuestos no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables.

Finalmente, si bien no fue posible determinar el número de personas detenidas, torturadas y ejecutadas o desaparecidas, esto en parte por las medidas tomadas por los paramilitares al momento de deshacerse de los cuerpos y por la inactividad y eventual intervención tardía del ejército y fuerza pública, la cifra que se ha reconocido oficialmente fue de al menos 49 personas.

1. Consideraciones de la Corte para determinar la responsabilidad estatal.

Al realizar el análisis del presente caso y para establecer la responsabilidad del Estado colombiano, la Corte IDH utiliza distintos argumentos que le amplían el

marco de normativo a utilizar, haciendo una especial referencia a los Convenios de Ginebra. Al momento de establecer la responsabilidad estatal de Colombia, la Corte inicia su análisis indicando que “la misma Convención Americana hace expresa referencia a las normas del derecho internacional general para su interpretación y aplicación”.¹⁴⁴

Esta primera acotación de la Corte IDH sirve para dejar claro que al momento en que se analizan las denuncias puestas ante su conocimiento, en el proceso para determinar la posible violación de los derechos consagrados en la CADH entran en consideración otras valoraciones como lo son las normas y principios generales del derecho internacional, así como otros tratados.

Teniendo establecido este criterio, y de acuerdo a lo indicado en la sección primera de este capítulo, la Corte concluyó que el Estado violó sus deberes de protección a la población civil, obligación derivada del DIH, “en particular el artículo tercero común de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y las normas del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a las protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II)”.¹⁴⁵

Estos deberes versan sobre obligaciones positivas de impedir que terceros perpetren violaciones contra dichas personas protegidas, en este caso la población civil de la zona de Mapiripán. La relevancia de esta decisión de la Corte IDH

¹⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia del 15 de septiembre del 2005, Párrafo 107.

¹⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia del 15 de septiembre del 2005, Párrafo 114.

trata en que, por primera vez dentro de su jurisprudencia, se estimó que una norma de los Convenios de Ginebra, el Protocolo II podía servir como fuente de interpretación para poder determinar la responsabilidad internacional de un Estado. Además, la Corte IDH precisó que la bifurcación entre los Derechos Humanos y el DIH en este caso, se encuentra en los derechos especiales de protección estatal frente al accionar de grupos armados ilegales. Además, esta decisión como tal crea un precedente para las futuras denuncias, como las que se harán referencia posteriormente en esta sección. Igualmente, dentro de las valoraciones que realiza el tribunal al momento de establecer la responsabilidad del estado basadas en dicha normativa, cita a la Corte Constitucional de Colombia, la cual por su parte indicó:

[E]l artículo 4º del [Protocolo II] no sólo ordena una protección general a los no combatientes sino que, en desarrollo al artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949, consagra una serie de prohibiciones absolutas, que pueden ser consideradas el núcleo esencial de las garantías brindadas por el derecho internacional humanitario. [...] el principio de distinción entre población combatiente y no combatiente tiene consecuencias fundamentales. Así, en primer término, tal y como lo señala la regla de inmunidad del artículo 13 [del Protocolo II], las partes tienen la obligación general de proteger a la población civil contra los peligros procedentes de las operaciones militares. De ello se desprende, como señala el numeral 2º de este artículo, que esta población, como tal, no puede ser objeto de ataques militares, y quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla. Además, esta protección general de la población civil contra los peligros de la guerra implica también que no es conforme al derecho internacional humanitario que una de las partes involucre en el conflicto armado a esta población, puesto que de esa manera la convierte en actor del mismo, con lo cual la estaría exponiendo a los ataques militares por la otra parte. [...] Independientemente de la situación jurídica de normalidad o anormalidad política, la sociedad civil víctima de la confrontación armada debe ser protegida por parte del Estado.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225/95 emitida el 18 de mayo de 1995, párrafos 35 y 30.

Dicha norma internacional se encontraba vigente para Colombia al momento de los hechos y ya la jurisprudencia nacional se había referido al respecto de ella. Es decir, han sido declaradas por la Corte Constitucional de Colombia como normas de *jus cogens*, que forman parte del “bloque de constitucionalidad” colombiano y que son obligatorias para los Estados y para todos los actores armados, estatales o no estatales, que participen en un conflicto armado.

2. Respeto a las violaciones de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal.

Sobre este respecto, el estado de Colombia reconoce expresamente ser responsable internacionalmente por la violación de los artículos 4, 5 y 7 de la Convención; sin embargo, dicho reconocimiento es limitado en el tanto le exige a la Corte que determine quienes son las víctimas de la vulneración de estos derechos. Es decir, le pide al tribunal internacional indicar si todas las personas desaparecidas y ejecutadas que fueron víctimas de violaciones a los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, debían de ser debidamente identificadas, esto por cuanto el Estado pretendía limitar el número de víctimas a solamente doce, sin embargo, la Corte comprobó que se trataba de al menos 49 personas.

Dado el contexto social colombiano, correspondiente a un conflicto armado no internacional de alta intensidad, en correlación con los hechos del caso, y con el relato de varios testigos que encontraron cadáveres en condiciones deplorables; le permitieron a la Corte concluir que, antes de ser ejecutadas, las víctimas fueron

privadas arbitrariamente de su libertad y objeto de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Inclusive, la situación de que existiera una dificultad para la identificación de las víctimas se convierte, a juicio de la Corte, en uno de los elementos trascendentales para evaluar la falta de efectividad de las investigaciones y el proceso interno en el presente caso. A su vez, la Corte indicó que “una de las condiciones para garantizar efectivamente el derecho a la vida se refleja necesariamente en el deber de investigar las afectaciones a ese derecho”¹⁴⁷.

Por lo tanto, la obligación de investigar los casos de violaciones al derecho a la vida constituye un elemento central al momento de determinar la responsabilidad estatal en el presente caso. En consecuencia, y en los términos del reconocimiento de responsabilidad estatal, la Corte considera que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal y a la vida, consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2, 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de cierto número de víctimas – que el propio Estado mencionó que era aproximadamente cuarenta y nueve.

3. La vulneración a los Derechos del Niño (Art 19 CADH)

En el presente caso, los representantes del Estado no aceptaron que se incurriera en una violación a los derechos de los niños. No obstante, posteriormente, se comprobó que sí existieron niños que fueron ejecutados durante esta masacre,

¹⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia del 15 de Septiembre del 2005, Párrafo 137.

otros que presenciaron dichos actos y cientos más que fueron víctimas del desplazamiento forzado que estos hechos provocaron.

Cabe señalar que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual es relativo a los Derechos del Niño, establece que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. La Corte IDH ha ahondado al respecto de este tema y su principal desarrollo se puede observar en el Caso de los “Niños de la Calle” Villagrán Morales vs. Guatemala, en el cual la Corte IDH realiza una referencia directa a un instrumento extra convencional como lo es la Convención de Derechos del Niño y lo atrae al fuero de protección de la CADH:

“188. El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como “niño”. Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.¹⁴⁸

En este orden de ideas, la Corte comprendió que al momento de definir el contenido y los alcances de este artículo de la Convención, debía tomar en consideración los postulados del DIH de la siguiente manera:

El contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, en casos como el presente, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular de sus artículos 6, 37, 38 y 39, y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar. Aunado a lo anterior, en aplicación

¹⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala, Sentencia del 19 de noviembre de 1999 (Fondo), Párrafo 188

del artículo 29 de la Convención, es considerable lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia.¹⁴⁹

Siguiendo esta misma línea de una interpretación, la Corte toma en consideración lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Colombiana, y para ello cita nuevamente un pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia que señala:

“El numeral 3º del artículo 4º del [Protocolo II] confiere un tratamiento privilegiado a los niños, con el fin de darles el cuidado y la ayuda que éstos necesitan, sobre todo en relación con la educación y la unidad familiar. Igualmente se señala que los menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades. La Corte considera que esa protección especial a los niños armoniza plenamente con la Constitución, puesto que no sólo ellos se encuentran en situación de debilidad manifiesta (CP art. 13) frente a los conflictos armados sino que, además, la Carta confiere prevalencia a los derechos de los niños (CP art. 44) [...]”.¹⁵⁰

Igualmente, se destacan las obligaciones impuestas por la Convención sobre los Derechos del Niño, las cuales, según se observó, forman parte de todo un grupo de normas que se vuelven de acatamiento obligatorio al tratarse de la protección especial que se debe brindar a los menores de edad, y de las obligaciones que se deben cumplir al tratarse de situaciones excepcionales como como lo es el conflicto armado. Entre estas obligaciones se destaca que los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del Derecho Internacional Humanitario que sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño; para que de conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los

¹⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia del 15 de septiembre del 2005, Párrafo 153. Citando al Caso Villagrán Morales y Otros, Sentencia del 19 de noviembre de 1999 (Fondo), párrafo 194.

¹⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225/95 del 18 de mayo de 1995, párrafo 37.

conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.¹⁵¹

Finalmente, la Corte entra a valorar las circunstancias específicas a las que fueron sometidos los niños en esta masacre, ya que algunos quedaron huérfanos, otros desplazados, e inclusive hubo víctimas directas de agresiones físicas y psicológicas. Todo esto evidencia la condición especial de vulnerabilidad que acarrea ser un menor de edad en un conflicto armado, ya que se trata de los individuos que suelen ser los menos preparados para responder o adaptarse a dicha situación.

Es por todo lo anteriormente expuesto, que la Corte IDH establece que la obligación del Estado de respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción, lo cual presenta modalidades especiales en el caso de los niños y niñas y se transforma en una obligación de “prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél”.¹⁵²

4. Respeto al desplazamiento interno

Sobre esto, es importante indicar que el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus incisos 1 y 4, establece que:

“1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. (...) 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso

¹⁵¹ Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 38.

¹⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia del 15 de Septiembre del 2005, Párrafo 162.

1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público. (...)”.

Esta normativa toma relevancia cuando se toma en consideración la situación del conflicto armado colombiano y se analiza a la luz de las regulaciones contenidas en el Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 1949, la Corte IDH lo hace de la siguiente manera:

“Además, en la situación de conflicto armado interno colombiano, también resultan especialmente útiles para la aplicación de la Convención Americana las regulaciones sobre desplazamiento contenidas en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949. Específicamente, el artículo 17 del Protocolo II prohíbe ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas y, en este último caso, se deberán tomar “todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación”.¹⁵³

Por consiguiente, la Corte IDH realizando un estudio de los hechos, en contraste con las normas del Protocolo II, concluye que se dio en este caso, de forma generalizada, un desplazamiento forzado interno causado por el conflicto armado interno de Colombia. Todo el tema del desplazamiento interno que afecta a Colombia presenta una complejidad importante, especialmente porque las diferentes circunstancias que enfrenta dicha población como lo son la indefensión, la vulnerabilidad y debilidad, los expone al riesgo de sufrir violaciones de derechos humanos, y esta condición de desprotección toma una dimensión social que:

“conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de los desplazados a los recursos públicos administrados por el Estado. Dicha condición es reproducida por prejuicios culturales que dificultan la integración de los des-

¹⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia del 15 de Septiembre del 2005, Párrafo 172.

plazados a la sociedad y pueden llevar a la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra”¹⁵⁴.

Es importante destacar que la Corte utiliza la normativa del Derecho Internacional Humanitario, en particular el Protocolo II de los Convenios de Ginebra para esclarecer la situación que afronta Colombia y dar contexto a la forma en que se dieron los hechos. Esto se ve reflejado en la siguiente conclusión a la que llega este tribunal internacional, ya que reconoce la gran exposición y peligros que representan la existencia de un conflicto armado, para determinar la responsabilidad del Estado, y que además la normativa relativa al DIH le es útil para verificar la violación de un derecho consagrado en la Convención, ya que funciona como complemento de esta.

D. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia del 30 de noviembre de 2012 (Excepciones preliminares, fondo y reparaciones)

Esta sentencia en particular reviste una importancia especial, por cuanto la Corte IDH cita y hace referencia a conceptos y preceptos propios del Derecho Internacional Humanitario. Además, en su desarrollo hace mención a los Principios de esta materia, desarrollados en el primer capítulo, con la clara finalidad de establecer si estos han sido vulnerados y si de dicha violación se determina la responsabilidad estatal por trasgresiones a derechos consagrados a la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia del 15 de Septiembre del 2005, Párrafo 177.

Este caso sucedió en el año de 1998, en el que existía una situación de violencia generalizada en el departamento de Arauca, que afectaba tanto a la población civil como a las autoridades civiles. El día anterior a los hechos en disputa; es decir, el 12 de diciembre de 1998, las Fuerzas Armadas tuvieron conocimiento de que una avioneta aterrizaría en la zona de Santo Domingo la cual llevaba dinero o armas destinadas para actividades de narcotráfico, una vez aterrizada, tropas del ejército colombiano intentaron de inmovilizar la avioneta, pero este intento fue detenido por la actuación de un grupo de guerrilleros. Como consecuencia de esto las Fuerzas Armadas planearon una operación militar como respuesta, en la cual valoraron opciones relativas a la definición de los medios que serían utilizados; específicamente, se dispuso la utilización de varias aeronaves.

Los hechos que motivaron el presente caso se iniciaron el 13 de diciembre de 1998 en el marco de un operativo militar de las fuerzas armadas colombianas. Un helicóptero lanzó un dispositivo cluster de tipo AN-M1A2 compuesto por granadas o bombas de fragmentación AN-M41A sobre la calle principal de Santo Domingo, lo que ocasionó la muerte de 17 personas, incluyendo niños y niñas y 27 heridos.

Ese mismo día muchos habitantes de Santo Domingo tuvieron que huir de sus residencias y movilizarse al corregimiento de Betoyes en el municipio de Tame. Mientras las personas huían del lugar, la Fuerza Aérea Colombiana realizó ametrallamientos desde las aeronaves contra personas que iban en dirección opuesta al caserío; haciendo la actuación del ejército aún más lamentable.

1. Excepciones Preliminares - Falta de competencia *ratione materiae*

Como parte de las excepciones preliminares, el Estado colombiano alegó, respecto a las presuntas violaciones de los derechos de la vida, integridad personal, propiedad privada, circulación y residencia, que las mismas no deberían ser discutidas en dicha sede internacional en el tanto se trata de temas de Derecho Internacional Humanitario. Lo anterior lo hizo aduciendo además que la competencia de la Corte al ser taxativa no le permitía conocer los hechos en discusión al tratarse de eventos ocurridos dentro del contexto de un conflicto armado no internacional.

Por su parte la Corte resolvió dicha petición indicando que la Convención Americana de Derechos Humanos es un tratado internacional en el cual los estados partes se comprometen a proteger y garantizar a todo individuo que esté dentro de su jurisdicción, los derechos consagrados en ella y que el único autorizado para definir qué acto u omisión del Estado, sea en tiempos de paz o de guerra, es compatible o no con lo establecido en la Convención es la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aunado a esto, la Corte IDH, refiriéndose al alegato de que se trataban de normas de DIH, indicó que el Tribunal no tiene ningún límite normativo y que toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.

Además de que en el pasado la Corte IDH, ejerciendo su competencia contenciosa, ha emitido varias sentencias referidas a hechos ocurridos durante conflictos

armados; por lo que, establece que el hecho de que exista un conflicto de dicha naturaleza, no es impedimento para que la Corte IDH limite su competencia.¹⁵⁵

Respecto a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, el tribunal se basó en distintas sentencias para establecer su posición, señalando que si bien:

La Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3 común.¹⁵⁶

Así mismo, reiteró a lo que ya había hecho mención en los Casos Las Palmeras vs. Colombia y la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, al indicar que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser utilizados como elementos de interpretación de la misma Convención, pero estando claros que la atribución de responsabilidad de un estado debe ser siempre a la luz de lo establecido por la misma Convención; es decir, por violaciones que se logren determinar de derechos contenidos en el mismo texto internacional. Inclusive así lo razona la Corte IDH al indicar que

En este caso, al utilizar el DIH como norma de interpretación complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos, pues no está en duda la aplicabilidad y relevancia del DIH en situaciones de conflicto armado. Eso sólo implica que la Corte puede observar las regulaciones del DIH, en tanto normativa concreta en la materia,

¹⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Sentencia del 30 de Noviembre de 2012, (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Párrafo 21.

¹⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Párrafo 208.

para dar aplicación más específica a la normativa convencional en la definición de los alcances de las obligaciones estatales¹⁵⁷.

2. Sobre el lanzamiento de un dispositivo AN-M1A2 sobre Santo Domingo

La Corte IDH logró confirmar que un dispositivo AN-M1A2 fue lanzado en la calle principal de Santo Domingo, provocando la muerte de 17 personas y dejando a otras 27 heridas; a partir de esta constatación, se enfoca en examinar la responsabilidad del estado por violación al derecho a la vida y a la integridad física de los pobladores de la zona.

Para dicha tarea la Corte IDH analiza los hechos utilizando las disposiciones de la CADH a la luz de las normas y principios del DIH: el Principio de Distinción, el Principio de Proporcionalidad y el Principio de Precaución. Este ejercicio resulta particularmente valioso para la presente investigación, pues establece un antecedente importante de cómo se debe entender y aplicar los principios propios del DIH y de cómo se pueden utilizar para el establecimiento de responsabilidad internacional por parte de un Estado en caso de que estos resulten ignorados.

a) El principio de distinción

La Corte IDH entiende a este principio como una norma consuetudinaria de los conflictos armados, tanto internacionales como no internacionales; este principio establece que las Partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes, que los ataques únicamente deberán ser dirigidos

¹⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia del 30 de Noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Párrafo 24.

contra combatientes, dejando claro así que cualquier ataque contra algún civil queda completamente prohibido. Además, la costumbre internacional en la materia dispone que:

Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares, de tal forma que “los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares, mientras que “los bienes de carácter civil no deben ser atacados. En ese mismo sentido, el párrafo 2 del artículo 13 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra prohíbe que tanto las personas civiles como la población civil como tal sean objeto de ataques.¹⁵⁸

En lo que corresponde al caso en concreto, la Corte IDH considera que al momento en que el Estado, a través de la Fuerza Aérea Colombiana, decide lanzar un dispositivo *Cluster* sobre la comunidad de Santo Domingo, lo que causó la muerte y provocó lesiones a varias personas civiles que habitaban en el caserío al que se impactó. De esta forma concluye que se incumplió con el principio de distinción durante la ejecución de dicho operativo aéreo.

b) El principio de proporcionalidad

La Corte IDH define este principio como la prohibición de lanzar un ataque cuando se prevé que pueda causar incidentalmente la muerte o lesiones de personas civiles, daños a bienes de carácter civil, o que pueda provocar afectaciones a ambos, y que estos sean excesivos en relación a la ventaja militar prevista. Es decir, que esta regla pretende ser una limitante al uso de la fuerza, limitando las actuaciones de las fuerzas armadas a lo mínimo o indispensable para alcanzar la ventaja militar que se persigue.

¹⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia del 30 de Noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), párrafo 212.

En el análisis de los hechos que se discuten en esta sede, la Corte IDH entiende que la ventaja militar pretendida por la Fuerza Aérea era atacar miembros de la guerrilla que presumiblemente se encontraban cerca de Santo Domingo y alejada de la población civil, es decir a una distancia considerable de los civiles de forma tal de que no fueran impactados por las municiones de dispositivo Cluster. Sin embargo, la Corte se exime de realizar un análisis respecto a este principio en virtud de:

Que un análisis semejante implicaría determinar si los muertos y heridos entre la población civil pueden ser considerado un resultado “excesivo” en relación con la ventaja militar concreta y directa esperada en caso de haberse impactado un objetivo militar, lo cual no ocurrió en las circunstancias del caso”.¹⁵⁹

c) El principio de precaución

Este principio se define y la Corte IDH lo entiende como la obligación de las Partes en conflicto de que las operaciones militares que se vayan a realizar, se lleven a cabo con un cuidado constante de preservar a la población civil, personas y bienes de carácter civil, tomando siempre las previsiones para evitar o reducir al mínimo las muertes o lesiones de personas ajenas al conflicto, así como daños a bienes civiles que pudieran causar los operativos militares. Inclusive esta prohibición o limitación se extiende a la elección de los medios y métodos de guerra, siempre en búsqueda de reducir al mínimo los peligros para la población civil.

Basada en la prueba presentada, la Corte IDH determina que el dispositivo AN-M1A2, utilizado durante la operación militar que afectó a la zona de Santo

¹⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia del 30 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Párrafo 215.

Domingo es un arma sumamente imprecisa, ya que esta arma consta de seis bombas que al momento de lanzamiento se desprenden y que es usual que existan diferencias de decenas de metros entre los puntos de impacto de cada una de las bombas. De tal forma que la distancia que se considera segura durante las pruebas balísticas de esta arma son 250 metros del punto de impacto de las bombas, consideraciones que no se tomaron con la población civil al momento del lanzamiento del dispositivo.

Haciendo el estudio de los hechos a la luz de este principio, la Corte IDH es capaz de determinar que, aun conociendo de la naturaleza imprecisa del arma utilizada por la Fuerza Aérea, la indicación del objetivo del mismo tampoco fue precisa, al referirse a una zona que podía variar entre los 70 y 500 metros de distancia de Santo Domingo, actuando así contrarió a los reglamentos y manuales vigentes relativos al uso de dicho dispositivo, los cuales indican claramente que no deben ser utilizados en zonas pobladas.¹⁶⁰

Del mismo modo la Corte IDH no encontró, dentro de la prueba aportada, motivos que la llevaran a considerar que en algún momento durante el operativo la Fuerza Aérea tomara alguna medida o precaución a favor de la población civil al momento de lanzar el dispositivo *Cluster*.

A raíz de este estudio de los principios propios del Derecho Internacional Humanitario es que la Corte logra darle contenido a las obligaciones contenidas en la CADH dentro del contexto de un conflicto armado y es capaz designar al Estado

¹⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia del 30 de Noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Párrafo 207.

colombiano como responsable por la violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las personas fallecidas en el caserío de Santo Domingo, así como del artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las personas que resultaron heridas.

Algo importante de destacar es el uso “real” que la Corte le da a estos principios extraídos de la normativa y costumbre del DIH, formalmente la Corte expone y motiva el uso de estas fuentes de obligaciones como meramente interpretativo, sin embargo, al observar como estudia e interpreta estos principios básicos del DIH, se vislumbra como el Tribunal analiza los hechos y determina la violación a estos principios y normas.

3. Sobre los presuntos ametrallamientos

Se logró determinar a través de distintos testimonios de pobladores de la zona, que luego de la explosión del dispositivo *Cluster*, la Fuerza Aérea ametralló desde sus aeronaves en dirección a los civiles que se encontraban huyendo de Santo Domingo por la carretera principal.

Al respecto, la Corte IDH realiza un análisis de estos hechos a la luz del *Principio de Distinción* analizado en el acápite anterior. De esta forma, la Corte IDH estima que este ataque indiscriminado contra la población de Santo Domingo debe entenderse como una conducta prohibida por el Derecho Internacional Humanitario, ya que se empleó un método o medios de combate en los cuales los efectos de los mismo no son posibles de limitar y por ello pueden alcanzar sin dis-

tinción tanto a partes del conflicto como a civiles. Esto fue inclusive más notorio, en que aun existiendo duda entre los pilotos de las aeronaves siempre se llevó a cabo el ataque, habiendo una clara despreocupación por la vida e integridad de las personas de la zona. La Corte IDH fundamenta su argumentación en la jurisprudencia del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia al señalar que:

Los ataques indiscriminados, es decir, los ataques que golpean a civiles o bienes civiles, y objetivos militares sin distinción, pueden calificar como ataques directos contra civiles y que los mismos están expresamente prohibidos por el Protocolo Adicional I [siendo que esta] prohibición refleja una regla bien establecida del derecho consuetudinario aplicable a todos los conflictos armados.¹⁶¹

Otro aspecto que la Corte IDH toma en consideración para determinar una violación del DIH es que, aunque se pudiera comprobar que había presencia de guerrilleros en la zona en que se dio el ametrallamiento, la ventaja militar pretendida no sería capaz de justificar eventuales muertes o lesiones de civiles, ya que podría tratarse inclusive de una violación potencial al Principio de Proporcionalidad.

Asimismo, la Corte IDH constata que los mismos reglamentos y manuales de la Fuerza Aérea Colombiana que se encontraban vigentes a la fecha de los hechos, establecían límites claros para definir las situaciones en las que el uso del ametrallamiento estaba permitido es “en respuesta a ataques o tomas subversivas, cuando se tiene la certeza de no afectar a la población civil [y] por ningún mo-

¹⁶¹ Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, Radicado: IT-96-29/1-T. Asunto “Fiscal vs. Stanislav Galic”. Sentencia del 5 de diciembre de 2003, Sala de Primera Instancia del TPIY, párrafo 57.

tivo podrá efectuarse en áreas pobladas o perimétricas”¹⁶², por lo que los ametrallamientos también incumplieron con el principio de precaución.

La Corte comprueba que esos actos de la Fuerza Aérea implican un incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos a la vida e integridad personal, en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que los pobladores de Santo Domingo que se vieron afectados por la puesta en riesgo de sus derechos por el solo hecho de haber sido objeto de esos ataques indiscriminados; independientemente de que nadie resultara muerto o herido.

1. Sobre la alegada violación de las medidas de protección a favor de las niñas y niños

Sobre este particular, la Corte ha trazado una línea que se ha venido reiterando en sentencias anteriores, la misma indica que:

Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir [...] para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.¹⁶³

Esta noción de complementariedad que se le da la normativa internacional de protección de los niños se ve acentuada en el contexto de conflictos armados no internacionales, en los cuales las obligaciones del Estado a favor de los niños

¹⁶²Directiva 057 del 23 de julio 1997, citada por el Juzgado Doce Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá D.C. con funciones de Ley 600 de 2000, Sentencia de Primera Instancia, Radicado 2005-102, 24 de septiembre de 2009. Citada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia del 30 de Noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Párrafo 236.

¹⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, (Fondo), Párrafo 194.

se definen en el artículo 4.3 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, el cual dispone que: “se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular: (...) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas”.¹⁶⁴ Igualmente, la Corte recuerda lo que había señalado previamente en su jurisprudencia respecto a este tema, cuando señaló que la vulnerabilidad de:

Los niños y niñas se hace aún más evidente en una situación de conflicto armado interno, (...) pues son los menos preparados para adaptarse o responder a dicha situación y, tristemente, son quienes padecen sus excesos de forma desmesurada”.¹⁶⁵

En este sentido, la Corte IDH logró confirmar que como consecuencia de los hechos acontecidos el 13 de diciembre de 1998 en Santo Domingo fallecieron seis menores y otros 10 resultaron heridos, además de ello gran cantidad de niños se vieron forzados a desplazarse de la localidad, por lo que la Corte concluye que el Estado no cumplió con la obligación especial de la protección a los menores en el contexto de conflicto armado no internacional; teniendo esto como consecuencia, la vulneración de los derechos a la vida e integridad personal, regulados en el Artículo 19 de la CADH.

2. Sobre Derecho a la Propiedad Privada

Respecto a la propiedad privada, la Corte IDH ha construido jurisprudencialmente un concepto:

¹⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia del 30 de Noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Párrafo 238.

¹⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, (Fondo, Reparaciones y Costas), Párrafo 156.

El cual abarca, entre otros, el uso y goce de los “bienes”, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”.¹⁶⁶

Teniendo esto en cuenta, la Corte procede a analizar el contenido y los alcances del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, referente al derecho a la propiedad privada, utilizando para ello los postulados del Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados de carácter interno y las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, haciendo especial énfasis nuevamente en el Principio de Distinción, recordando la obligación de distinguir en todo momento los bienes de carácter civil y los objetivos militares.

En lo que respecta a los daños que podría haber ocasionado el lanzamiento del dispositivo AN-M1A2, la Corte, basándose en los manuales técnicos de esta arma que fueron presentados como prueba, logra determinar que la misma es anti-personal, es decir que su principal objetivo es el impacto sobre personas y vehículos sin blindaje, proyectando fragmentos alrededor del punto de impacto, por lo que el racimo de bombas no tiene un efecto devastador sobre la infraestructura de inmuebles. Pese a esto, la Corte entiende que, aunque este dispositivo no puede generar un gran impacto a edificios entre otros bienes, los daños que si se llegaron a producir en Santo Domingo son imputables a la Fuerza Aérea Colombiana y, como consecuencia, se declara al Estado es responsable por la violación del ar-

¹⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia del 30 de Noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Párrafo 269.

título 21 de la Convención en relación con 1.1. del mismo instrumento. Asimismo, aunque no se determinó que los únicos combatientes en ingresar al caserío de Santo Domingo fueran miembros de las Fuerzas Armadas colombianas, y por lo tanto no se declaró responsabilidad estatal por esto, la Corte se dio la libertad de hacer un pequeño estudio de la figura del Pillaje. El Tribunal reconoce que dicho acto se encuentra expresamente prohibido en el artículo 4.2.g. del Protocolo II de 1977, por lo que la toma de un bien en el marco de un conflicto armado sin el consentimiento de su propietario es un acto prohibido por el derecho humanitario. En ese sentido, la Corte retoma lo dicho por el TPIY, al decir que:

Ha señalado en su jurisprudencia que este delito se comete cuando existe apropiación intencional e ilícita de bienes públicos o privados³⁹³, y que “los actos de saqueo deben involucrar graves consecuencias para las víctimas. Este será el caso cuando los bienes sean de suficiente valor monetario, o cuando se apropien los bienes de una gran cantidad de gente, en cuyo caso la escala y el impacto general de los actos de robo equivaldrían a violaciones graves del derecho y costumbre de la guerra.”¹⁶⁷

E. Caso Cruz Sánchez y Otros vs. Perú. Sentencia del 17 de abril del 2015 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Durante la década de 1980 hasta finales del 2000, la Corte ha reconocido la existencia de un conflicto armado en Perú, entre grupos armados y los agentes de las fuerzas policiales y militares. Dentro los grupos armados más importantes se encontraban el Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). Dicho conflicto dio inicio por una decisión del grupo Sendero Luminoso de iniciar una guerra popular contra el Estado con la intención de imponer su propio ideal de organización social y política en el Estado.

¹⁶⁷ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso Simic, Tadic y Zaric, Sala de Primera Instancia, 17 de octubre de 2003, Párrafo 101.

Ante este conflicto, las fuerzas policiales y militares participaron en la lucha para contener y detener las hostilidades; sin embargo, para ello también incurrieron en una serie de graves violaciones de Derechos Humanos como por ejemplo detenciones arbitrarias, tortura, violaciones sexuales, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. En muchos casos los perjudicados fueron personas que no se encontraban vinculadas con ningún grupo armado, este tipo de prácticas tendrían como consecuencia que se agravaran los efectos del conflicto armado.

Concretamente, los hechos se remontan a la toma de la residencia del Embajador de Japón en Perú por miembros del grupo MRTA. En dicha residencia se celebraba el aniversario del Emperador japonés Akihito, motivo por el cual se realizó una recepción, en la cual se encontraban aproximadamente 600 personas; entre ellas, magistrados de la Corte Suprema, congresistas, ministros de Estado, altos mandos de fuerzas armadas y diplomáticos, entre otros. La reunión se convirtió en un objetivo importante para los grupos armados, en particular el MRTA, quienes idearon un plan para intervenir la residencia. Durante el transcurso de la actividad, catorce miembros de este grupo descendieron de una ambulancia la cual se encontraba estacionada al frente de la residencia del Embajador; estos individuos portaban armas de alto calibre y de gran impacto. Lograron el ingreso a la residencia del Embajador, y ahí eliminaron la seguridad que se encontraba en el edificio, tomando como rehenes a todos los invitados.

Ante esto, el presidente en ejercicio, Alberto Fujimori, convocó una reunión de emergencia con su gabinete para entablar un proceso de negociación entre el gobierno y los MRTA. Dicha negociación se vio truncada en parte debido a las

demandas de los emerretistas, algunas de las cuales consistían en la liberación de miembros encarcelados del MRTA, cambios en la política económica del Estado, pago de un impuesto de guerra, así como la liberación de algunos de sus líderes reclusos en varios centros penales y bases navales. Pese a estas dificultades en las negociaciones, fueron liberados la mayoría de los rehenes, quedando recluidas únicamente 72 personas. Paralelamente al proceso de negociación, el presidente Fujimori autorizó la elaboración de un plan de rescate integrado por las Fuerzas Armadas y el Servicio de Inteligencia Nacional; entre ambas instituciones crearon un operativo militar de contingencia dirigido a la liberación de los rehenes y de la toma de la residencia del Embajador, denominado Plan de Operaciones Nipón 96 o Chavín de Huántar, el cual se ejecutaría en caso de que las negociaciones resultaren fallidas.

Este operativo consistía en dominar el inmueble para capturar o eliminar a los miembros del MRTA y rescatar a los rehenes con el fin de restablecer el Estado de Derecho y contribuir con el proceso de paz a nivel nacional. El plan debía desarrollarse mediante acciones preventivas para neutralizar a los terroristas, y no debían cometerse ningún tipo de exceso; es decir, se debía mantener en todo momento el respeto a los derechos humanos, sin que esto perjudicara el objetivo de la misión.

Para el 22 de abril se aprobó la ejecución del Plan de operaciones Nipón 96, la cual se inició con una serie de explosiones subterráneas, y tras ellas se dio la movilización de 80 comandos distribuidos en distintos grupos, los cuales ingresaron a la propiedad mediante puertas y paredes preestablecidas a efecto de con-

trolar el inmueble. Como resultado del operativo, se logró la liberación de los rehenes; sin embargo, perdieron la vida un rehén, quien en ese entonces fungía como magistrado, dos comandos y catorce miembros del MRTA.

Según el informe confeccionado por el Comandante General de las Fuerzas especiales, los catorce secuestradores emerretistas habrían perdido la vida durante el enfrentamiento con los militares; sin embargo, a través de unas declaraciones de prensa, emitidas en diciembre del año 2000 por Hidetaka Ogura, quien al momento de la toma de rehenes fungía como Primer Secretario de la Embajada de Japón, se generaron dudas de las circunstancias en la que perdieron la vida Eduardo Cruz Sánchez, Herma Luz Meléndez y Víctor Salomón Peceros Pedraza, ya que plantea la duda de si se trataron de ejecuciones extrajudiciales, al valorarse la posibilidad de que se trataran de las mismas.

1. Consideraciones de la Corte respecto al derecho a la vida, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos

La Corte IDH analizó la alegada violación del derecho a la vida en perjuicio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez, tomando en cuenta que los hechos se enmarcaban dentro de la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional. El contexto en el cual se dio el uso de la fuerza contra los miembros del MRTA fue en el marco de una operación de rescate de rehenes, por lo que las presuntas víctimas en este caso no eran civiles sino integrantes del MRTA, quienes participaron en forma activa en las hostilidades. Por otro lado, cabe indicar que el Derecho a la vida se encuentra contenido en el artículo 4 de la CADH, el cual a su letra indica lo

siguiente: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.¹⁶⁸

De esta forma, la Corte IDH señaló que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, dado que este derecho como tal ocupa un lugar fundamental dentro de la Convención al ser presupuesto para el ejercicio de los demás derechos allí contenidos. A su vez de acuerdo a lo establecido por el artículo 27.2 del mismo cuerpo normativo, este derecho forma parte del núcleo duro de los Derechos Humanos, ya que el mismo no puede ser suspendido en casos de guerra. En este sentido, la Corte IDH observa que no solo es exigible la obligación ninguna persona sea privada de su vida de manera arbitraria; sino que los Estados tiene la obligación de:

Garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable, y en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra el mismo. Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no solo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean estas tus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas.¹⁶⁹

Analizando lo anterior, se puede indicar que la Corte IDH considera que los Estados deben en todo momento velar por la protección al derecho a la vida, a tal grado que extiende el cumplimiento de dichas obligaciones a las fuerzas de policía y las fuerzas armadas, siendo esto un reflejo de que aun en condiciones extraordi-

¹⁶⁸ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 4, inciso 1.

¹⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cruz Sánchez y Otros vs. Perú, Sentencia del 17 de Abril del 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Párrafo 259.

narias como lo sería el conflicto armado no internacional, estas obligaciones persisten y se debe de actuar conforme a lo que estas exigen.

Además de reconocer la obligación que tienen los Estados de garantizar la seguridad y el orden público, la Corte IDH también reconoce el derecho que poseen de emplear legítimamente la fuerza para su restablecimiento en los casos que sean necesarios. Esta habilitación a los agentes del Estado debe entenderse que puede expandirse al uso de fuerza letal; sin embargo, en todo momento existen límites al accionar del Estado.

Si bien es cierto que la Corte IDH con anterioridad ha establecido criterios para el análisis del uso de la fuerza, para este caso en particular se debió tomar un abordaje distinto; esto en el tanto se entendió que los hechos ocurrieron dentro del contexto de un conflicto armado de carácter no internacional y que además se dio durante la ejecución de un operativo de rescate de rehenes. Igualmente, la aplicación del uso de la fuerza fue dirigido a miembros del grupo MRTA, un grupo armado que era reconocido como parte del conflicto interno que atravesaba Perú en esos años, por lo que las potenciales víctimas en este caso eran personas que participaron activamente en las hostilidades. Esto es lo que diferencia a este caso y lo hace relevante para el presente estudio.

Respecto a la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario, las partes y la misma Comisión coinciden en que la Corte IDH debe interpretar el alcance de la normativa de la Convención a la luz de las disposiciones del DIH, pues es un

hecho no controvertido que los hechos sucedieron en un contexto de conflicto armado.

Por su parte, la Corte IDH sigue este razonamiento y valora la especificidad de la materia, ya que valora como útil y apropiado tener en cuenta el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y al derecho Internacional Humanitario consuetudinario. Este estudio lo realiza la Corte IDH entendiendo que el DIH en ningún momento desplaza la aplicabilidad del artículo 4 de la Convención, sino que le ofrece un mayor contenido a la prohibición que esta impone y facilita la aplicación de la misma dentro del conflicto armado interno.

Asimismo, la Corte IDH se apoya en lo dicho por la Corte Internacional de Justicia para justificar el recurrir a las normas de DIH para determinar la violación o no de algún derecho consagrado en la CADH al indicar que:

En principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades [...].¹⁷⁰

Como tal, la Convención no define en forma expresa que se debe entender por el concepto de arbitrariedad; es decir, no se tiene un parámetro dentro de la norma que indique que se califica como una privación a la vida contraria a lo que establece este tratado internacional. Es por ello que la Corte, a lo largo de su existencia, ha logrado nutrirse de diferentes fuentes para llenar este tipo de lagunas

¹⁷⁰ Corte Internacional de Justicia. *La legalidad de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, Opinión consultiva emitida el 8 de julio de 1996, Párrafo 25.

que su norma escrita no puede suplir, y en casos como este, al tratarse de hechos realizados dentro de un conflicto armado, resulta sumamente útil apoyarse en el corpus iuris del derecho internacional, en especial las normas y principios relativos al DIH, las cuales cumplen un papel indispensable para determinar el alcance de las obligaciones que le atañen a los estados parte relativas al respeto al derecho a la vida y, a su vez, realizar un análisis de una posible violación al artículo 4 de la Convención Americana, tal es el caso de los principios de distinción, proporcionalidad y de precaución.

2. Sobre la necesidad del uso de la fuerza en el marco de una operación de rescate de rehenes

Respecto a este tema, ni la Corte dentro de su análisis, ni las partes, ni la Comisión dentro de sus alegatos dudaron de la legitimidad de la utilización del recurso de la fuerza por parte del Estado. Esto por cuanto este caso se produjo en el marco de una operación a cargo de las fuerzas de seguridad del Estado con un objetivo preciso: el rescate de los rehenes que se encontraban en la casa del embajador japonés desde el 17 de diciembre de 1996, quienes permanecían detenidos por los miembros del grupo armado MRTA. Por consiguiente, es factible considerar que correspondía al Estado adoptar todas las medidas adecuadas para aliviar la situación de los rehenes y, en particular, para asegurar su liberación; siem-

pre que se respetasen las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos.¹⁷¹

3. Consideraciones de la Corte relativas al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra

En este acápite, la Corte IDH hace una referencia clara y directa a las normas y postulados relativos al DIH, como parte de su criterio y análisis del caso. Para tal fin, hace referencia al Principio de Distinción, el cual la Corte reconoce como una norma consuetudinaria que es aplicable a los conflictos armados internacionales y no internacionales, y esta norma establece que “las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes, de modo tal que los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes y los civiles no deben ser atacados”.¹⁷²

Por otro lado, la Corte IDH hace hincapié en las reglas que determinan que personas califican para ser acreedoras de la protección del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Al respecto, este artículo se refiere al ámbito de aplicación personal, puesto que indica: “las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa”. Esta última frase es de gran relevancia para la resolución de este caso, pues como se mencionó anteriormente, las presuntas víc-

¹⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cruz Sánchez y Otros vs. Perú, Sentencia del 17 de Abril del 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Párrafo 275.

¹⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cruz Sánchez y Otros vs. Perú, Sentencia del 17 de Abril del 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Párrafo 276.

timas eran miembros del grupo MRTA, por lo que podían ser potenciales beneficiarios de la protección que ofrecen los Convenios de Ginebra en su artículo 3. Para acceder a este tipo de protección, según manifestó la Corte IDH, los captores debían haber dejado de participar en las hostilidades e identificarse como *hors de combat*, es decir, fuera de combate. Esta condición puede darse en distintas circunstancias: “(a) que está en poder de una parte adversa; (b) que no puede defenderse porque está inconsciente, ha naufragado o está herida o enferma; o (c) que exprese claramente su intención de rendirse; siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse”.¹⁷³

La Corte IDH se basó en estos criterios para determinar si las presuntas víctimas se encontraban fuera de combate y, por lo tanto, se le debía considerar como acreedoras de la protección del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Lo más relevante de dicha norma es que sobre el Estado recae el deber de brindar a las personas que no participaren directamente en las hostilidades o que hubieren quedado fuera de combate por cualquier razón, un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable. En particular, el derecho internacional humanitario prohíbe, en cualquier tiempo y lugar, los atentados a la vida y a la integridad personal de las personas mencionadas anteriormente, y las prácticas realizadas por el Estado Peruano demuestran el conocimiento y aplicación de esta norma internacional, en tanto el operativo de rescate tenía como objetivo la liberación de los rehenes en pos de la protección de su vida e integridad física. Sin embargo, el trato dado a los miembros del MRTA genera duda en este respecto.

¹⁷³Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cruz Sánchez y Otros vs. Perú, Sentencia del 17 de Abril del 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 277.

Debido a lo anterior la Corte valora que la controversia no gira en torno a la necesidad, proporcionalidad y precaución en el uso de la fuerza, sino que la determinación de la existencia de una violación al artículo de la Convención Americana se centra en:

Determinar si Eduardo Nicolás Cruz Sánchez, Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza fallecieron como consecuencia de actos de agentes estatales una vez que se encontraban fuera de combate y, en consecuencia, podían calificarse como hors de combat en términos de derecho internacional humanitario o si, por el contrario, murieron cuando tomaban parte activa en las hostilidades.¹⁷⁴

Sobre las circunstancias del fallecimiento de las únicas víctimas identificadas, Cruz Sánchez, Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, se generaron dudas ya que los tres fallecidos mostraban lesiones ocasionadas con proyectiles de arma de fuego en el cuello, consistentes con disparos que asemejaban una ejecución. Incluso, en los informes de las necropsias realizadas se indicaba que para provocar ese tipo de lesiones, la víctima debía de estar de espaldas a la persona que realizó el disparo y con una movilidad casi nula. Sin embargo, únicamente en el caso del fallecido Cruz Sánchez se logró determinar dicha situación. En este sentido, la Corte IDH determinó, a raíz de la prueba documental y testimonios aportados, que:

Cruz Sánchez fue capturado con vida en el jardín de la casa Nro. 1, que fue amarrado e incapacitado, que no portaba armamento, y que fue entregado a un militar quien volvió a ingresarlo hacia la residencia. Eduardo Nicolás Cruz Sánchez fue posteriormente hallado muerto. Según el informe de los antropólogos forenses, dicha muerte se produjo estando inmobilizado. Ningún comando que declaró en el fuero militar reconoció haberle disparado o dado muerte. Qué sucedió en el período entre que fue detenido y que su muerte se produjo aún no ha sido completamente dilucidado por

¹⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cruz Sánchez y Otros vs. Perú, Sentencia del 17 de Abril del 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Párrafo 287.

las autoridades internas (...) Lo anterior permite colegir a esta Corte que la última vez que fue visto con vida, el mismo se encontraba en una situación de hors de combat y que gozaba por tanto de la protección que otorgan las normas de derecho internacional humanitario aplicables. Es decir, una vez que Eduardo Nicolás Cruz Sánchez fue capturado con vida, el Estado tenía la obligación de otorgarle un trato humano y respetar y garantizar sus derechos, todo ello de conformidad con el artículo 4 de la Convención Americana, interpretado a la luz del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra¹⁷⁵.

Expuesto esto, la Corte IDH concluyó que el Estado efectivamente incurrió en responsabilidad internacional por la privación arbitraria de la vida de Eduardo Cruz Sánchez, violando así el artículo 4 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo cuerpo normativo.

Sección III: El alcance interpretativo del Derecho Internacional Humanitario, a la luz de la aplicación de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esta sección está dedicada exclusivamente a realizar un examen de otros fallos emitidos por la IDH en los que se analizan cuestiones relativas al DIH. Teniendo como base estas sentencias, se evidencia que este órgano jurisdiccional ha utilizado normas provenientes del Derecho Internacional Humanitario, de forma tal que inclusive la Corte IDH no solo es capaz de interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) a la luz de los principios y normas de carácter humanitario, ya que se podría decir que las aplica de forma supletoria.

¹⁷⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cruz Sánchez y Otros vs. Perú, Sentencia del 17 de abril del 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Párrafos 315 y 316.

El objetivo de esta sección es observar la evolución que la jurisprudencia que la Corte ha tenido, en cuanto a la utilización de normas de distintos cuerpos normativos ajenos a la Convención, para resolver sobre cuestiones particulares. En general, la referencia a los Convenios de Ginebra y sus respectivos protocolos, se han tornado indispensables cuando a la Corte IDH le ha correspondido referirse sobre la responsabilidad de los Estados en casos de conflictos armados.

El punto de unión más fuerte y evidente de la relación del Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario se encuentra en los deberes especiales de protección de las poblaciones civiles durante los conflictos armados, y esta obligación internacional es la que da origen al progresivo cambio en la práctica de la Corte IDH y al presente estudio; lo cual se analizará a continuación.

A. La obligación al respeto de los derechos: Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre del 2000 (*Fondo*).

Efraín Bámaca Velásquez fue un miembro de un grupo guerrillero llamado Organización Revolucionaria del Pueblo en Armas, que por su parte era un grupo adscrito a la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). En un enfrentamiento entre esta guerrilla y el ejército el 12 de marzo de 1992, desapareció Bámaca.

Según se indica, las fuerzas guatemaltecas lo apresaron con vida, lo recluyeron de forma secreta en varias dependencias militares, lo torturaron para obtener información y eventualmente lo ejecutaron de forma extrajudicial. Aunado a

esto, el Estado colaboró en el encubrimiento, y entorpecimiento judicial, negándole a la familia de Bámaca una tutela jurisdiccional efectiva, ya que no investigó adecuadamente los hechos, ni logró condenar a los culpables. Esta sentencia es relevante, ya que la Comisión en su demanda exigió a la Corte IDH que debía decidir si Guatemala había infringido entre otras normas, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, en perjuicio de Efraín Bámaca Velásquez.

En este sentido, si bien como se estudió en la sección anterior, la Corte IDH no tiene la competencia de aplicar directamente otros tratados de carácter internacional, sí tiene la potestad de utilizarlos como un criterio de interpretación a la hora de referirse sobre violaciones a la Convención. De esta forma, en esta sentencia la Corte analizó un incumplimiento al artículo 1.1 de la CADH referente a la obligación de respetar los derechos, tomando como base el artículo 3 común de los tratados de Ginebra. Es así como cabe señalar que el artículo 29 de la CADH, de forma clara y manifiesta señala:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.¹⁷⁶

Por consiguiente, la Corte IDH determinó que el artículo 3, común a los Convenios de Ginebra, constituye un buen parámetro de interpretación, ya que contempla prohibiciones contra violaciones al derecho de vida y atentados contra la integridad personal, entre otras garantías que a Efraín Bámaca Velásquez debieron de habersele respetado. De esta manera se determinó que cuando suce-

¹⁷⁶ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 29 inciso b).

dieron los hechos, Guatemala se encontraba, en un conflicto armado de carácter no internacional, por lo que debía de actuar de forma concordante con lo dispuesto por el artículo 3 común, de brindar a las personas que hayan quedado fuera de combate, un trato humanitario. Además, lo anterior la Corte IDH lo complementa al indicar:

Si bien la Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3 común.¹⁷⁷

Por lo que considera que existe una relación y equivalencia entre las disposiciones inderogables del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, con las disposiciones de la CADH, como lo es el derecho a la vida, y la prohibición de la tortura. Como consecuencia, la Corte IDH determinó que Guatemala había incurrido en una violación al artículo 1.1 de la CADH en relación con las violaciones declaradas a los artículos 4, 5, 7, 8 y 25 de la misma, ya que no cumplió con garantizar y respetar estos derechos antes mencionados.

Del contenido de esta sentencia, es de importancia esa equivalencia a la que hace referencia, ya que equipara las disposiciones inderogables de la CADH y los Convenios de Ginebra de 1949, lo cual permitió que finalmente la Corte IDH decidiera que Guatemala había infringido la Convención, ya que lo utilizó como su criterio de análisis.

¹⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (*Fondo*), Párrafo 209.

B. Derecho a la vida, integridad personal y la imposibilidad de aplicar leyes de amnistía: Caso de las Masacres del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Sentencia del 25 de octubre del 2012 (*Fondo, reparaciones y costas*).

Por otro lado, este caso también es de importancia para esta investigación, ya que corresponde a unas masacres sucesivas que sucedieron entre el 11 y el 13 de diciembre de 1981, perpetradas en un operativo militar del ejército salvadoreño en unas localidades del norte del Departamento de Morazán. Dicho caso formó parte de un período llamado “contrainsurgencia”, que tenía el objetivo de sembrar el terror en la población, y ganó notoriedad, debido al alto número de víctimas mortales, que incluían un alarmante número de niños y niñas, como su consecuencia más cruenta.

Si bien es claro que toda esta situación corresponde a un delito de lesa humanidad, los hechos se mantuvieron en una clara impunidad, en virtud de omisiones del Estado salvadoreño, y la vigencia de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz. De manera que la Corte IDH entró a analizar en la sentencia de este caso si hubo violaciones de derechos humanos en perjuicio de las personas ejecutadas; específicamente, al derecho a la vida, y la integridad personal, ya que estos derechos pertenecen al núcleo inderogable, por lo que no son susceptibles de ser suspendidos en el escenario de un conflicto armado.

Respecto a esta situación la CADH ha señalado lo siguiente: **“Suspensión de Garantías.** 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que

amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención (...) 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica) , 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre), 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad), 12 (Libertad de Conciencia y de Religión), 17 (Protección a la Familia), 18 (Derecho al Nombre), 19 (Derechos del Niño), 20 (Derecho a la Nacionalidad) y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.¹⁷⁸

Sobre este particular, con el fin de interpretar la violación a este artículo, y establecerle un contexto, la Corte IDH en esta ocasión se sirvió de las disposiciones contenidas en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, puesto que en este sentido indicó:

Por su parte, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra señala en su artículo 4 que “están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar [...] los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas [que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas], en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal”. Resalta también que “queda prohibido ordenar que no haya supervivientes”. Además, especifica en su artículo 13 las obligaciones de protección de la población civil y las personas civiles, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación, al disponer que “gozarán de

¹⁷⁸ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 27 inciso 1 y 2.

protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares” y que “no serán objeto de ataque.”¹⁷⁹

Otro aspecto a analizar, que supone ser básico e importante en este caso en particular, es lo referente a la Ley de Amnistía firmada en El Salvador, la cual se promulgó con la finalidad de dejar impunes violaciones de derechos humanos, como las acontecidas en esta masacre; sin embargo, esta Ley de Amnistía contaba con una particularidad y fue el hecho de que se refería exclusivamente a crímenes ocurridos en el contexto de un conflicto armado de carácter interno. Por consiguiente, a la hora de realizar el análisis de compatibilidad de esta ley, con la CADH, la Corte IDH nuevamente vuelve a servirse de las disposiciones del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra. De esta forma, manifiesta la Corte IDH, que el DIH justifica la creación de leyes de amnistía al cese de las hostilidades del conflicto, específicamente en los términos del artículo 6.5 del protocolo supra citado, que a su letra indica:

A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.¹⁸⁰

Como se puede ver de dicho artículo, hay una meridiana claridad respecto a las personas quienes pueden ser sujetas a amnistía. Sin embargo, existe una excepción a esta regla consuetudinaria, según la cual:

(...) el derecho internacional humanitario va más lejos. Impone a los Estados la obligación de buscar y castigar a todas las personas que hayan co-

¹⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, Sentencia de 125 de Octubre de 2012, (Fondo, Reparaciones Y Costas), Párrafo 148.

¹⁸⁰ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977, Artículo 6.5

metido infracciones graves, sin tener en cuenta la nacionalidad del infractor o el lugar donde se cometió el crimen. Este principio, llamado jurisdicción universal, es un elemento clave para garantizar la represión efectiva de las infracciones graves.¹⁸¹

Tomando en cuenta lo anterior, la Corte IDH establece:

“Por esta razón, “las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello” no podrán estar cubiertas por una amnistía. Por consiguiente, puede entenderse que el artículo 6.5 del Protocolo II adicional está referido a amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que no se trate de hechos que, como los del presente caso, cabrían en la categoría de crímenes de guerra e, incluso, en la de crímenes contra la humanidad.¹⁸²

Como se vislumbra, la Corte IDH recurre a las normas del DIH, para establecer una violación a la CADH, ya que si bien la Convención es clara en indicar que el Derecho a la Vida, y a la integridad física son inderogables durante un conflicto armado, la Corte, mediante una clara referencia y citando normas de DIH establece cuales serían los actos violatorios que por su parte transgredirían las normas de la CADH, en qué momento se podrían presentar y contra quienes. De forma tal que queda claro que la Corte mediante este ejercicio desarrolla, de una forma dinámica y progresiva, una norma que le corresponde aplicar, y logra determinar mediante la utilización del DIH como criterio de interpretación, una violación a los Derechos Humanos de las personas que fueron ejecutadas.

¹⁸¹ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Represión penal: El castigo de los crímenes de guerra. Servicio de asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario”, Consultado el 25 de septiembre de 2016, https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/represion_penal.pdf

¹⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, Sentencia de 125 de Octubre de 2012, (Fondo, Reparaciones Y Costas). Párrafo 286.

Por otro lado, respecto a las leyes de amnistía, si bien la Corte IDH en reiteradas ocasiones se ha referido sobre la inconvencionalidad de dichas leyes, específicamente las surgidas durante las dictaduras en América del Sur, al tratarse de este caso de una ley que surgió como consecuencia de un conflicto armado, la Corte IDH tuvo que recurrir a normas del DIH. De esta forma, pudo comprobar, que, si bien este tipo de leyes se permiten al cese de las hostilidades, existen límites y tomándolos en cuenta es que la Corte IDH, pudo concluir que los crímenes de guerra y lesa humanidad, no son susceptibles de ser sujetos a amnistía, por lo que esta ley que planteó El Salvador, no tiene validez y le correspondía, la investigación y enjuiciamiento de los responsables.

C. Desplazamiento Forzado: Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Sentencia del 20 de noviembre del 2013. (*Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*).

Asimismo, es de importancia analizar la situación acontecida en este caso, ya que corresponde a uno de los más recientes en que la Corte IDH ha hecho referencia a normas del DIH. La situación discutida en esta jurisprudencia corresponde a hechos acaecidos en Colombia luego de la llamada “Operación Génesis” que se llevó a cabo en febrero de 1997, así como de una incursión armada que realizaron las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) cerca de esa fecha en la cuenca de Cacarica.

Urabá es una región selvática de Colombia que se caracteriza por su riqueza hídrica y se encuentra distribuida en tres departamentos. Su principal vía de acceso corresponde al río Atrato, que tiene como afluente el río Cacarica. La cuenca de este río se encuentra poblada en su mayoría por población afrodescendiente que se asentó en ese lugar como comunidad luego de la abolición de la esclavitud.

Dicho lugar era objetivo de las guerrillas, específicamente las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), ya que la zona boscosa permitía el trasiego de armas, tráfico de drogas, y despliegue militar. Ante esto, con el fin de recuperar la zona, evitar que la FARC reclutara nuevos miembros, y rescatar a 10 infantes de la marina secuestrados, el ejército colombiano realizó una operación militar llamada “Génesis”, en la cual bombardeó varios sitios estratégicos, para lo cual contó con ayuda de los paramilitares de la zona.

Estos hechos, aunados al asesinato de un campesino llamado Marino López por parte de los paramilitares, tuvieron como consecuencia el desplazamiento de los pobladores de la zona. Mientras los pobladores estuvieron desplazados, el gobierno colombiano los instaló en centros y albergues que no contaban con los estándares mínimos para vivir dignamente, había carencia de agua y alimentos y no había lugar para realizar necesidades fisiológicas.

Teniendo esto claro, es importante señalar que en esta sentencia la Corte IDH nuevamente hace hincapié en la necesidad de hacer referencia a normas de DIH cuando la situación de análisis corresponde a una consecuencia de un conflic-

to armado. Para tal fin indicó primeramente que los Estados parte deben garantizar el derecho de circulación y vivienda de sus pobladores y procurar que estos puedan regresar a su lugar de origen, sin que estando en dicho lugar se le vulneren sus derechos, ya que de esa forma lo había indicado con anterioridad:

Por otra parte, en coincidencia con la comunidad internacional, este Tribunal reafirma que la obligación de garantía para los Estados de proteger los derechos de las personas desplazadas conlleva no sólo el deber de adoptar medidas de prevención sino también proveer las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro a su lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Para ello, se debe garantizar su participación plena en la planificación y gestión de su regreso o reintegración.¹⁸³

Cabe recalcar que la misma Corte IDH señala que el artículo 22.1 de la Convención reconoce el derecho de circulación y de residencia y a no tener que salir forzosamente del territorio del estado en el cual se halle legalmente. Igualmente, indica que la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona; además, de forma extensiva ha considerado que aquella norma protege el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un estado parte en la misma¹⁸⁴. En este sentido, en la sentencia de fondo de este caso la Corte determinó lo siguiente:

Cabe recordar que, en otros casos, la Corte ha tenido la oportunidad de analizar la responsabilidad del Estado tomando en consideración algunos principios relevantes del Derecho Internacional Humanitario, a saber los principios de distinción, proporcionalidad y precaución en la utilización de la fuerza en el marco de conflictos armados de carácter no internacional. Además, cuando en este tipo de conflictos se dan situaciones de desplazamien-

¹⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, Sentencia del 25 de Octubre del 2012, Párrafo 118.

¹⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, Sentencia de 20 de noviembre de 2013, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 219.

to, también resultan especialmente útiles para la aplicación de la Convención Americana las regulaciones sobre desplazamiento contenidas en el Protocolo Adicional II.¹⁸⁵

De esta forma, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra regula el tema del desplazamiento en su artículo 17 y lo hace de la siguiente manera:

1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación. 2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.¹⁸⁶

Tomando como base lo anterior, utilizando esta norma del DIH como criterio de interpretación, la Corte IDH decidió en este caso que el Estado colombiano debe garantizar que las condiciones de los territorios que debe restituirles a los pobladores desplazados, así como del lugar donde habitan actualmente, sean adecuadas para la seguridad y vida digna tanto de quienes ya han regresado como de quienes aún no lo han hecho; esto en virtud de que previamente había determinado una violación al artículo 22.1 de la Convención referente al Desplazamiento Forzado.

Por otro lado, la resolución de este caso presenta otro aspecto de interés, que es la utilización del principio de distinción, relativo al DIH en dos momentos de su sentencia. En primer lugar, para determinar una posible responsabilidad del Es-

¹⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, Sentencia de 20 de noviembre de 2013, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 222.

¹⁸⁶ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977, Artículo 17.

tado por los daños ocasionados por los bombardeos, analizó que los bombardeos ocurrieron a varios kilómetros de las cuencas del Río Cacarica, que no hubo reportes indicando que dichos bombardeos ocasionaras muertes o lesiones a los pobladores y no había presencia de bienes o personas en el lugar del bombardeo. Por consiguiente, la Corte IDH determinó que el Estado colombiano, cumplió con este principio del DIH, por lo que lo absolvió de realizar algún tipo de reparación en relación con los bombardeos.¹⁸⁷

Posteriormente, se vuelve a hacer referencia a este principio cuando se realiza el análisis sobre el desplazamiento interno de los habitantes de la zona, por parte de los paramilitares. En este apartado hizo referencia a las normas del DIH de carácter consuetudinario:

Según la Norma 7 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, las partes en [un] conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados. Asimismo, la Norma 133 estipula que “deberán respetarse los derechos de propiedad de las personas desplazadas.”¹⁸⁸

Como se vislumbra, la Corte IDH en un claro ejercicio del principio de distinción determinó que la destrucción, el abandono y el desuso de las viviendas, corresponde a un menoscabo de los derechos de los pobladores, esto en virtud de lo indicado por el DIH y por ser contraria al artículo 21 de la Convención, aunque

¹⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, Sentencia De 20 de noviembre de 2013, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 238.

¹⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, Sentencia De 20 de noviembre de 2013, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Párrafo 349.

el desplazamiento fue causado por la incursión de los paramilitares, el Estado es responsable por haber colaborado y permitido la participación paramilitar.

D. Principio de legalidad: Caso de la Cruz Flores vs. Perú. Sentencia de 18 de noviembre de 2004 (*Fondo, reparaciones y costas*).

Otro supuesto de importancia para esta investigación corresponde los derechos tutelados por el caso De la Cruz vs. Perú; en el cual la señora María Teresa De la Cruz Flores, quien tenía la profesión de médico, fue detenida por miembros de la policía el 27 de marzo de 1996, por el delito de terrorismo. Posteriormente fue condenada por jueces sin rostro, los cuales la condenaron a la pena máxima de 20 años de prisión, en virtud de lo dispuesto por el Decreto Ley No. 25.475. Esta legislación antiterrorista revestía cierto cuidado, ya que se sancionaba una conducta por la simple potencialidad de un daño, sin que se requiriera un resultado concreto. En este caso en particular, hubo una prevalencia en condenar a todo médico que brindara ayuda a un terrorista, sin que hubiera pruebas por medio de las cuales se le condenara.

En este sentido, la Corte IDH realizó un análisis de si en la conducta del Estado, en el caso de la Doctora De la Cruz Flores, hubo algún tipo de violación a lo dispuesto por el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos referente al principio de legalidad criminal, que dice lo siguiente:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

El principio de legalidad también es desarrollado por la doctrina nacional de la siguiente manera: “Este principio lo encontramos definido a través del aforismo latino “nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale”. En otras palabras, no hay crimen, ni se puede aplicar una pena sin una ley penal previa que así lo establezca”.¹⁸⁹

De manera que la doctora María Teresa De La Cruz Flores fue procesada y condenada por actos de colaboración con el terrorismo en aplicación del artículo 4 del Decreto Ley No. 25.475 mediante sentencia de 21 de noviembre de 1996. Cabe resaltar que dicho artículo describe una serie de conductas penales que constituyen este delito; sin embargo, el ente juzgador nacional no especificó cual conducta fue la que se le achacaba responsabilidad a la presunta víctima en este proceso. Asimismo, la Corte IDH observó que:

En este caso sucedió una penalización del acto médico, por lo cual indicó (haciendo referencia a las normas de Derecho Internacional Humanitario) que el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de 1949, señala que “[n]adie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos”. Asimismo, el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II, ambos Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que “[n]o se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad”. Al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso, el Perú ya era parte de dichos instrumentos internacionales.¹⁹⁰

Por consiguiente, la Corte IDH entendió, a luz de las normas del DIH citadas en el párrafo anterior, que el acto médico no es y no puede ser una conducta

¹⁸⁹ Gilbert Armijo, “*Del Control Político al Control Constitucional: El Principio de Legalidad Penal*”, Estudios En Homenaje a Hector Fix-Zamudio, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, 56. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2557/8.pdf>

¹⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humano, *Caso de La Cruz Flores vs. Perú*, Sentencia de 18 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Párrafo 95.

punible. Considerando esta situación, la Corte IDH determinó que el Tribunal Nacional, al dictar su sentencia contra la doctora De la Cruz Sánchez, incurrió eca

E. Derechos de los niños y derecho a la familia: Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Sentencia del 24 de noviembre del 2009. (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

Nuevamente y desarrollando otro supuesto de importancia en este análisis se encuentra el presente caso, en el cual la Corte IDH analiza una posible violación a los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, en una masacre ocurrida en el parcelamiento de las Dos Erres donde fallecieron 251 personas. Esta masacre fue ejecutada por miembros de fuerzas armadas del Estado Guatemalteco llamadas Kaibiles, en la que perecieron tanto hombres como mujeres y niños. Adicionalmente, además de ser ejecutadas, las personas fueron brutalmente golpeadas y las mujeres violadas; luego de la masacre, no fue posible la investigación y sanción de los responsables.

Igualmente, se denunció la sustracción de Ramiro Osorio Cristales, quien fue sobreviviente de la masacre, por parte de un Kaibile, que lo llevó para su casa y lo registró con sus apellidos. Por consiguiente, y para esta investigación, se hará énfasis en la decisión sobre hecho.

En el análisis desarrollado por la Corte IDH se encuentra el estudio de si en la situación narrada, hubo violación a los derechos del niño. Cabe resaltar que los derechos de los niños se encuentran amparados por la CADH, y su condición exige una protección especial. Igualmente, hace una especial mención al derecho a

la familia, ya que ha determinado en su jurisprudencia que la separación de los niños de su familia, constituye una violación a este derecho, el cual se encuentra tutelado en el artículo 17 de la CADH. Además, con anterioridad al respecto la Corte IDH determinó lo siguiente:

El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño.¹⁹¹

Por consiguiente, al haber sucedido los hechos en el contexto de un conflicto armado, la Corte IDH recurre a normas del DIH de manera supletoria y como parte del fundamento para la decisión, lo cual lo realiza de la siguiente forma:

En el contexto de un conflicto armado interno, las obligaciones del Estado a favor de los niños se definen en el artículo 4.3 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra. Dicho artículo establece que: Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten, y, en particular: [...] b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas [...]”. De acuerdo con el Comité Internacional de la Cruz Roja esta obligación ha sido definida como que “las partes en conflicto deben hacer lo posible por reestablecer los lazos familiares, es decir, no solo permitir las búsquedas que emprendan los miembros de familias dispersas, sino facilitarlas incluso.¹⁹²

Mismo criterio comparte el Juez Manuel Ventura quien con anterioridad a este caso señaló:

El artículo 4 sobre garantías fundamentales del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Sin Carácter Internacional (Protocolo II) establece en su inciso 3.b que el Estado tiene el deber de adoptar

¹⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva Oc-17/2002 Del 28 de Agosto del 2002, Solicitada Por La Comisión Interamericana De Derechos Humanos, Párrafo 71.

¹⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de La Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala., Sentencia de 24 de noviembre de 2009, (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*), Párrafo 194.

“medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas.”¹⁹³

Ante esto, si bien la Corte IDH determinó que, aunque se le otorgó audiencia a Ramiro Osorio Cristales para que rindiera una declaración para este proceso, el Estado no realizó esfuerzos para reunificarlo con su familia biológica; inclusive esta omisión le negó este derecho, por lo que la Corte determinó que esta situación constituye una grave violación al derecho a la familia contenido en la CADH.

F. Votos disidentes, concurrentes y razonados referentes al Derecho Internacional Humanitario.

Otro aspecto que genera mucha fuente de información en la jurisprudencia de la Corte DIH, son los distintos votos razonados o votos disidentes que surgen durante la deliberación del proceso por parte de los jueces de la Corte IDH. El reglamento de la Corte IDH manifiesta: “La Corte hará público: a. sus sentencias y otras decisiones, incluyendo los votos razonados, disidentes o concurrentes, cuando cumplan los requisitos señalados en el artículo 59.2 del presente Reglamento”.¹⁹⁴

Estos votos, si bien no forman parte de la decisión general de la Corte, son importantes ya que sirven como un punto de referencia a tomar en cuenta; además, la constancia y concurrencia en ciertas posturas, pueden llegar con el tiempo a formar parte del criterio generalizado de la Corte IDH en algún momento. Por

¹⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de Las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, Voto Disidente del Juez Manuel E. Ventura Robles, respecto del Punto Resolutivo Tercero, Párrafo 145.

¹⁹⁴ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 31.

consiguiente, es de importancia señalar los votos en los cuales se haga referencia a situaciones en que se pueda utilizar el DIH como un criterio de interpretación.

1. Cláusula Martens: Voto concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade, Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo).

En su voto razonado en el sonado caso de Barrios Altos vs. Perú, el juez Cançado Trindade hace referencia a la “Clausula Martens”. Este caso se refiere a un ataque realizado por una división del ejército llamado “Grupo Colina” contra un grupo de civiles quienes estaban haciendo una “pollada”, la cual era una fiesta para recaudar fondos, en el cual murieron alrededor de 15 personas; este hecho no fue posible de investigar, como consecuencia de una ley de amnistía por parte del Estado Peruano. Hay que recordar que esta cláusula se refiere a una declaración realizada por Friedrich von Martens, quien era delegado ruso en la Conferencia de la Paz de la Haya de 1899, la cual indica lo siguiente:

“Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.¹⁹⁵

Como se vislumbra, invoca a la protección de los civiles y beligerantes durante el conflicto armado, cuando estos se encuentren desprotegidos por las normas convencionales; por lo que supone una aplicación perpetua del derecho de

¹⁹⁵ Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

las gentes, y las normas humanitarias. En este sentido, el juez Cançado Trindade señaló que:

La doctrina jurídica contemporánea también ha caracterizado la cláusula Martens como fuente del propio derecho internacional general; y nadie osaría hoy negar que las "leyes de humanidad" y las "exigencias de la conciencia pública" invocadas por la cláusula Martens pertenecen al dominio del *ius cogens*. La referida cláusula, como un todo, ha sido concebida y reiteradamente afirmada, en última instancia, en beneficio de todo el género humano, manteniendo así su gran actualidad. Se puede considerarla como expresión de la razón de la humanidad imponiendo límites a la razón de Estado (*raison d'État*).¹⁹⁶

De esta forma, razonó que el Estado fue concebido inicialmente para garantizar el bien común, por lo que no puede superponerse al Derecho, ni a los seres humanos. Por lo que señaló en virtud de la cláusula Martens antes indicada, que las leyes de auto amnistía son una aberración que va en contra de los Derechos Humanos, por lo que no pueden ser admisibles.

2. Obligación de dar sepultura a los restos mortales de las víctimas: Voto razonado del Juez Antonio Cançado Trindade, Comunidad Moiwana vs. Suriname. Sentencia de 15 de junio de 2005 (*Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*).

Nuevamente, el juez Cançado Trindade brinda un nuevo aporte a una posible construcción jurisprudencial que involucre al Derecho Internacional Humanitario, ya que lo utiliza como una norma de referencia a la hora de explicar el porqué de su decisión. La comunidad Moiwana fue establecida en Suriname por un grupo

¹⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo), Voto Concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade, Párrafo 25.

de personas originarias de África, llamadas N'djuka. Esta comunidad tenía su propio idioma, costumbres y tradiciones que la distinguían del resto de comunidades indígenas en dicho país. En 1986 un enfrentamiento armado entre el ejército y un grupo opositor tuvo como consecuencia la muerte de 39 personas y el desplazamiento de la comunidad. Posteriormente, a las familias no les fue posible recuperar los restos mortales de sus familiares, al tiempo que no hubo investigaciones ni sanciones al respecto.

En este sentido y sobre este último aspecto, el juez analiza que, si bien no existe uniformidad respecto a los ritos fúnebres, estos forman parte y se justifican en la dignidad humana. De esta forma cita a Hugo Grocio quien sostenía que todos los seres humanos, incluso los "enemigos públicos" tenían derecho a sepultura, ya que se consideraba como un precepto de la "virtud y humanidad"¹⁹⁷. Cabe indicar que esto era de mucha importancia para la comunidad N'djuka, ya que contaban con tradiciones complejas y específicas para la sepultura de miembros de su comunidad.

Igualmente, la Corte IDH determinó en su fallo, entre sus reparaciones que el estado debía recuperar los restos de los miembros de la comunidad Moiwana que fallecieron durante los hechos del 29 de noviembre de 1986 y entregarlos a los miembros de la comunidad Moiwana sobrevivientes. Para llegar a tal determinación el juez Cançado Trindade llegó a la siguiente determinación:

¹⁹⁷ Hugo Grocio, "Del Derecho de la Guerra y de la Paz, tomo III (libros II y III), (Madrid, Edit. Reus, 1925),47-49. Citado por el Juez Antonio Cançado Trindade, en su voto razonado de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, 2005, Párrafo 62.

Actualmente, el Derecho Internacional Humanitario prevé por el derecho de los restos de los muertos, sea que estén enterrados o hayan sido incinerados. El artículo 130 de la IV Convención de Ginebra (relativo a la Protección de la Población Civil) dispone sobre el debido cuidado y respeto de los restos mortales. El artículo 34 del Protocolo I de 1977 adicional a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 explica con detalles la materia; en el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja en ese artículo se señala que el respeto que se debe hacia las personas fallecidas “implica que las sepulturas de todas esas personas deben ser respetadas en la medida de lo posible conforme a las creencias religiosas del fallecido, siempre que éstas sean conocidas “ y advierte que: "Aún razones de necesidad pública violentas no pueden, en ningún caso, justificar la falta de respeto por los restos de las personas fallecidas.¹⁹⁸

Como se vislumbra, las normas del DIH también sirven para establecer la obligatoriedad de los estados de entregar los restos mortales de las personas para la sepultura de los mismos; así como dar respeto a los fallecidos y otorgar una sepultura digna.

¹⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), del 15 de junio del 2005, Voto razonado del Juez Antonio Cançado Trindade, Párrafo 63.

CONCLUSIONES FINALES

Al finalizar esta investigación, y a manera de cierre, es de relevancia exponer las siguientes conclusiones. En primer lugar es importante indicar que del análisis de fuentes doctrinarias y del primer capítulo de esta investigación se logró establecer una definición propia del Derecho Internacional Humanitario, el cual se definió como un cuerpo de normas y reglas, que pretenden dotar de humanidad a los conflictos armados, estableciendo dentro de su ámbito de aplicación una protección especial para las personas que se vean afectadas por la guerra, sin que tuvieran algún grado de participación en las hostilidades, o bien si la tuvieron, que ya no se encuentren combatiendo. Establece una serie de prohibiciones, y regulaciones hacia la forma en la que se deben de dirigir las hostilidades, evitando daños y males innecesarios, y desproporcionados.

Además, se determinó que, si bien este derecho ha existido a lo largo de la historia como una norma consuetudinaria, alcanzó su máximo desarrollo normativo por medio de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977; los cuales ampliaron su marco de protección y establecieron un mayor número personas y objetos protegidos. Asimismo, respecto a generalidades del Derecho Internacional Humanitario (DIH), este se rige por una serie de principios con carácter obligatorio para los Estados, más allá de cualquier vínculo convencional que estos pudieran tener. En este sentido se estableció que estos principios inspiran el DIH, ya que determinan y limitan el comportamiento de quienes

se enfrentan en un conflicto armado. Es decir, orientan la interpretación y la aplicación del DIH.

Por otro lado, en el segundo apartado se realizó un análisis del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con especial énfasis en las facultades y competencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Sobre esta se logra concluir que, dentro de su competencia, tanto contenciosa como consultiva, posee gran libertad para fundamentar sus resoluciones, a través de diversos mecanismos que ha desarrollado a lo largo del tiempo con el fin de verificar el cumplimiento de lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y así ejercer control sobre los Estados parte. Entre estos mecanismos se encuentra el Diálogo entre Cortes y la utilización de instrumentos internacionales ajenos a la CADH, los cuales tienen influencia al momento de fundamentar criterios jurisprudenciales.

Por su parte, sobre el DIH se abordó y se hizo referencia a los ámbitos de aplicación material, espacial y temporal, así como los actores garantes de la eficacia de este régimen. En este sentido, si bien al DIH lo componen normas y principios relevantes, al momento de determinar su eficacia, es de suma importancia reflexionar sobre la capacidad y voluntad de cumplimiento por parte de sus tutelados. De esta forma, se encontraron problemas en cuanto a la eficacia del DIH, ya que en primer término la observancia de estas normas le correspondía a varios actores definidos así por la normativa internacional, entre estos se señalaba a los Estados Parte, La Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta, Potencias

Protectoras o la Organización de las Naciones Unidas. Todos estos actores tenían los mismos inconvenientes, o bien no tenían la voluntad de hacer regir las normas referentes al DIH o no eran un órgano jurisdiccional cuyas decisiones pudieran tener un carácter vinculante, lo cual hacía imposible el cumplimiento de sus dictámenes.

Igualmente, un órgano jurisdiccional que pudo servir como respuesta prometedor a este problema fue la Corte Penal Internacional, sin embargo, se señaló que su jurisdicción se limita a las violaciones más importantes de derechos, como es el caso de crímenes de lesa humanidad. Además, las acciones penales están dirigidas hacia infractores individuales; por lo que esto no sería suficiente ante violaciones sistemáticas del Derecho Internacional Humanitario. De esta forma, ante la carencia de órganos encargados de aplicar el DIH, y al ser sus mecanismos de aplicación, en cierta medida, deficientes; es claro que los Tribunales de Derechos Humanos han tenido que ir incorporando paulatinamente el Derecho Internacional Humanitario por medio de su labor interpretativa, para los casos sometidos a su conocimiento.

En este sentido, a la luz de los conflictos armados suscitados en el siglo XX (y que algunos siguen desarrollándose en la actualidad) en América Latina la Corte IDH no ha estado ajena a esta situación. Es por ello que ha tenido que asumir el rol de utilizar la normativa del DIH como fuente interpretativa de la Convención Americana de Derechos Humanos en los casos de conflictos armados para así determinar violaciones de derechos humanos.

Dicha interpretación surge de la conceptualización de todos los tratados de Derechos Humanos como instrumentos vivos y por ende la interpretación de estas normas debe de hacerse de una manera dinámica, tomando en consideración la naturaleza de los hechos alegados, las normas aplicables, y las condiciones de vida actuales. Además, esta interpretación la convalida el artículo 29 inciso b) de la CADH con la salvedad de que existe una distancia entre el ejercicio de interpretación, y la aplicación de la normativa internacional de protección de los derechos de la persona humana, ya que la Corte IDH se encuentra únicamente avalada para aplicar la CADH. Por consiguiente, se puede concluir que la CADH, no es ajena al principio de progresividad de los Derechos Humanos, ni es un instrumento estático, por lo que la Corte IDH puede contextualizar y darles contenido a sus normas, por medio de otros tratados como lo son los Convenios de Ginebra de 1949, y sus dos protocolos.

De esta forma en el tercer capítulo se analizaron varias sentencias de la Corte IDH, en las cuales utilizó como referencia las normas del DIH como un criterio de interpretación para aplicar la CADH, en situaciones acaecidas durante un conflicto armado. Por consiguiente, mediante la investigación y estudio de jurisprudencia se alcanzaron los siguientes hallazgos en los cuales la Corte IDH utilizó los postulados del DIH, y que se detallan a continuación:

Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala (2000).

En este caso la Corte IDH utilizó las normas del DIH como un criterio de interpretación ya que determinó un incumplimiento al artículo 1.1 de la CADH referente a la obligación de respetar los derechos, ante la muerte de Efraín Bámaca. Para ello toma como base el artículo 3 común de los tratados de Ginebra referente al conflicto armado de carácter interno, ya que este contempla prohibiciones contra violaciones al derecho a la vida y atentados contra la integridad personal, entre otras garantías que a Bámaca debieron de haberse respetado. En este sentido consideró que el Estado debió de actuar de forma concordante con lo dispuesto por el artículo 3 común, y debió de brindarles a las personas que hayan quedado fuera de combate un trato humanitario.

Masacres del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (2012)

La Corte IDH se sirvió de las disposiciones contenidas en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, principalmente los artículos 4 y 13 que señalaban las prohibiciones a atentados contra la vida, salud e integridad; así como la obligación de proteger a la población civil. De esta forma y al tener como base estos dos artículos determina una violación al artículo 27 de la CADH, referente a la suspensión de garantías, y la prerrogativa de no suspensión de ciertos derechos. En segundo lugar, se refirió sobre una ley de amnistía que se estableció para beneficiar a los responsables de estas masacres. De esta forma la Corte IDH se sirve de las normas consuetudinarias del DIH, que establecen que al cese del conflicto es responsabilidad de los Estados juzgar a los infractores. Por lo tanto, en este caso, se determinó que al tratarse de un crimen de guerra o inclusive de lesa humanidad, no puede aplicarse una ley de amnistía.

Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia (2013).

La Corte IDH realizó una interpretación del artículo 22.1 de la CADH referente al derecho de circulación y de residencia y a no tener que salir forzosamente del territorio del Estado en el cual se halle legalmente, tomando como base y al luz de las disposiciones del Protocolo II adicional, ya que este en su artículo 17 prohíbe “*el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto*”, y en el caso de que este sea imperativo se deben de tomar “*todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento*”. En este sentido, la Corte determinó que evidentemente hubo una violación a la CADH por parte del Estado Colombiano, que debe garantizar que las condiciones de los territorios que debe restituirles a los pobladores desplazados, sean adecuadas para la seguridad y vida digna tanto de quienes ya han regresado como de quienes aún no lo han hecho.

Caso de la Cruz Flores vs. Perú (2004)

Un caso de mucha relevancia, de una médica a quien fue condenada por el delito de terrorismo. En este sentido, la Corte IDH realizó un análisis, de si en la conducta del Estado hubo algún tipo de violación a lo dispuesto por el artículo 9 de la CADH referente al principio de legalidad criminal. En su análisis la Corte IDH entendió a luz del artículo 18 del I Convenio de Ginebra y los artículos 16 del Protocolo I y 10 del Protocolo II que el acto médico, considerado como la acción que realiza el médico en el ejercicio de su profesión, no es y no puede ser una conducta punible. Por consiguiente, la Corte IDH determinó que el Tribunal Nacional al dictar su sentencia contra la doctora De la Cruz Sánchez, incurrió en una violación al principio de legalidad; y por lo tanto en este caso se transgredió el artículo 9 de la Convención Americana de Derecho Humanos.

Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009).

Se investigó la sustracción del menor Ramón Osorio por parte de un militar quien lo registró con sus apellidos. En su análisis la Corte IDH estudia si hubo violación a los derechos de los niños amparados por la CADH, y al derecho a la familia, ya que se ha determinado en jurisprudencia que la separación de los niños de su familia constituye una violación a este derecho. Asimismo, al haber sucedido los hechos en el contexto de un conflicto armado, la Corte IDH recurre al artículo 4.3 del Protocolo II que señala: “*b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas*”. Por ende, se dictaminó que el Estado no realizó esfuerzos para reunificar a Ramón Osorio con su familia biológica; inclusive esta omisión le negó este derecho, por lo que la Corte determinó que esta situación constituye una grave violación al derecho a la familia contenido en la CADH.

Voto concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade

Caso Barrios Altos vs. Perú. (2001)

El juez Cançado Trindade razona su criterio con base en la Cláusula Martens, para decidir sobre una masacre en la que murieron 15 personas que no fue investigada por una ley de amnistía. Indicó que pertenece “*al dominio del jus cogens. (...) Se puede considerarla como expresión de la razón de la humanidad imponiendo límites a la razón de Estado (raison d'État)*”. Así razonó que el Estado fue concebido inicialmente para garantizar el bien común, por lo que no puede superponerse al Derecho, ni a los seres humanos, por lo que señaló que en virtud de la cláusula Martens las leyes de auto amnistía son una aberración, que van en contra de los derechos humanos, y no pueden ser admisibles.

Voto razonado del Juez Antonio Cançado Trindade

Comunidad Moiwana vs. Suriname (2005)

Nuevamente, el juez Cançado Trindade volvió a invocar el DIH para razonar su decisión. En 1986 un enfrentamiento armado tuvo como consecuencia la muerte de 39 personas, y el desplazamiento de la comunidad. Posteriormente, a las familias no les fue posible recuperar los restos mortales de sus familiares, ni hubo investigaciones ni sanciones al respecto. En virtud de lo anterior, el juez utilizó como base los artículos 130 de la IV Convención de Ginebra y 34 del Protocolo I para establecer la obligatoriedad de los Estados de entregar los restos mortales de las personas para la sepultura de los mismos; así como la obligatoriedad que tienen los Estados a el respeto a los fallecidos y a otorgar una sepultura digna.

Asimismo, y de forma más específica se desarrollaron tres sentencias, en virtud de que se observó que la Corte IDH desarrolló con mayor detalle varios aspectos en los cuales las normas y postulados del DIH cumplieron un rol de mayor preponderancia. De esta forma se encontraron los siguientes hallazgos jurisprudenciales:

Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia (2005).

Responsabilidad Estatal: Sobre este aspecto, la Corte concluyó que el Estado violó sus deberes de protección a la población civil, obligación derivada del DIH,

En particular el artículo tercero común de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y las normas del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a las protecciones de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II)".

La vulneración a los Derechos del Niño (Art 19 CADH): La Corte al definir el contenido de este artículo toma en consideración los postulados del DIH, e indica:

“El contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, en casos como el presente, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, (...) y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar.

Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (2012)

Competencia material: Respecto a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, el tribunal se basó en distintas sentencias para establecer su posición, señalando que si bien:

La Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3 común.

Principio del DIH: Algo importante de destacar es que en este caso la Corte IDH hace un uso “real” de los principios de Distinción, Precaución y Proporcionalidad extraídos de la normativa y costumbre del DIH, e inclusive determina una violación al Principio de Distinción y Proporcionalidad, lo cual hace concluir que el Estado colombiano fue responsable por la violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4.1 de la Convención, en perjuicio de las personas fallecidas en el caserío de Santo Domingo, así como del artículo 5.1 de la Convención, en perjuicio de las personas que resultaron heridas; ya que se empleó un método o medios de combate en los cuales los efectos de los mismo no son posibles de limitar y por ello pueden alcanzar sin distinción tanto a partes del conflicto como a civiles.

Derechos a la Propiedad Privada: La Corte que de conformidad con el artículo 4.2.g. del Protocolo II de 1977, la toma de un bien en el marco de un conflicto armado sin el consentimiento de su propietario es un acto prohibido por el derecho humanitario. En ese sentido, la Corte retoma lo dicho por el TPIY, que:

Ha señalado en su jurisprudencia que este delito se comete cuando existe apropiación intencional e ilícita de bienes públicos o privados³⁹³, y que “los actos de saqueo deben involucrar graves consecuencias para las víctimas. Este será el caso cuando los bienes sean de suficiente valor monetario, o cuando se apropien los bienes de una gran cantidad de gente, en cuyo caso la escala y el impacto general de los actos de robo equivaldrían a violaciones graves del derecho y costumbre de la guerra.

Caso Cruz Sánchez y Otros vs. Perú (2015)

Sobre la aplicabilidad del DIH: La Corte IDH valora como útil y apropiado tener en cuenta el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y al Derecho Internacional Humanitario consuetudinario. Este estudio lo realiza la Corte IDH entendiendo que el DIH en ningún momento desplaza la aplicabilidad del artículo 4 de la Convención, sino que le ofrece un mayor contenido a la prohibición que esta impone y facilita la aplicación de la misma dentro del conflicto armado interno. Asimismo, la Corte IDH se apoya en lo dicho por la Corte Internacional de Justicia para justificar el recurrir a las normas de DIH para determinar la violación o no de algún derecho consagrado en la CADH al indicar que:

En principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades.

Consideraciones de la Corte relativas al artículo 3 común a los cuatro

Convenios de Ginebra: En este acápite, la Corte IDH hace una referencia clara y directa a las normas y postulados relativos al DIH. Para tal fin, hace referencia al Principio de Distinción, el cual establece que “las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes, de modo tal que los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes y los civiles no deben ser atacados”. Este artículo es de gran relevancia ya que las presuntas víctimas podían ser potenciales beneficiarios de la protección que ofrecen los Convenios de Ginebra en su artículo 3.

En vista de lo anterior, se tuvo por demostrado que la Corte IDH ha realizado el ejercicio de interpretación de normas de la CADH a la luz de las normas del DIH en situaciones que involucran la violación a la obligación del respeto a los derechos, derecho a la vida, integridad personal, prohibición de aplicar leyes de amnistía, principio de legalidad criminal, derechos de los niños, libertad personal, entre otros.

De lo anterior se puede concluir que existe una clara interconexión entre el DIH y los Derechos Humanos, ya que ambos se derivan de la dignidad humana y mantienen un mismo núcleo de derechos inderogables. Además, ambos sistemas regulan los mismos bienes jurídicos en situaciones distintas. Por consiguiente, el DIH al tener como objetivo fundamental el disminuir los efectos de las hostilidades, otorga una mayor y más concreta protección a las víctimas de un conflicto armado que las garantías enunciadas por la CADH. De esta forma, la Corte IDH utiliza los postulados y las normas del DIH con el fin de contextualizar y desarrollar alguna

situación que haya ocurrido durante un conflicto armado, para brindarle una mayor especificidad y contenido a su decisión. Si bien en los casos estudiados finalmente se determinó una violación a la CADH, ese razonamiento surge a través de una interpretación de sus normas en concordancia con lo dispuesto por el DIH.

Ante esto, es posible indicar que se comprobó la hipótesis de la investigación, ya que, si bien la Corte IDH solamente está facultada para aplicar la CADH, esta realiza una aplicación indirecta del DIH. Es importante recalcar que esta afirmación permite que en el plano operativo la interconexión entre el DIH y los Derechos Humanos sea una realidad, ya que en varios temas la Corte IDH tuvo que hacer referencia a normas del DIH para contextualizar y dotar de sentido su razonamiento, ya que en caso contrario las normas de la CADH son insuficientes para aplicar a casos que ocurran en un conflicto armado.

BIBLIOGRAFÍA

• Referencia a Fuentes Doctrinarias

1. BETTATI, Mario. *Droit humanitaire*. París: Éditions du Seuil, 2000.
2. BURGORGUE-LARSEN Laurence y MONTOYA CESPEDES Nicolás, “El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y La Corte Europea de Derechos Humanos” en *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*. Compilado por Dhes Red Derechos Humanos y Educación Superior (Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2013).
3. CAMARGO, Pedro Pablo. “Derecho Internacional Humanitario”. Tomo 1. Edit. Ediciones S en C, Colombia 1995.
4. CÁCERES BRUN Joaquín, “*El sistema de Eficacia del Derecho Internacional Humanitario*”. Comité Internacional de la Cruz Roja. (Ginebra: 2003).
5. CHACÓN MATA, Alfonso, “Protección de los niños según el Derecho Internacional Humanitario. Un breve recuento desde los convenios de Ginebra, hasta el desafío actual de la Corte Penal Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen VII, Ciudad de México, 2007.
6. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997.
7. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “Reglas y normas internacionales aplicables a la función policial. Ginebra, CICR, 2015.
8. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “*Represión penal: El castigo de los crímenes de guerra. Servicio de asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario*”, Consultado el 25 de septiembre de 2016, https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/represion_penal.pdf
9. FAÚNDEZ LEDESMA Héctor, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales” 3era Edición, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

10. Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. "Cruz Roja, Media Luna Roja y Cristal Rojo. Pautas para el diseño de los emblemas". *Comité Internacional de la Cruz Roja* (Ginebra: junio 2006).
11. FLECK D., *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995. Tomado de Comité Internacional de la Cruz Roja, "Cual es la definición de "Conflicto Armado" según el Derecho Internacional Humanitario" Documento de Opinión (2009).
12. GASSER, Hans-Peter. "Actos de Terror, "Terrorismo" y Derecho Internacional Humanitario". Artículo de la Revista Internacional de la Cruz Roja, 2002.
13. GÓLCHER GONZÁLEZ, Ana Lourdes, "El Derecho Internacional Humanitario y su Relación con el Ordenamiento Jurídico Costarricense", Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1985.
14. GONZÁLEZ CHACÓN Cindy y NÁJERA PÉREZ Sandra, "Aplicación del derecho de refugiados y del derecho humanitario en conflictos armados". Trabajo final de graduación realizado por, para optar por la Licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica,.
15. HENKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise. "El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I: Normas". Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007.
16. HENRÍQUEZ PALMA Felipe, "*El derecho internacional humanitario y las operaciones de paz de Naciones Unidas*". 2002, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdq3n.htm>, Sección tercer, sub sección A), párrafo 3, Consultado el 29 de noviembre de 2016.
17. GARCÍA ROCA Javier, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo, SANTOLAYA MACHETTI Pablo, y CANOSA USERA Raúl. *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano*, ed., (Thomson Reuters, 2012).
18. KALSHOVEN Frits y ZEGVELD Liesbeth, "Constraints on the Waging of War" (Ginebra: marzo de 2001, tercera edición).

19. MIRANDA BONILLA Haideer, "El Control de Convencionalidad como instrumento de diálogo jurisprudencial en America", *Revista Jurídica IUS Doctrina*. N° 12, 2015.
20. MURILLO ORTEGA Víctor y PORRAS PASTRÁN Paola, "La aplicación del Derecho Internacional Humanitario y Los Organismos Internacionales", Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2000.
21. ODIO BENITEZ, Elizabeth. "De la violación y otras graves agresiones a la integridad sexual como crímenes sancionados por el Derecho Internacional Humanitario". *Biblioteca Jurídica virtual: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, mayo-junio de 2001, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/49/pr/pr22.pdf>
22. OVALLE FAVELA José, "La Influencia de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno de los Estados Latinoamericanos" (México DF: Universidad Autónoma de México, 2011).
23. PASTOR Juan Hernández, "*Ámbitos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario*". *Agenda Internacional Año XVI*, N° 27, 2009.
24. PASTOR RIDRUEJO José Antonio, "*Aplicación del Derecho Internacional Humanitario: Control y Sanción en caso de su violación, medidas nacionales e internacionales de implementación*", (CODHEM: Mayo/junio 2001).
25. PEYTRIGNET, Gérard; *Derecho Internacional Humanitario: Evolución Histórica, Principios Esenciales y Mecanismo de Aplicación*.
26. PICTET, Jean. "El Derecho Internacional Humanitario: definición". *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario*. (Madrid: Tecnos, 1990), 17-18, Citado por Salmón, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, (Lima: Universidad Católica de Chile, 2004), 23, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25212.pdf>
27. PICTET Jean, Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Publicado el 1 de noviembre de 1998 por el Comité Internacional de la Cruz Roja en:

28. QUESADA GUTIÉRREZ, Karla Marcela, “Convención de la Haya de 1954 para la protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y sus dos Protocolos Adicionales. El caso concreto de Costa Rica”. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.
29. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Jose Luis y Prieto, “Glosario de Derecho Internacional Humanitario”. Consultado el 12 de octubre de 2015 <https://www.cruzroja.es/dih/pdfs/temas/glosario/Glosario.pdf>
30. SALMÓN, Elizabeth, Introducción al Derecho Internacional Humanitario, 2004.
31. SWINARSKI, Christophe, Introducción al Derecho Internacional Humanitario, 1984; Accesado el 21 de agosto del 2015, de la dirección url: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdl7w.htm#1>
32. VALLADARES Gabriel, “El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y su contribución al desarrollo convencional del Derecho Internacional Humanitario en los comienzos del Siglo XXI”. *XXXV Curso de Derecho Internacional* (2009).
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm>
33. VIZCARRA Ana Villata, “La contribución de América al Derecho Internacional”, <http://www.oas.org/dil/esp/59-94%20Villalta%20def.pdf>
Consultado el 17 de mayo de 2016
<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/19748/19812> .

• **Referencias a Normativa**

1. I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña
2. II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar
3. III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra

4. IV Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra
5. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales
6. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional
7. Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados
8. Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, introducción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción
9. Preámbulo de la Convención Sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Convención de Ottawa)
10. Convención Americana de Derechos Humanos
11. Reglamento de la Corte Interamericana de Derecho Humanos
12. Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados
13. Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998)

• **Referencia a Fuentes Jurisprudenciales**

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de setiembre de 1982.
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 15 de Setiembre del 2015, Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia.
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 24 de febrero del 2011, Caso Gelman vs. Uruguay.
4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 1 de marzo del 2005, Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador.
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de setiembre de 2006. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.

6. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de noviembre del 2006. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú.
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 26 de noviembre del 2010. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.
8. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 30 de noviembre del 2013. Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia
9. Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia de 20 noviembre de 2012. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala.
10. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.
11. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo.
12. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 25 de noviembre del 2000 (*Fondo*). Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.
13. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de las Masacres del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Sentencia del 25 de octubre del 2012 (*Fondo, Reparaciones y Costas*).
14. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Sentencia del 20 de noviembre del 2013. (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas*).
15. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Sentencia del 24 de noviembre del 2009. (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*).
16. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (*Fondo*).
17. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Moiwana vs. Suriname. Sentencia de 15 de junio de 2005 (*Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas*).

18. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cruz Sánchez y Otros vs. Perú. Sentencia del 17 de abril del 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).