



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Impacto del Derecho Internacional Humanitario en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Juan Manuel Bravo Coral

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho
Bogotá D.C., Colombia
2015

Impacto del Derecho Internacional Humanitario en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Juan Manuel Bravo Coral

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:

Magíster en Derecho

Director (a):

Mg. Omar Huertas Díaz

Línea de Investigación:

Derecho Internacional

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho

Bogotá D.C., Colombia

2015

*A Dios, por permitirme ser y por brindarme las
tres razones de mi existencia:*

A mi madre, Margarita, forjadora de sueños,

A mi esposa, Natalia, mi dulce y eterno amor

A mi hija, Sofía, mi entrañable inspiración

Y, por mi papi, Jairo Enrique (QEPD).

Agradecimientos

El resultado de esta investigación es, sin duda, fruto del trasegar de muchos años de vida académica y de vida laboral en diferentes ámbitos.

El comienzo de esta historia de reflexiones, disquisiciones y aprendizajes sobre el derecho internacional y, su relación con la protección del ser humano (sea en el ámbito de los derechos humanos o en el ámbito del derecho internacional) está estrechamente ligada al Maestro Iván David Ortiz Palacios (QEPD): a él, gracias por lo que creo, defiendo y soy en este fabuloso mundo del derecho humanitario. Y sin duda, también, al Maestro Eulises Torres, gracias infinitas.

A mi familia, en especial a mis hermanos Jairo Andrés y Mauricio, por todo su amor, cariño y confianza en mí.

A mis muy apreciados compañeros en la Universidad: Zamir Fajardo y Edwin Novoa. Y, también, por supuesto, a no solo mi compañera universitaria sino a mi entrañable compañera de vida, Natalia Salamanca.

A mis jefes, que tanto me han aportado y de quién tanto aprendí: María Paulina Riveros Dueñas, Juan Carlos Botero Ospina y Marisela Silva Chau.

Al Profesor Omar Huertas Díaz, por su disposición y confianza para llevar este cometido a feliz término.

Resumen

La Corte IDH es competente para aplicar las disposiciones de los tratados que le otorgan competencia contenciosa (la CADH, entre otros). En relación con el DIH, la Corte IDH ha planteado su relevancia y pertinencia para analizar casos ocurridos en un conflicto armado y, en esta medida ha declarado su competencia para interpretar el DIH pero no para declarar su incumplimiento. De los 189 casos que ha decidido, en 33 identificó que habían ocurrido en un contexto de conflicto armado no internacional; y de estos 33, sólo en 15, la Corte incorporó criterios y conceptos del DIH para facilitar la comprensión del caso y para adoptar una decisión consistente con la *lex specialis* aplicable. La utilización del DIH ha ido en aumento; sin embargo, su aporte para la comprensión de un caso ocurrido en un contexto de conflicto armado no ha sido suficientemente aprovechado por la Corte IDH: o no ha usado el DIH o cuando lo ha hecho -*salvo contadas excepciones*-, su utilidad fue prácticamente formal y enunciativa y no representó un aporte sustantivo.

Palabras clave: Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional, Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *lex specialis*.

Abstract

The Inter-American Court of Human Rights is competent to apply the provisions of treaties that give it jurisdiction to do so (such as the American Convention on Human Rights, among others). This Court has set the relevancy of International Humanitarian Law when has analyzed cases under an armed conflict and therefore has declared its competence to interpret this law, but not to declare its breach. In 33 out of the 189 cases

where the Inter-American Human Rights Court has rendered a judgment, it has been identified that these cases occurred in a context of non-international armed conflict; besides, in 15 out of these 33 cases, the Court incorporated International Humanitarian Law criteria and concepts to facilitate the understanding of the case and to adopt a decision that complies with the applicable *lex specialis*. The use of International Humanitarian Law has increased; however, its contribution to the understanding of a case in a context of an armed conflict has not been fully seized by the Court; sometimes it has not used the IHL or, when it has been used by this Court -except few exceptions-, its usefulness was really formal and illustrative and didn't represent a substantial contribution.

Keywords: International Humanitarian Law, International Law, Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, *lex specialis*.

Contenido

	Pág.
Resumen	IX
Lista de abreviaturas.....	XIII
Introducción	1
1. Competencia material de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	4
1.1 Contextos y hechos objeto de competencia de la Corte IDH	10
1.1.1 Situaciones de conflicto armado	12
1.1.2 Situaciones de violencia	15
1.1.3 Otras situaciones	18
1.2 Aplicación e interpretación del derecho	20
1.3 La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz del Derecho Internacional Humanitario.....	24
2. El Derecho Internacional Humanitario	28
2.1 El Derecho de la Guerra (<i>Ius in Bello</i>)	30
2.1.1 Origen y enfoque	32
2.1.2 Fuentes	39
2.1.3 Principios y reglas básicas.....	46
▪ Principio de humanidad	46
▪ Principio de necesidad militar	47
▪ Principio de distinción	48
▪ Noción de participación directa en las hostilidades	50
▪ Principio de precaución.....	54
▪ Principio de proporcionalidad.....	56
2.2 Ámbito de aplicación del DIH	57
2.3 Convergencia del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	61
3. El DIH en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	71

3.1	Casos ocurridos en un contexto o en desarrollo de un conflicto armado no internacional.....	71
3.1.1	Casos ocurridos en situaciones de conflicto armado no internacional excluidos del análisis.....	73
	▪ Exclusión del Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia.....	73
	▪ Exclusión del Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia.....	75
	▪ Exclusión casos peruanos.....	76
3.2	Utilización del DIH en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	80
3.2.1	Casos que ocurrieron en un contexto o en desarrollo de un conflicto armado no internacional, pero no fueron analizados a la luz del DIH.....	82
	▪ Dos casos significativos: Casos Las Palmeras Vs. Colombia y Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador.....	83
	▪ Casos Vs. Guatemala.....	88
	▪ Casos Vs. Perú.....	93
	▪ Casos Vs. Colombia.....	95
3.2.2	Casos que ocurrieron en un contexto o en desarrollo de un conflicto armado no internacional y fueron analizados a la luz del DIH.....	97
	▪ La configuración de responsabilidad de un Estado en virtud del incumplimiento de los principios del DIH.....	98
	▪ Prohibición arbitraria de la libertad.....	102
	▪ Protección de niños y niñas en un conflicto armado.....	102
	▪ La desaparición de personas en un conflicto armado.....	104
	▪ Prohibición de la tortura en situaciones de conflicto armado.....	106
	▪ El desplazamiento forzado en conflictos armados no internacionales.....	108
	▪ Represión penal de infracciones al DIH: la aplicación de las amnistías en un conflicto armado no internacional.....	109
	▪ Infracciones al DIH: el “pillaje”.....	111
	▪ Protección de la Misión Médica.....	112
	▪ Contribución del DIH en materia de reparaciones.....	114
3.3	Balance general.....	116
3.3.1	Calificación jurídica de un contexto como conflicto armado.....	118
3.3.2	Determinación de violaciones a los derechos previstos en la CADH: aporte formal del DIH a las decisiones de casos.....	120
3.3.3	Aporte sustantivo del DIH en las decisiones de la Corte IDH: utilización de los principios y otros conceptos.....	126
4.	Conclusiones.....	129
	Bibliografía.....	134

Lista de abreviaturas

Abreviaturas

Abreviatura	Término
--------------------	----------------

<i>CICR</i>	Comité Internacional de la Cruz Roja
<i>CIDH</i>	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
<i>CORTE IDH</i>	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<i>CIJ</i>	Corte Internacional de Justicia
<i>CPI</i>	Corte Penal Internacional
<i>DIDH</i>	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
<i>DIH</i>	Derecho Internacional Humanitario
<i>ONU</i>	Organización de Naciones Unidas
<i>SIDH</i>	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
<i>TPIY</i>	Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

Introducción

La importancia del DIH radica en su propia naturaleza paradójica: promover criterios de humanidad en medio de la guerra. El objetivo que persigue es loable, pero a la vez, procaz. El DIH, en general, admite que la guerra es inevitable, aunque también define reglas de comportamiento para detener el horror y el sufrimiento, al menos, al máximo de sus posibilidades. El DIH deja a la realidad inevitable, la posibilidad de admitir comportamientos que violentan a seres humanos por acción de otros seres humanos, de considerarlos legítimos y, además ajustados al derecho.

El DIH es una rama del derecho; y, el derecho es un conjunto estructurado de reglas y disposiciones para procurar la organización de sociedades enteras y la regulación del comportamiento social del ser humano; todo ello, con el propósito de buscar que los seres humanos puedan convivir pacíficamente.

El fin del DIH es el fin más complejo de satisfacer para el derecho, considerando su definición; sin embargo, el DIH es derecho y está organizado como cualquier rama del derecho, con el objeto de regular comportamientos, hacerlos exigibles y prever sanciones en caso de incumplimiento.

La aceptación universal de la vigencia, utilidad y pertinencia del DIH para la regulación de los conflictos armados *-de las guerras entre seres humanos-* es otro hecho, que además de destacable, resulta al menos, extraño. La comunidad internacional acepta y reconoce al DIH como el cuerpo jurídico legítimo para regular los conflictos armados y, al mismo tiempo, sus integrantes son parte *-muy activa, en la mayoría de los casos-* de tales conflictos.

Sabemos, como humanidad, que lo estamos haciendo mal, pero el DIH nos permite asumir y reconocer que no lo hacemos tan mal, como lo podríamos estar haciendo si la guerra no tuviera reglas. Resulta entonces, que el DIH es una esperanza al final de la

propia comprensión del derecho, para evitar que la humanidad se despedace ante la barbarie de la guerra.

Nos sujetamos a esta esperanza y procuramos reflexionar sobre su impacto, el del DIH, en los múltiples escenarios donde es posible propiciar una reflexión jurídica. Para esta investigación, se plantea el impacto del DIH en las decisiones proferidas por la Corte IDH. Quizás, por otro halo de esperanza que circunda alrededor del derecho: la creciente credibilidad y valor adquirido en los tribunales que, como la Corte IDH, han asumido la tarea de desarrollar planteamientos y posturas para procurar una mejor protección del ser humano.

Este esfuerzo plausible no está exento de cuestionamientos y críticas. En este documento se exponen numerosas valoraciones del trabajo realizado por la Corte IDH en la adopción de sus decisiones, en lo que respecta a la incorporación del DIH, con el propósito de contribuir al debate *-cada vez más frecuente-* de la interacción de diferentes regímenes jurídicos, circunscritos al derecho internacional, como es el DIH y el DIDH. Así, se ponen a disposición del lector tres capítulos y una serie de conclusiones alrededor de la temática: *el impacto del DIH en los casos resueltos por la Corte IDH*.

El primer capítulo, denominado *Competencia material de la Corte IDH*, tiene el propósito de introducir la reflexión sobre la competencia de la Corte IDH *-un órgano de derechos humanos, de naturaleza jurisdiccional-*. Este tópico se presentará desde tres perspectivas: (i) los ámbitos de competencia de la Corte IDH, en el cual se describirán los diferentes contextos o marcos fácticos en los cuales se han inscrito los diferentes casos estudiados por la Corte IDH, priorizando y haciendo especial énfasis en aquellos casos ocurridos en situaciones de conflicto armado (bajo el criterio presentado por la propia Corte IDH) y, ofreciendo una visión complementaria sobre los casos ocurridos en contextos de violencia distintos al conflicto armado u otro tipo de situaciones; (ii) la presentación del debate y, las posturas de la Corte IDH sobre las diferencias entre interpretación y aplicación del derecho; y, (iii) se abordará la cuestión de la interpretación de la CADH a la luz del DIH, como una expresión *-que dice mucho del debate de esta investigación-* que ofrece un cierre a este primer capítulo y, permite dar apertura a los siguientes.

El segundo capítulo, denominado *El Derecho Internacional Humanitario*, se ha formulado con la pretensión de fijar las cuestiones más relevantes del DIH que, o bien han sido tomadas en cuenta por la Corte IDH en sus decisiones o, deberían considerarse hacia el futuro. Tanto la comprensión del concepto de conflicto armado (particularmente de carácter no internacional, siendo más afín a los antecedentes e intereses de la Corte IDH), los orígenes del marco jurídico que lo regula -*el DIH*, así como los principios y reglas básicas que lo comprenden. En este punto se incluye una reflexión nodal en esta investigación relacionada con la convergencia o complementariedad del DIDH con el DIH y la concepción del principio de *lex specialis*, que explica las cuestiones previas y da apertura al tercer y último capítulo, en tanto fija el estado de la discusión en esta materia.

El tercer capítulo, denominado *El DIH en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, recoge las reflexiones previas y se propone, desde un punto de vista cuantitativo y un análisis cualitativo, examinar con detenimiento las decisiones de la Corte IDH en los casos ocurridos en un contexto o en desarrollo de un conflicto armado no internacional y, de manera muy especial, en aquellos donde además de ello, se haya incorporado el DIH para la adopción de la respectiva decisión, a fin de hacer una valoración sobre la utilidad del DIH en las decisiones de la Corte IDH.

Finalmente, se incorporarán las conclusiones y reflexiones como cierre de esta investigación, en las que se describirán los principales hallazgos, retos y desafíos presentes y futuros para esta línea de investigación y, la posible contribución de este esfuerzo en el ámbito de estudio del derecho internacional: tanto del DIH como del DIDH.

Esta investigación, al final, pretende confirmar la idea de que, pese a los cuestionamientos que pueden caber a un marco jurídico que regula lo incomprensible - *como es la guerra entre seres humanos*-, el DIH es derecho vigente, útil y pertinente para minimizar los efectos de los conflictos actuales y futuros.

1. Competencia material de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de naturaleza jurisdiccional, con competencia atribuida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos para conocer y decidir casos en los que se alega la violación de los derechos y libertades protegidos y previstos en la propia CADH.

En ejercicio de esta competencia, la Corte IDH está facultada para establecer las violaciones a la CADH, determinar la responsabilidad que corresponda al Estado Parte en la CADH *-que ha sido demandado-* y, ordenar las reparaciones, según sea el caso, en favor de las víctimas.

La descripción de la competencia de la Corte IDH, en estos términos, se constituye en la regla general y, está sustentada en los artículos 1.1¹, 2², 62.3³ y 63.1⁴ y 77⁵ de la CADH.

¹ CADH. Artículo 1. Obligación de respetar los derechos: 1) Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...).

² CADH. Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

³ CADH. Artículo 62.3: La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia (...).

⁴ CADH. Artículo 63.1: Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las

Por vía de excepción, la Corte IDH también tiene competencia para conocer de violaciones a los derechos humanos protegidos en otros tratados de derechos humanos que le otorguen competencia contenciosa⁶.

Este es el caso del Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) que dispone en su artículo 19.6, la posibilidad de que la Corte conozca, vía su competencia contenciosa, de presuntas vulneraciones de los derechos sindicales y del derecho a la educación⁷.

A su turno, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura plantea una cláusula abierta de competencia en su artículo 8, al contemplar la posibilidad de que un caso en el que se hayan agotado los procedimientos internos podrá ser presentado ante instancias internacionales, como la Corte IDH, cuya competencia haya sido aceptada por el Estado Parte respectivo⁸.

En el caso de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), ésta prevé en su artículo 12, la iniciativa en favor de una persona, grupo de personas u organización no gubernamental, de presentar peticiones de violaciones de las disposiciones de la Convención (específicamente de su artículo 7), bajo los mismos procedimientos previstos en la CADH (es decir, considera el trámite de peticiones individuales contemplado en la CADH y, que

consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

⁵ CADH. Artículo 77: 1) De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades. 2) Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo.

⁶ CORTE IDH. *Caso Arguelles y otros contra Argentina*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2014, párr. 288.

⁷ Protocolo Adicional a la CADH, en materia de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988 y, entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

⁸ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias, el 9 de diciembre de 1985 y, entró en vigor el 27 de febrero de 1987.

faculta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- y, luego a la Corte IDH a conocer del caso)⁹.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, establece en su artículo 13, que las denuncias o peticiones en las que aleguen hechos de desaparición forzada atribuibles a un Estado Parte en tal Convención, se sujetarán a los procedimientos previstos en la CADH (procedimiento contencioso, por ejemplo) y, a los reglamentos de la CIDH y de la Corte IDH¹⁰.

En suma, la Corte IDH puede conocer de casos en los cuales se aleguen violaciones a derechos y libertades reconocidos en la CADH, el Protocolo de San Salvador, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará y/o la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Este componente de la competencia de la Corte, se denomina normalmente competencia *ratione materiae*.

También será necesario que el Estado contra quien se dirija la denuncia o petición sea Parte en el respectivo instrumento, se trate de personas sujetas su jurisdicción (*competencia ratione personae*) y, los hechos hayan ocurrido con posterioridad a la ratificación del instrumento por el Estado respectivo (*competencia ratione temporis*), salvo que se trate de hechos de violación continua (v.gr. casos de desaparición forzada de personas o casos de denegación de justicia).

Con el propósito de fijar el alcance de los derechos previsto en la CADH, de abordar una situación específica a la luz de una norma particular (*lex specialis*), de lograr una mejor comprensión sobre las obligaciones y responsabilidades de un Estado, de establecer con mejor criterio las reparaciones a favor de las víctimas o, simplemente con el fin de contar con un mejor entendimiento de un caso, la Corte IDH puede y, lo ha hecho, acudir a otros

⁹ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en Belém do Pará, el 9 de junio de 1994 y, entró en vigor el 5 de marzo de 1995.

¹⁰ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, el 9 de junio de 1994 y, entró en vigor el 28 de marzo de 1996.

instrumentos internacionales que, sin otorgarle competencia contenciosa, le brindan estas posibilidades.

Este ejercicio realizado por la Corte para contar un marco jurídico más robusto, integral y completo está sustentado y regulado en el artículo 29 de la CADH.

Según este precepto normativo, la Corte IDH está facultada para acudir a otros instrumentos internacionales para interpretar y dar mejor alcance a la CADH:

- siempre y cuando, no se suprima el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la CADH ni se les limite en mayor medida que la prevista en la propia CADH.
- siempre y cuando, no se limite el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes del Estado respectivo o en otro tratado en que dicho Estado sea parte.
- siempre y cuando, no se excluyan otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno y,
- siempre y cuando no se excluya o limite el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de similar naturaleza.

Considerando esta facultad, la Corte IDH ha acudido, por ejemplo, a la Convención sobre Derechos del Niño para analizar alegaciones sobre violaciones a los derechos de niños reclusos en centros de detención en el Estado de Paraguay -*Caso Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay*-, en conjunto con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), con el propósito de fijar un alcance más completo y riguroso de las obligaciones de un Estado, como el paraguayo, con la protección de los derechos del niño.

Bajo esta misma lógica de procurar una mejor protección de niños y niñas, la Corte IDH incorporó la noción de *corpus iuris* de los derechos de la niñez, según la cual, el artículo 19 de la CADH además de otorgar una protección especial de los derechos reconocidos en la CADH a los niños y niñas, prevé una obligación a cargo del Estado respectivo de

respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños y niñas en otros instrumentos internacionales aplicables¹¹.

En el Caso de la Masacre de Mapiripán contra Colombia, la Corte IDH conoció de hechos constitutivos de desplazamiento forzado ocurridos en un contexto de conflicto armado no internacional.

La Corte IDH, para el análisis de este caso particular, vio la necesidad de acudir, por una parte, a los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos emitidos en 1998 por el Representante del Secretario General de las Naciones Unidas¹², con el fin de definir el contenido y alcance del artículo 22 de la CADH en un contexto de desplazamiento interno¹³. Y, por la otra, acudió al artículo 17 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 con el objeto de establecer con claridad una prohibición que, no estaba específicamente prevista en el artículo 22 de la CADH, referida a la disposición que refiere a la prohibición de ordenar un desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto armado no internacional, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas y, que se verifiquen las condiciones de aplicación de la excepción se tomen todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.

La especificidad de esta obligación y la comprensión provista por una norma especial aplicable a los conflictos armados, permitieron a la Corte IDH dar un mejor alcance al artículo 22 de la CADH y, tomar la determinación de que el Estado colombiano era

¹¹ CORTE IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2013, párr. 327; *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de Fondo y Reparaciones de 24 de febrero de 2011, párrafo 121, y *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 27 de abril de 2012, párr. 44.

¹² ONU. *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas*, E/CN.4/1998/53/Add.2 de 11 de febrero de 1998. Ver también, CORTE IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs Surinam*. Sentencia de 15 de junio de 2005, párrs. 113 a 120.

¹³ CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 171.

responsable por su violación al haber permitido el desplazamiento de personas fuera de los parámetros previstos por el derecho internacional en su conjunto¹⁴.

En otro caso objeto de análisis por parte de la Corte IDH, se debatió sobre el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que había sufrido la señora Atala Riffo, una jueza de la República de Chile, a quien debido a su orientación sexual le retiraron la custodia y el cuidado de sus hijas mediante una decisión judicial¹⁵.

La Corte IDH debía fijar el alcance del derecho a la igualdad y, establecer criterios para determinar que la orientación sexual es una categoría protegida por la CADH, particularmente por el artículo 1.1. Para ese fin, la Corte IDH tomó como referente el artículo 24 de la CADH que protege el derecho a la igualdad y, sobre la base del texto convencional, la Corte IDH analizó el contenido del derecho, fijó su alcance y, determinó las obligaciones que se derivan del mismo a cargo de los Estados Parte en la CADH.

Sin embargo, la Corte IDH notó que ni la CADH ni otros instrumentos de similar naturaleza, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos le proporcionan elementos para definir el concepto de “discriminación”. En tal sentido, la Corte IDH aplicó e interpretó el artículo 24 de la CADH a la luz del artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y el artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer e, incluso refirió a lo que el Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha planteado al respecto¹⁶.

Este ejercicio de interpretación de la propia CADH a la luz de otros tratados internacionales ha permitido que el marco jurídico de aplicación (de aquellos que otorgan competencia contenciosa a la Corte IDH) sea más amplio, comprehensivo y adaptado a las necesidades de protección del ser humano.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 24 de febrero de 2012.

¹⁶ CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Op. Cit., párr. 81.

La Corte IDH reiteradamente ha planteado su propia comprensión de lo que ofrece el SIDH y, la propia competencia contenciosa de la Corte DIH, tras la aplicación del artículo 29 de la CADH, en los siguientes términos:

“el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad [conforme al] principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el Sistema Interamericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal no sólo iría contra el objeto y fin de la Convención [Americana], sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y de la garantía de protección que establece”¹⁷.

Los anteriores planteamientos abren a la Corte IDH un amplio espectro de análisis jurídico al conocer de un caso específico, en beneficio de una mejor comprensión de las circunstancias en que se habrían producido presuntas vulneraciones a los derechos protegidos en la CADH, que redundaría directamente en un análisis más completo, riguroso y sustancial de los derechos de las víctimas en los diferentes contextos en que es posible que se presenten las violaciones.

1.1 Contextos y hechos objeto de competencia de la Corte IDH

La Corte IDH tiene competencia para determinar la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos en situaciones de conflicto armado, en otras situaciones de violencia armada distintas de un conflicto armado, así como en otro tipo de hechos o

¹⁷ CORTE IDH. *Caso Velíz Franco y Otros contra Guatemala*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 19 de mayo de 2014, párr. 37; *Caso Vélez Looz Vs. Panamá*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 23 de noviembre de 2010, párr. 34; *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 16 de noviembre de 2009, puntos resolutiveos 4 y 5; *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 30 de agosto de 2010, puntos resolutiveos 3 y 7.

circunstancias (violencia política, manifestaciones o protestas sociales, violencia de género, irrespeto de la autonomía de los pueblos indígenas, discriminación, entre otros).

En ejercicio de dicha competencia, como ha quedado expuesto previamente, la Corte IDH asume la tarea de examinar la compatibilidad de la conducta del Estado cuestionado con la propia CADH o con otro tratado que le atribuya competencia contenciosa, cuyo análisis es enriquecido por la interpretación de la misma a la luz de aquella normatividad particular y específica aplicable, de acuerdo al contexto mismo del caso.

Al respecto, la Corte IDH ha expresado que:

“Cuando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad”¹⁸ (Subraya fuera de texto).

Fijado este alcance de la competencia de la Corte IDH, resulta crucial proceder con el examen de las circunstancias o el contexto en que se desarrolla un hecho, puesto que tales circunstancias o contexto condicionan el análisis que realiza la Corte IDH sobre los hechos particulares sometidos a su conocimiento y, a su vez, permiten identificar el marco jurídico que le será de utilidad para brindar una mejor comprensión, análisis y resolución en sus decisiones sobre casos particulares.

La propia Corte IDH ha sostenido que *“para resolver los distintos casos sometidos a su conocimiento ha requerido tomar en cuenta el contexto, pues el entorno político e*

¹⁸CORTE IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares de 4 de febrero de 2000, párr. 32.

histórico es determinante para el establecimiento de las consecuencias jurídicas en el caso, comprendiendo tanto la naturaleza de las violaciones a la Convención como las correspondientes reparaciones” (Subraya fuera de texto)¹⁹.

A continuación se hará una descripción de los contextos y hechos objeto de conocimiento de la Corte IDH, a partir de los casos que le han sido sometidos a su jurisdicción. A la fecha, a la Corte IDH han llegado ciento ochenta y nueve (189) casos para el ejercicio de su competencia contenciosa, para cuya resolución (en materia de excepciones preliminares, fondo o reparaciones) o su seguimiento (interpretación de la sentencia) ha requerido proferir doscientas noventa y un (291) sentencias. Los siguientes apartados dividen la cuestión en al menos, tres tipos de contextos: situaciones de conflicto armado (contexto de análisis priorizado en el marco de la presente investigación); situaciones de violencia armada distintas al conflicto armado; y, otras situaciones.

La determinación del contexto en que ocurrieron los hechos de un caso exigió la revisión de todas las decisiones de la Corte IDH, la identificación de los elementos que circunscribirían un caso a un contexto u otro y, fundamentalmente la referencia expresa de la Corte IDH sobre el tipo de situación que estaba conociendo.

1.1.1 Situaciones de conflicto armado

Del total de número de casos (189), la Corte IDH ha señalado expresamente *-en el marco de sus decisiones-* que treinta y tres (33) de esos casos se desarrollaron en un contexto de conflicto armado no internacional²⁰ y, corresponden a casos contra Colombia (8), Perú (10), Guatemala (12) y El Salvador (3).

¹⁹ CORTE IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 11 de mayo de 2007, párr. 76; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 25 de noviembre de 2006, párr. 202; y *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 22 de septiembre de 2006, párrs. 53, 54 y 63.

²⁰ Este es uno de los criterios metodológicos en el desarrollo de esta investigación, consistente en la selección de los treinta y tres (33) casos ocurridos en un contexto de conflicto armado no internacional, según el propio dicho de la Corte IDH. Es decir, sólo se seleccionaron aquellos casos en los cuales la Corte IDH, al elaborar y proferir la sentencia del caso, expresamente señaló que se trataban de hechos ocurridos en el marco de un conflicto armado no internacional.

Dentro de ese grupo de casos (33), la Corte IDH tomó la decisión de interpretar la CADH a la luz de disposiciones del DIH en quince (15). El análisis particular, cualitativo y cuantitativo, de estos hallazgos, se desarrollará en el Capítulo III de este documento.

Entre tales casos (15), la propia Corte IDH reafirmó su competencia al señalar que “*varias sentencias pronunciadas en el marco de su competencia contenciosa se refieren a hechos ocurridos durante conflictos armados no internacionales*”²¹. La Convención Americana no establece limitaciones a la competencia de la Corte para conocer casos en situaciones de conflictos armados²². Como rasgo general, en los otros dieciocho (18) casos, la Corte IDH no rehusó expresamente a la utilización del DIH aunque sí implícitamente (presumiendo esto por la omisión de la Corte DIH en las referencias y análisis ligados a este marco jurídico).

La naturaleza excepcional del contexto de un conflicto armado, conlleva a la Corte IDH a recurrir a un marco jurídico específico -como es el DIH- que ilustre, de manera más próxima y completa, el contexto en que se desarrollan los hechos y las obligaciones que incumben a las partes en conflicto, particularmente cuando una de tales, es el Estado demandado.

²¹ CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 30 de noviembre de 2012, párr. 22. La Corte IDH refiere a un listado no exhaustivo de casos que, a su juicio, ocurrieron durante conflictos armados no internacionales, entre ellos cita: *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*; *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*; *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*; *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*; *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*; *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*; *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*; y *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. El anterior listado de casos se encuentra incluido en los treinta y tres (33) casos que, en el marco de esta investigación fueron seleccionados pues, a criterio y manifestación expresa de la Corte IDH ocurrieron en un contexto de conflicto armado no internacional.

²² CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Op. Cit., párrafo 22. La Corte IDH sostuvo que, por el contrario, el mismo artículo 27 de la Convención Americana contempla situaciones en las cuales los Estados pueden legítimamente suspender las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención “*en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte*”, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y que no se refieran a los derechos enunciados en el artículo 27.2 de la misma.

La identificación del contexto y del marco jurídico aplicable exige rigurosidad: un examen adecuado de las fuentes, las pruebas y los criterios que permitan identificar la naturaleza de situación específica.

De los treinta y tres (33) casos que fueron descritos como ocurridos en contexto de conflicto armado no internacional, en apenas veintiuno (21) pueden encontrarse elementos, criterios y enunciados que permitan denotar por qué la Corte IDH identificó que se trataba de un contexto de análisis de conflicto armado no internacional. En los otros doce (12), el análisis es escaso o prácticamente nulo.

Con todo, en ninguno de ellos (ni en los 12 ni en los 21 casos) es posible identificar un análisis juicioso sobre los criterios previstos por el DIH para considerar que el contexto es equiparable a un conflicto armado no internacional. El análisis pormenorizado de tales criterios, así como su utilización por la Corte IDH se realizará en el Capítulo III de este documento.

Aún más, en la Sentencia del Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, específicamente en la cita descrita arriba, en la cual la Corte IDH reafirmó su competencia para conocer de hechos ocurridos durante conflictos armados no internacionales, la Corte IDH refiere a una serie de sentencias pronunciadas en contextos de tal tipología de conflicto.

Entre tales referencias, la Corte IDH cita el Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, como un caso ocurrido en el marco de un conflicto armado no internacional. Al verificar los hechos, es posible que pueda extraerse dicha conclusión; no obstante, la Corte IDH en el desarrollo de la decisión de dicho caso no hace ninguna referencia a que los hechos se desarrollen en el contexto de un conflicto armado y, por consiguiente tampoco hace un análisis circunscrito a ese contexto, ni tomando en cuenta el marco jurídico aplicable específico, como es el DIH.

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones, posible extraer algunas conclusiones: (i) la Corte IDH tiene competencia para conocer de casos ocurridos en conflicto armado no internacional; (ii) han sido varios los casos decididos por la Corte IDH

ocurridos en un contexto de conflicto armado no internacional; (iii) el análisis del contexto de que se trate exige un examen riguroso de las fuentes, pruebas y criterios y, (iv) como consecuencia directa de una adecuada identificación de un contexto, como de conflicto armado no internacional, se aviene la posibilidad de utilizar el DIH como herramienta que provee mejores comprensiones de las circunstancias ocurridas en tales contextos.

1.1.2 Situaciones de violencia

La Corte IDH ha conocido de un número importante de casos (189), entre los cuales, su gran mayoría, ocurrieron en períodos de violencia en varios países del continente que, (i) no han alcanzado el umbral para ser considerados conflicto armados propiamente dichos o, (ii) tienen algún vínculo, así sea menor, con el contexto de conflicto armado que vive el país respectivo *-aunque la Corte IDH no haya tomado en cuenta tal contexto para la determinación de consecuencias jurídicas o la adopción de su decisión-* y poseen características específicas en función del tipo de víctima o patrones de comportamiento, que han producido consecuencias en perjuicio de la población que allí reside y, particularmente, en las víctimas que han acudido al SIDH.

Para citar algunas referencias: en trece (13) casos²³ la Corte IDH refirió expresamente a la problemática de la violencia contra las mujeres, predominando los casos contra Guatemala y México. Como resultado de esta identificación de la problemática, la Corte IDH acudió a una serie de instrumentos internacionales para dar una mejor lectura, tener una mejor comprensión, y proferir una decisión consistente; es el caso de las referencias a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará y, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas.

²³ **Casos contra Guatemala:** Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, Caso Gudiel Álvarez y Otros Vs. Guatemala, Caso Velíz Franco y Otros Vs. Guatemala; **Casos contra México:** Caso González y Otras Vs. México, Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México, Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México; **Casos contra Perú:** Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Caso J Vs. Perú; **Otros casos:** Caso Gelman Vs Uruguay, Caso Rodríguez Vera y Otros Vs. Colombia, Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador.

En varios casos contra Honduras, la Corte IDH identificó que, en su momento, se presentó un contexto caracterizado por un patrón de ejecuciones extrajudiciales²⁴. Para ilustrar debidamente las obligaciones del Estado concernido e, incluso para plantear las reparaciones del caso, la Corte IDH acudió a los *Principios sobre la Efectiva Prevención e Investigación de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas*²⁵.

En El Salvador, la Corte IDH dio por probada la existencia de un patrón de desapariciones forzadas de niños y niñas que se desarrolló durante un periodo específico del conflicto armado salvadoreño²⁶. El alcance del concepto de la desaparición forzada, así como las obligaciones derivadas, fueron precisados por la Corte IDH acudiendo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y a la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas²⁷.

A raíz de la aplicación de una “Doctrina de Seguridad Nacional”, la Corte IDH dio por probada la existencia de un contexto de violencia sistemática contra los grupos indígenas mayas en Guatemala y, en particular de sus líderes políticos y sus familiares²⁸, que involucró amenazas y atentados contra varios miembros de sus comunidades y, produjo entre otras afectaciones, desplazamientos forzados de individuos y familias. Para dar alcance a la problemática, la Corte IDH acudió a varios instrumentos exógenos al SIDH, entre ellos los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de la ONU, el Informe presentado por el representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Walter Kalin, la Convención para la Protección y Asistencia de

²⁴ CORTE IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 110.

²⁵ ONU. *Principios sobre la Efectiva Prevención e Investigación de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas*. Resolución 1989/64 del Consejo Económico y Social.

²⁶ CORTE IDH. *Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Sentencia de 1 de marzo de 2005; *Caso Contreras y Otros Vs. El Salvador*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 31 de agosto de 2011; *Caso Masacres El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 25 de octubre de 2012; y, *Caso Rochac Hernández y Otros Vs. El Salvador*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 14 de octubre de 2014

²⁷ CORTE IDH. *Caso Contreras y Otros Vs. El Salvador*. Op. Cit., párr. 82.

²⁸ CORTE IDH. *Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 25 de mayo de 2010, párr. 143.

Personas Desplazadas Internamente en África (*Convención de Kampala*) e, incluso el mismo Estatuto de Roma de la CPI.

Así, podríamos citar otro tipo de circunstancias entre las que han inscrito varios casos conocidos por la Corte IDH; casos contra los derechos de los pueblos indígenas, con elementos comunes incluso en país diferentes, como ha sido la problemática de la tierra y el territorio, su comprensión cosmogónica de parte de las comunidades indígenas y, el irrespeto por parte del Estado concernido en cada situación fáctica mediante el uso exacerbado, en mayor o menor medida, de la violencia.

Ha sido el caso en Paraguay, con los casos de la Comunidad Indígena Yakye Axa, el de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya o el de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Situación similar en Surinam con la Comunidad Moiwana o con el Pueblo Saramaka; o, en Nicaragua con la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni.

Para todos estos casos, la Corte IDH ha planteado reflexiones homogéneas, aun considerando las diferencias entre los hechos, las comunidades indígenas a las que hizo referencia, el Estado cuestionado, entre otros aspectos, ha destacado y ha hecho reconocimiento de una concepción distinta del territorio para las comunidades indígenas. Al respecto, la Corte IDH ha afirmado que:

“[Entre las comunidades indígenas] existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y

*espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras*²⁹.

En suma, se reafirma la competencia de la Corte IDH para conocer de casos donde se alegan violaciones a la CADH, con independencia del contexto en que se desarrollan; es decir, que no se altera la competencia de la Corte IDH sea que se trate de una situación de contexto u otra, pero que, claramente el contexto condiciona el análisis particular del caso, especialmente para la aplicación del marco jurídico respectivo que complementa y desarrolla una comprensión más avanzada de la propia CADH.

1.1.3 Otras situaciones

La Corte IDH también ha conocido de casos que, sin tener una relación con un conflicto armado u otras situaciones de violencia, han tenido como consecuencia violaciones a los derechos humanos de personas sujetas a la jurisdicción de un Estado Parte.

Al referirnos a estas otras situaciones, es de resaltar las varias cuestiones sobre el derecho a la libertad de expresión que la Corte IDH ha debido resolver al abordar casos sobre Chile: desde el análisis de la prohibición de la censura previa (Caso “La Última Tentación de Cristo” Vs. Chile), el derecho al acceso a la información pública (Caso Claude Reyes y Otros Vs. Chile), hasta el análisis mismo de la prohibición de la censura previa conjugada con actos de restricción indebida del derecho a la libertad de expresión (Caso Palamara Iribarne Vs. Chile).

A su vez, la Corte IDH ha conocido de casos inscritos en una problemática agudizada en Perú en materia pensional (por la aplicación retroactiva de normativas que desconocían derechos previamente adquiridos). Ello, ocurrió en el Caso Abrill Alosilla y Otros Vs. Perú, en el Caso Acevedo Buendía y Otros Vs. Perú, en el Caso Trabajadores Cesados

²⁹ CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 24 de agosto de 2010, párr. 86; *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 149; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de marzo de 2006, párr. 118, y *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 28 de noviembre de 2007, párr. 90.

del Congreso Vs. Perú, en el Caso Acevedo Jaramillo Vs. Perú y, en el Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú.

En República Dominicana, la Corte IDH logró identificar (a partir de tres casos específicos) una grave problemática relacionada con personas migrantes (predominantemente provenientes de Haití) y el desconocimiento de sus derechos. Ello ocurrió tanto en el Caso Yean y Bosico Vs. República Dominicana, en el Caso Nadege Dorzema y Otros Vs. República Dominicana, como en el Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana. En el análisis de tales casos, la Corte IDH se valió de una interpretación de la CADH a la luz de otros instrumentos internacionales para ofrecer un mejor entendimiento, por ejemplo, de los derechos de las personas migrantes tomando en consideración la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Valga la pena también referenciar que la Corte IDH se pronunció contra Ecuador señalando que, en 2004 se presentó un contexto de interrupciones del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo Electoral y la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, generando cierta inestabilidad política y jurídica, así como la vulneración de derechos protegidos por la CADH (v.gr. artículo 8.1. sobre garantías judiciales) asociados a un cuestionamiento de la independencia judicial. Para hacer este análisis, la Corte IDH recurrió a varios instrumentos externos al SIDH, entre ellos, los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura³⁰, la Observación General No. 32 del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las Recomendaciones del Consejo de Europa sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces³¹, los Principios y Directrices relativos al Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África³², entre otras referencia relevantes de sentencias proferidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sobre la base de estos criterios de

³⁰ ONU. *Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura*. Asamblea General, resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

³¹ UNIÓN EUROPEA. *Recomendación No. R (94) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces*. Adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994 en la 58ª sesión de Viceministros.

³² UNIÓN AFRICANA DE NACIONES. *Principios y Directrices relativos el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África*. Adoptados entre el 4 y 12 de julio de 2003.

interpretación, la Corte IDH decidió dos casos contra Ecuador: Caso Tribunal Constitucional Vs. Ecuador y, Caso Corte Suprema de Justicia Vs. Ecuador.

De esta manera, ha sido posible identificar los diferentes contextos o hechos objeto de competencia de la Corte IDH; desde los más cruentos escenarios de violencia caracterizados por ser conflictos armados no internacionales o, que sin serlo, se han erigido como contextos con altos niveles de violencia con lamentables resultados para los derechos de poblaciones o individuos protegidos por la CADH, pasando también por la identificación de patrones de graves violaciones a los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales o las desapariciones forzadas o, contra poblaciones específicas como las comunidades indígenas o los niños y niñas y, también considerando casos de afectación de derechos de personas, no de manera vital o trascendente que violente el núcleo esencial de los derechos, como es la vida o la integridad, pero sí constitutivos de violaciones de sus derechos y de responsabilidades para los estados involucrados, como es el caso de los hechos caracterizados por afectaciones del derecho a la libertad de expresión o, de derechos prestacionales (como es el caso del derecho a la pensión y a la no aplicación de normas retroactivamente que afecten derechos previamente adquiridos), entre muchos otros casos de competencia de la Corte IDH.

En tales circunstancias, ha sido posible destacar los diferentes recursos de interpretación que la Corte IDH ha considerado para una mejor decisión, tal como ha sido expuesto en varios análisis precedentes.

En este punto, resulta crucial determinar con claridad cuál ha sido el alcance del concepto de interpretación en contraposición o, quizás en armonía con el concepto de aplicación del derecho por parte de la Corte IDH. Esto se analizará a continuación, sin perder de vista que el objeto central de este trabajo es determinar con claridad cuál es y ha sido el alcance y utilidad del DIH en las decisiones de la Corte IDH.

1.2 Aplicación e interpretación del derecho

La Corte IDH, implícitamente, planteó una diferencia en la descripción de su propia competencia en la Sentencia de Excepciones Preliminares del Caso Las Palmeras Vs.

Colombia, entre la posibilidad de aplicar e interpretar el derecho (normas jurídicas, nacionales o internacionales)³³.

En tal oportunidad, la Corte IDH retomó el artículo 62.3 de la CADH, según el cual, la Corte IDH es un órgano encargado de “*conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación*” de sus disposiciones. Sobre la base del mencionado artículo 62.3, la Corte IDH consideró que su competencia contenciosa estaba determinada por la posibilidad de analizar la conducta del Estado demandado en un caso específico sometido a su conocimiento, para establecer si tal conducta se ajustaba o no a las disposiciones de la CADH; a su vez, consideró que su competencia le permitía decidir “*si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana*”³⁴. Al referirse a “cualquier norma”, la Corte IDH enfatizó que no existe ningún límite normativo: “*toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad*”³⁵.

En ambos supuestos, el parámetro de comparación para adoptar una decisión es la propia CADH y sus disposiciones, en materia de obligaciones y derechos. Este ejercicio es denominado aplicación del derecho de la CADH misma o, de otros instrumentos que le atribuya competencia contenciosa, como se pudo analizar *supra*.

La Corte IDH llegó a esta conclusión luego del debate planteado entre el Estado colombiano y la CIDH. El Estado esbozó en sus alegatos la diferencia entre “interpretación” y “aplicación” con el propósito de solicitarle a la Corte IDH que sólo aplicara la CADH y declarara su incompetencia para aplicar los Convenios de Ginebra de 1949 y otros tratados internacionales distintos a la CADH; a la vez, que limitara su competencia únicamente para interpretar tales Convenios de Ginebra de 1949.

La CIDH se esforzó en argumentar que la Corte IDH sí era competente para aplicar normas exógenas al SIDH (como los Convenios de Ginebra de 1949); es decir, que la

³³ RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *El Derecho Internacional Humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Volumen IX. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pp. 51.

³⁴ CORTE IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 32.

³⁵ *Ibidem*.

Corte IDH sí podía declarar que los hechos denunciados contra el Estado colombiano en el Caso Las Palmeras, además de ser incompatibles con la CADH, lo eran en relación con la normativa del DIH contenida en los Convenios de Ginebra aludidos.

La Corte IDH, en resumidas cuentas, acogió el planteamiento del Estado colombiano. En el trámite de las excepciones preliminares, admitió la excepción preliminar presentada por Colombia (declarándose incompetente para aplica el DIH) y, en el pronunciamiento de fondo declaró la responsabilidad del Estado por la violación del artículo 4 de la CADH (y, nada planteó, ni en el análisis de los hechos ni en los puntos resolutive respecto del Artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, como había sido solicitado por la CIDH).

Unos meses después de proferida la Sentencia de Excepciones del Caso Las Palmeras Vs. Colombia (4 de febrero de 2000), la Corte IDH conoció de otro caso en el que la CIDH planteó la interpretación (ya no la aplicación) del DIH; se trata del Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala, cuya Sentencia de Fondo fue emitida el 25 de noviembre de 2000. En ésta, la Corte IDH precisó, ahora sí expresamente, el alcance de su competencia contenciosa y, delineó una explicación más precisa sobre los conceptos de aplicación e interpretación del derecho³⁶.

Dijo la Corte IDH al respecto 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.”

³⁶ APONTE Cardona, Alejandro. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: una relación problemática*. En ELSNER, Gisela. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2010, pp. 154.

Hay efectivamente equivalencia entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes). Esta Corte ya ha señalado, en el Caso Las Palmeras (2000), que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomados en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana³⁷ (Subraya fuera de texto).

Al mismo tiempo, como puede notarse, la Corte IDH trae a colación los Convenios de Ginebra de 1949, particularmente su Artículo 3 Común y, sobre la base de su contenido - *que homologa en situación de conflicto armado no internacional al contenido del artículo 4 de la CADH que protege el derecho a la vida, o el artículo 5 sobre la protección de la integridad personal y la prohibición derivada de las torturas, otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes-*, decide (en su parte resolutive) que Guatemala es responsable por la violación del derecho a la vida del señor Efraín Bámaca Velásquez (aunque nada dice respecto de la normativa del DIH).

En sentencias posteriores como podrá verse en el siguiente apartado, la Corte IDH acentuó su criterio sobre la posibilidad de aplicar únicamente la CADH y otros tratados internacionales que le atribuyan competencia contenciosa y, de interpretar la CADH o esos tratados a la luz de un número inagotable de instrumentos (como criterios de interpretación) provenientes del derecho internacional o derecho nacional que le permitan ilustrar mejor o comprender mejor un caso específico³⁸.

³⁷ CORTE IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrs. 208 y 209; *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Op. Cit. párrs. 32-34.

³⁸ Al respecto y, sobre la comprensión de la interpretación de la CADH a la luz del DIH, ver: KAUFMANN, A., *Filosofía del derecho*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 180.

1.3 La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz del Derecho Internacional Humanitario

De acuerdo con los planteamientos previos, relacionados con la incompetencia de la Corte IDH para aplicar el DIH (sus tratados integrantes), pero sí la posibilidad de que la Corte IDH interprete la CADH u otros instrumentos que le atribuyan competencia contenciosa, a la luz del DIH, es importante precisar si este ejercicio realizado por la Corte IDH ha sido consistente desde la primera sentencia -*Sentencia de Excepciones Preliminares del Caso Las Palmeras Vs. Colombia*- a las siguientes.

Referenciábamos el criterio evolutivo -*mayor uso de referencias concretas del DIH [particularmente el Artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949]*- en la Sentencia de Fondo del Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Posteriormente, la Corte IDH reafirmó su postura en la Sentencia de Excepciones Preliminares del Caso *Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador* (con amplias consideraciones sobre las posibilidades que ofrece el DIH como criterio de interpretación de la CADH).

Luego, vendrían dos casos contra Colombia, en los cuales, el DIH sirvió como criterio de interpretación para un mejor entendimiento de las particularidades de los hechos sucedidos en el Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia y el Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia.

Después, el Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú representó un avance importante en la consideración del DIH, dado que la Corte IDH incorporó el análisis de algunos de los principios humanitarios este cuerpo jurídico aplicable a los conflictos armados. En igual sentido, la Corte IDH procuró análisis más detallados y pormenorizados en la resolución del Caso de las Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador o, en las reparaciones ordenadas por la Corte IDH como ocurrió en la sentencia del Caso *Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú*.

Más recientemente, la Corte IDH profirió dos sentencias de enorme relevancia para el análisis particular de la influencia del DIH en sus decisiones. Por una parte, el Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, en la cual introdujo numerosas referencias y

realizó varias consideraciones respecto de la normativa humanitaria y la comprensión específica de los hechos del caso, en el que se denunció la muerte de 17 personas civiles, entre ellos cuatro niños y dos niñas, y 27 personas civiles heridas, entre ellos cinco niñas y cuatro niños, a raíz de un bombardeo perpetrado por la Fuerza Aérea Colombiana en la vereda de Santo Domingo, municipio de Tame, departamento de Arauca. Y, por la otra, el Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, en el que se denunció la muerte de una persona y, el desplazamiento forzado de cientos de miembros de las comunidades afrodescendientes que habitaban en las márgenes del río Cacarica, a raíz de una operación militar denominada “Operación Génesis”.

En el Caso denominado “Operación Génesis”, la Corte IDH precisó incluso las normas aplicables del DIH, en específico, que le permitían complementar o reforzar las disposiciones mismas de la CADH. Al respecto la Corte IDH planteó que:

“Del mismo modo, puesto que los hechos del presente caso ocurrieron en el contexto de un conflicto armado no internacional, el Tribunal considera útil y apropiado, tal como lo ha hecho en otras oportunidades³⁹, interpretar el alcance de las obligaciones convencionales en forma complementaria con la normativa del Derecho Internacional Humanitario, habida consideración de su especificidad en la materia⁴⁰, en particular los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; el artículo 3 común a los cuatro Convenios; el Protocolo II de los Convenios relativos a la protección de las víctimas de conflictos armados de carácter no internacional

³⁹ CORTE IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 1 de julio de 2006, párr.179, y *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 187.

⁴⁰ CORTE IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Op. Cit. Nota al pie de página 254, en la cual, la Corte IDH consideró que “*el DIH debe ser aplicado por las partes en el marco de conflictos armados no internacionales, siempre y cuando los hechos correspondan a situaciones que se producen con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado*”. En relación con los hechos del caso de la Masacre de Santo Domingo, la Corte IDH sostuvo que “*no hay controversia en torno al hecho que la situación debe ser analizada por la Corte IDH interpretando la Convención Americana a la luz de las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario*”.

(en adelante también “Protocolo Adicional II”), del cual el Estado es parte, y el derecho internacional humanitario consuetudinario”⁴¹.

Finalmente, es pertinente citar el Caso Rodríguez Vera y Otros Vs. Colombia, como la última de las decisiones proferidas por la Corte IDH con referencias explícitas sobre el DIH. Dicho caso se refiere a la desaparición forzada de trece personas, así como a la detención y tortura de cuatro más, en los sucesos conocidos como la toma (por parte del movimiento guerrillero M-19) y la retoma del Palacio de Justicia (por parte de las autoridades militares y de policía del Estado colombiano), en la ciudad de Bogotá, ocurridas los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

El referido Caso Rodríguez Vera y Otros Vs. Colombia, no es precisamente aquel en que la Corte IDH haya hecho un esfuerzo mayor para hacer un análisis pormenorizado y exhaustivo de los hechos sometidos a su conocimiento valiéndose del DIH; sin embargo, en este caso *-muy significativo al ser el más reciente de los proferidos sobre este particular-*, la Corte IDH sí plantea una postura más definida y perfilada sobre su competencia para interpretar la CADH a la luz del DIH y, cuál es su entendimiento de este ejercicio de utilización de la normativa humanitaria aplicable a los conflictos armados.

Dijo la Corte IDH al respecto que:

“En el presente caso, ni la Comisión ni los representantes han solicitado a la Corte que el Estado sea declarado responsable por posibles violaciones a normas del Derecho Internacional Humanitario. De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención Americana y las reglas generales de interpretación de los tratados recogidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Convención Americana puede ser interpretada en relación con otros instrumentos internacionales. Desde el caso Las Palmeras vs. Colombia, la Corte IDH ha indicado que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra podían ser

⁴¹ CORTE IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 221; *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 187.

tomadas en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana. Por tanto, al examinar la compatibilidad de las conductas o normas estatales con la Convención, la Corte puede interpretar a la luz de otros tratados las obligaciones y los derechos contenidos en dicho instrumento. En este caso, al utilizar el Derecho Internacional Humanitario 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 Derecho Internacional Humanitario en situaciones de conflicto armado. Eso sólo implica que la Corte puede observar las regulaciones del Derecho Internacional Humanitario, en tanto normativa concreta en la materia, para dar aplicación más específica a la normativa convencional en la definición de los alcances de las obligaciones estatales. Por tanto, en caso de ser necesario, la Corte podrá referirse a disposiciones de Derecho Internacional Humanitario al interpretar las obligaciones contenidas en la Convención Americana, en relación con los hechos del presente caso⁴² (Subraya fuera de texto).

Son principalmente estos casos, reseñados en este apartado, aquellos en los cuales la Corte IDH importó conceptos, definiciones, criterios, enfoques y la normativa misma proveniente del DIH. En el Capítulo III de este documento se detallará y analizará de manera particular y específica cada uno de estos pronunciamientos, así como el grado de utilidad planteado por la Corte IDH del marco jurídico previsto por el DIH para adoptar sus decisiones.

⁴² CORTE IDH. *Caso Rodríguez y Otros Vera contra Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 14 de noviembre de 2014, párr. 39; *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Op. Cit., párrs. 23 y 24: Afirmó la Corte IDH que “*resulta aplicable lo expresado en el Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, en cuanto que al proceder a determinar la responsabilidad internacional del Estado en el presente caso, la Corte no puede obviar la existencia de deberes generales y especiales de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del Derecho Internacional Humanitario, en particular del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y las normas del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II)*”.

2.El Derecho Internacional Humanitario

El análisis, la valoración y la comprensión misma del impacto del DIH en las decisiones de la Corte IDH *-contenido del tercer capítulo-*, además de requerir el análisis pormenorizado de la competencia material de la Corte IDH *-particularmente su competencia para utilizar el DIH como fundamento de sus decisiones, contenido desarrollado en el primer capítulo-* exige un entendimiento adecuado de la naturaleza y el concepto del DIH y, también su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Es así como, en este Capítulo se abordará la vocación del DIH, desde su concepción, ámbito de aplicación, las fuentes jurídicas que surten las disposiciones que lo integran y, los principios y normas básicas; y, también una aproximación al concepto de conflicto armado *-especialmente, al conflicto armado no internacional, considerando que sobre este tipo de conflicto armado han sido los pronunciamientos de la Corte IDH-*.

El DIH, por definición es un derecho excepcional de aplicación restringida y, está representado en un marco regulatorio lleno de paradojas y singularidades; entre ellas, la que explica su mismo origen o fuente de aplicación: se dice que el DIH se aplica a situaciones que no deberían existir, si el derecho fuera respetado⁴³.

El DIH es el derecho de la guerra, es el derecho que procura minimizar los efectos nocivos de una situación, ya de por sí anómala como es un conflicto armado, y a la vez,

⁴³ UPRIMNY Yepes, Rodrigo, *et al. Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Módulo de autoformación*. Bogotá D.C.: Fundación Social y Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006, pp. 86.

está dotado de una apariencia y un trasfondo jurídico formal y sustantivo: deberes, obligaciones, destinatarios, sanciones, responsables, entre otros elementos⁴⁴.

La aplicación del DIH es aceptar que la guerra entre los seres humanos es inevitable y, que al menos, es necesario procurar medidas “humanizantes” que impidan mayores horrores, mayor dolor o mayores consecuencias que el uso de la violencia armada ya genera. Pero al hablar de un estándar “mayor”, es porque el DIH prevé la aceptación de un cierto nivel de dolor y de sufrimiento, considerado aceptable⁴⁵.

Y, sin embargo, con convicción y ante la impotencia de no tener alternativa, hay una aceptación universal que respalda, reafirma y procura el cumplimiento de estas reglas humanitarias, por ser el límite posible a los efectos nocivos de la guerra, representadas en las disposiciones del DIH⁴⁶. Por ello, resulta interesante inmiscuirse en las entrañas del DIH, de su utilización por parte de un tribunal internacional de derechos humanos - como es la Corte IDH- y, ofrecer elementos de reflexión para procurar su vigencia.

No es suficiente el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La naturaleza anómala y excepcional de un conflicto armado, requiere de un marco jurídico especial, como es el DIH, que comprenda las particularidades de las hostilidades armadas, del comportamiento de quienes participan activamente de tales hostilidades, de las obligaciones vigentes durante un conflicto y tras su finalización, entre otros aspectos, -en complementariedad y convergencia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos-⁴⁷.

El DIH es, por definición, un conjunto de normas jurídicas dirigidas a regular las relaciones presentes en un conflicto armado -sea de índole internacional o no

⁴⁴ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho Penal*. Parte General-Parte Especial. Séptima Edición. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley, 2005, pp. 625.

⁴⁵ UPRIMNY Yepes *et al.* Op. Cit., pp. 80.

⁴⁶ CANCADO Trindade, Antonio Augusto. *Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias*. En CANCADO Trindade, Antonio Augusto *et al.* *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos humanos de la persona humana. Derechos humanos, derecho humanitario y derecho de los refugiados*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2003, pp. 137.

⁴⁷ CICR. *El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos*. Ginebra: CICR, 2003, pp. 22

internacional-, tanto para proteger a las personas que no participan directamente en las hostilidades, como para limitar los métodos y medios que emplean las partes en el conflicto armado respectivo⁴⁸. El DIH también suele ser llamado, Derecho de la Guerra o Derecho de los Conflictos Armados. Sobre la base de las anteriores consideraciones preliminares, se abordará el contenido del presente Capítulo.

2.1 El Derecho de la Guerra (*Ius in Bello*)

El DIH es el *derecho aplicable en la guerra*, de allí su definición en latín *-ius in bello-*. Esto implica que el DIH no se aplica previamente a la guerra, para prohibirla o impedirla, sino cuando ésta ya es una realidad inevitable. Es así como el DIH, deja a otro campo del derecho la regulación sobre la prohibición *-o, según sea el caso, la legitimidad o justificación-* de hacer la guerra: al *ius ad bellum* (derecho a hacer la guerra)⁴⁹.

El *ius ad bellum* puede abordarse desde una doble perspectiva. El derecho a hacer la guerra, cuando nos referimos a un conflicto armado internacional, está fundado en la Carta de la Organización de las Naciones (artículo 2[4])⁵⁰, su titularidad recae en los Estados y, precisa los términos y condiciones en que es posible y legítimo el uso de la fuerza contra otro Estado *-y, por ello, nos referimos a un conflicto armado internacional-* y, bajo qué circunstancias el uso de la fuerza sería legítimo y estaría prohibido⁵¹. El DIH no se refiere a este ámbito propio del *ius ad bellum* y, parte de la premisa, que sólo es aplicable cuando el conflicto armado se ha desatado.

⁴⁸ VALENCIA Villa, Alejandro. *Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano*. Primera Edición. Bogotá D.C.: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, pp. 29.

⁴⁹ WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2001, pp. 51.

⁵⁰ ONU. *Carta de la Organización de Naciones Unidas*, adoptada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, Estados Unidos de América y, entró en vigor el 24 de octubre de 1945.

⁵¹ RUIZ DE LOS PAÑOS Brusi, Alberto. *La prohibición del uso de la fuerza: sistema inconstitucionalizado de seguridad colectiva*. En RODRÍGUEZ-VILLASANTE Prieto, José Luis. (Coordinador). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch y Cruz Roja Española, 2002, pp. 603-612.

La comprensión del *ius ad bellum* en un conflicto armado no internacional está directamente relacionada con la legitimidad del uso de la fuerza, tanto por las fuerzas armadas de un Estado, como por un grupo armado organizado disidente o alzado en armas contra el Estado. Los ordenamientos jurídicos nacionales precisan con claridad, en la mayoría de los casos, que el monopolio del uso de las armas radica en el Estado y en su poder, como una manifestación de la soberanía estatal⁵² y, además parten del reconocimiento de que la Constitución de cada Estado es un acuerdo social que define las reglas de convivencia pacífica; implica, entonces, que la sublevación, irrupción o insurrección contra el Estado es sancionada por el régimen penal interno -normalmente mediante la tipificación del delito de rebelión o sedición-⁵³.

Sandoz *et al*, al introducir los comentarios al Artículo 3 Común y al Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, señalan al respecto que “*un Estado puede recurrir a la fuerza para restablecer el orden público en su propio territorio sin ser condenado por la Organización de las Naciones Unidas. El principio de respeto de la soberanía nacional de los Estados Miembros y de no injerencia en sus internos lleva, sin embargo, aparejada una excepción en los casos en que la paz y la seguridad internacionales estén amenazadas*”⁵⁴, al tiempo que reafirman que “*los Estados siguen siendo soberanos dentro de los límites de su territorio y, dicho de otro modo, no se prohíbe la guerra civil como tal*”⁵⁵.

En este ámbito de la regulación sobre el “*derecho a hacer la guerra*”, el DIH tampoco se involucra al referirnos a un conflicto armado no internacional. Para el DIH será irrelevante, si el uso de la fuerza armada por parte de un grupo armado organizado es legal o legítima; el DIH se preocupa, más bien, sobre si el uso de dicha fuerza -

⁵² Ver, entre otras: Constitución Política de Colombia, artículo 223; Constitución Política del Perú, artículo 175; Constitución Política de la República de Chile, artículo 103; Constitución de la República de El Salvador, artículo 217; Constitución Española, artículo 149.

⁵³ Ver, entre otros: Código Penal de Colombia, Capítulo Único, Título XVIII; Código Penal de Ecuador, Capítulo I, Título III; Código Penal de Perú, Capítulo I, Título XVI; Código Penal de Argentina, Título IX y Título X; Código Penal de Chile, Título II, Libro Segundo.

⁵⁴ SANDOZ Yves, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (editores). *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*. Bogotá D.C.: Editorial Plaza y Janés / Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998, pp. 48.

⁵⁵ *Ibidem.*, pp. 47.

independiente de las razones que motivaron su uso- se desarrolla conforme con las reglas y disposiciones previstas por el DIH.

Por ejemplo, la situación de una persona que, sin ser parte de un grupo armado organizado en desarrollo de un conflicto armado no internacional, y participa directamente en las hostilidades mediante una acción armada de apoyo al grupo armado organizado y en contra de las fuerzas armadas del Estado, preocupará al derecho interno por la legalidad del uso de la fuerza armada -y, *preverá entonces sanciones penales internas-* y, preocupará al DIH en cuanto a la vigencia de la protección que quizás esta persona ha perdido por su participación en las hostilidades y, por el momento en que la recuperaría, considerando las reglas del DIH previstas al respecto (de manera detallada, se observará este concepto en el subcapítulo 2.1.3).

Precisado el alcance del DIH, como el marco jurídico que regula el “derecho a hacer la guerra” o *ius ad bellum*, en los siguientes subcapítulos se explicarán: el origen del DIH, su enfoque y, las referencias al respecto en relación con otros marcos jurídicos, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; las fuentes jurídicas del DIH y, los principios y reglas básicas.

2.1.1 Origen y enfoque

La regulación del comportamiento de los participantes en la guerra existe desde el inicio mismo de la humanidad. Una afirmación que, debe entenderse como una aproximación de la realidad, plantea que “*de los 5.000 años de historia, ha habido 14.000 guerras, que han causado la muerte de 5.000 millones de seres humanos*”⁵⁶.

Al respecto, Pardo ha planteado que “[l]a guerra ocupa un papel preponderante en la historia humana. Ha sido determinante de tragedias y de cambios en el curso de la

⁵⁶ PICTET, Jean. *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: Instituto Henry Dunant, 1986, pp. 93.

*historia de civilizaciones enteras*⁵⁷ y, al mismo tiempo se han producido una serie interminable de teorías sobre las causas que originan las guerras en la historia y en el universo; desde las teorías que explicarían la guerra como un comportamiento natural del ser humano, casi como un código genético, hasta aquellas que consideran que la guerra es una actividad social, es decir que la naturaleza humana es pacífica, pero al convivir con otros seres humanos *-en sociedad-* se originan las disputas, discusiones y los enfrentamientos que derivan en la estructuración de guerras propiamente dichas⁵⁸.

Y, ni que decir sobre las tipologías sociológicas de la guerra: se han mencionado teorías de la guerra como instrumento de la política, como estímulo al progreso, como fenómeno obsoleto, como instrumento de la revolución, como representación del terrorismo, entre muchas otras clasificaciones⁵⁹.

Independiente de las causas que originan la guerra *-sea como resultado de la convivencia en sociedad o como propia del comportamiento humano-* y de una posible clasificación de la misma, Clausewitz considera que la guerra es *“un acto de fuerza para imponer nuestra voluntad al adversario”*⁶⁰.

Sobre esta definición que describe la guerra, podría decirse que este ejercicio de imposición de la fuerza contra el adversario *-sometiendo su voluntad-* no ha estado exento de reglas que regirían el comportamiento de quienes participan en ella.

De hecho, desde los orígenes de la humanidad y los primeros enfrentamientos o confrontaciones bélicas entre pueblos o grupos sociales, muy rápidamente se planteó la necesidad de definir reglas de cómo debían comportarse las partes enfrentadas en el desarrollo de las hostilidades, lo que hoy se conoce como las reglas sobre conducción de hostilidades y la protección de la población civil⁶¹.

⁵⁷ PARDO Rueda, Rafael. *Historia de las Guerras*. Bogotá D.C.: Ediciones B Colombia, 2004, pp. 19.

⁵⁸ VALENCIA Villa, Alejandro. *Op. Cit.*, pp. 81.

⁵⁹ *Ibidem*. pp. 19-39.

⁶⁰ VON CLAUSEWITZ, Karl. *De la Guerra*. Buenos Aires: Editorial El Cardo. Buenos Aires, 2010, pp. 56.

⁶¹ CICR. *Rules of International Humanitarian Law and other rules relating to the Conduct of Hostilities*. Ginebra: CICR, 2005, pp. 7.

Al remontarnos en la historia, podemos identificar interesantes prácticas regulatorias⁶². En la época que gobernaba el rey Hammurabi (hacia 1792-1750 a.de.C) en Babilonia estaba prevista la protección para las personas más débiles durante la guerra; los hititas, un pueblo de origen indoeuropeo que habitó en la península de Anatolia, en desarrollo de la guerra garantizaban el respeto de la población civil del enemigo al que se enfrentaban; los sumerios, que habitaron en el sur de la antigua Mesopotamia, requerían una declaración de guerra para dar iniciado el enfrentamiento bélico, así como requerían un acuerdo de alto al fuego o un acuerdo de paz para entender que la guerra había cesado; en la época de Ciro I en Persia (700 a.de.C), el ejército bajo su mando tenía la orden de que los heridos del enemigo debían ser tratados igual que los heridos de sus propias tropas o, podría citarse el caso de la Ley de Manú (400 a.de.C), en India, que introdujo reglas específicas y prohibiciones del tipo de arma que podía usarse en desarrollo de las hostilidades armadas (v.gr. prohibición de armas envenenadas), de la prohibición de atacar al enemigo que se ha rendido o de la protección, bajo ciertas condiciones, de los bienes del adversario, entre otros aspectos⁶³.

La remembranza de estos ejemplos sirve al hecho de destacar que las reglas de la guerra se remontan a la antigüedad y, desde siempre ha habido conciencia sobre la necesidad, importancia o pertinencia de contar con ellas en el curso de un enfrentamiento armado.

Al llegar a los años finales del siglo XIX, es posible identificar un impulso definitivo a la universalización de las reglas de la guerra y, a su codificación. Henry Dunant, en el seno del Comité Internacional de Socorro a Militares Heridos, como impulsor de la creación del CICR y promotor de los organismos de socorro de los heridos durante la guerra *-más tarde constituidos como sociedades nacionales de la Cruz Roja o la Media Luna Roja en cada país-*⁶⁴, promovió ampliamente la adopción del I Convenio de Ginebra en 1864,

⁶² ROGERS, A.P.V. *Law on the Battlefield*. Manchester y Nueva York: Manchester University Press, 1996, pp. 1-3.

⁶³ GREENWOOD, Christopher. *Historical development and Legal Basis*. En FLECK, Dieter (Ed.). *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford: Oxford University Press, 1995, pp. 12-13.

⁶⁴ BOISSIER, Pierre. *Historia del Comité Internacional de la Cruz Roja, De Solferino a Tsushima*. Ginebra: Instituto Henri Dunant, 1997, pp. 114.

denominado Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña⁶⁵.

Bugnion explica que, mientras las normas previas a esta época basaban sus disposiciones, enfoque y justificación en valores religiosos o culturales, el DIH contemporáneo previsto en los primeros tratados adoptados a finales del siglo XIX *“basan su obligatoriedad en el derecho positivo, es decir en la voluntad de los Estados, que se expresa, principalmente, mediante la costumbre y mediante tratados”*⁶⁶. Agrega Bugnion que *“como su obligatoriedad ya no depende del sustrato religioso, puede tender hacia la universalidad”*⁶⁷.

En efecto, posterior a la expedición del primer Convenio de Ginebra de 1864, a la Declaración de San Petersburgo de 1868⁶⁸, relativa a la prohibición del uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra y al Código de Lieber de 1893⁶⁹ - *instrumento originado en las Instrucciones para el Gobierno de los Ejércitos de los Estados Unidos en Campaña, promulgadas como Orden General No. 100 del Presidente Abraham Lincoln durante la Guerra de Secesión norteamericana, redactadas por el Profesor Francisco Lieber*⁷⁰, se produjeron desarrollos importantes en el esfuerzo de codificar el derecho internacional de los conflictos armados, lo que hoy denominamos DIH: unos instrumentos prósperos e incluso actualmente vigentes -*especialmente los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, como podrá detallarse más adelante*-, otros que no alcanzaron la vida jurídica.

Por una parte, se gestó un cuerpo de instrumentos jurídicos denominado derecho de Ginebra, como una normativa dirigida a proteger a las víctimas de la guerra; y, por la otra, se originó un cuerpo de instrumentos jurídicos llamado derecho de La Haya destinado a la regulación de la conducción de hostilidades. Años más tarde, esta

⁶⁵ BOISSIER, Pierre. Op. Cit., pp. 164, 299-303.

⁶⁶ BUGNION, François. *El Derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya*. En Revista Internacional de la Cruz Roja. Ginebra: CICR, 2001, pp. 1.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Declaración de San Petersburgo, adoptada de 29 de noviembre a 11 de diciembre de 2011.

⁶⁹ Código de Lieber (Instrucciones del Gobierno para los Ejércitos de los Estados Unidos en el campo de batalla). Orden General No. 100 de 1863.

⁷⁰ ROGERS, A.P.V. Op. Cit. pp. 1.

distinción se haría menos relevante dada la comprensión unificada del derecho de los conflictos armados en un solo cuerpo jurídico denominado DIH⁷¹.

Bugnion precisa acertadamente que:

“Si bien el objetivo fundamental del derecho de La Haya, al igual que el del derecho de Ginebra, es la protección de las víctimas, los métodos para prestar esa protección son diferentes. Los Convenios de Ginebra procuran, principalmente, proteger a la persona cuando se ha convertido en víctima, es decir, herido, náufrago, prisionero de guerra o persona civil en poder del adversario, mientras que el derecho de La Haya se propone proteger a los combatientes y a los no combatientes, restringiendo los métodos y los medios de combate. En cierto sentido, se puede considerar que el derecho de La Haya se aplica antes que el derecho de Ginebra y que hace hincapié, ante todo, en la prevención”⁷².

Al tiempo que Doswald-Beck manifiesta que al examinarse la *“distinción entre el derecho de Ginebra y el derecho de la Haya, se comprueba que no existe ninguna línea divisoria claramente definida entre esas dos normativas, sino que se trata de un continuum de normas, agrupadas bajo dos nombres distintos”⁷³.*

El derecho de La Haya tuvo un auge fundamental, aunque en corto tiempo, entre finales del siglo XIX (1899) y los primeros años del siglo XX (1907). Se destacan al respecto las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 denominados reglamento sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre. Al mismo tiempo y para 1907, se expiden una serie de Convenciones sobre reglas para el inicio de una guerra (Convención III, exigencia de aviso previo, entendida como declaración de guerra)⁷⁴; sobre la protección de buques

⁷¹ VALENCIA Villa, Alejandro. Op. Cit., pp. 30.

⁷² *Ibíd*em, pp. 3.

⁷³ DOSWALD-BECK, Louise. *El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*. En Revista Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. No. 139. Ginebra: CICR, pp. 277.

⁷⁴ Convención III de La Haya sobre reglas para el inicio de una guerra de 1907.

mercantes en desarrollo de las hostilidades armadas (Convención VI)⁷⁵; sobre las reglas para regular la transformación de un buque mercante en un buque de guerra (Convención VII)⁷⁶; sobre la colocación de minas submarinas automáticas de contacto (Convención VIII)⁷⁷; relativo al bombardeo por fuerzas navales en tiempo de guerra (Convención IX)⁷⁸; sobre la adaptación de los principios de Convención de Ginebra sobre guerra marítima, con el fin de proteger buques, hospitales militares, náufragos, heridos, enfermos y prisioneros (Convención X)⁷⁹; protección de correspondencia del enemigo hallado en barco neutral o enemigo (Convención XI)⁸⁰ o la Convención de la Haya de 1907 sobre la prohibición de lanzamiento de proyectiles y explosivos desde lo alto de globos u otros medios análogos. Estos amplios desarrollos del derecho de la guerra, en el marco del derecho de La Haya, se detendrían en 1907⁸¹.

Entretanto, el derecho de Ginebra, también avanzaba en su propuesta de proteger a todas aquellas personas que no participaran del conflicto o, hayan dejado de participar de él (prisioneros de guerra, heridos, enfermos, náufragos, rendidos, población civil). En 1929 se adoptó el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra⁸². En 1925 se había adoptado el Protocolo sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos⁸³ (como un ejemplo de que el derecho de Ginebra, se proponía también incidir en la conducción de las hostilidades).

⁷⁵ Convención VI de La Haya sobre la protección de buques mercantes en desarrollo de las hostilidades armadas de 1907.

⁷⁶ Convención VII de La Haya sobre las reglas para regular la transformación de un buque mercante en un buque de guerra de 1907.

⁷⁷ Convención VIII de La Haya sobre la colocación de minas submarinas automáticas de contacto de 1907.

⁷⁸ Convención IX de La Haya relativa al bombardeo por las fuerzas navales en tiempo de guerra de 1907.

⁷⁹ Convención X de La Haya sobre la adaptación de los principios de Convención de Ginebra sobre guerra marítima, con el fin de proteger buques, hospitales militares, náufragos, heridos, enfermos y prisioneros de 1907.

⁸⁰ Convención XI de La Haya sobre protección de correspondencia del enemigo hallado en barco neutral o enemigo de 1907.

⁸¹ VALENCIA Villa, Alejandro. Op. Cit., pp. 30.

⁸² Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1929.

⁸³ Protocolo sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de 1925.

Tras la Segunda Guerra Mundial y el fracaso de la comunidad internacional, de la aplicación del derecho internacional de los conflictos armados vigente hasta entonces y de los mecanismos para prevenir o, al menos mitigar, los efectos de la guerra, el DIH tendría su desarrollo definitivo. Los Estados no querían que se repitiera el escenario de la Segunda Guerra Mundial, sin que se precisara claramente la protección de las víctimas de los conflictos armados, principal y originalmente de carácter internacional (inspirados en el horror de la Segunda Guerra Mundial), aunque también los conflictos armados no internacionales, tomando como referencia la Guerra Civil Española⁸⁴.

En efecto, se adoptaron los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, a saber: el Convenio I de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña⁸⁵; el Convenio II de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar⁸⁶; el Convenio III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra⁸⁷; y, por vez primera se adopta un Convenio específico para la protección de la población civil, el Convenio IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra⁸⁸. Todos ellos referidos y con ámbito de aplicación en conflictos armados internacionales. La regulación de conflictos armados no internacionales recaería en lo que Swinarsky denomina un “miniconvenio”⁸⁹, que es el Artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

⁸⁴ SALMÓN, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Tercera Edición. Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú / Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012, pp. 68.

⁸⁵ Convenio I de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña de 1949.

⁸⁶ Convenio II de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar de 1949.

⁸⁷ Convenio III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y, por vez primera se adopta un Convenio específico para la protección de la población civil de 1949.

⁸⁸ Convenio IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 1949.

⁸⁹ SWINARSKY, Christoph. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. San José de Costa Rica / Ginebra: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Comité Internacional de la Cruz Roja, 1984. pp. 47.

2.1.2 Fuentes

El Derecho Internacional Público reconoce en los tratados la principal fuente de esta rama del derecho y, para el Derecho Internacional Humanitario -*como una rama de aquel*- no es la excepción. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscrita en 1969, en su segundo considerando resalta con claridad *“la importancia cada vez mayor de los tratados como fuente del derecho internacional”*⁹⁰.

Al mismo tiempo, el Estatuto de la CIJ al hacer referencia a las fuentes aplicables por dicho Tribunal hace una categorización que ha sido generalmente aceptada como la principal referencia de las fuentes del Derecho Internacional, en general y, de sus ramas que de él se desprenden, como es el caso del DIH.

El citado Estatuto, en su artículo 38, prescribe que la CIJ decidirá conforme al derecho internacional y, enlista las que son universal y generalmente aceptadas como las fuentes de derecho internacional, así:

- “a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*
- c. los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones [serán aceptadas] como medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho [...]”*⁹¹.

En relación con el DIH y sus fuentes, sería posible seguir este mismo esquema de clasificación, siendo este marco jurídico una rama del derecho internacional. Los tratados internacionales son la fuente principal del DIH. Al referirnos a los tratados, se hace especial referencia a los principales instrumentos de aplicación del DIH en la actualidad:

⁹⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Viena, Austria el 23 de mayo de 1969.

⁹¹ ONU. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, parte integral de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, Capítulo XIV y Anexo.

a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y a los dos Protocolos Adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949⁹².

Como se mencionó en el subcapítulo precedente, estos seis (6) instrumentos se refieren a la protección de las “víctimas de la guerra”, es decir a aquellas personas que no participan de las hostilidades armadas (población civil en el IV Convenio) o han dejado de participar por diversas razones (heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña en el I Convenio; heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar en el II Convenio; y, prisioneros de guerra en el III Convenio) y, merecen ser protegidas por un marco jurídico especial y disposiciones que se adapten al contexto de violencia derivado de un conflicto armado.

A la par de estos seis (6) instrumentos, hay otros adicionales que complementan la protección prevista por el DIH. Aquellos previos a 1949 y, descritos en el subcapítulo 2.1.1, fundamentalmente referidos a la conducción de hostilidades y originados en el denominado derecho de La Haya. Y, varios instrumentos posteriores a 1949 (sumados a los Protocolos Adicionales de 1977), como es el caso de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954⁹³, la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción de 1972⁹⁴; la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1980⁹⁵ (y, sus Protocolos adicionales: Protocolo I sobre fragmentos no localizables⁹⁶, Protocolo II sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros

⁹² SASSÒLI, Marco y Antoine Bouvier *et al.* *¿How Does Law Protect in War?* Ginebra: CICR, 1999, pp. 137.

⁹³ Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954.

⁹⁴ Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción de 1972.

⁹⁵ Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 1980.

⁹⁶ Protocolo I Adicional a la Convención sobre Armas Convencionales sobre fragmentos no localizables de 1980.

artefactos⁹⁷, Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias⁹⁸, Protocolo IV sobre armas láser cegadoras⁹⁹ y Protocolo V sobre los restos explosivos de guerra¹⁰⁰; la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción de 1997; el Protocolo III Adicional de 2005 a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la adopción de emblema distintivo adicional¹⁰¹; la Convención sobre Municiones en Racimo de 2008¹⁰²; el Tratado sobre Comercio de Armas de 2013¹⁰³, entre otros.

A los mencionados previamente, habría que agregar el Estatuto de la CPI¹⁰⁴, por prever la sanción penal para crímenes de guerra en los términos de su artículo 8 y, otros instrumentos de relevancia adoptados en el marco de la ONU por disponer de medidas aplicables también a los contextos de conflicto armado: la Convención de los Derechos del Niño de 1989¹⁰⁵, el Protocolo Facultativo de 2000 a la Convención de Derechos del Niño de 1989¹⁰⁶ y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la Desaparición Forzada de Personas¹⁰⁷. Estos instrumentos conforman el marco jurídico aplicable a un contexto de conflicto armado, internacional o no internacional y, en tal sentido integran y desarrollan el DIH.

En segundo lugar, el artículo 38 del Estatuto de la CIJ cita a la costumbre internacional como fuente de derecho. Esta costumbre, en los términos de la referida disposición, exige ser asumida como una práctica generalmente aceptada como derecho. De acuerdo

⁹⁷ Protocolo II Adicional a la Convención sobre Armas Convencionales sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos de 1980.

⁹⁸ Protocolo III Adicional a la Convención sobre Armas Convencionales sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias de 1980.

⁹⁹ Protocolo IV Adicional a la Convención sobre Armas Convencionales sobre armas láser cegadoras de 1995.

¹⁰⁰ Protocolo V Adicional a la Convención sobre Armas Convencionales sobre los restos explosivos de guerra de 2003.

¹⁰¹ Protocolo III Adicional de 2005 a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la adopción de emblema distintivo adicional.

¹⁰² Convención sobre Municiones en Racimo de 2008.

¹⁰³ Tratado sobre Comercio de Armas de 2013.

¹⁰⁴ *Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 y, entró en vigor el 1 de julio de 2002.*

¹⁰⁵ Convención de los Derechos del Niño de 1989.

¹⁰⁶ Protocolo Facultativo de 2000 a la Convención de Derechos del Niño de 1989.

¹⁰⁷ Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la Desaparición Forzada de Personas de 2006.

con lo que se mencionó en el subcapítulo precedente 2.1.1, la regulación o las reglas de comportamiento de las personas o grupos que intervienen en una guerra, es asunto tan antiguo como la guerra misma. De allí que sea posible afirmar que el DIH tiene su origen “*en las prácticas militares consuetudinarias que se desarrollaron en el tiempo y en todos los continentes [en tanto] se podía observar una pauta de restricción del comportamiento hacia los combatientes y civiles [cuyo contenido] incluía, generalmente, la prohibición de conductas consideradas innecesariamente crueles o deshonrosas y no fue desarrollado solamente por los propios ejércitos, sino que influyeron también en él los escritos de los líderes religiosos*”¹⁰⁸.

La costumbre internacional, se erige entonces, como una verdadera fuente del DIH, incluso considerada como su fuente originaria¹⁰⁹. La comprensión de la costumbre como fuente de derecho está relacionado, también, con la denominada *cláusula Martens*, según la cual, ante la inexistencia de una norma escrita, los participantes en un conflicto armado están obligados a adecuar sus comportamientos de acuerdo con los dictados de humanidad y de la conciencia pública.

La cláusula tiene origen en la declaración del profesor von Martens, delegado de Rusia en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899, y consignada por primera vez en el Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, bajo el siguiente tenor:

“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

¹⁰⁸ HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*. Volumen I. Normas. Ginebra: CICR, 2007, pp. XXIX.

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Prieto, José Luis. *Fuentes del Derecho Internacional Humanitario*. En RODRÍGUEZ-VILLASANTE Prieto, José Luis (Coordinador). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 73.

*las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública*¹¹⁰.

Al respecto, se suscitaron numerosas inquietudes entre los estudiosos del DIH. Desde las posiciones que plantearon que el DIH fundado en la costumbre, según la cláusula Martens, seguía aplicándose incluso tras la aprobación de una norma convencional (de una manera complementaria)¹¹¹, hasta otros que sostenían que, dado que los tratados internacionales referidos a conflictos armados son pocos, la *cláusula Martens* actúa como resguardo, es decir, que aquello que los tratados no prohíban expresamente, no está permitido *ipso facto*, pues habrá que acudir a las reglas de la costumbre¹¹² y, otros más han planteado que además de los tratados y la costumbre, siempre habrá que observarse el marco de los principios del derecho internacional aplicables¹¹³.

Para los propósitos de esta investigación, las tres posturas podrían resultar complementarias y, no necesariamente opuestas. Lo cierto es que, siendo una fuente del derecho internacional, la costumbre de la guerra debe ser valorada en toda su dimensión al momento de abordar un supuesto fáctico inscrito en un marco de conflicto armado; necesariamente luego de revisar la fuente principal según las reglas propias del derecho internacional público, como son los tratados internacionales y, sin perder de vista, por supuesto, la importancia de los principios generales aplicables. Sólo una interpretación integral de las fuentes del derecho permite ofrecer una respuesta más completa a un supuesto de hecho relacionado con el conflicto¹¹⁴.

La cuestión que surge al respecto es cómo identificar las normas que son universal y generalmente aceptadas y, cómo lograr su exigibilidad.

¹¹⁰ Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899.

¹¹¹ GREENWOOD, Christopher. Op. Cit. pp. 28.

¹¹² SANDOZ Yves, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (editores). Op. Cit., pp. 77; SINGH, Nagendra. y Edward Mc Whinney. *Nuclear Weapons and Contemporary International Law*. Segunda Edición. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 46-47.

¹¹³ TICEHURST, Rupert. *La Cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados*. En Revista Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Ginebra: CICR, 1997, pp. 4.

¹¹⁴ HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. Op. Cit., pp. XXXIV.

A finales del siglo XX, varias reuniones de expertos y conferencias de representantes de gobiernos abordaron la discusión de cómo mejorar el respeto del DIH y, qué medios utilizar para ese propósito. Pese a no acordarse nuevas disposiciones convencionales, el debate tuvo un momento interesante en la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, en la cual se encargó oficialmente al CICR la preparación de un informe sobre las normas consuetudinarias del DIH aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales¹¹⁵. Sobre este asunto, el CICR preparó el informe representado en el documento “*El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*” que contiene ciento sesenta y un (161) normas transcritas que recogen la práctica de los Estados aplicable a situaciones de conflicto armado, internacional y no internacional; es decir, el estudio preparado por el CICR permite identificar con mayor claridad y certeza a qué se refiere cuándo se menciona a la costumbre internacional como fuente del DIH, puesto que la transcripción de estas normas supone la representación tangible de la costumbre o, lo que se ha denominado generalmente, del DIH consuetudinario.

La vigencia del DIH consuetudinario, en las propias palabras de introducción del Estudio elaborado por el CICR, plantean la superación de, al menos dos (2) obstáculos propios del derecho convencional vigente. Por una parte, “*los tratados sólo se aplican a los Estados que los han ratificado, lo que significa que los distintos tratados de derecho internacional humanitario se aplican a los diferentes conflictos armados en función de la adhesión de los Estados implicados*”¹¹⁶ y, aún estarían pendientes varias ratificaciones por parte de los Estados de varios instrumentos, con especial relevancia de los Protocolos I y II Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. Y, por la otra, en la actualidad el DIH Consuetudinario permitiría -*contrario sensu del derecho convencional*- la regulación de los conflictos armados contemporáneos con mejor desempeño y detalle; particularmente por la proliferación de los conflictos armados no internacionales -*en los*

¹¹⁵ Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Resolución 1: Derecho internacional humanitario: del derecho a la acción; Informe sobre el seguimiento de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra. XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 3-7 de diciembre 1995.

¹¹⁶ HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. Op. Cit., pp. XXXII.

cuales, la base convencional es mucho menor- y, en comparación también con los conflictos internacionales, las diferencias son ostensibles.

Es interesante observar, tal como se detallará en el siguiente apartado (Capítulo III) que la Corte IDH, cuando ha hecho uso del DIH de manera más extensa y rigurosa, ha referido a este marco jurídico acudiendo, principalmente, al DIH Consuetudinario y haciendo referencia expresa a los principios del DIH descritos en el Estudio de DIH Consuetudinario elaborado por el CICR. La evidencia directa de su utilidad está planteada en algunas decisiones, particularmente, en el Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia y, en el Caso de la Operación Génesis Vs. Colombia, en los cuales, el sustento de la decisión, respecto de la naturaleza de las operaciones militares, estuvo ligada al DIH y a los principios básicos de este marco jurídico.

Sobre este particular y, con referencia a los principios del DIH, valga referirnos a ellos también como fuente principal del DIH, en los términos del artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Pictet mencionó en su obra que, los principios “*expresan la sustancia del tema*”¹¹⁷ y “*sirven de líneas directrices en los casos no previstos*”¹¹⁸.

Salmón complementa esta visión señalando que los “*principios no pretenden reemplazar las normas convencionales, sino guiar su interpretación dándole el sentido más acorde con el objetivo mayor del DIH que no es otro que el de proteger a las víctimas de los conflictos*”¹¹⁹.

Entre los principios fundamentales del DIH, encontramos el principio de humanidad, de necesidad militar y, el principio de distinción, del cual se derivan los principios de precaución y proporcionalidad. Tales principios están inspirados en la lógica de protección del DIH, es decir, la protección de las personas que no participan de las hostilidades o han dejado de participar de ellas por diversas causas (herida, enfermedad, naufragio, rendición, captura), así como en la limitación de los medios y métodos

¹¹⁷ PICTET, Jean. Op. Cit., pp. 71.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ SALMÓN, Elizabeth. Op. Cit., pp. 57.

empleados en las hostilidades (protegiendo tanto a quienes no participan de las hostilidades, como aquellos que sí participan)¹²⁰.

2.1.3 Principios y reglas básicas

- **Principio de humanidad**

El principio de humanidad se erige como la piedra angular del DIH; a partir de este principio se desarrollan los dos ámbitos de protección del DIH a favor de quienes no participan de las hostilidades o han dejado de participar en ellas y, de quienes sí participan (los combatientes)¹²¹.

Según el principio de humanidad, en desarrollo de un conflicto armado, subsisten los deberes de las partes en conflicto, de respetar y tratar a todas las personas con humanidad (aplicable a todos los intervinientes y los que no intervienen en un conflicto armado) y de no causar sufrimientos innecesarios (aplicable en la lógica de los combatientes). La Norma 87 del Estudio de DIH Consuetudinario señala que “*las personas civiles y las personas fuera de combate serán tratadas con humanidad*” y, siguiendo el planteamiento consistente en el reconocimiento de que el DIH prevé también la protección de quienes participan en las hostilidades armadas, la Norma 70 establece que “*queda prohibido el empleo de métodos y medios de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios*”

Estas dos normas, la 87 y la 70, desarrollan muy bien el alcance del principio de humanidad y, están sustentadas en el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra de 1949 y, en el Protocolo II Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 para el

¹²⁰ ROGERS, A.P.V. Op. Cit. pp. 3.

¹²¹ Ibidem. pp. 7.

caso de los conflictos armados no internacionales¹²² y, en el Protocolo I Adicional para el caso de los conflictos armados internacionales¹²³.

El Artículo 3 Común señala que “1. 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, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo” (Subrayas fuera de texto); mientras que el artículo 4.1 del Protocolo II Adicional, casi en idéntico sentido, establece que “[t]odas 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” (Subrayas fuera de texto).

▪ Principio de necesidad militar

La Declaración de San Petersburgo de 1868 dispuso un precepto que se constituiría en la génesis del principio de necesidad militar. El segundo considerando de la Declaración dice “[q]ue la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo”.

De esta manera, debe entenderse que según el principio de necesidad militar, las partes en un conflicto armado sólo deberán proceder con la puesta en marcha de operaciones militares, si las mismas están justificadas para obtener ventaja militar directa, prevista y concreta (además de otras condiciones previstas en la comprensión integral de los principios del DIH). En caso de que no se prevea la obtención de tal ventaja militar, la

¹²² Protocolo II Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.

¹²³ Protocolo I Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

aplicación de este principio del DIH debería orientar a las partes en el conflicto armado respectivo, a abstenerse de proceder con la acción militar¹²⁴.

La Norma 8 del Estudio de DIH Consuetudinario, inmersa en el capítulo que desarrolla el principio de distinción expone un buen ejemplo de la valoración de la necesidad militar propiamente dicha. Dice la norma que “[p]or lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida”¹²⁵.

En este caso, la referida Norma 8 contiene dos conceptos que permiten comprender el concepto de necesidad militar; por una parte, la exigencia de que la operación militar respectiva debe dirigirse contra aquellos bienes que contribuyan eficazmente a la acción militar y, por la otra, que la acción se justifique en la medida en que su despliegue proporciona una ventaja militar definida.

▪ Principio de distinción

La distinción de quién puede ser atacado en el marco de un conflicto armado es una obligación compleja en cabeza de las partes en conflicto, pero cuyo cumplimiento es absolutamente necesario para procurar la protección de todas aquellas personas que no son susceptibles de ser atacadas: las personas civiles, las personas que han dejado de participar de las hostilidades y las personas especialmente protegidas por el DIH por la función o labor que despliegan en relación con el conflicto mismo: personal sanitario, religioso, entre otros¹²⁶.

Tanto la regulación de los conflictos armados no internacionales como la de los conflictos armados internacionales incluyen disposiciones relacionadas con el principio de

¹²⁴ GREENSPAN, Morris. *The Modern Law of Land Warfare*. Los Ángeles: California University Press, 1959, pp. 314.

¹²⁵ HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. Op. Cit., pp. 34.

¹²⁶ CIJ. *Opinión Consultiva Legalidad del uso o de la amenaza de uso de armas nucleares* de 8 de julio de 1996, párr. 434.

distinción. Por una parte, el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949 establece la protección general de aquellas personas “*que no participan directamente de las hostilidades*” y, dispone una serie de garantías y prohibiciones para lograr su cometido de protección. Esta disposición, que fue retomada por el artículo 4 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, debe entenderse como una obligación de las partes en conflicto de distinguir con claridad a quien es posible atacar, por tratarse de objetivos militares, y quien no; y, en ello contribuye el precepto al establecer la protección general del grupo de personas contra quienes los ataques están prohibidos (a saber, quienes no participan directamente de las hostilidades -se incluye también a quienes han dejado de participar de las hostilidades-)¹²⁷.

En lo que corresponde con los conflictos armados internacionales, el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 incorpora una definición mucho más específica de la obligación de las partes en conflicto de distinguir a los civiles de los combatientes. Dice el artículo 48 del referido Protocolo I que, con el 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.

Entretanto los artículos 13.2 y 14 del Protocolo II Adicional y 51 y 52 del Protocolo I Adicional, establecen la protección de la población civil y la de sus bienes, en desarrollo del principio de distinción y, de la obligación de las partes en conflicto de distinguir adecuadamente para que sus operaciones se dirijan contra objetivos militares.

Por su parte, la compilación de normas de DIH Consuetudinario incorpora una serie de disposiciones que desarrollan ampliamente el principio de distinción, complementando las regulaciones convencionales en la materia. La Norma 1 de esta compilación, regula la distinción entre civiles y combatientes, señalando que “*[l]as partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo*

¹²⁷ KALSHOVEN, Frits y Liesbeth Zegveld. *Constraints on the waging of war: an introduction to international humanitarian law*. Tercera Edición. Ginebra: CICR y Cambridge University Press, 2001, pp. 97.

*podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados*¹²⁸ (subraya fuera de texto).

La Norma 7 incorpora la regulación de la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares, sosteniendo que “[l]as partes en 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”¹²⁹.

▪ **Noción de participación directa en las hostilidades**

Como puede notarse en las previsiones sobre la protección de la población civil en situaciones de conflicto armado no internacional, las referencias contenidas en el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo II Adicional de 1977, se refieren a un ámbito de protección personal definido como “*personas que no participan directamente de las hostilidades*”. En el mismo sentido, es posible encontrar referencias al respecto para el caso de los conflictos armados internacionales.

Sin embargo, tales referencias han requerido de desarrollos posteriores con el propósito de especificar muy bien, bajo qué circunstancias debe entenderse el concepto de participación directa en las hostilidades, para establecer la protección prevista por el DIH; especialmente, considerando que los conflictos armados recientes han visto cómo los civiles participan cada vez más en las hostilidades¹³⁰.

En este punto se plantea un enorme desafío para la aplicación e interpretación del derecho, particularmente para los operadores jurídicos y para los actores armados de un conflicto; las nuevas dinámicas de la guerra (trasladando el centro de operaciones de los campos a zonas urbanas), la asunción de responsabilidades dentro del esfuerzo de

¹²⁸ HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. Op. Cit., pp. 3. Y, además pueden leerse las normas siguientes de 2 a 6, que complementan y desarrollan esta protección.

¹²⁹ *Ibidem.*, pp. 29. Y, además pueden leerse las normas siguientes de 6 a 10, que complementan y desarrollan esta protección.

¹³⁰ MELZER, Nils. *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: CICR, 2010, pp. 11.

guerra por parte de contratistas civiles, la estrategia militar de inmiscuirse dentro de la población civil para no ser detectado, entre otras dinámicas, implican un reto para la distinción entre las personas susceptibles de protección contra ataques directos y aquellas que no lo son¹³¹.

El CICR elaboró, al respecto, una Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el DIH¹³². La Guía incorpora criterios y directrices, aplicables a los conflictos armados internacionales como a los no internacionales, que sirven de herramienta de interpretación de la noción aludida y, determinan las posibilidades de aplicación más precisa del principio de distinción. Considerando el marco de esta investigación, a los antecedentes de casos conocidos por la Corte IDH al respecto y, a las expectativas sobre usos futuros, se hará referencia particularmente a tales criterios y directrices en relación con los conflictos armados no internacionales.

Entre las recomendaciones de la Guía, se encuentra el concepto de civil en un conflicto armado no internacional, como un desarrollo del principio de distinción. Dice la Guía que personas civiles son aquellas “*que no son miembros de las fuerzas armadas estatales o de los grupos armados organizados de una parte en conflicto*”¹³³ y, por tanto tienen derecho a la protección de ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

En este caso, se precisa que se excluye del concepto de persona civil y, por ende, de la protección prevista por el DIH al miembro de las fuerzas armadas del Estado respectivo (que, según las regulaciones internas de cada país, se prevé que el miembro de sus fuerzas armadas se entiende como tal, tras la integración formal en unidades permanentes y, se distingue del resto de la población con insignias, uniforme y equipamiento); y, al miembro de grupo armado organizado, que para los efectos del DIH, es aquel que participa directamente de las hostilidades de manera continua, es decir, ejerce una función continua de combate (el criterio varía respecto de las fuerzas armadas

¹³¹ Al respecto ver, CICR. *Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario*. Ginebra: CICR, 2003, pp. 3-5.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ *Ibidem.*, pp. 16.

de un Estado, puesto que en un grupo armado organizado no es homogéneo ni estandarizado el sistema de integración y, más bien, se entiende parte del grupo en función de la actividad que desempeña en él, lo cual para la concepción del principio de distinción, presenta importantes dificultades de identificación)¹³⁴.

En el caso de un conflicto armado internacional, dado que se presenta entre Estados, la identificación (formal y sustantiva) de un miembro de sus fuerzas armadas, está normalmente regulada por las disposiciones internas de cada país e, incluirá un sistema de integración formal y uso de uniforme, insignias y equipamiento que facilitan su distinción.

Entonces, se reitera la importancia de precisar bajo qué condiciones se entiende que un acto hace parte de la noción de participación directa en las hostilidades, circunstancia en la cual, se pierde la protección del DIH mientras dura esa participación. La Guía del CICR ofrece tres (3) criterios para determinar este concepto, en el apartado que resume las conclusiones y recomendaciones, de la siguiente manera:

“Para considerar un acto como participación directa en las hostilidades, deben cumplirse los requisitos acumulativos siguientes:

1. debe haber probabilidades de que el acto tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en un conflicto armado, o bien, de que cause la muerte, heridas o destrucción a las personas o bienes protegidos contra los ataques directos (umbral de daño);

2. debe haber un vínculo causal directo entre el acto y el daño que pueda resultar de ese acto o de la operación militar coordinada de la que el acto constituya parte integrante (causalidad directa) y

¹³⁴ Ibidem.

*3. el propósito específico del acto debe ser causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra (nexo beligerante)*¹³⁵.

Estos criterios son aplicables a situaciones de conflicto armado no internacional y conflicto armado internacional y, además se constituyen en verdaderas herramientas de interpretación para establecer con claridad el ámbito de protección de una persona que desarrolla sus actividades cotidianas en un contexto de conflicto armado y, que podría verse inmersa *-incluso sin saberlo-* en un acto de participación directa en hostilidades y perder la protección otorgada por el DIH.

La reflexión sobre este asunto, particularmente en lo que se refiere a la pérdida de protección prevista por el DIH, resulta trascendental y necesaria ante un tribunal de derechos humanos como la Corte IDH; hasta la fecha, la Corte IDH aún no ha tomado decisiones interpretando la noción de participación directa en las hostilidades. Por ejemplo, en el Caso Rodríguez Vera y Otros Vs. Colombia, en lo que se refiere a la desaparición forzada de Irma Franco, integrante del movimiento guerrillero M-19 (en su momento, grupo armado parte en el conflicto armado no internacional en Colombia que planificó y ejecutó la operación de toma del Palacio de Justicia), la Corte IDH tuvo una excelente oportunidad de reflexionar y analizar el alcance de la noción de participación directa en las hostilidades. Bien pudo la Corte IDH referirse al momento en que Irma Franco fue detenida, momento en el que se configuró la protección prevista por el DIH y se tornó beneficiaria de las garantías mínimas fundamentales tras la retoma del Palacio de Justicia por parte de la Fuerza Pública de Colombia¹³⁶. Sin embargo, estos análisis, como podrá verse en el Capítulo III, aún están pendientes.

¹³⁵ *Ibidem.*, pp. 17.

¹³⁶ CORTE IDH. *Caso Rodríguez Vera y Otros Vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 14 de noviembre de 2014, párr. 102.

▪ Principio de precaución

El principio de precaución plantea el deber a las partes en un conflicto armado de “*tener un cuidado constante y de tomar precauciones para evitar o reducir al mínimo el número de pérdidas civiles que pudiera producirse incidentalmente*”¹³⁷.

Tomando en consideración que la protección prevista por el DIH para personas civiles, está estrechamente relacionada con la posibilidad de ser objeto de un ataque directo; éste último adjetivo abre la posibilidad de que los civiles puedan ser objeto de ataques *indirectos* o *incidentales*, que podrían ser aceptables por el DIH, pero que implicarían daños en los derechos de las personas afectadas. Esta doble condición en la interpretación del derecho, refleja la posible dicotomía existente entre el DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; de allí, la importancia de establecer los criterios de aplicación e interpretación del DIH por parte de la Corte IDH¹³⁸.

El principio de precaución en conflictos armados internacionales fue originalmente considerado en la IX Convención de La Haya de 1907, cuando en su artículo 2, se estableció que, “[s]i hay necesidades militares que exijan una acción inmediata y no permitan conceder plazo, es entendido que la prohibición de bombardear la ciudad indefensa subsiste [...] y que el Comandante tomará todas las providencias requeridas para que resulte a la ciudad el menor daño posible”¹³⁹. Posteriormente, su mayor desarrollo se incorporó en el Capítulo IV del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, denominado “*Medidas de Precaución*”.

Desde entonces, se planteó una doble connotación del principio de precaución: las precauciones debidas en el ataque y, las precauciones debidas contra los efectos de los ataques.

¹³⁷ HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. Op. Cit., pp. 61.

¹³⁸ CICR. *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*. Ginebra: CICR, 2011, pp. 43.

¹³⁹ Convención IX de La Haya relativa al bombardeo por las fuerzas navales en tiempo de guerra de 1907.

Para el caso de los conflictos armados no internacionales, si bien el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 no incluyó una referencia explícita a las precauciones en el marco de las hostilidades, sí consideró en el artículo 13, una disposición de la que se derivaría la aplicación consecencial de las precauciones. El referido artículo señala que *“la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”*.

En todo caso, el Estudio de DIH Consuetudinario prevé una serie de disposiciones relacionados con las precauciones en el ataque y las precauciones contra los efectos de los ataques, aplicables a conflictos armados internacionales y no internacionales. La Norma 15 dispone que las partes en conflicto *“tomarán todas las precauciones factibles para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente”*¹⁴⁰. Entretanto la Norma 22 establece que *“[l]as partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles para proteger de los efectos de los ataques a la población civil y los bienes de carácter civil que estén bajo su control”*¹⁴¹.

En el Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, la Corte IDH utilizó de manera amplia y profunda el principio de precaución y el principio de proporcionalidad (cuya explicación se presenta en el siguiente capítulo), para determinar la responsabilidad internacional el Estado de Colombia por violar la CADH.

¹⁴⁰ HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. Op. Cit. Norma 15. Las normas 16 a 21 desarrollan ampliamente el principio de precaución, en relación con los deberes de tomar precauciones para determinar adecuadamente si los objetivos que van a atacarse son objetivos militares (Norma 16); para reducir al máximo el número de heridos o muertos entre la población civil (Norma 17); para evaluar si los daños pueden resultar excesivos respecto de la ventaja militar concreta y prevista (Norma 18), o en su caso para suspender o anular un ataque al hacer esta evaluación (Norma 19); para dar aviso, a quien corresponda, para evitar que se generen daños a la población civil (Norma 20) y, para seleccionar los objetivos militares cuyo ataque cause menor daño a la población civil (Norma 21).

¹⁴¹ HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. Op. Cit. Norma 22. Las normas 23 y 24 complementan las previsiones de la citada Norma 22, en el sentido de imponer el deber a las partes en conflicto de, que en la medida posible, eviten situar objetivos militares en el interior o cerca de zonas densamente pobladas (Norma 23) y, de alejar a las personas civiles y los bienes de carácter civil que estén bajo su control de la proximidad de objetivos militares (Norma 24). Todo ello, para prevenir que las personas que no participan directamente de las hostilidades sean objeto de ataque.

▪ Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad está directamente relacionado con los principios de humanidad, necesidad militar y de distinción. Este principio procura que *“la afectación a bienes y personas civiles sea menor a la ventaja militar que se busca obtener”*¹⁴², es decir el principio de proporcionalidad busca prevenir los excesos de las consecuencias de las operaciones militares; esto es, las personas civiles y los bienes civiles deben ser preservados al máximo posible de daños incidentales, pero además tales daños no deben ser excesivos con respecto a la ventaja militar esperada¹⁴³(aquí la ponderación vigente entre el principio de humanidad *-la consideración de daños civiles-* y el principio de necesidad militar *-en cuanto a la ventaja militar a obtener como resultado del ataque-* y, en cualquier circunstancia, como desarrollo de la obligación de distinguir adecuadamente entre bienes y personas civiles y, objetivos militares y combatientes).

En el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 51.5.b) se precisa que son ataques indiscriminados y, además excesivos, aquellos *“[...] ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”*. En las normas convencionales aplicables a los conflictos armados no internacionales, no hay una referencia precisa que refiera al principio de proporcionalidad. Se ha sostenido al respecto que, la misma, es un desarrollo del principio de humanidad ya incorporado en el Preámbulo del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949¹⁴⁴.

Sin perjuicio de ello, el Estudio de DIH Consuetudinario incluye entre sus normas, la regulación del principio de proporcionalidad. Dice la Norma 14 que *“[q]ueda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos*

¹⁴² SALMÓN, Elizabeth. Op. Cit., pp. 60.

¹⁴³ ROGERS, Anthony y PAUL MALHERBE. *Derecho al objetivo. Modelo de manual acerca del derecho de los conflictos armados para las fuerzas armadas*. Ginebra: CICR, 2001, pp. 22.

¹⁴⁴ HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. Op. Cit., pp. 56.

*entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista*¹⁴⁵.

2.2 Ámbito de aplicación del DIH

El DIH se aplica a situaciones ocurridas en conflicto armado, sea de carácter internacional o no internacional. El Artículo 2 Común a los Convenios de Ginebra de 1949 menciona que, tales Convenios se aplicarán a situaciones de “guerra declarada” o cualquier otro “conflicto armado” que se suscite entre dos Estados¹⁴⁶ y, a su vez, se aplicarán a las situaciones de ocupación total o parcial de un territorio de un Estado Parte en los Convenios. En estos casos es irrelevante el nivel de intensidad del conflicto o las razones que lo motivan.

En esta medida, tanto los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (excepto el Artículo 3 Común) y el Protocolo I Adicional a tales Convenios se aplican a las situaciones descritas, que no admiten mayores discusiones respecto de su interpretación.

Entretanto, los conflictos armados no internacionales se encuentran regulados por el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II Adicional a los Convenios referidos. La dificultad surge, en la medida en que ninguno de estos instrumentos incorpora una definición de “conflicto armado” y, apenas plantea algunos elementos descriptores y características de tales escenarios¹⁴⁷.

En el caso de los conflictos armados internacionales, la situación es más pacífica y menos compleja: se trata o de enfrentamientos armados entre Estados o, de situaciones de ocupación sobre el territorio de un Estado Parte en los Convenios de Ginebra, total o

¹⁴⁵ HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. Op. Cit., Norma 14.

¹⁴⁶ TPIY. *Caso Tadic*. Sentencia de 2 de octubre de 1995, párr. 70.

¹⁴⁷ CICR. *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*. Ginebra: CICR, 2011, pp. 9-10.

parcialmente¹⁴⁸. Sin embargo, la definición de conflicto armado de carácter no internacional es más complicada. A este tipo de conflicto, dado su carácter complejo y, atendiendo que es parte central de los pronunciamientos de la Corte IDH en materia de DIH, nos referiremos a continuación.

El Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949 menciona su aplicabilidad a los conflictos no internacionales y, los define en negativo como aquellos que no sean de índole internacional y que surjan en territorio de un Estado Parte en los Convenios de Ginebra¹⁴⁹.

Esta definición no resuelve la complejidad del asunto. Los comentarios al Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949 realizados por el CICR, ofrecen una idea, a manera de criterios, para lograr una aproximación del concepto de conflicto armado no internacional a la luz del referido Artículo 3 Común. Señalan los Comentarios que podría encuadrar en esta definición, los siguientes actos:

- “1. Que la parte en rebelión contra el Gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el Convenio.*

- 2. Que el Gobierno legítimo esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional.*

- 3. a) Que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien*
b) que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante; o bien
c) que haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o bien

¹⁴⁸ VITE, Sylvain. *Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales*. En CICR. *Tipología de los Conflictos Armados*. Revista Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. No. 873. Ginebra: CICR, 2009. pp. 40-41.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 46.

d) que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de una amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión.

4. a) Que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado.

b) Que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional.

c) Que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y estén dispuestas a conformarse a las leyes y costumbres de la guerra.

d) Que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio”¹⁵⁰

Mientras tanto, el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 expresamente señala que su ámbito de aplicación es para aquellos conflictos considerados no internacionales, que surjan en el territorio de un Estado Parte y, agrega que el conflicto debe darse entre “*sus fuerzas armadas [las del Estado Parte] 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 sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo*”. Excluye, a su vez, y de manera expresa a los disturbios interiores y a las tensiones internas (motines, actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos)¹⁵¹, que escapen del ámbito de aplicación del DIH, en tanto se entiende que no son conflictos armados¹⁵².

Entre una y otra fuente de DIH, aplicable a los conflictos armados no internacionales, el CICR ha propuesto una definición de conflicto armado que armoniza ambas disposiciones (manteniendo las diferencias en su aplicación, según corresponda, como

¹⁵⁰ SANDOZ Yves, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (editores). Op. Cit., pp. 336.

¹⁵¹ RAMELLI Arteaga, Alejandro. *La Constitución colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*. Segunda Edición. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 49-53.

¹⁵² GASSER, H. P., *International Humanitarian Law: an Introduction*. En HAUG, H. (Editor). *Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*. Berna: Paul Haupt Publishers, 1993, p. 555

veremos enseguida). Dice, el CICR, en un documento de trabajo publicado en el 2008 que un conflicto armado no internacional se define como:

“enfrentamientos armados prolongados que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado [Parte en los Convenios de Ginebra]. El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben poseer una organización mínima”¹⁵³ (Subraya fuera de texto).

Este concepto podría utilizarse, de manera genérica, para definir un conflicto armado no internacional. Los criterios de “organización mínima” exigido a las partes enfrentadas y, de “nivel mínimo de intensidad”¹⁵⁴ de las hostilidades sirven a la mejor comprensión del concepto, y probablemente puedan ser desarrollados con mayor detalle para la calificación de una situación como conflicto armado, según sea el caso.

Es preciso aclarar que, dada la especificidad del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, habría dos diferencias relevantes en la concepción del conflicto armado no internacional, a tomar en cuenta en la aplicación de este Protocolo y el Artículo 3 Común.

La primera tiene que ver con el hecho de que el Protocolo II Adicional exige que los grupos armados no estatales ejerzan un control territorial “*que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y [tener la capacidad] de aplicar el Protocolo*”. Esta exigencia no sería necesaria para la aplicación del Artículo 3 Común¹⁵⁵.

Y, la segunda, está relacionada con el hecho de que el Protocolo II Adicional no se aplicaría a conflictos armados que surjan entre dos grupos armados no estatales;

¹⁵³ CICR. *¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el Derecho Internacional Humanitario?* Ginebra: CICR, 2008, pp. 6.

¹⁵⁴ SCHINDLER, D. *The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*. En *Revista Internacional de la Cruz y la Media Luna Roja*. Vol. 163. Ginebra: CICR, 1979, p. 147.

¹⁵⁵ VITE, Sylvain. *Op. Cit.*, pp. 50-51.

siempre será necesario que una de las partes en conflicto sea, las fuerzas armadas gubernamentales¹⁵⁶.

2.3 Convergencia del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La convergencia, complementariedad o correlación entre el DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ya no es objeto de discusión. Diversos autores concuerdan en la idea de que ambos sistemas jurídicos convergen, se complementan y se relacionan entre sí, con el propósito *-también de posición más o menos unánime-* de proteger al ser humano en las vicisitudes de los conflictos armados.

El CICR, sostuvo recientemente, al analizar la pertinencia y vigencia del DIH para regular los conflictos armados actuales que *“[e]s de aceptación general que el DIH y el derecho de los derechos humanos son regímenes jurídicos complementarios, a pesar de que tienen un ámbito de aplicación diferente. Mientras que el derecho de los derechos humanos se aplica en todo tiempo (y constituye, por consiguiente, una lex generalis), la aplicación del DIH comienza solo cuando hay un conflicto armado (por lo tanto, constituye una lex specialis)”*¹⁵⁷.

Pictet afirmó, en su momento, que el DIH y el DIDH comparten su esencia, especialmente en lo que respecta a sus principios fundamentales, en particular sobre tres aspectos: *“a) inviolabilidad, refiere a los atributos inseparables de la persona (el derecho a la vida y a la integridad personal); no discriminación, en virtud del cual todas las personas deben ser tratadas sin distinción alguna; y c) seguridad, al hacer referencia a la seguridad personal (y las medidas de protección derivadas, como las garantías judiciales)”*¹⁵⁸.

¹⁵⁶ CICR. *¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el Derecho Internacional Humanitario?* Op. Cit., pp. 4.

¹⁵⁷ CICR. *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos.* Op. Cit., pp. 16.

¹⁵⁸ PICTET, Jean. Op. Cit., pp. 78-83.

Las discusiones subsisten, sí, respecto del cómo estos marcos jurídicos se complementan y se aplican en la práctica. La Corte IDH, como tribunal de derechos humanos, ha debido conocer de numerosos casos ocurridos en el marco de un conflicto armado y, ha tenido que tomar decisiones sobre cómo incorporar el DIH en la resolución de los casos bajo su conocimiento, teniendo presente de antemano, que su ámbito competencia está circunscrito al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, particularmente a la CADH *-que le otorga competencia contenciosa-*.

Tal como pudo detallarse en el Capítulo I, la Corte IDH resolvió que era competente para aplicar la CADH (declarar la violación de las disposiciones que la integran) e, interpretar la misma CADH (y otros instrumentos del SIDH que le otorguen competencia contenciosa) a la luz del DIH. Y, en el Capítulo III se podrá detallar de qué manera la Corte IDH hizo uso de esta facultad de recurrir al DIH para adoptar sus decisiones.

Lo que es seguro es que, pese al desarrollo que tenido la jurisprudencia de la Corte IDH al respecto, es importante aún precisar los elementos que determinan la posible aplicación / interpretación de estos dos marcos jurídicos, en apariencia similares, pero en el fondo, con enormes diferencias.

Droege menciona que “[m]ás allá del ideal humanista que comparten, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario tienen poco en común en cuanto a sus orígenes. Los fundamentos teóricos y las motivaciones de ambos cuerpos jurídicos son diferentes”¹⁵⁹.

Entretanto, Salmón opina que “[e]l DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) comparten, a pesar de las diferencias existentes, una filosofía común que consiste en la preservación y protección del ser humano. Este hecho determina que los tratados que los contienen se asemejen en una característica esencial que, a su vez, marca la diferencia con el común de los tratados”¹⁶⁰.

¹⁵⁹ DROEGE, Cordula. *¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derecho humanitario*. En Revista Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. No. 871. Ginebra: CICR, 2008, pp. 3.

¹⁶⁰ SALMÓN, Elizabeth. Op. Cit., pp. 32.

Esta par de reflexiones, sin duda, son de mucha utilidad para reflejar la complejidad del debate. El acuerdo sobre las importantes diferencias existentes entre el DIH y el DIDH, desafía el análisis de la forma en que es posible que estos marcos jurídicos se han encontrado, en permanentes referencias históricas y, hoy siguen siendo convidados a reflexiones jurídicas sobre hechos susceptibles de ser analizados por sus disposiciones.

La tesis que sostiene Droege es que los derechos humanos se inspiraron en la búsqueda del equilibrio entre el poder del Estado y el ejercicio de autoridad sobre los ciudadanos, es decir, en los límites del poder soberano del Estado representados en los derechos de las personas. La regulación propia Estado-ciudadano e íntimamente conectada con el derecho constitucional, propia del derecho interno de los estados. Sólo hasta después de la segunda guerra mundial y luego de la barbarie allí ocurrida, el derecho internacional se introduce en la discusión de los derechos humanos tras la expedición de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en el marco de la ONU) y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en el marco de la OEA), ambas de 1948 y, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (en el ámbito europeo). El fundamento e inspiración de los derechos humanos, fue un principio de exigibilidad de garantías, de libertades, de límites al abuso de la autoridad estatal: una discusión sobre los derechos ciudadanos¹⁶¹.

Agrega Droege que el DIH “*no surgió de una lucha de individuos que reclamaban sus derechos, sino de un principio de caridad, ‘inter arma caritas’*”¹⁶², o bien podría decirse de un principio de humanidad, pero no de lucha ni exigibilidad por derechos.

El DIH, a su vez, se originó en una discusión de las relaciones entre estados, en desarrollo de la guerra, del trato debido a las tropas y ejércitos del enemigo. El derecho internacional no interfirió en la discusión de cómo abordar las cuestiones humanitarias en la guerra, pues fue en ese ámbito internacional que tuvo origen (salvo algunas excepciones de las guerras civiles).

¹⁶¹ DROEGE, Cordula. Op. Cit., pps. 3-8.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 3.

Tiempo después surge la preocupación *-más vigente en nuestros días-* de la regulación de los conflictos no internacionales o también denominados internos. Sin embargo, aún en estos escenarios, las regulaciones del DIH no se dirigen directamente a establecer parámetros de comportamiento del Estado respecto de sus ciudadanos, en la lógica de exigibilidad de derechos, sino en las relaciones entre partes en conflicto *-una parte estatal y una o más partes no estatales, o simplemente partes en conflicto no estatales que tienen un conflicto entre sí-*.

Con todo, en el desarrollo de ambos marcos jurídicos ha sido posible observar algunos elementos de convergencia. Las disposiciones que regularon los conflictos armados no internacionales, pese a enfocarse en definir obligaciones para partes en conflicto, aproximaron al DIH con el enfoque del DIDH, en ese empeño de procurar medidas en favor de los ciudadanos y, a cargo del Estado en desarrollo del conflicto. La aplicación progresiva de los derechos humanos a los escenarios de conflicto armado (de manera, un tanto distinta, a cómo se habían concebido) sugirió la preocupación de cómo podían coexistir ambos marcos jurídicos en la regulación de un conflicto armado, particularmente, de índole no internacional¹⁶³.

Los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 dieron un paso importante en la incorporación de la aplicación de los derechos humanos en el ámbito de los conflictos armados¹⁶⁴. El artículo 72 del Protocolo I Adicional señala expresamente que las normas previstas en un apartado del citado instrumento deben entenderse como complementarias respecto de, entre otras, *“las demás normas aplicables de derecho internacional referentes a la protección de los derechos humanos fundamentales durante los conflictos armados de carácter internacional”*. Por parte del Protocolo II Adicional, se encuentra en el Preámbulo la referencia a los derechos humanos; señala el Protocolo que las Altas Partes Contratantes convinieron las disposiciones de dicho instrumento

¹⁶³ La reflexión en el ámbito de los conflictos internacionales se tornaba distinta y, más distante de la aplicación del DIDH, dado que en este marco jurídico las obligaciones de los Estados están normalmente previstas en relación con las personas sujetas a su jurisdicción (bajo su autoridad y, en su territorio) y, en el ámbito de los conflictos internacionales, las acciones tradicionalmente se dirigen en contra de ejércitos (e incidentalmente civiles) de la parte enemiga (que no están bajo la jurisdicción de quien realiza el ataque).

¹⁶⁴ SANDOZ Yves, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (editores). Op. Cit., párr. 4429.

“[r]ecordando, asimismo, que los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”.

Por parte de los instrumentos de derechos humanos, las referencias constantes al conflicto armado han estado asociadas a los regímenes de suspensión o derogación de derechos y garantías. Entre los principales instrumentos de los diferentes sistemas jurídicos, encontramos el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 4, el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, el artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Años más tarde, algunos instrumentos de derechos humanos han planteado una convergencia mucho más cercana del DIH y del DIDH, especialmente en lo que tiene que ver con la protección de los derechos del niño y la niña en escenarios de conflicto armado: al respecto, es posible encontrar referencias puntuales en la Convención de Derechos del Niño de 1989 y, una regulación convergente amplia y completa en el Protocolo Facultativo de la Convención de Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados del año 2000; en igual sentido, en el ámbito del derecho penal internacional, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 2002, planteó esta inclusión conjunta de la represión penal de derechos y garantías previstas en ambos marcos jurídicos, tanto del DIH como del DIDH.

Estos desarrollos, han supuesto importantes desafíos en aquellos casos donde ha sido necesario determinar cuál es el marco jurídico aplicable. La discusión de la aplicación convergente o complementaria o, la aplicación de las reglas básicas del derecho en general y, del derecho internacional en particular, entre ellas, el principio de *lex specialis*, ha estado en el centro de este debate¹⁶⁵.

La CIJ, cuyo mandato no le impediría pronunciarse sobre uno u otro marco jurídico (como sí sería el caso de un tribunal de derechos humanos), ha esgrimido en algunas de sus

¹⁶⁵ NÚÑEZ PALACIOS, Susana. *Interpretación y aplicación del derecho humanitario en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. En Revista Alegatos. No. 77. México DF: Universidad Autónoma Metropolitana, 2011, pp. 21.

decisiones el principio de *lex specialis*. En una Opinión Consultiva sobre la legalidad del uso o el empleo de armas nucleares, la CIJ puso un ejemplo al respecto:

“el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida también se aplica en las hostilidades [además de las previsiones del DIDH, como las que prevé el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos]. Sin embargo, la prueba de qué es una privación arbitraria de la vida debe ser determinada por la lex specialis aplicable, es decir el derecho aplicable en los conflictos armados, que fue concebido para regular la conducción de las hostilidades. De modo que el hecho de si la pérdida de una vida, a través del empleo de determinada arma en la guerra, debe considerarse como privación arbitraria de la vida contraria al artículo 6 del Pacto, sólo puede dictaminarse haciendo referencia al derecho aplicable en los conflictos armados y no puede deducirse de los términos del propio Pacto”¹⁶⁶ (subraya fuera de texto).

Este pronunciamiento da a entender que, aún bajo la competencia y jurisdicción de un tribunal de derechos humanos, la observación de un caso concreto desarrollado en medio de hostilidades dentro de un conflicto armado, requiere acudir al marco del DIH para resolver la legitimidad del comportamiento de las partes en conflicto, sin desconocer el marco del DIDH pero tomando en consideración la ley especial aplicable al caso concreto.

La CIJ precisó el contenido de estos planteamientos y, reafirmó la complementariedad del DIH y del DIDH en la Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado¹⁶⁷, presentando tres supuestos: “[1] *algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario*, [2] *otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos*, y [3] *otros pueden estar contemplados en*

¹⁶⁶ CIJ. *Opinión Consultiva Legalidad del uso o de la amenaza de uso de armas nucleares* de 8 de julio de 1996, p. 226, párr. 25.

¹⁶⁷ DENNIS, Michael J. *Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation*. En *American Journal of International Law*, Vol. 99. The American Society of International Law, 2005, p. 122.

*ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como lex specialis, el derecho internacional humanitario*¹⁶⁸. Estas mismas consideraciones inspirarían la resolución del caso relativo al territorio en el este de la República del Congo ocupado por Uganda¹⁶⁹.

Droege contribuye mucho en el planteamiento de las dificultades de la aplicación práctica del concepto de complementariedad o convergencia; explica al respecto que la “[c]omplementariedad significa que los derechos humanos y el derecho humanitario no se contradicen, sino que, por basarse en los mismos principios y valores, pueden influirse y reforzarse mutuamente [acudiendo al artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que establece que, para interpretar una norma, se deberá considerar ‘*toda norma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*’]”¹⁷⁰. Sobre la base de este planteamiento, la Corte IDH (como podrá verse en el Capítulo III) ha incorporado el DIH en sus decisiones, interpretando el derecho por ella aplicable (particularmente, la CADH) a la luz del DIH (aunque bien, podría hacerlo de manera contraria, interpretando el DIH a la luz de las disposiciones de la CADH).

El principio de *lex specialis*, aplicable al DIH en casos ocurridos en un conflicto armado, ha sido ampliamente discutido por diversos autores¹⁷¹ y, no necesariamente han encontrado puntos de acuerdo. Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional, por

¹⁶⁸ CIJ. *Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado de 9 de julio de 2004*, p. 136, párr. 206.

¹⁶⁹ CIJ. *Caso relacionado con actividades armadas en el territorio del Congo*. República Democrática del Congo Vs. Uganda. Sentencia de 19 de diciembre de 2005, párr. 216.

¹⁷⁰ DROEGE, Cordula. Op. Cit., pp. 22.

¹⁷¹ LINDROOS, Anja. *Addressing the norm conflicts in a fragmented system: the doctrine of lex specialis*. En *Nordic Journal of International Law*. Volumen 74, 2005, p. 28; PRUD'HOMME, Nancie. *Lex specialis: oversimplifying a more complex and multifaceted relationship?* *Israel Law Review*. Volumen 40. Tel Aviv, 2007, pp. 6, 14 y 356; GAGGIOLI, Gloria y Robert Kolb. *A right to life in armed conflicts? The contribution of the European Court of Human Rights*. *Israel Yearbook on Human Rights*. Volumen 37. Tel Aviv, 2007, pp. 115-169; DOSWALD-BECK, Louise. *El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*. Op. Cit.; PROVOST, Rene. *International Human Rights and Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 350.

intermedio de un grupo de estudio, avanzó en las discusiones sobre este particular, al elaborar un informe sobre la fragmentación del derecho internacional. En este documento se explicó que su utilidad está planteada como herramienta para interpretar de manera más específica (no necesariamente derogando la ley general) o como una excepción del derecho general (en cuyo caso, se aplicaría autónomamente)¹⁷².

En suma, como regla de interpretación, el principio de *lex specialis* se incorpora en la comprensión de la complementariedad, facilitando la armonización de normas distintas. Aunque, cuando haya un verdadero conflicto entre normas, una de ellas deberá prevalecer (y debería ser aquella que resulte más adecuada y específica para el caso concreto). Sobre la primera reflexión ha estado sustentada la jurisprudencia de la Corte IDH, procurando armonizar el DIH con las disposiciones que le otorgan competencia contenciosa; dado que por ahora, no ha aplicado el principio de *lex specialis* en situaciones que el DIH y el DIDH puedan resultar contrarios y, dando prevalencia al DIH (es difícil que pueda verse esta circunstancia en las decisiones de la Corte IDH, al observar sus antecedentes y su práctica constante).

En la sentencia del Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, la Corte IDH planteó el concepto de “*equivalencia entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes)*”¹⁷³, dando un paso adelante respecto del pronunciamiento previo en el Caso *Las Palmeras Vs. Colombia*, donde apenas expresó la posibilidad de que “*disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomados en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana*”¹⁷⁴.

¹⁷² ONU. Comisión de Derecho Internacional. *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from Diversification and Expansion of International Law*. Doc. ONU A/CN.4/L.676, 29 de julio de 2005, párr. 42.

¹⁷³ CORTE IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Op. Cit., párr. 209.

¹⁷⁴ CORTE IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Op. Cit. párrs. 32-34.

En la sentencia de excepciones preliminares del Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, la Corte IDH enunció la “*complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Internacional Humanitario*”¹⁷⁵, explicando que, en virtud de ella, “*se produce una convergencia de normas internacionales que amparan a las personas que se encuentran en [...] situación [de conflicto armado]*”¹⁷⁶ y, que “*la especificidad de las normas de protección de los seres humanos sujetos a una situación de conflicto armado consagradas en el Derecho Internacional Humanitario, no impide la convergencia y aplicación de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagradas en la Convención Americana y en otros tratados internacionales*”¹⁷⁷, concluyendo que “*el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene plena vigencia durante un conflicto armado interno o internacional*”¹⁷⁸.

Autores como Ramelli, han planteado que la Corte IDH ha debido ir más allá en el análisis de la complementariedad del DIH y el DIDH, al extremo de plantear que la incorporación del DIH en las decisiones de la Corte IDH resulta forzosa e ineludible cuando se trata de casos ocurridos en situaciones de conflicto armado, tanto por la aplicación simultánea de normas humanitarias y normas de derechos humanos (núcleo duro de protección) como por la cláusula de la CADH que así lo ordena (refiriéndose al artículo 29.b de la CADH)¹⁷⁹.

Salmón, en una opinión similar explica que, este tipo de reflexiones y consecuencias se justificarían en el entendido de “[*]la creciente convergencia del DIH y el DIDH [que] responde en parte al proceso de humanización que caracteriza al Derecho Internacional contemporáneo*”¹⁸⁰

Pese a las múltiples referencias a discusiones y debates sobre la aplicabilidad del DIH, de manera convergente o complementaria con el DIDH, de estas referencias surge un

¹⁷⁵ CORTE IDH. *Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Sentencia de Excepciones Preliminares de 23 de noviembre de 2004, párr. 112.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ *Ibidem*., párr. 113.

¹⁷⁹ RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *El Derecho Internacional Humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Op. Cit., pp. ,45.

¹⁸⁰ SALMÓN, Elizabeth. Op. Cit., pp. 75.

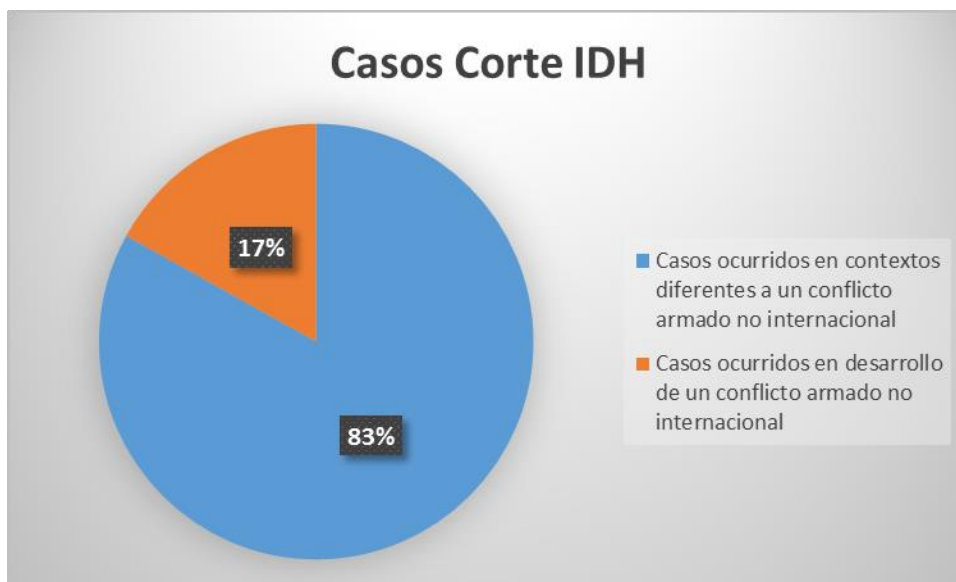
planteamiento en común: es inevitable la incorporación del DIH por parte de un tribunal de derechos humanos en casos ocurridos en contexto o en desarrollo de un conflicto armado, tanto por coherencia conceptual como por adecuación práctica.

La Corte IDH ha dado importantes muestras de esta realidad ineludible, ante lo cual sólo surge la cuestión de si, hasta ahora, ha sido suficiente. Esta es la reflexión del Capítulo III de la presente investigación.

3.El DIH en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

3.1 Casos ocurridos en un contexto o en desarrollo de un conflicto armado no internacional

La Corte IDH ha conocido de ciento ochenta y nueve (189) casos, contando desde el primer caso decidido: Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras en su Sentencia de Excepciones Preliminares proferida el 26 de junio de 1987, hasta el último y más reciente: Caso Espinosa González Vs. Perú en su Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas proferida el 20 de noviembre de 2014.



Fuente: Elaboración propia. 2015. 1

Del total de casos (189), la Corte IDH ha referido en treinta y tres (33) de ellos que se trata de hechos ocurridos en un contexto o en desarrollo de un conflicto armado no internacional. Es decir, el diecisiete por ciento (17%) de casos conocidos por la Corte IDH.

De los treinta y tres (33) casos: doce (12) fueron decididos contra Guatemala, diez (10) contra Perú, ocho (8) contra Colombia y tres (3) contra El Salvador.



Fuente: Elaboración propia. 2015. 2

Teniendo en cuenta que la presente investigación se refiere al análisis y valoración de la utilización del DIH por parte de la Corte IDH en sus decisiones y, que el ejercicio interpretativo de acudir a tal normativa humanitaria está enfocado en aquellos casos ocurridos en un contexto de conflicto armado (dada la especial aplicación del DIH en tales contextos), es oportuno reiterar el criterio metodológico del presente trabajo de investigación descrito en el Capítulo I, según el cual sólo se seleccionaron aquellos casos en los cuales la Corte IDH, al elaborar y proferir la sentencia del caso, expresamente señaló que se trataban de hechos ocurridos en el marco de un conflicto armado no internacional.

Esta selección, además de corresponder con los propios criterios esbozados en la Corte IDH y reflejados en sus sentencias, supone la exclusión de ciento cincuenta y seis (156)

casos del análisis particular; de los cuales, la mayoría corresponderá con hechos inscritos en escenarios o contextos de violencia (tal como se describió en el Capítulo I); con hechos relacionados con denegación de justicia o alegada impunidad en la investigación de violaciones a derechos humanos; circunstancias fácticas ligadas al abuso de poder o autoridad de funcionarios públicos o funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; contextos de afectación de derechos por la normatividad en materia de pena de muerte (casos contra Trinidad y Tobago); casos ocurridos en situaciones de conflicto armado no internacional pero que no fueron analizados como tal por la Corte IDH (materia del siguiente apartado), entre otros.

3.1.1 Casos ocurridos en situaciones de conflicto armado no internacional excluidos del análisis

Dentro de ese grupo de casos excluidos del análisis (156), fueron incluidos casos que, pese a tratarse de supuestos fácticos circunscritos al marco de un conflicto armado no internacional *-al ser casos similares a otros contra el mismo Estado, pero éstos sí incluidos en la categoría de contexto de conflicto armado no internacional-*, la Corte IDH no los abordó, ni analizó ni circunscribió a ese marco fáctico de análisis e interpretación.

Incluso, como podrá verse en el análisis que sigue inmediatamente después, hay varios casos que en sentencias posteriores la Corte IDH referencia o cita como si hubiesen ocurrido en un contexto de conflicto armado no internacional, pero cuando tuvo la oportunidad de analizarlos, no fueron concebidos en tal contexto.

▪ Exclusión del Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia

Entre los casos excluidos de este análisis, resulta interesante revisar el *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*, en el cual la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado de Colombia por la violación de los derechos de diecinueve (19) personas, que fueron objeto de desaparición y posterior muerte, por acción de grupos de autodefensa que actuaron con la connivencia de las Fuerzas Armadas del Estado¹⁸¹.

¹⁸¹ RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *El Derecho Internacional Humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Op. Cit., pp. 57.

La Corte IDH analizó este caso, partiendo de la descripción de un marco jurídico que habilitó a grupos de autodefensa para organizarse y actuar con el apoyo de las autoridades estatales. Dice la Corte IDH, como supuestos fácticos probados, que “*en el marco de la lucha contra los grupos guerrilleros, el Estado impulsó la creación de tales ‘grupos de autodefensa’*”¹⁸². Es decir, el marco que fundamentó la creación de estos grupos de autodefensa y, que impulsó su accionar en alguna época de la historia en Colombia, estuvo siempre estrechamente vinculado con el conflicto armado no internacional que vive el país.

Pese a ello, la Corte IDH no toma en cuenta esta calificación y, señala que el caso se desarrolla en un “*contexto social y jurídico*” caracterizado por la lucha contrainsurgente (es decir, la lucha contra los grupos guerrilleros existentes en el país y, comprendidos como las partes en el conflicto armado no internacional vigente en Colombia, sin que la Corte IDH lo refiera así), a partir de una comunión entre grupos de autodefensa como auxiliares de Fuerza Pública en operaciones antisubversivas y de defensa de los grupos guerrilleros¹⁸³.

Sin perjuicio de la valoración que pueda darse sobre la naturaleza de la lucha contrainsurgente o antisubversiva y, la calificación de ésta como ligada o no a un contexto de conflicto armado no internacional, lo cierto es que la Corte IDH con supuestos fácticos de contexto prácticamente iguales abordó varios casos contra Colombia, comprendiendo que se desarrollaban en un contexto de conflicto armado no internacional (v.gr. Caso de las Masacres de Mapiripán Vs Colombia o Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia).

De hecho, en el Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, la Corte IDH introdujo los hechos probados en el procedimiento del caso, con varios párrafos exactamente iguales a como introduce un apartado similar en el Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. La diferencia es que en aquel, el sub-capítulo se denomina “*El conflicto armado interno*”

¹⁸² CORTE IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Sentencia de 5 de julio de 2004., párr. 84.a).

¹⁸³ *Ibidem.*, párr. 84.

en Colombia y los grupos armados ilegales denominados ‘paramilitares’¹⁸⁴ y, en éste, el sub-capítulo se denomina “Antecedentes y contexto social y jurídico del país”¹⁸⁵.

▪ Exclusión del Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia

En similares circunstancias, se produce la exclusión del análisis del *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*, como un caso ocurrido en un contexto o en desarrollo de un conflicto armado no internacional. En este caso, la Corte IDH toma en consideración los mismos antecedentes del Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia y del Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, con referencia al marco jurídico que habilitó los grupos de autodefensa en Colombia, la connivencia probada entre la Fuerza Pública de Colombia y tales grupos de autodefensa y, la motivación contrainsurgente de estas acciones.

De hecho, en la Sentencia del Caso de la Masacre de La Rochela, la Corte IDH repasa cada uno de los elementos presentes en los hechos (constitutivos y base para la declaración de responsabilidad del Estado), recordando que ya se había pronunciado al respecto en otros casos contra Colombia (todos los casos en cita ocurrieron en desarrollo o en un contexto de conflicto armado no internacional, es decir el mismo contexto de Colombia en que ocurrió la Masacre de La Rochela)¹⁸⁶. Sin embargo, no hay ningún análisis de la Corte IDH que se refiera al contexto del caso, como un conflicto armado no internacional.

¹⁸⁴ CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 96 y siguientes.

¹⁸⁵ CORTE IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 84 y siguientes.

¹⁸⁶ CORTE IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 78. Dijo la Corte que, “este Tribunal recuerda que ya se ha pronunciado sobre la responsabilidad internacional de Colombia por haber emitido un marco legal a través del cual se propició la creación de grupos de autodefensa que derivaron en paramilitares⁴² [cita: *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*] y por la falta de adopción de todas las medidas necesarias para terminar de forma efectiva con la situación de riesgo creada por el propio Estado a través de dichas normas⁴³ [cita: *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia* y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*]. Además, ha declarado la responsabilidad de Colombia por el incumplimiento de su deber de garantía por no haber adoptado medidas efectivas de prevención y protección de la población civil que se encontraba en una situación de riesgo razonablemente previsible por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad del Estado respecto de grupos paramilitares⁴⁴ [cita: *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*]. Asimismo, en varias oportunidades la Corte ha determinado la responsabilidad de Colombia en casos de violaciones cometidas por grupos paramilitares con el apoyo, aquiescencia, participación y colaboración de miembros de la Fuerza Pública⁴⁵ [cita: *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia* y, *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*].”

Pese a lo anterior y, de manera al menos extraña, la Corte IDH en sentencias posteriores refiere al Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia como un caso ocurrido en un contexto de conflicto armado no internacional (ver referencia Capítulo I)¹⁸⁷.

▪ Exclusión casos peruanos

En el análisis de los casos decididos por la Corte IDH en contra de Perú, se mencionó que en diez (10) de ellos, de un total de treinta y uno (31), en la sentencia que resolvió el litigio se determinó expresamente que se trataba de hechos ocurridos en desarrollo o en un contexto de conflicto armado no internacional.

Sin embargo, al menos tres (3) casos fueron referidos por la Corte IDH (en otras decisiones) bajo el mismo criterio de haberse presentado en el marco de un conflicto armado no internacional, pese a que en las sentencias que decidieron cada uno de estos tres (3) no hay ninguna mención ni análisis al respecto. La situación es la siguiente:

En el Caso J Vs. Perú, la Corte IDH hace un análisis del contexto, de la situación denunciada y, del material probatorio a su disposición. Sobre el particular, toma en consideración *-como lo ha hecho, en numerosos casos contra Perú-* el informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) de Perú a fin de establecer el contexto político e histórico de los casos que la Corte IDH determinó ocurrieron en el marco del conflicto armado no internacional que vivió Perú a finales del siglo XX.

¹⁸⁷ CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 22. Sostuvo la Corte IDH en su momento que: *“la Corte recuerda que varias sentencias pronunciadas en el marco de su competencia contenciosa se refieren a hechos ocurridos durante conflictos armados no internacionales”* y, al respecto cita los siguientes casos: *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Sentencia de 29 de abril de 2004; *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 24 de noviembre de 2009; *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares*. Op. Cit.; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006; *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Op. Cit.; **Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Op. Cit.**; *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Op. Cit.; *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 4 de septiembre de 2012; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Op. Cit., y *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Op. Cit.

La Corte IDH sostuvo en la referida Sentencia:

“[E]ste Tribunal ha acudido reiteradamente a las conclusiones de la CVR, con posterioridad a la publicación de su informe final, para establecer el contexto relativo al conflicto armado en el Perú en diversos casos”¹⁸⁸.

En la cita elaborada por la Corte IDH, menciona una serie de casos que se ajustan al planteamiento esgrimido, es decir, casos en los cuales, la Corte IDH ha debido acudir al Informe de la CVR con el propósito de establecer el contexto relativo al conflicto armado no internacional. Cita la Corte, entre otros, el Caso Gómez Palomino Vs. Perú como uno de tales casos ocurrido en el contexto aludido.

Sin embargo, al hacer la valoración y análisis de la Sentencia que decidió el Caso Gómez Palomino Vs. Perú, no hay ninguna mención, ni referencia, ni análisis de los hechos de tal caso que planteen su desarrollo en el contexto de un conflicto armado no internacional.

En similares circunstancias se plantea un hallazgo relacionado con el Caso Castillo Páez Vs. Perú. La Corte IDH en la Sentencia *sub examine* del Caso J Vs. Perú, señaló lo siguiente:

*“**En casos anteriores** esta Corte ha reconocido que el referido conflicto armado se agudizó en medio de una práctica sistemática de violaciones a los derechos humanos, entre ellas ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas sospechosas de pertenecer a grupos armados al margen de la ley, como el Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso (en adelante “Sendero Luminoso”) y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). Estas prácticas*

¹⁸⁸ CORTE IDH. Caso J Vs. Perú. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 27 de noviembre de 2013, párr. 54. La Corte IDH referenció al respecto: Caso De La Cruz Flores Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 18 de noviembre de 2004; **Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 22 de noviembre de 2005**; Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 6 de abril de 2006; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Op. Cit.; Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de noviembre de 2006; Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 10 de julio de 2007, y Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 22 de septiembre de 2009.

*fueron realizadas por agentes estatales siguiendo órdenes de jefes militares y policiales*¹⁸⁹. (Subraya y negrita fuera de texto).

Entre los casos enunciados dentro de ese parámetro por parte de la Corte IDH, de haberlos conocido y haber identificado una serie de comportamientos ocurridos en el marco del conflicto armado, se menciona el Caso Castillo Páez Vs. Perú; sin embargo en la Sentencia que decidió tal caso no hay ninguna referencia, mención o análisis de que el mismo se haya presentado en un contexto de conflicto armado no internacional.

Finalmente, un tercer caso que la Corte IDH refiere en una Sentencia reciente haber ocurrido en un contexto de conflicto armado no internacional varios años más tarde de proferir la sentencia propiamente del caso concreto, es el Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.

En la Sentencia del Caso Espinosa Gonzáles, la Corte IDH afirma que:

*“En casos anteriores la Corte ha reconocido que, desde comienzos de la década de los ochenta hasta finales del año 2000, **se vivió en el Perú un conflicto entre grupos armados y agentes de las fuerzas policiales y militares. El referido conflicto** se agudizó en medio de una práctica sistemática de violaciones de los derechos humanos, entre ellas ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas sospechosas de pertenecer a grupos armados al margen de la ley. Estas prácticas fueron realizadas por agentes estatales siguiendo órdenes de jefes militares y policiales”*¹⁹⁰.

El Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, además de ser referido como un caso ocurrido en el marco del conflicto armado no internacional afrontado por Perú, se trata de un contexto muy

¹⁸⁹ CORTE IDH. *Caso J Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 59. La Corte IDH referenció los siguientes casos: *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Sentencia de Fondo de 3 de noviembre de 1997, párr. 42; *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 80.1, y *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 197.1.

¹⁹⁰ CORTE IDH. *Caso Espinosa Gonzáles Vs. Perú*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2014, párr. 51. La Corte IDH relacionó los siguientes casos en las citas en cuestión: *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 197.1, *Caso J. Vs. Perú*. Op. Cit., párrs. 57 y 59, y ***Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 46.***

similar a un sinnúmero de casos ocurridos en dicho país¹⁹¹, conocidos por la Corte IDH, durante el conflicto armado no internacional y relacionados con él.

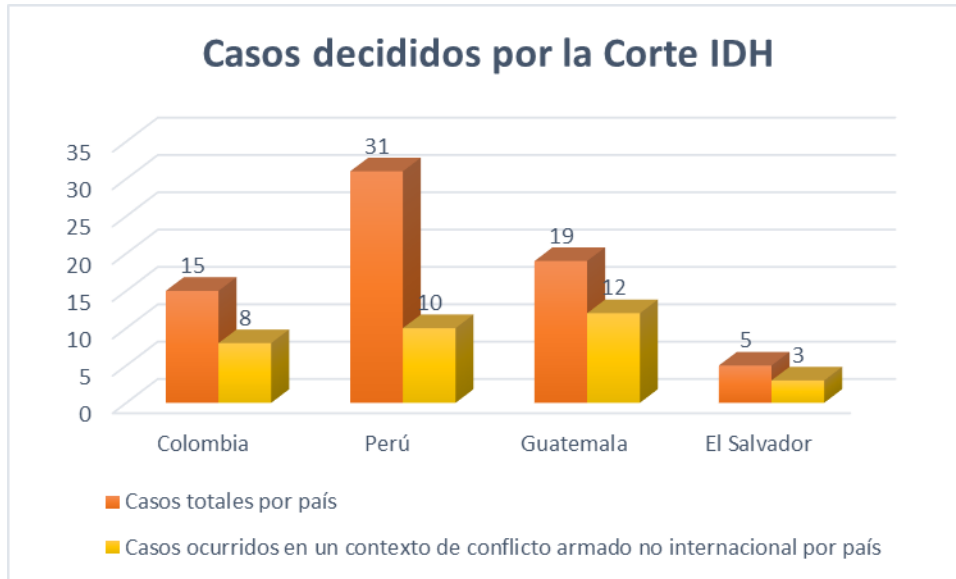
Pese a ello, en ningún apartado de la Sentencia se menciona que como parte del contexto, de manera expresa, Perú haya vivido un conflicto armado no internacional y, la situación vivida por María Elena Loayza Tamayo haya estado ligada a ese marco (pese a sí estarlo).

Esta valoración diferenciada que realiza la Corte IDH, plantea varios cuestionamientos sobre (i) la relevancia de que la Corte IDH realice una calificación más técnica y jurídica sobre el contexto específico, a partir del cual, decide un caso (especialmente, cualificar la diferenciación de cuándo se trata de una situación de violencia, en general, y cuándo se trata de un conflicto armado no internacional), particularmente por las implicaciones jurídicas que plantea tal calificación; (ii) la rigurosidad sobre la que se fundan las decisiones de la Corte IDH respecto a la identificación del contexto; (iii) la idoneidad en el proceso de identificación y utilización del marco jurídico de referencia para resolver un caso concreto, entre algunas otras cuestiones.

Estos serios cuestionamientos abren un espacio de reflexión que debería ser sugerido a la propia Corte IDH.

En punto del presente trabajo de investigación jurídica, lo cierto es que, excluidas las anteriores decisiones por parte de la Corte IDH *-referidas a casos que, quizás sí se presentaron en desarrollo o en un contexto de conflicto armado no internacional-*, el análisis a plantearse en el siguiente apartado se concentrará en la utilización del DIH en las treinta y tres (33) decisiones proferidas por la Corte IDH en igual número de casos, en las cuales la misma Corte IDH determinó que eran hechos que se circunscribían a un contexto de conflicto armado no internacional.

¹⁹¹ Al respecto puede verse. CORTE IDH. *Caso De La Cruz Flórez Vs. Perú*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004; *Caso J. Vs. Perú*. Op. Cit.; *Caso Espinosa González Vs. Perú*. Op. Cit., entre otras.



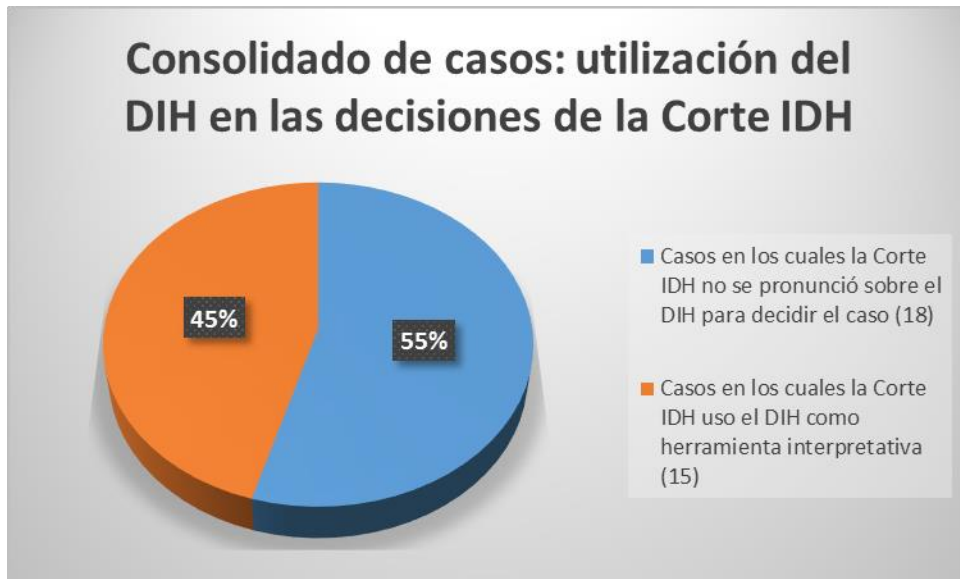
Fuente: Elaboración propia. 2015. 3

3.2 Utilización del DIH en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Tomando como referencia los treinta y tres (33) casos conocidos por la Corte IDH, en los cuales afirmó que los hechos sometidos a su estudio se daban en desarrollo o en un contexto de un conflicto armado no internacional, el siguiente ejercicio de valoración permite determinar en cuántos de éstos la Corte IDH utilizó disposiciones del DIH para dar una mayor alcance de las disposiciones de la CADH o, lo que es mejor, utilizó el DIH como criterio interpretativo para comprender las cuestiones fácticas planteadas en cada caso.

Para proceder con este ejercicio de identificación de los casos, donde el DIH tiene un papel en la decisión final tomada por la Corte -*sea determinante o no, sea decisivo o no*-, es importante enunciar que nuevamente el criterio utilizado es el análisis efectuado expresamente por la propia Corte IDH en cada uno de los casos; es decir, se han considerado los casos en los cuales la Corte IDH expresamente relaciona, analiza, interpreta o, al menos, enuncia una disposición del DIH para el desarrollo de un argumento específico.

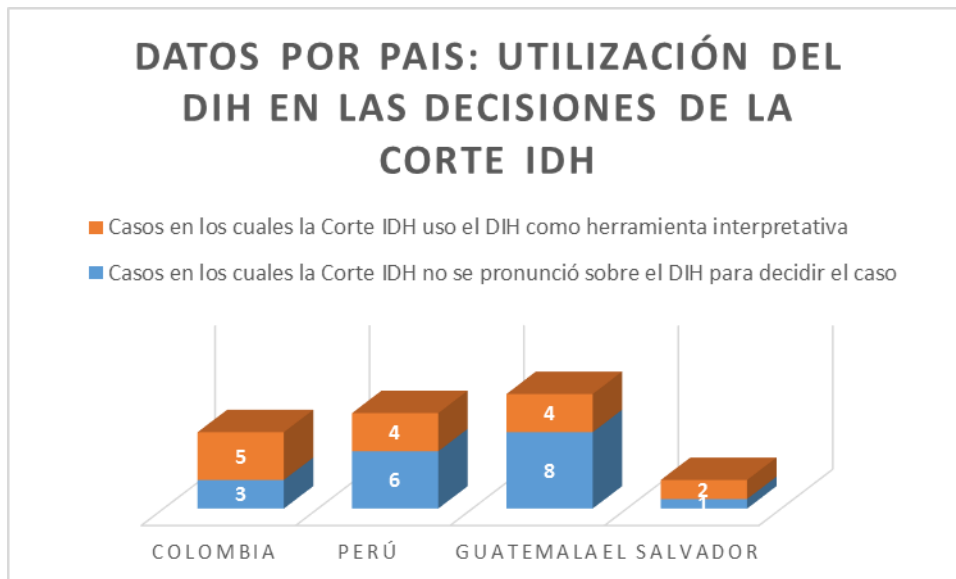
El balance general de esta valoración es el siguiente:



Fuente: Elaboración propia. 2015. 4

Es decir, en un poco menos de la mitad de los casos sometidos a conocimiento de la Corte IDH, en los cuales la propia Corte IDH identificó que se trataba de hechos circunscritos a un marco de conflicto armado no internacional, se acudió a las disposiciones del DIH para dar una mejor comprensión de los hechos en cada caso. Las razones que motivaron a la Corte IDH para excluir al DIH del análisis particular, no son muy claras.

La descripción cuantitativa y gráfica de este hallazgo por país, se presenta en el siguiente gráfico:



Fuente: Elaboración propia. 2015. 5

3.2.1 Casos que ocurrieron en un contexto o en desarrollo de un conflicto armado no internacional, pero no fueron analizados a la luz del DIH

En dieciocho (18) casos que la Corte IDH había identificado que el contexto en que se desarrollaron correspondía con un conflicto armado no internacional, se extraña las referencias, análisis y valoraciones del DIH.

La Corte IDH no presenta explicaciones o justificaciones del por qué el DIH no fue tomado en consideración para adoptar la decisión en el respectivo caso. En algunos de los casos, sorprende que bajo supuestos de hecho similares (considerando incluso el mismo estado demandado), la utilización del DIH no sea consistente. Son varias las referencias de casos contra Guatemala, Perú, Colombia y El Salvador (mismos estados contra los cuales se produjeron sentencias, incorporando el DIH). La relación y valoración de tales casos se presenta a continuación:

Casos decididos por la Corte IDH, en los cuales no acudió al DIH como criterio interpretativo, pese a haberlos referido como ocurridos en el marco de un conflicto armado no internacional

No.	CASO	ESTADO DEMANDADO
1	Las Palmeras	Colombia
2	Maritza Urrutia	Guatemala
3	Molina Theissen	Guatemala
4	Hermanos Gómez Paquiyauri	Perú
5	Masacre Plan de Sánchez	Guatemala
6	Carpio Nicolle y Otros	Guatemala
7	Hermanas Serrano Cruz	El Salvador
8	Masacre de Pueblo Bello	Colombia
9	Baldeón García	Perú
10	Penal Miguel Castro Castro	Perú
11	La Cantuta	Perú
12	Escué Zapata	Colombia
13	Cantoral Huamaní y García Santa Cruz	Perú
14	Tiu Tojín	Guatemala
15	Anzualdo Castro	Perú
16	Chitay Nech y Otros	Guatemala
17	Masacres de Río Negro	Guatemala
18	García y Familiares	Guatemala

Fuente: Elaboración propia. 2015. 6

▪ **Dos casos significativos: Casos Las Palmeras Vs. Colombia y Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador**

En dos casos particulares, se describe muy bien esta tendencia irregular de la Corte IDH de decidir interpretar el DIH, aunque tampoco es posible encontrar una explicación de esta conducta. Se trata de los casos Las Palmeras Vs. Colombia y Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador; en los cuales, si bien la Corte IDH se pronunció sobre el DIH, lo hizo únicamente para determinar su propia competencia pero no para analizar el fondo del asunto, como se pasa a explicar a continuación:

El primero de ellos, es el caso varias veces citado ya en este documento: *Caso Las Palmeras Vs. Colombia* que trata sobre una operación armada emprendida por el Ejército Nacional de Colombia y la Policía Nacional en la localidad de Las Palmeras del Departamento de Putumayo; una parte del caso se refiere a las heridas sufridas por un niño de seis (6) años a manos de una unidad del Ejército que le disparó desde un helicóptero y, la otra, a la ejecución extrajudicial de por lo menos, seis (6) personas tras una incursión de la Policía en la escuela de la localidad. Tras los hechos, el Ejército y la Policía realizaron numerosos esfuerzos para justificar su conducta, vistiéndolos con uniformes militares los cadáveres y presentándolos como subversivos, quemando la ropa de las personas fallecidas y amedrentando testigos¹⁹².

En la Sentencia de Excepciones Preliminares de dicho caso, tal como fue explicado en el Capítulo I, la Corte IDH aborda por vez primera la cuestión de si es competente o no para interpretar (y, además aplicar) las normas del DIH, en ejercicio de su competencia contenciosa.

Las reflexiones planteadas por la Corte IDH, en el sentido de esgrimir que su competencia le permite únicamente interpretar la CADH a la luz del DIH (también en un ejercicio interpretativo), son la génesis de la apertura de las normas del DIH (aún sea solo para interpretar) para resolver una cuestión introducida en el SIDH y, sometida a conocimiento de la Corte IDH.

Dicha Sentencia de Excepciones Preliminares ha sido recurrentemente citada en pronunciamientos posteriores de la Corte IDH. Lo que resulta paradójico y que refleja la mentada tendencia irregular de la Corte IDH, es que en el mismo *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*, la Sentencia de Fondo carece de referencias al DIH; como es obvio, debido al debate preliminar, la Corte IDH no se pronunció sobre su aplicación ni declaró su violación, pero resulta particular que tampoco invocó el DIH como criterio interpretativo, más aun considerando la pertinencia de las normas del DIH en la comprensión del caso en su conjunto.

¹⁹² CORTE IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Sentencia de Fondo de 6 de diciembre de 2001, párr. 2.

Es decir, luego de que la Corte IDH estableció, tras un intenso debate planteado por la CIDH y, respondido por el Estado, que sí era competente para interpretar el DIH, la Sentencia sobre el fondo del asunto del Caso Las Palmeras no se valió de esta determinación planteada por la misma Corte IDH sobre su propia competencia.

Y el segundo caso, es el *Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador* referente a la desaparición forzada de las niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz por parte de militares integrantes del Batallón Atlacatl del Ejército de El Salvador, en el marco de una operación militar conocida como “Operación Limpieza” en el municipio de San Antonio de la Cruz en el que, participaron aproximadamente catorce mil (14.000) militares¹⁹³.

En la Sentencia de Excepciones Preliminares del referido caso, la Corte IDH realiza importantes consideraciones sobre la naturaleza de la competencia para interpretar el DIH, sobre la incorporación del DIH en las reflexiones interamericanas, sobre la compatibilidad del DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, su complementariedad, sobre la naturaleza específica de las normas del DIH, entre otras.

Así mismo, la Corte IDH llama la atención del Estado de Guatemala advirtiendo que “*el Estado no puede cuestionar la plena vigencia de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, con fundamento en la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional*”¹⁹⁴ y, se vale de este llamado para reiterar que “*la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional no exonera al Estado de observar sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana a todas las personas bajo su jurisdicción, así como tampoco suspende su vigencia*”¹⁹⁵.

A renglón seguido, la Corte IDH continúa con un análisis pormenorizado de la convergencia aludida del DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ese marco, la Corte IDH recuerda casos previos decididos contra Guatemala en los que

¹⁹³ CORTE IDH. *Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Op. Cit. Párr. 2.

¹⁹⁴ CORTE IDH. *Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Sentencia de Excepciones Preliminares. Op. Cit., párr. 118.

¹⁹⁵ CORTE IDH. *Ibidem.*, ppárr. 118; *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Op. Cit., párrs. 143, 174 y 207.

declaró responsable al Estado por violación de la CADH por actuaciones ocurridas en el marco de un conflicto armado no internacional¹⁹⁶.

La Corte IDH hace eco de consideraciones más amplias sobre la naturaleza del DIH, de sus normas particulares aplicables a un conflicto armado no internacional, como es el caso del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y, destaca la Corte IDH que la complementariedad del DIH con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite establecer *“la obligación que tiene un Estado en situación de conflicto armado de carácter no internacional, de brindar un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable a las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón”*¹⁹⁷.

Las reflexiones relacionadas con el Protocolo II 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), también son puestas de presente, recordando que en el preámbulo de este instrumento se establece la complementariedad o convergencia entre las normas del DIH con las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al señalar que *“[...] los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”*¹⁹⁸.

¹⁹⁶ CORTE IDH. *Caso Hermanas Serrano Cruz. Sentencia de Excepciones Preliminares*. Op. Cit., párr. 113. Lo curioso es que la Corte IDH, en esta cita, amplía sus conclusiones a los casos: *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Sentencia de Reparaciones de 3 de julio de 2004, párrs. 15 y 41; *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Sentencia de 4 de mayo de 2004, párr. 40 y puntos resolutivos tercero y cuarto; *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de Reparaciones de 22 de febrero de 2002, párr. 85. Se hace hincapié en esta cita, dado que en el *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*, ni en la Sentencia de Reparaciones ni en la Sentencia de Fondo, el DIH jugó papel alguno en la decisión del caso (ni siquiera fue nominado).

¹⁹⁷ CORTE IDH. *Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Sentencia de Excepciones Preliminares. Op. Cit., párr. 115.

¹⁹⁸ CORTE IDH. *Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Sentencia de Excepciones Preliminares. Op. Cit., párr. 116.

A su turno, la Corte IDH en esta Sentencia de Excepciones Preliminares del Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, reitera y reafirma la siguiente consideración sobre su competencia:

“En su jurisprudencia 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 constante¹⁹⁹ ha resuelto que “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”. En dicha jurisprudencia, la Corte ha indicado que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. 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”²⁰⁰.

Valga señalar que la Corte IDH, por una parte, se declaró incompetente en razón del tiempo para conocer de los hechos que rodearon la desaparición forzada de las Hermanas Serrano Cruz; sin embargo, afirmó su competencia respecto del análisis sobre la obligación de investigar tales hechos.

¹⁹⁹CORTE IDH. *Caso Tibi Vs Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 144; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 148; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 165 y 166; *Caso Bámaca Velásquez*. Op. Cit., párrs. 126, 157 y 209; *Caso Cantoral Benavides Vs Perú*. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párrs. 98, 100 y 101; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrs. 192, 193 y 194; *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 133.

²⁰⁰ CORTE IDH. *Caso Hermanas Serrano Cruz*. Sentencia Excepciones Preliminares. Op. Cit., párr. 119.

Por la otra, después de este extenso y juicioso análisis, la Corte IDH rechazó la excepción preliminar que había propuesto Guatemala sobre la supuesta “*incompetencia ratione materiae*” de la propia Corte IDH para considerar el DIH en la resolución del caso en tanto reafirmó -*como se ha descrito previamente*- su competencia para interpretar el DIH en un caso bajo su conocimiento y argumentó, a su vez, que los hechos a los que se refería la excepción preliminar propuesta (la desaparición de las hermanas Serrano Cruz) no iban a ser estimados por la Corte IDH²⁰¹ -*aunque mantuvo la competencia para conocer de las investigaciones suscitadas como consecuencia de la desaparición y, por tanto, la posibilidad de interpretar el DIH en este aspecto*-; en tal sentido, prosiguió con el análisis de fondo del caso en cuestión.

Lo inexplicable es que en la Sentencia de Fondo del Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, la Corte IDH no aludió al DIH en ningún aspecto para considerar y analizar los hechos del caso ocurrido en un contexto de conflicto armado no internacional (al menos en lo que pudiera referirse a la obligación de investigar y sancionar las aparentes infracciones al DIH, que también pudieran constituir violaciones de la CADH).

Las consideraciones de la Corte IDH sobre la complementariedad del DIH con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el análisis de las normas particulares del DIH y la valoración de las obligaciones de un Estado en relación con este marco normativo, presentes en la Sentencia de Excepciones Preliminares, permitían anticipar que la Corte IDH retomaría el DIH para las consideraciones en la Sentencia de Fondo. Sin embargo, esto no ocurrió²⁰².

▪ **Casos Vs. Guatemala**

Dentro del grupo de casos que no consideraron la utilización del DIH como criterio interpretativo, por propia decisión de la Corte IDH, podemos ubicar ocho (8) casos decididos contra el Estado de Guatemala.

²⁰¹ CORTE IDH. *Caso Hermanas Serrano Cruz*. Sentencia Excepciones Preliminares. Op. Cit., párrs. 78, 79 y 180.

²⁰² CORTE IDH. *Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Op. Cit., párr. 116.

El primero de ellos, el Caso Mariza Urrutia Vs. Guatemala, en el cual la Corte IDH destacó la existencia de un conflicto armado interno en Guatemala como parte del contexto del caso, así como el inicio de un proceso de negociaciones de paz entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca²⁰³; a su vez, la Corte IDH estableció que Maritza Urrutia había sido objeto de una detención arbitraria y de actos de tortura mientras permaneció retenida en un centro clandestino de detención durante ocho días, así mismo se determinó que fue obligada a emitir a la opinión pública un comunicado previamente preparado por sus captores. Maritza Urrutia era miembro del Ejército Guerrillero de los Pobres -unidad militar adscrita a la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca- y, como parte del análisis del caso, la Corte IDH verificó que, en el momento de los hechos, *“era práctica del Ejército capturar guerrilleros y mantenerlos en reclusión clandestina a efectos de obtener, mediante torturas físicas y psicológicas, información útil para el propio Ejército”*²⁰⁴.

Sobre la base de esta información presentada a la Corte IDH y, luego de determinar el contexto propicio para interpretar el DIH y, servirse de él, como criterio de interpretación para una mejor comprensión del caso, la Corte IDH simplemente omitió cualquier referencia a esta normativa humanitaria.

En segundo lugar y replicándose lo ocurrido en el caso precedente, está el Caso Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala, en el que la Corte IDH partió del hecho de que Guatemala -para el momento de los hechos- estaba atravesando por un conflicto armado no internacional entre 1962 y 1996 que significó grandes costos humanos, materiales, institucionales y morales²⁰⁵. Como en otros varios casos, la Corte IDH también estableció que *“durante el conflicto armado interno el Estado aplicó la denominada ‘Doctrina de Seguridad Nacional’ como respuesta a la acción o doctrina del movimiento insurgente. En el marco de esa doctrina se fue acrecentando la intervención del poder militar para enfrentar a la subversión, concepto que incluía a toda persona u*

²⁰³ CORTE IDH. *Caso Mariza Urrutia Vs. Guatemala*. Sentencia de 27 de noviembre de 2004, párr. 58.1.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ CORTE IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Op. Cit., párr. 42.1.

organización que representara cualquier forma de oposición del Estado, con lo cual dicha noción se equiparaba a la de ‘enemigo interno’²⁰⁶.

La masacre ocurrida en Plan de Sánchez, Guatemala, fue una de las seiscientos veintiséis (626) masacres cometidas por fuerzas del Estado durante el conflicto armado (especialmente, el Ejército de Guatemala, apoyado por estructuras paramilitares). Para este análisis, la Corte IDH no utilizó el DIH, ni realizó referencia alguna a la protección de la población civil incluida en los Convenios de Ginebra de 1949 o en el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra.

Posteriormente, la Corte IDH conoció de cuatro (4) casos contra el Estado guatemalteco con elementos similares: Molina Theissen, Chitay Nech y Otros, Masacres de Río Negro y García y Familiares, circunscritos al conflicto armado no internacional y, con un patrón común: la “Doctrina de Seguridad Nacional” concebida y aplicada por las autoridades de Guatemala, *“para calificar a una persona como ‘subversiva’ o ‘enemiga interna’, que podía ser cualquiera que, real o presuntamente, respaldara la lucha para cambiar el orden establecido. Las víctimas se encontraban dentro de todos los sectores de la sociedad guatemalteca: dirigentes de las organizaciones opositoras y populares, trabajadores, campesinos, maestros, líderes estudiantiles y religiosos o sus auxiliares seculares [...] esta práctica era implementada por el ejército, las patrullas de autodefensa civil [...], los comisionados militares, la guardia de hacienda, la policía militar ambulante, la policía nacional, la policía judicial y los ‘escuadrones de la muerte’²⁰⁷.*

En el caso Molina Theissen, la Corte IDH abordó la grave problemática de la desaparición forzada de personas en el marco del conflicto armado internacional, tomando en consideración la desaparición de Marco Antonio Molina Theissen por efectivos del ejército guatemalteco, presuntamente como represalia por la fuga de su hermana Emma Guadalupe Molina Theissen del Cuartel Militar “Manuel Lisandro Barillas”, y como castigo para una familia considerada por ellos como “enemiga”.

²⁰⁶ *Ibidem*, párr. 42.2.

²⁰⁷ CORTE IDH. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Op. Cit., párrs. 40.2 y 40.3.

El Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala, fue puesto en conocimiento de la Corte IDH bajo el mismo marco de comprensión: el conflicto armado no internacional, la aplicación de la “Doctrina de Seguridad Nacional” y, un patrón de ocurrencia de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de un sinnúmero de perfiles de personas, consideradas enemigas del Gobierno de Guatemala. El señor Florencio Chitay fue un líder político de su comunidad afiliado al movimiento campesino²⁰⁸ y, fue desaparecido en hechos violentos a manos de un grupo de hombres armados²⁰⁹.

Respecto del Caso de las Masacres de Río Negro, se reafirma el patrón de hechos y el contexto, con un elemento adicional planteado por la Corte IDH: la violencia originada en el conflicto armado no internacional en Guatemala contra el pueblo indígena maya, considerado “enemigo interno” por parte del Ejército de Guatemala en aplicación de la “Doctrina de Seguridad Nacional”²¹⁰. Según la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala, “*el pueblo maya fue el grupo étnico más afectado por las violaciones de derechos humanos cometidas durante el enfrentamiento armado*”²¹¹. Al mismo tiempo, la Corte IDH destacó la afectación particular que sufrieron las mujeres como víctimas de violencia sexual²¹² y los niños y niñas, quienes “*estuvieron expuestos a una multiplicidad de violaciones a sus derechos humanos, siendo víctimas directas de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias, torturas, secuestros, violaciones sexuales y otros hechos violatorios a sus derechos fundamentales*”²¹³. En este marco, se presentó la ejecución extrajudicial de siete (7) líderes representantes de la comunidad por parte de dos (2) miembros del Ejército de Guatemala y un agente de la Policía Militar Ambulante²¹⁴.

²⁰⁸ CORTE IDH. *Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala*. Op. Cit., párr. 71.

²⁰⁹ *Ibidem*, párr. 75.

²¹⁰ CORTE IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Op. Cit., párr. 58.

²¹¹ SUAZO, Fernando y Alfredo Burgos. Informe “*Guatemala, Memoria del Silencio*”. Ciudad de Guatemala: Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala y Fundación Myrna Mack, 1999, capítulo segundo, tomo II, párr. 1745. De conformidad con el Informe “*Guatemala, Memoria del Silencio*”, en términos étnicos, “el 83.3% de las víctimas de violaciones de derechos humanos y hechos de violencia registrados por [aquella] pertenecían a alguna etnia maya [...]”.

²¹² CORTE IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Op. Cit., párr. 59.

²¹³ *Ibidem*, párr. 60.

²¹⁴ *Ibidem*, párr. 68.

Finalmente, en este mismo marco del conflicto armado no internacional y la aplicación de la “Doctrina de Seguridad Nacional”, se presentó la desaparición forzada de Edgar Fernando García por parte de las autoridades de Guatemala. El señor García participaba activamente del movimiento sindical y, en tal sentido, era considerado ‘enemigo interno’ por las autoridades.

En ninguno de estos cuatro (4) casos, pese al contexto en que se desarrollaron -*conflicto armado no internacional*-, a la tipología de las conductas desplegadas -*persecución a la población civil en medio de una lucha contrainsurgente (técnicamente contra el grupo guerrillero parte en el conflicto contra el Estado)*- y, a las violaciones mismas denunciadas -*afectaciones graves a la población civil protegida*-, la Corte IDH hizo referencia al DIH, ni a sus disposiciones y principios sobre protección de la población civil.

En séptimo lugar, está el Caso Carpio Nicolle, en el cual la Corte IDH decidió sobre la ejecución extrajudicial²¹⁵ de Jorge Carpio Nicolle -*opositor político del oficialismo*- por parte de 15 hombres armados que cubrían sus rostros con pasamontañas, en un lugar ubicado cerca de la Base Militar No. 20²¹⁶.

Y, en octavo lugar, se presenta el Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala, ocurrido en similares circunstancias a casos previos contra personas pertenecientes al pueblo maya. En este caso, la Corte IDH conoció de la desaparición forzada de dos personas, indígenas del pueblo maya, a manos del Ejército Nacional, en el marco de “*una práctica existente*

²¹⁵ CORTE IDH. *Caso Carpio Nicolle Vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004, párr. 76.1: en la descripción de los hechos del caso, la Corte IDH resalta que la ejecución de Carpio Nicolle se presentó en un contexto en el que se estimaba que “*entre 1962 y 1996 se dio un conflicto armado interno, en el que se ha estimado que hubo más de doscientas mil víctimas de ejecuciones arbitrarias y desapariciones forzadas, producto de la violencia política. Las fuerzas del Estado y grupos paramilitares, como las Patrullas de Autodefensa Civil o los Comités Voluntarios de Defensa, cometieron la gran mayoría de estas violaciones a los derechos humanos*”.

²¹⁶ *Ibidem*, párr. 76.21.

*durante el conflicto armado*²¹⁷ de detener personas civiles en cuarteles militares, acusarlas de ser miembros de la guerrilla y, desaparecerlas.

En ambos casos, se replica el criterio de la Corte IDH de sustraerse de interpretar las disposiciones del DIH sin explicación alguna, que le hubieran permitido una mejor comprensión de unos hechos ocurridos en el marco de un conflicto armado no internacional.

▪ Casos Vs. Perú

La Corte IDH decidió seis (6) casos contra el Estado de Perú, circunscritos al contexto de conflicto armado no internacional que vivió dicho país a finales del siglo XX, en los cuales no tomó en consideración ninguna disposición del DIH ni merecieron ningún análisis o reflexión en el marco de dicha normativa aplicable a situaciones de conflictos armados.

La Corte IDH declaró, en cinco (5) de los seis (6) casos (casos Gómez Paquiyauri, Anzualdo Castro, Cantoral Huamaní y García Santa Cruz, Baldeón García y La Cantuta), que Perú vivió un conflicto entre grupos armados y agendes de las fuerzas policial y militar (aproximadamente entre 1984 y 1993, en medio de una práctica sistemática de violaciones a los derechos humanos, entre ellas ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y actos de tortura, particularmente contra personas sospechosas de pertenecer a grupos armados²¹⁸ (v.gr. estudiantes y profesores universitarios, líderes indígenas, líderes políticos, líderes sociales, dirigentes sindicales, etc.)²¹⁹ como mecanismo de lucha antisubversiva²²⁰ ejecutada por agentes del Estado siguiendo órdenes de jefes militares y policiales²²¹.

²¹⁷ CORTE IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 26 de noviembre de 2008, párr. 41.

²¹⁸ CORTE IDH. *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 67.a.

²¹⁹ CORTE IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 47; *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 55.

²²⁰ CORTE IDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 72.2.

²²¹ CORTE IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 80.1.

En el Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, la Corte IDH conoció de los hechos de tortura²²² y la ejecución extrajudicial de la que fueron víctimas Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri (dos hermanos trabajadores en el Puerto de El Callao) a manos de funcionarios de la Policía de Perú; las víctimas, a su vez, fueron presentados ante los medios de comunicación como terroristas (denominación que empleó el Gobierno a los miembros de los grupos guerrilleros insurgentes) y como si su muerte hubiera sido resultado de un enfrentamiento armado²²³.

Mientras que en el Caso *Baldeón García Vs. Perú* la violencia ejercida contra el señor Bernabé Baldeón García, fue en su condición de sospechoso de pertenecer a un grupo armado parte en el conflicto como habitante de una de las zonas más afectadas por el conflicto armado no internacional (Provincia de Ayacucho) y como parte de la población más vulnerada (campesinos e indígenas), traducida en su detención y posterior ejecución extrajudicial por parte de efectivos del Ejército de Perú²²⁴.

En el Caso *La Cantuta* y en el Caso *Anzualdo Castro*, los principales afectados fueron parte de la comunidad académica universitaria de Perú; en el Caso *La Cantuta Vs. Perú* se trató el secuestro y, posterior ejecución o desaparición, de un profesor universitario y varios estudiantes por parte de miembros del Ejército de Perú²²⁵ y, el Caso *Anzualdo Castro* estuvo relacionado con la desaparición forzada del estudiante universitario Kenneth Ney Anzualdo Castro con la responsabilidad del Servicio de Inteligencia del Ejército de Perú²²⁶.

El quinto caso, es el Caso *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs Perú*, referido al secuestro y posterior ejecución extrajudicial de Saúl Cantoral Huamaní -*dirigente sindical minero*- y Consuelo García Santa Cruz por parte de hombres armados²²⁷.

²²² CORTE IDH. *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri*. Op. Cit., párrs. 67.f y 67.g.

²²³ *Ibidem*, párr. 67.k.

²²⁴ CORTE IDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 88.

²²⁵ CORTE IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 2.

²²⁶ CORTE IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 2.

²²⁷ CORTE IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santacruz Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 67.

En ninguno de los cinco (5) casos, la Corte IDH se sirvió del DIH como criterio interpretativo de la CADH y, de los hechos alegados (circunscritos a un conflicto armado no internacional).

Finalmente, el sexto es el Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, que trata sobre la ejecución del “Operativo Mudanza 1”, planificado y ejecutado por las autoridades civiles, policiales, militares y penitenciarias de Perú, dentro del Penal Miguel Castro Castro, en virtud de la cual se produjeron cuarenta y dos (42) muertes, ciento setenta y cinco (175) heridos y, trescientos veintidós (322) víctimas de tratos crueles, inhumanos y degradantes; todos ellos, internos del Penal y, en su mayoría miembros de grupos guerrilleros que habían sido detenidos (acusados o condenados por los delitos de terrorismo y traición a la patria), siendo parte del conflicto armado no internacional contra el Gobierno peruano²²⁸.

En este caso, tampoco, apareció el DIH como fuente de interpretación de las normas que regulan el tratamiento de personas detenidas como resultado de un conflicto armado no internacional, ni ninguna otra disposición relevante del DIH aplicable al caso concreto.

▪ **Casos Vs. Colombia**

En los dos (2) casos conocidos contra Colombia, en los cuales se omitieron referencias al DIH y estuvo ausente un análisis de éste como herramienta de interpretación de la propia CADH y de los hechos alegados y denunciados ante la Corte IDH, se presentan contextos y circunstancias históricas, políticas y geo-políticas distintas, pero con dos elementos comunes: la existencia de un conflicto armado no internacional y, la práctica de los hechos en el marco de la lucha contrainsurgente emprendida por el Estado. Se trata de los casos de la Masacre de Pueblo Vs. Colombia y Escué Zapata Vs. Colombia.

En el Caso de la Masacre de Pueblo Vs. Colombia, llama mucho la atención que, los hechos denunciados, el contexto de la zona del país donde ocurrieron los hechos y el

²²⁸ CORTE IDH. *Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 2 y 197.

patrón de comportamiento de los grupos de autodefensa (paramilitares) que operaban en la zona se asimila al menos, con otros dos (2) casos sobre Colombia: *el caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia* y *el Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*; en las tres (3) sentencias, la Corte IDH partió de un elemento de contexto muy relevante, el cual es “*El Conflicto armado interno en Colombia y los grupos armados ilegales denominados “paramilitares”*”.

La diferencia es que en la Sentencia de la Masacre de Pueblo Vs. Colombia, referida a “*la desaparición forzada de 37 [personas,] así como la ejecución extrajudicial de seis campesinos de la población de Pueblo Bello en enero de 1990 [inscrito] como un [...] acto de justicia privada a manos de los grupos paramilitares*”²²⁹, no hay referencias al DIH en ninguno de sus análisis, *contrario sensu* a lo que ocurre en las sentencias de los otros dos casos: Masacre de Mapiripán y Masacres de Ituango, en las cuales *-sin ser demasiado exhaustivos-* se incluyeron referencias y análisis del DIH para adoptar una mejor decisión respecto de los hechos alegados y denunciados.

Entretanto, en el Caso Escué Zapata Vs. Colombia, la Corte IDH planteó que los hechos en los que fue víctima de ejecución extrajudicial el líder indígena Germán Escué Zapata, a manos de miembros del Ejército Nacional de Colombia, se desarrollaron en un contexto generalizado de conflicto armado no internacional, con altos niveles de violencia presentados en el Departamento del Cauca *-región donde se presentaron los hechos-*.

Los miembros del Ejército hacían parte de unidad contraguerrilla y, luego de dar muerte al señor Escué Zapata fueron instruidos por sus superiores para informar que “*durante el traslado se había producido un “hostigamiento” con un grupo guerrillero y que Germán Escué había muerto en medio del fuego cruzado*”²³⁰. En este caso, tampoco fue observado el DIH para el análisis del comportamiento del Ejército de Colombia, ni se procuró la importación *-como criterio interpretativo-* de normas de protección a la población civil en el marco de un conflicto armado no internacional.

²²⁹ CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 2.

²³⁰ CORTE IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 4 de julio de 2007, párr. 39.

3.2.2 Casos que ocurrieron en un contexto o en desarrollo de un conflicto armado no internacional y fueron analizados a la luz del DIH

La utilización del DIH como criterio interpretativo por parte de la Corte IDH encuentra su mejor exposición en aquellos casos ocurridos en un conflicto armado no internacional y, en cuyas sentencias la Corte IDH se vale del DIH para orientar sus consideraciones, análisis, reflexiones y decisiones.

En total, son quince (15) casos decididos por la Corte IDH, pertenecientes al grupo de casos ocurridos en un conflicto armado no internacional, reconocido así mismo por la Corte IDH en la respectiva sentencia y, en los cuales se trataron varios aspectos o asuntos respaldados por disposiciones específicas del DIH: sea de los Convenios de Ginebra de 1949, de los Protocolos Adicionales de 1977 o de la compilación de normas del DIH Consuetudinario realizada por el CICR. La relación de los aludidos casos, es la siguiente:

***Casos decididos por la Corte IDH,
en los cuales acudió al DIH como criterio interpretativo***

No.	CASO	ESTADO DEMANDADO
1	Bámaca Velásquez	Guatemala
2	Myrna Mack Chang	Guatemala
3	De la Cruz Flórez	Perú
4	Masacre de Mapiripán	Colombia
5	Masacres de Ituango	Colombia
6	Masacre de las Dos Erres	Guatemala
7	Contreras y Otros	El Salvador
8	Masacres de El Mozote y Lugares	El Salvador
9	Gudiel Álvarez y Otros	Guatemala
10	Masacre de Santo Domingo	Colombia
11	Operación Génesis	Colombia
12	Osorio Rivera y Familiares	Perú
13	J	Perú
14	Rodríguez Vera y Otros	Colombia
15	Espinosa Gonzáles	Perú

Fuente: Elaboración propia. 2015. 7

Luego de revisados al detalle cada uno de estos quince (15) casos fue posible establecer diez (10) grupos de temáticas en las que el DIH cumplió un interesante papel de aclaración, desarrollo, complementación o, incluso como parámetro de aplicación.

La primera temática, la más compleja pero a la vez, la de más amplio desarrollo en las Sentencias fue la de los principios del DIH y su utilización para establecer la responsabilidad de un Estado por su incumplimiento, materializada en dos (2) casos recientes. La última, referida a las reparaciones ordenadas por la Corte IDH, que fueron sustentadas en normas del DIH o con contenidos del DIH. El resto, entre la segunda y la novena temática, se trata de consecuencias humanitarias derivadas de una situación de conflicto armado y, sobre las cuales, la Corte IDH afianzó su comprensión a la luz de las normas humanitarias: problemáticas de detención, tortura, desaparición, desplazamiento forzado, irrespeto de la misión médica, violación de los derechos de niños y niñas, impunidad por crímenes de guerra, entre otras.

▪ **La configuración de responsabilidad de un Estado en virtud del incumplimiento de los principios del DIH**

La Corte IDH desde sus primeras decisiones ha declarado la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de la CADH *-por los derechos allí previstos reconocidos a una persona sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte en tal instrumento y, por el incumplimiento de las obligaciones generales expresadas en los artículos 1.1 y 2-*.

A su vez, cualquier decisión adoptada por la Corte IDH en la que se haya servido del DIH para sacar conclusiones, ha planteado un ejercicio de complementariedad de las disposiciones mismas de la CADH con las disposiciones del DIH, normalmente reiterando el carácter primordial de las normas convencionales y, el carácter secundario y complementario de las normas humanitarias aplicables a una situación de conflicto armado. Es decir, en la mayoría de los casos conocidos por la Corte IDH *-en los que ha previsto la utilización del DIH como criterio interpretativo-*, este marco jurídico ha estado subordinado a las disposiciones de la CADH. Ello podrá verse en las referencias de los casos que se analizan a continuación.

Sin embargo, un caso reciente, el Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia ha supuesto un giro muy relevante y trascendental *-aunque quizás imperceptible-* en la comprensión de un marco fáctico de un caso allegado a la Corte IDH y de la utilización de la Corte IDH del marco jurídico aplicable: el DIH.

En este Caso de la Masacre de Santo Domingo, la Corte IDH elaboró las conclusiones sobre un operativo de la Fuerza Aérea Colombiana *-bombardeo-*, sobre la base de las disposiciones de la CADH, pero también incorporando disposiciones del DIH y planteando una complementariedad más horizontal y menos subordinada del DIH. Es decir, el DIH es prácticamente utilizado como un parámetro de decisión y, no únicamente como criterio interpretativo.

De hecho, la valoración concreta de la responsabilidad del Estado por la muerte de diecisiete (17) personas y las heridas a veinticinco (25), tras un bombardeo realizado por la Fuerza Aérea Colombiana en el caserío de Santo Domingo, en el Departamento de Arauca, estuvo fundada, preliminarmente, en la descripción del contenido del artículo 4 de la CADH y, de manera sustantiva y de fondo, estuvo sustentada en el análisis abordado por la Corte IDH sobre el cumplimiento de los principios del DIH de distinción, proporcionalidad y precaución.

Posterior a este análisis sobre los principios y sin más, la Corte IDH se vio en posibilidad de decidir el caso concreto, declarando la responsabilidad internacional del Estado por violación del derecho a la vida (bajo las consideraciones previas, en las que incluso se pronunció sobre el incumplimiento de los referidos principios del DIH).

Considerando que el bombardeo ejecutado por la Fuerza Aérea afectó gravemente a la población civil y, teniendo en cuenta que tal bombardeo estaba planeado y dirigido contra la guerrilla *-como parte del conflicto armado no internacional en Colombia-*, la Corte IDH hizo propia la conclusión de un juzgado interno que estableció “*que el Estado incumplió con el principio de distinción en la conducción del referido operativo aéreo*”²³¹.

²³¹ CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 213.

En lo que respecta al principio de proporcionalidad, la Corte IDH decidió no pronunciarse como elemento de análisis de la conducta estatal; pero extrajo una conclusión relevante que denota su interés de abordar este caso a la luz del DIH. Dijo la Corte IDH que no correspondía analizar los hechos del caso a la luz del principio de proporcionalidad, en la medida en que este principio implica la determinación de si los daños a personas civiles pueden ser excesivos (desproporcionados) en relación con la ventaja militar concreta y directa esperada; y, considerando que el bombardeo no impactó ningún objetivo militar, entonces sostuvo que no procedía pronunciarse sobre la proporcionalidad del ataque²³².

La conclusión es interesante en tanto plantea la apertura de nuevas consideraciones sobre el concepto y aplicación del marco de los derechos humanos en un contexto de conflicto armado no internacional.

¿Qué hubiera ocurrido si el bombardeo hubiera impactado en un objetivo militar y, hubiera causado el mismo número de muertes y heridos en los hechos de Santo Domingo? Según el dicho de la Corte IDH, en esas circunstancias si hubiera procedido el análisis del principio de proporcionalidad con dos posibles respuestas.

La primera: que el bombardeo debía ser considerado violatorio del principio de proporcionalidad porque, pese a haber atacado un objetivo militar y haberse obtenido una determinada ventaja, ésta resultaba desproporcionada frente al daño producido en perjuicio de personas civiles. Y, la segunda, que el bombardeo resultaba proporcionado dado que la ventaja militar concreta y prevista obtenida justificaba los daños incidentales producidos en perjuicio de la población civil.

En el supuesto de esta segunda respuesta, ¿la Corte IDH habría continuado con la utilización del DIH como criterio interpretativo, en coherencia con la *lex specialis* aplicable al caso concreto y, reduciendo quizás, el marco de protección del derecho a la vida en los términos descritos por la CADH?

²³² *Ibidem.*, párr. 215.

El desafío de incorporar el DIH en las decisiones de la Corte IDH no es menor y, pareciera que la Corte IDH progresivamente está en mayor disposición de asumir el desafío y los riesgos que ello implica, en procura de proporcionar un marco de comprensión más coherente y pertinente al contexto en que se desarrolla un caso.

Finalmente, la Corte IDH consideró la aplicación e interpretación del principio de precaución en relación con los hechos del caso. Para ese fin, la Corte IDH se adentró en el conocimiento y descripción técnica del arma utilizada en el bombardeo, de los hechos particulares que rodearon el operativo militar, de los niveles de coordinación entre los superiores, técnicos y pilotos de las aeronaves, del nivel de preparación del personal encargado del operativo, de los pormenores de los lugares de ubicación del sitio impactado por el bombardeo, de la ubicación de personal militar y del casco urbano. Al final, la Corte IDH consideró que el Estado no había adoptado las medidas de precaución necesarias para la realización del operativo: ni por la calidad, vigencia y precisión del arma utilizada, ni por la coordinación necesaria entre las unidades militares, ni por la identificación adecuada del blanco del ataque. Todas esas consideraciones propias del análisis del principio de precaución, llevaron a la Corte IDH a la conclusión de que las acciones emprendidas habían sido contrarias al referido principio del DIH²³³.

Dadas las consideraciones sobre los principios del DIH y, la mera enunciación de la disposición que consagra el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal en la CADH, permitieron a la Corte IDH llegar a la conclusión (como punto resolutivo) de que Colombia había violado los artículos 4 y 5 de la CADH (de manera implícita, se identifica con claridad una declaratoria también de la violación del DIH, en lo concerniente al principio de distinción y al principio de precaución)²³⁴.

En una sentencia posterior también contra el Estado de Colombia, Caso Operación Génesis Vs. Colombia, la Corte IDH recordó y reconoció expresamente que en el Caso de la Masacre de Santo Domingo había 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*

²³³ *Ibidem.*, párrs. 216-229.

²³⁴ *Ibidem.*, párr. 350.

y precaución en la utilización de la fuerza en el marco de conflicto armados de carácter no internacional”²³⁵ (subraya fuera de texto).

▪ **Prohibición arbitraria de la libertad**

La Corte IDH, en dos (2) casos específicos: Caso Rodríguez Vera y Otros Vs. Colombia y, Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú, planteó la prohibición de la privación arbitraria de la libertad como un derecho inderogable, no susceptible de suspensión y aplicable inclusive en los casos en que la detención se justifica por razones de seguridad pública, acudiendo a las normas del DIH Consuetudinario.

Luego de citar particularmente la Norma 99 del Estudio de DIH Consuetudinario preparado por el CICR²³⁶, la Corte IDH llegó a la conclusión que, de acuerdo con las “obligaciones que [...] impone el derecho internacional, la prohibición de detención o encarcelamiento arbitrario tampoco es susceptible de suspensión durante un conflicto armado interno”²³⁷. Ello, sirvió de base para la declaración posterior de responsabilidad internacional de Colombia y Perú, respectivamente, por la violación del derecho a la libertad y seguridad personales previsto en el artículo 7 de la CADH.

▪ **Protección de niños y niñas en un conflicto armado**

La Corte IDH, en situaciones de conflicto armado no internacional, en las que han resultado afectados particularmente niños y niñas, ha referido a una figura denominada *corpus iuris internacional de protección de niños y niñas* en cuatro (4) casos: Masacre de Mapiripán Vs. Colombia²³⁸, Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala²³⁹, Caso Contreras

²³⁵ CORTE IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 222. En dicha Sentencia, la Corte IDH cita la Sentencia del *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Op. Cit., párrs. 212, 214 y 216.

²³⁶ HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. Op. Cit. Norma 99.

²³⁷ CORTE IDH. *Caso Rodríguez Vera y Otros Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 402; *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 26 de noviembre de 2013, párr. 120.

²³⁸ CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 153.

²³⁹ CORTE IDH. *Caso de La Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Op. Cit., párr. 191.

y Otros Vs. El Salvador²⁴⁰ y, Caso de las Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador²⁴¹.

La configuración de dicho *corpus iuris* se ha planteado mediante la integración del artículo 19 de la CADH, en consonancia de las reglas sobre interpretación previstas en la misma CADH en su artículo 29, de varias disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño y del artículo 4.3 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 que describe medidas de protección, a favor de niños y niñas, en materia de restablecimiento de contacto con sus familiares, cuidados y ayudas, educación, entre otras.

El CICR, sobre el mencionado artículo 4.3 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, particularmente en lo que se refiere a la obligación de restablecimiento de contacto de los niños y niñas con sus familias, ha sostenido 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”*²⁴².

Adicionalmente, en el Caso de las Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador y en el Caso Contreras y Otros Vs. El Salvador, la Corte IDH destacó el marco jurídico aplicable en una situación de conflicto armado no internacional citando el Artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y las disposiciones pertinentes del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, reiterando las disposiciones referidas a la obligación de las partes en conflicto (en los casos aludidos, las obligaciones de una de las partes: el Estado de El Salvador) de proteger a la población civil en tal contexto, haciendo énfasis en la mayor vulnerabilidad y riesgo de verse afectados de los niños y niñas en las situaciones de conflicto armado²⁴³.

²⁴⁰ CORTE IDH. *Caso Contreras y Otros Vs. El Salvador*. Op. Cit., párr. 107.

²⁴¹ CORTE IDH. *Caso de Las Masacres del Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*. Op. Cit., párr. 155.

²⁴² SANDOZ Yves, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (editores). Op. Cit. Apartado B. Reunión de Familias, párr. 4553.

²⁴³ CORTE IDH. *Caso de Las Masacres del Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*. Op. Cit., párr. 155.

En este sentido, el contenido del DIH, en el aludido Caso de las Masacres de El Mozote, sirvió a la Corte IDH para determinar que el comportamiento de los agentes estatales fue contrario a las disposiciones previstas en la CADH (por vía indirecta de incumplimiento del DIH), al actuar de manera deliberada, en la planeación y ejecución, de “*siete masacres sucesivas en contra de población civil: adultos mayores, hombres, mujeres, niños y niñas indefensos, en el marco de un plan sistemático de represión a que fueron sometidos determinados sectores de la población considerados como apoyo, colaboración o pertenencia a la guerrilla, o de alguna manera contrarios u opositores al gobierno*”²⁴⁴.

En suma, la interpretación de la Corte IDH del DIH y de las obligaciones previstas en dicho marco jurídico dirigido a las partes de un conflicto armado, acudiendo al *corpus iuris internacional*, permitió en los cuatro (4) casos aludidos, precisar formalmente las obligaciones que tienen los Estados, de manera reforzada, a favor de niños y niñas en situaciones de conflicto armado no internacional.

▪ **La desaparición de personas en un conflicto armado**

La Corte IDH ha conocido de un sinnúmero de casos en los que se ha constatado la existencia de la desaparición de personas, a raíz de la violencia armada: sea o no un conflicto armado. En dos (2) de esos casos, la Corte IDH se valió del DIH para ampliar el marco de interpretación de las obligaciones que se imponen al Estado respecto de las personas desaparecidas y sus familiares.

En el Caso Gudiel Álvarez y Otros Vs. Guatemala, tras conocer de la desaparición de dos (2) personas, la Corte IDH planteó una reflexión sobre el derecho a la verdad de los familiares de las víctimas. Al respecto la Corte IDH resaltó que el DIH estipula que “*los familiares tienen el derecho a conocer la verdad acerca de la suerte de las víctimas desaparecidas, entre ellas las víctimas de desapariciones forzadas*”²⁴⁵; y, afirmó que esta

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ CORTE IDH. *Caso Gudiel Álvarez Vs. Guatemala*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2012, párr. 299.

postura es aplicable en situaciones de conflicto armado internacional y no internacional²⁴⁶.

Sobre la misma problemática de la desaparición de personas, pero en otro caso, el Caso Rodríguez Vera y Otros Vs. Colombia, la Corte IDH reflexionó sobre otro tipo de obligaciones, sumadas al derecho a la verdad, en cabeza de las partes en un conflicto armado y, específicamente *-en el ámbito de competencia de la Corte IDH-*, en cabeza del Estado concernido.

Entre esas otras obligaciones, la Corte IDH se pronunció sobre el deber de debida diligencia, aún en situaciones de conflicto armado donde impera el caos y la tensión inmediatamente después de un operativo militar *-refiriéndose particularmente a los hechos que rodearon la toma y la retoma del Palacio de Justicia de Colombia en el caso sub examine*²⁴⁷, respecto al correcto y adecuado levantamiento de cadáveres y los esfuerzos que deben adelantarse para su identificación o inhumación con el fin de facilitar su identificación posterior²⁴⁸.

Para abordar tales planteamientos, la Corte IDH recurrió a las principales fuentes del DIH: tanto los Convenios de Ginebra de 1949, los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949, como a las normas compiladas por el CICR del DIH

²⁴⁶ La Corte IDH, citó la Norma 117 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales, resaltando las obligaciones de las partes en un conflicto respecto de las personas desaparecidas y sus familiares: “[l]as partes en conflicto tomarán todas las medidas factibles para averiguar lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto armado y transmitirán a los familiares de éstas toda la información de que dispongan al respecto”: HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. Op. Cit., pág. 477.

²⁴⁷ CORTE IDH. *Caso Rodríguez Vera y Otros Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 496.

²⁴⁸ Al respecto, la Corte IDH advierte que dicha obligación está establecida para casos de conflictos internacionales en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (artículos 17, 20, 120 y 130 respectivamente). Respecto a conflictos no internacionales, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos no internacionales, establece en el artículo 8 que “[s]iempre que las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, se tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar y recoger a los heridos, enfermos y náufragos a fin de protegerlos contra el pillaje y los malos tratos y asegurarles la asistencia necesaria, y para buscar a los muertos, impedir que sean despojados y dar destino decoroso a sus restos”. Dicho protocolo entró en vigor el 7 de diciembre de 1978. Ahora bien, la compilación de normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario auspiciada por el CICR, incluyó las siguientes normas, aplicables a conflictos armados no internacionales: Norma 112, Norma 113, Norma 115, Norma 116: HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. Op. Cit.

Consuetudinario, lo cual le permitió configurar y comprender muy bien las obligaciones previstas por el DIH, circunscritas a un marco de conflicto armado, respecto de las personas desaparecidas y sus familiares. Así y con fundamento en tales fuentes del DIH, la Corte IDH llegó a la conclusión de que el Estado tenía la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para esclarecer y determinar el paradero de las personas desaparecidas *-calculadas en once-* tras la toma y la retoma del Palacio de Justicia de Colombia.

Y, finalmente, la Corte IDH abordó una cuestión muy relevante, desde el punto de vista humanitario: la comprensión amplia del concepto de desaparición; es decir, la Corte IDH mencionó que las obligaciones precitadas no sólo correspondían en aquellos casos donde se configuraba el crimen de desaparición forzada, sino también en las otras formas de desaparición que pueden derivarse de una situación de violencia armada o de un conflicto armado propiamente dicho (sean casos de originados en un desplazamiento forzado, en la muerte de unas personas seguida del ocultamiento de su cadáver, del reclutamiento de niños o niñas en un grupo armado, entre muchas otras formas de desaparición). Dijo la Corte IDH al respecto y, en el marco de los hechos de la toma y la retoma del Palacio de Justicia de Colombia, que: *“esta[s] obligación[es] [de esclarecer y determinar el paradero de las personas desaparecidas son] independiente[s] de que la desaparición de la persona sea consecuencia del ilícito de desaparición forzada propiamente o de otras circunstancias tales como su muerte en el operativo de retoma del Palacio de Justicia, errores en la entrega de los restos u otras razones”*²⁴⁹.

▪ **Prohibición de la tortura en situaciones de conflicto armado**

La Corte IDH se ha pronunciado reiteradamente sobre el artículo 5 de la CADH, relacionado con la protección del derecho a la integridad personal y, la prohibición absoluta de la tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes; sea en el marco de un contexto específico de violencia o de conflicto armado o, sea tratándose de

²⁴⁹ CORTE IDH. *Caso Rodríguez Vera y Otros Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 478. La Corte IDH complementó su reflexión señalando que: conforme al derecho internacional humanitario, aplicable en situaciones de conflicto armado no internacional como el presente, los Estados deben *“tomar [...] todas las medidas factibles para averiguar lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto armado y transmitirán a los familiares de éstas toda la información de que dispongan al respecto”*

prácticas estatales institucionalizadas (castigos corporales regulados por la ley en casos contra Trinidad y Tobago²⁵⁰; el sufrimiento o aflicción causados por la imposición de la pena de muerte, también contra Trinidad y Tobago²⁵¹), prácticas estatales configuradas en centros de detención²⁵², o derivadas de otras graves violaciones de derechos humanos (v.gr sufrimiento de los familiares derivado de hechos de desaparición forzada, tortura previa a una ejecución extrajudicial), entre otras.

En ese conjunto de casos de análisis del derecho a la integridad personal y, la prohibición de la tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, la Corte IDH ha reiterado una postura, según la cual:

“[L]a tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁵³. La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aún en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Esta prohibición pertenece hoy día al dominio del jus cogens internacional. Los tratados de alcance universal y regional consagran tal prohibición y el derecho inderogable a no ser sometido a ninguna forma de tortura”²⁵⁴ (Subraya fuera de texto).

Al referirse al contexto de guerra, asimilable al concepto de “conflicto armado”, la Corte IDH ha hecho énfasis en dos (2) casos ocurridos en un contexto de conflicto armado no internacional: *Espinosa González Vs. Perú*²⁵⁵ y *J Vs. Perú*²⁵⁶, sobre el hecho de que,

²⁵⁰ CORTE IDH. *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia de 11 de marzo de 2005.

²⁵¹ CORTE IDH. *Caso Hilarie, Benjamin y Constantine Vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia de 21 de junio de 2002.

²⁵² Varios casos contra Perú reflejan estas preocupaciones, CORTE IDH. *Caso Neira Alegría Vs. Perú*; *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*; *Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, entre otros.

²⁵³ CORTE IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 95, y *Caso J. Vs. Perú*. Op. Cit. párr. 304.

²⁵⁴ CORTE IDH. *Caso Espinosa González Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 141.

²⁵⁵ *Ibidem*.

además del derecho internacional de los derechos humanos consagra la prohibición de la tortura, el DIH hace lo propio.

Al respecto, la Corte IDH acudió al artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949, a los artículos 49, 52, 87, 89 y 97 del III Convenio de Ginebra de 1949 (relativo al trato debido a los prisioneros de guerra); a los artículos 40, 51, 95, 96, 100 y 119 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; al artículo 72.a)ii) del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y al artículo 4.2.a) 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.

▪ **El desplazamiento forzado en conflictos armados no internacionales**

En tres (3) casos contra Colombia: Masacre de Mapiripán, Masacres de Ituango y Operación Génesis, la Corte IDH recurrió al DIH como criterio interpretativo, especialmente a la disposición prevista en el artículo 17 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que plantea la prohibición a las partes en un conflicto armado no internacional de ordenar un desplazamiento de la población civil por razones relacionados 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, la parte en conflicto que ordena el desplazamiento de la población deberá asegurarse de tomar todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación)²⁵⁷.

Para llegar a esta reflexión, la Corte IDH estudió la violación del artículo 22 de la CADH (derecho de circulación y residencia) y, expresó la necesidad de analizar la problemática

²⁵⁶ CORTE IDH. Caso J Vs. Perú. Op. Cit., párr. 304.

²⁵⁷ CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 172; *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Op. Cit., párrs. 208 y 209. y, *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 222.

de desplazamiento forzado acudiendo al DIH como criterio interpretativo de la aludida disposición de la CADH²⁵⁸.

▪ **Represión penal de infracciones al DIH: la aplicación de las amnistías en un conflicto armado no internacional**

Los hechos ocurridos en el Caso de las Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador, especialmente en los aspectos relacionados con el componente de justicia y persecución penal de los crímenes, permitieron a la Corte IDH pronunciarse sobre algunos aspectos relacionados con las previsiones del DIH en materia de represión penal.

De manera particular, la Corte IDH verificó los hechos alegados, consistentes en la muerte de aproximadamente un millar de personas, a raíz de una serie de masacres sucesivas ocurridas entre el 11 y el 13 de diciembre de 1981 en el norte del Departamento de Morazán, República de El Salvador²⁵⁹. Sin embargo, estos hechos no fueron investigados ni juzgados, debido al sobreseimiento judicial fundado en una “*Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz*”, proferida en 1992 como resultado de un proceso de paz surtido en El Salvador que terminó con el conflicto armado no internacional a partir del Acuerdo de Paz de Chapultepec. La ley previó la concesión de amnistías “*a favor de todas las personas que hayan participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices en la comisión de delitos políticos comunes conexos con éstos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, antes del 1º de enero de 1992, exceptuándose, en todo caso, el delito común de secuestro, contemplado en el Art[ículo] 220 del Código Penal*”²⁶⁰.

Al respecto, la Corte IDH recurrió al DIH para ampliar el marco de comprensión del concepto de amnistías aplicables, tras el cese de hostilidades en un conflicto armado no internacional. Para este propósito, la Corte IDH retomó sus pronunciamientos

²⁵⁸ *Ibíd.*

²⁵⁹ CORTE IDH. *Caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Op. Cit., párr. 2.

²⁶⁰ Ley de Reconciliación Nacional de El Salvador, Decreto Legislativo N° 147, publicado el 23 de enero de 1992.

relacionados con la utilización del DIH como criterio interpretativo. Sostuvo la Corte IDH, de manera similar, como lo había hecho en otros casos, que:

“el Tribunal considera útil y apropiado, tal como lo ha hecho en otras oportunidades, al analizar e interpretar el alcance de las normas de la Convención Americana en el presente caso en que los hechos ocurrieron en el contexto de un conflicto armado no internacional y de conformidad con el artículo 29 de la Convención Americana, recurrir a otros tratados internacionales, tales como los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en particular el artículo 3 común a los cuatro convenios, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 8 de junio de 1977 [...] del cual el Estado es parte, y el derecho internacional humanitario consuetudinario, como instrumentos complementarios y habida consideración de su especificidad en la materia”²⁶¹.

Planteada la utilidad del DIH, la Corte IDH se pronunció directamente sobre la comprensión del concepto de amnistías aplicables a un conflicto armado no internacional, sosteniendo que “[s]egún el Derecho Internacional Humanitario aplicable a estas situaciones, se justifica en ocasiones la emisión de leyes de amnistía al cese de las hostilidades en los conflictos armados de carácter no internacional para posibilitar el retorno a la paz”²⁶².

Y, agregó la Corte IDH, que la norma prevista en el artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 referida a las amnistías, no era absoluta; para fundar esta afirmación, la Corte IDH recurrió a la Norma 159 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario²⁶³ y, afirmó que, a la letra de dicha Norma se afirma que en el DIH existe “una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de

²⁶¹ CORTE IDH. *Caso de las Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*. Op. Cit., párr. 141.

²⁶² *Ibidem*, párr. 285.

²⁶³ HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. Op. Cit. Norma 159.

*guerra*²⁶⁴, por lo que la disposición que faculta a los Gobiernos a la concesión de las amnistías, excluye a aquellas personas sospechosas o condenadas por haber cometido crímenes de guerra.

Sobre la base de estas reflexiones y, en particular, sobre la interpretación misma que hizo la Corte IDH del artículo 6.5 del Protocolo II Adicional, al afirmar que sus disposiciones se refieren a amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o estén privados de su libertad por tal motivo, la Corte IDH concluyó que los hechos objeto de conocimiento del Caso de las Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador, no cabrían en el ámbito de una posible amnistía al encuadrar en la categoría de crímenes de guerra²⁶⁵ (y, al respecto, la Corte IDH se vale de la definición de crímenes de guerra que prevé el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional)²⁶⁶.

▪ **Infracciones al DIH: el “pillaje”**

La Corte IDH, en el Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, analizó una serie de hechos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Representantes de las Víctimas presentaron como presuntos actos de “pillaje”, debido a

²⁶⁴ CORTE IDH. *Caso de las Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*. Op. Cit., párr. 286: en esta referencia, la Corte IDH incluyó la transcripción de la Norma consuetudinaria 159, que dice: “[c]uando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello”; y, a su vez, explicó que el Comité Internacional de la Cruz Roja ha sostenido que “[c]uando se aprobó el párrafo 5 del artículo 6 del Protocolo II adicional, la USSR declaró, en su explicación de voto, que no podía interpretarse la disposición de modo que permitiese a los criminales de guerra, u otras personas culpables de crímenes de lesa humanidad, eludir un castigo severo. El CICR coincide con esa interpretación. Esas amnistías serían también incompatibles con la norma que obliga a los Estados a investigar y enjuiciar a los sospechosos de haber cometido crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales”: HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. Op. Cit., pps. 691 a 692

²⁶⁵ A los efectos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se tipifica como crímenes de guerra los hechos relativos al homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad corporal, los tratos crueles y la tortura y las ejecuciones extrajudiciales en el artículo 8, párrafo 2, apartado c), incisos i), ii) y iv), y en el apartado e), incisos i) y vi) del mismo Estatuto, los hechos relativos a los ataques intencionales contra la población civil y la violación sexual.

²⁶⁶ CORTE IDH. *Caso de las Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*. Op. Cit., párr. 286.

una serie de saqueos que se produjeron en las viviendas de las víctimas afectadas por el bombardeo realizado por la Fuerza Aérea Colombiana que habrían salido del lugar desplazadas por tal hecho y, habrían abandonado sus viviendas.

Pese a que la Corte IDH concluyó que no era posible determinar la responsabilidad del Estado por el saqueo de las viviendas de los pobladores, dado que el Estado propuso como hipótesis que tal acción habría sido realizada por la guerrilla de las FARC, sí tomó en consideración que el artículo 4.2.g. del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra y la Norma 52 del DIH Consuetudinario plantean 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, tipificado expresamente como un acto de pillaje²⁶⁷.

Para adicionar elementos de sustento de esta regulación, la Corte IDH retomó lo que señaló en su momento el TPIY cuando afirmó que:

“este delito se comete cuando existe apropiación intencional e ilícita de bienes públicos o privados, 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”²⁶⁸.

▪ **Protección de la Misión Médica**

El artículo 10 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, aplicable a conflictos armados no internacionales, prevé medidas para la protección general de la Misión Médica. En el mismo sentido está prevista esta protección en el marco de un conflicto armado internacional, según el artículo 16 del Protocolo I Adicional a los Convenios de

²⁶⁷ Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 52. Queda prohibido el pillaje”. HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. Op. Cit., pp. 203 a 206.

²⁶⁸ TPIY. *Caso Simic, Tadic y Zaric*. Sentencia de 17 de octubre de 2003; *Caso Kordic y Cerkez*. Sentencia de 17 de diciembre de 2004; y, *Caso Mucic y Otros "Camp de Celebici"*. Sentencia de 20 de febrero de 2001.

Tales casos referenciados por la CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 272.

Ginebra de 1949. Ambas normas están fundadas en el principio humanitario de asistir a los heridos y enfermos en desarrollo de un conflicto armado y, de facilitar y proteger el trabajo de quienes ejercen esta actividad, originalmente elevado a norma escrita en el Convenio I de Ginebra de 1949.

En el Caso De La Cruz Flórez Vs. Perú, la Corte IDH conoció del caso de la médica María Teresa De La Cruz Flórez, quien fue detenida y condenada por el delito de terrorismo porque presuntamente había prestado sus servicios -*conducción de cirugías y provisión de medicamentos*- al grupo armado insurgente “Sendero Luminoso”, grupo que fue parte del conflicto armado internacional²⁶⁹.

Uno de los peritos presentados ante la Corte IDH, el Profesor Manuel Pérez González, hizo la siguiente contribución:

“La protección del acto médico es una norma del derecho internacional humanitario, de derecho internacional general, porque es una norma consuetudinaria contenida en el artículo dieciséis del Protocolo I para las situaciones de conflicto armado internacional y en el artículo diez del Protocolo II sobre los conflictos armados internos”²⁷⁰.

Sobre la base de la información allegada, la Corte IDH presentó la siguiente reflexión:

“A título informativo, la Corte recuerda 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

²⁶⁹ CORTE IDH. *Caso De La Cruz Flórez Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 73.14.

²⁷⁰ *Ibidem.*, párr. 57.c.

*ocurrencia de los hechos del presente caso, el Perú ya era parte de dichos instrumentos internacionales*²⁷¹.

El anterior planteamiento fue incluido en las consideraciones de la Corte IDH al analizar la alegada violación del principio de legalidad en perjuicio de la médica De La Cruz Flórez, por el juicio iniciado en su contra por el delito de terrorismo. Y, como bien lo señaló la Corte IDH, las referencias al DIH fueron a título informativo para considerar la protección general de la Misión Médica en conflictos armados no internacionales, pues no tuvieron mayores implicaciones o desarrollos posteriores en la Sentencia.

▪ **Contribución del DIH en materia de reparaciones**

Luego de revisadas cada una de las quince (15) decisiones de la Corte IDH, ocurridas en contextos o en desarrollo de un conflicto armado no internacional y, en las cuales, el DIH proveyó de apoyo para una mejor comprensión de los hechos del caso y la aplicación del derecho, en materia de reparaciones la correlación no es tan positiva.

Como consecuencia del análisis del DIH en el fondo del asunto de los casos y, de establecer violaciones de la CADH a la luz de las disposiciones de esta normativa humanitaria, se esperaba que la Corte IDH sustentara también las reparaciones en los mismos quince (15) casos *-en una lógica de coherencia-*. Sin embargo, esto sólo ocurrió en seis (6) casos, en los que luego de declarar la responsabilidad internacional del Estado respectivo por la violación de la CADH, decretó las reparaciones y, en ellas, introdujo elementos propios del DIH.

El primer caso decidido bajo estos parámetros, en punto de las reparaciones, fue el Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, en el cual la Corte IDH ordenó que el Estado de Guatemala debía incluir, *“dentro de los cursos de formación de los miembros de sus fuerzas armadas, de la policía y de sus organismos de seguridad, capacitación en materia de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario”*²⁷². A su vez, en

²⁷¹ *Ibidem.*, párr. 95.

²⁷² CORTE IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 282.

el mismo caso, la Corte IDH dispuso que Guatemala, como medida de reparación, “*que las actividades de las fuerzas militares y de la policía, y de los demás organismos de seguridad, [debían] sujetarse rigurosamente a las normas del orden constitucional democrático y a los tratados internacionales de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario*”²⁷³.

En igual sentido se pronunció la Corte IDH en el Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia y en el Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, considerando “*que la masacre [ambas bajo las mismas consideraciones] fue perpetrada por paramilitares que actuaron con la colaboración, tolerancia y aquiescencia de agentes estatales, en violación de normas imperativas de Derecho Internacional*”²⁷⁴-, la Corte IDH se sirvió del DIH para ordenar medidas de reparación al Estado en materia de formación y capacitación a los miembros de los cuerpos armados del Estado colombiano, así como a sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, en todos los niveles jerárquicos.

Al mismo tiempo, la Corte IDH precisó que era fundamental la enseñanza y difusión del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, entre las partes enfrentadas y entre la población civil -*particularmente en centros educativos, donde la Corte IDH estableció su obligatoriedad*-²⁷⁵.

Estos dos pronunciamientos de la Corte IDH en los casos contra Colombia referenciados, en materia de reparaciones, sirvieron a la Corte IDH para abstenerse de decretar una medida igual o similar en el Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, valorando que ya habían sido puestas en marcha este tipo de estrategias de capacitación y formación por las Fuerzas Militares. Sin embargo, la Corte IDH sí dispuso que, al menos, la Fuerza Aérea Colombiana -*además de los esfuerzos ya realizados por el Estado en estas materias de capacitación y formación*- creara un curso con módulos

²⁷³ *Ibidem.*, párr. 284.

²⁷⁴ CORTE IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 409; *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 316.

²⁷⁵ CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 317.

específicos sobre principios del DIH en materia de uso de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad del Estado²⁷⁶.

Medidas de similar naturaleza fueron ordenadas a Guatemala en el Caso de la Masacre de las Dos Erres, considerando también que en casos anteriores la Corte IDH había dispuesto la creación de programas de capacitación en materia de derechos humanos dirigidos a funcionarios estatales, pero que se hacía necesario dotar a tales programas de un carácter permanente, priorizando el público objeto en Fuerzas Armadas, jueces y fiscales e incorporando los instrumentos internacionales de DIH²⁷⁷ y, a Perú en el Caso Osorio Rivera y Familiares²⁷⁸; en este caso, la Corte IDH consideró que los programas de capacitación y formación en DIH constituían garantías de no repetición, asignándoles un carácter permanente e incorporándolos en las escuelas de formación de las Fuerzas Armadas.

3.3 Balance general

La revisión completa de las decisiones proferidas por la Corte IDH en los ciento ochenta y nueve (189) casos que han sido sometidos a su conocimiento arroja una serie de reflexiones sobre la utilización del DIH en la resolución o comprensión de cada uno de tales casos.

Una aproximación al panorama observado sobre el ejercicio judicial realizado por la Corte IDH incorporando normas del DIH, nos revelaría una lectura con claros y oscuros. Es decir, la Corte IDH, (i) ha sacado un provecho sustantivo, real, cualificado y pertinente de la utilización del DIH en muy pocos casos, (ii) se ha servido del DIH, desde una perspectiva más formal, para reforzar un argumento y contextualizar el marco jurídico aplicable a una situación en la mayoría de casos en que el DIH ha sido incorporado en las decisiones de la Corte IDH y, (iii) la Corte IDH ha omitido una reflexión del DIH, formal

²⁷⁶ CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 320.

²⁷⁷ CORTE IDH. *Caso Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Op. Cit., párr. 251.

²⁷⁸ CORTE IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 274.

y también sustantiva, en varios casos que ocurrieron en un contexto de conflicto armado no internacional y, no hay claridad sobre las razones que motivaron tal omisión.

En el balance propuesto es de particular relevancia resaltar que ha sido la propia Corte IDH *-de manera progresiva, reiterada y cada más enfática-* la que ha planteado la necesidad de incorporar el DIH en la valoración, análisis y resolución de los casos que conoce en ejercicio de su competencia contenciosa. Es decir, no se trata de plantear posturas forzando o promoviendo la incorporación del DIH en el SIDH, especialmente en el ámbito de competencia de la Corte IDH; se trata, más bien, de propugnar por una incorporación consistente, coherente y sistemática del DIH en aquellos casos que, por tratarse de conflictos armados, ameritan ser observados a la luz de las disposiciones pertinentes, en conjunción con la CADH.

Louis Doswald-Beck ha planteado, al respecto, que son varios supuestos en que podría explicarse la utilidad del DIH en un análisis de caso circunscrito al ámbito de los derechos humanos²⁷⁹:

- Casos en los cuales, los dos marcos jurídicos (DIH y DIDH) ofrecen las mismas reglas (complementariedad propiamente dicha).
- Casos en los cuales, reglas del DIH pueden estar implícitamente incluidas en normas de protección de derechos económicos, sociales y culturales (complementariedad específica; v.gr. protección bienes indispensables para la supervivencia de la población civil y, protección del derecho al agua potable, a una vivienda digna, a un ambiente sano).
- Casos en los cuales, se encuentran referencias del DIH de manera expresa en los tratados de derechos humanos.
- Casos en los cuales, habría reglas del DIH que no existen en tratados de derechos humanos (v.gr. reglas precisas sobre detención de personas en virtud de un conflicto armado internacional).

²⁷⁹ DOSWALD-BECK, Louis. *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 122-126.

De los anteriores análisis, en seguida se plantearán reflexiones concluyentes respecto de la utilidad del DIH en las decisiones de la Corte IDH y, cómo éstas podrían entenderse en el ámbito de la complementariedad de ambos marcos jurídicos de protección del ser humano.

3.3.1 Calificación jurídica de un contexto como conflicto armado

La primera aproximación en este ejercicio de valoración tiene que ver con la ausencia de criterios para la calificación jurídica de una situación *-para tratar de resolver la cuestión de cuál es el contexto fáctico para verificar adecuadamente el marco jurídico aplicable, observando sus disposiciones específicas-*, por parte de la Corte IDH.

Tradicionalmente, la Corte IDH ha valorado la información que le es presentada (como prueba) dentro del proceso judicial y, a partir de allí, ha determinado el contexto y los hechos de cada caso. Sin embargo, en ninguna circunstancia, la Corte IDH ha hecho una valoración jurídica concreta de si los hechos de un caso, que han sido abordados como conflicto armado no internacional por las autoridades nacionales (judiciales, no judiciales, políticas o, incluso legislativas del Estado demandado), en efecto corresponden a ese contexto. En principio, esto no parecería ser necesario.

Sin embargo, además de haberse identificado varios casos los cuales se han desarrollado en contextos de conflicto armado no internacional y la Corte IDH ha omitido o excluido este marco fáctico en el análisis de los hechos del caso (ver subcapítulo 3.1.1), también se presentan los casos, cuyos contextos han sido identificados como conflictos armados no internacionales y, pese a ello, la utilización del DIH para una mejor comprensión del asunto, brilla por su ausencia (ver subcapítulo 3.2.1).

Es altamente probable que la cualificación del ejercicio de calificación jurídica de la situación pudiera permitir a la Corte IDH prácticas más asertivas, tanto en la identificación adecuada de los contextos en que se desarrollan los casos (sacando el provecho respectivo para una mejor ilustración del caso *sub júdice* respectivo) como en la identificación y utilización del marco jurídico aplicable a situaciones ocurridas en tales contextos de conflicto armado.

Tal como ha sido descrito en el subcapítulo 1.1.1, el CICR, con fundamento en la doctrina especializada y en decisiones judiciales de tribunales penales internacionales, ha logrado estructurar una serie de criterios e indicadores para la calificación jurídica de un contexto, para establecer si se trata de un conflicto armado o no.

La adaptación básica de este tipo de herramientas en la valoración fáctica-jurídica que la Corte IDH realiza en cada caso, le permitiría asegurarse con mayor certeza jurídica una mejor aplicación del derecho o, en su caso, una mejor utilización de otras fuentes del derecho distintas a la CADH, que ilustran más cercanamente *-por su pertinencia, v.gr.: tratándose de un conflicto armado y la importancia de la utilización del DIH-* aquellos casos ocurridos en desarrollo o en contexto de conflicto armado.

El Juez de la Corte DIH, Antonio Augusto Cançado Trindade, en un Voto Razonado en la Sentencia de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, planteó a modo de reflexión crítica, la importancia del análisis sobre la convergencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el DIH²⁸⁰, quizás, queriendo exaltar la ausencia de esta reflexión por el pleno de la Corte IDH, pues el caso *sub examine* fue excluido del grupo de casos cuyo contexto era un conflicto armado no internacional *-aunque en realidad sí lo fue, como la propia Corte IDH lo constató sin reconocerlo en la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas-*. El Juez Cançado Trindade expresó, al respecto:

“Hace años vengo sosteniendo la aplicación concomitante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario [...]. Importa, en última instancia, asegurar que nadie quede fuera de la protección del Derecho. La cuestión del ámbito preciso de las personas destinatarias de la normativa del Derecho Internacional Humanitario en conflictos armados internos o no-internacionales ha dado margen a debates y controversias. La doctrina inclínase por considerar a todos involucrados en tales conflictos, inclusive los que apoyan las partes en ellos involucrados, como destinatarios de aquella normativa, y vinculados

²⁸⁰ EWUMBUE-MONONO, C. "Respect for International Humanitarian Law by Armed Non-State Actors in Africa". En Revista Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Ginebra: CICR, 2006, pp. 905-923.

*por ella. La aplicabilidad del Derecho Internacional a todos los involucrados en conflictos armados internos tiene el efecto de fortalecer gradualmente la protección de los indefensos, de las víctimas potenciales*²⁸¹.

Esta referencia del Juez Cançado Trindade resulta interesante, pues destaca, por una parte, la aplicación concomitante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el DIH y, por la otra, resalta las bondades o beneficios que se obtienen de la utilización del DIH -*en un escenario complejo, pero parte de las realidades vigentes*-, en un contexto de conflicto armado²⁸².

En ese punto, se reafirma la consideración de que, en efecto, resultaría provechoso que la Corte IDH realizara un ejercicio de calificación jurídica de la situación que se le presenta a su conocimiento, tanto por la clarificación jurídico-fáctica como por la identificación precisa del marco jurídico de aplicación.

3.3.2 Determinación de violaciones a los derechos previstos en la CADH: aporte formal del DIH a las decisiones de casos

Al referirse al aporte formal del DIH a las decisiones de casos conocidos por la Corte IDH, se pretende poner de presente que, en varios casos -*quizás la mayoría de los que ocurrieron en un contexto de conflicto armado no internacional en los que fue utilizado el DIH*- la utilización del DIH ha sido más, un ejercicio formal de respaldo a fuentes normativas primarias (normalmente la CADH), de reforzar un argumento jurídico o, de contextualizar nominalmente cuál es el marco jurídico de aplicación a un caso concreto.

Ello ha sido la constante en temáticas variadas, entre ellas, la prohibición de privación arbitraria de la libertad de las personas, abordada en los casos Rodríguez Vera y Otros

²⁸¹ CORTE IDH. *Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Op. Cit. Voto Razonado Cançado Trindade, párr. 89.

²⁸² SASSOLI, Marco y Antoine Bouvier *et al.* Op. Cit., pp. 215.

Vs. Colombia y Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú; realmente, en tales casos, la Corte IDH se limitó a reiterar sus pronunciamientos recurrentes referidos a la prohibición de la privación arbitraria de la libertad como un derecho inderogable, no susceptible de suspensión en estados de excepción y, se valió del DIH para reafirmar la idea de que la aludida prohibición tampoco es susceptible de suspenderse en situaciones de conflicto armado no internacional (citando disposiciones de la compilación de normas del DIH Consuetudinario).

En el mismo grupo se incluye la reflexión planteada por la Corte IDH sobre la prohibición de la tortura, otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes planteada en el Caso Espinosa González Vs. Perú; en similar sentido de los pronunciamientos sobre la prohibición de la privación arbitraria de la libertad, la Corte IDH alude (y acude) al DIH únicamente para redoblar el argumento de que la prohibición de la tortura no es susceptible de suspenderse bajo ninguna circunstancia.

En el Caso De La Cruz Flórez Vs. Perú, las referencias a las disposiciones sobre protección de la Misión Médica fueron expresamente señaladas por la propia Corte IDH a “*título informativo*” y, en tal sentido, su exposición no condujo a un aporte sustantivo en la definición del caso concreto o en una interpretación más amplia o completa de un derecho reconocido en la CADH.

En lo que concierne a las reparaciones y al aporte realizado por la Corte IDH, es importante plantear dos precisiones: en primer lugar, la definición de las reparaciones que incorporan algún concepto, idea, criterio o elemento proveniente del DIH, resulta ser un proceso prácticamente nominativo; como práctica constante resultado de la identificación y determinación de la responsabilidad del Estado por acción de sus agentes estatales o, de terceros que actúan bajo la aquiescencia, colaboración o tolerancia de agentes estatales, la Corte IDH ha ordenado medidas de reparación en materia de formación y capacitación en derechos humanos y en DIH a funcionarios del Estado. Pese a ello, en ningún caso de aquellos donde se ha ordenado tales medidas de reparación, la Corte IDH se ha preocupado por detallar o especificar el sentido de una capacitación o formación en DIH, en conexión con los hechos de un caso específico o cómo ésta debería operar en coherencia con la utilización excepcional de un marco jurídico exógeno al SIDH, pero de pertinencia y utilidad, dado el contexto de conflicto armado.

Y, en segundo lugar la necesaria coherencia entre aquello que es parte de las consideraciones de las decisiones judiciales (*obiter dicta*) y, aquello que integra las decisiones (*ratio decidendi*). La Corte IDH no ha evidenciado consistencia en las determinaciones abordadas en las consideraciones jurídicas respecto de las órdenes impartidas. Tal como se abordó previamente (subcapítulo 3.2.2), de las quince (15) decisiones de la Corte IDH originadas en hechos ocurridos en contextos o en desarrollo de un conflicto armado no internacional y, en las cuales, el DIH sirvió a un mejor entendimiento del marco fáctico y reforzó el marco jurídico, apenas en seis (6) casos las reparaciones ordenadas fueron inspiradas o desarrollaron aspectos propios del DIH.

Ambas elucubraciones reflejan una relativa fragilidad en el esquema de decisión de la Corte IDH, particularmente, en el aprovechamiento del DIH en sus decisiones (como marco jurídico especial aplicable a contextos específicos -*conflictos armados*- que ofrece elementos y criterios relevantes para propiciar reflexiones jurídicas más fundamentadas), que, en este punto, pareciera más un asunto de aprovechamiento formal -*dada una necesidad de pronunciarse al respecto, pero no un aprovechamiento sustancial, que refleje la utilidad de valerse realmente de las disposiciones que provee el DIH*-.

Siguiendo una misma línea de utilización débil o parcial del DIH en sus decisiones de casos, la Corte IDH ha hecho lo propio en relación con los pronunciamientos sobre la protección de niños y niñas en contextos o en desarrollo de un conflicto armado no internacional.

Sobre el particular, han sido cuatro (4) los casos en que se ha referido al respecto; el balance, nuevamente denota una utilización más formal que sustantiva. Si bien, la Corte IDH ha referido al DIH para conformar un *corpus iuris internacional* de protección de niños y niñas en situaciones de conflicto armado en conjunto con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño [y la Niña] y, la CADH o, se ha referido a las vulnerabilidades y la protección especial de niños y niñas en tales situaciones, aún queda pendiente encontrar en las decisiones de la Corte IDH, por una parte, consideraciones sobre reparaciones -*luego del análisis de fondo relacionado*- que incorporen medidas adecuadas y pertinentes para dar respuesta a la problemática de la participación de niños y niñas en el conflicto armado y, por el otro, decisiones que

desarrollen análisis más reflexivos y profundos de las implicaciones de esta problemática, particularmente, en aquellos aspectos que aborda el DIH y, que servirían como elementos de mejor reflexión a la Corte IDH: entre ellas, la problemática del reclutamiento y utilización de niños y niñas en las hostilidades; las afectaciones particulares de esta población cuando resultan afectados colegios y escuelas o, puestos de salud u hospitales; las secuelas de la violencia originadas en desplazamientos forzados con mayor impacto en niños y niñas, entre otras cavilaciones.

Una buena muestra del reflejo de estas posturas respecto de la jurisprudencia de la Corte IDH y la utilización del DIH al respecto, está integrada en el Caso de las Masacres de Las Dos Erres Vs. Guatemala. En dicho caso, la Corte IDH únicamente incorporó una referencia sobre la protección de los niños y niñas que prevé el DIH. El análisis, en el marco de un caso con innumerables complejidades y elementos fácticos que se adaptarían de manera muy precisa a las disposiciones del DIH, resultó incipiente y escaso.

El Voto Razonado Concurrente del Juez Ad Hoc, Ramón Cadena Rámila, en dicha Sentencia es muy revelador y coincidente con estos planteamientos. Para el citado Juez, después de proponer una reflexión sobre la importancia del DIH en la regulación del comportamiento de las partes en un conflicto armado, precisó que *“está claro que el Estado de Guatemala no observó en la conducción de las hostilidades durante el conflicto armado interno y específicamente en el caso de la Masacre de Las Dos Erres, diferentes principios y costumbres aceptadas universalmente”*²⁸³.

Esta conclusión es presentada por el Juez Cadena Rámila, luego de constatar la inobservancia de los principios básicos del DIH (objeto de explicación en el Capítulo 2) por parte de las autoridades militares y policiales de Guatemala en el marco del conflicto armado no internacional. Inicia el citado Juez, describiendo la regulación prevista para el principio de distinción de acuerdo con las disposiciones pertinentes del DIH, reafirmando *“enfáticamente que las partes en conflicto harán, en todo tiempo, la distinción entre*

²⁸³ CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Op. Cit. Voto Razonado Concurrente Juez Ramón Cadena Rámila.

*población civil y combatientes*²⁸⁴. Al mismo tiempo, describe el principio de proporcionalidad, definiéndolo aquel según el cual “*en todo conflicto armado interno o internacional los ataques deben limitarse estrictamente a los objetivos militares. Los bienes civiles no deben ser objeto ni de ataques, ni de represalias*”²⁸⁵. Prosigue con el que denomina principio de causar males superfluos o innecesarios a partir del cual se prohíbe a cualquier combatiente y a todas las partes en conflicto utilizar armas y métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos innecesarios o excesivos, prohibiéndose los ataques indiscriminados.

Las referencias a los aludidos principios del DIH le permiten al Juez Cadena Rámila, sostener que los principios constituyen verdaderos deberes u obligaciones, de tipo humanitario, que todos los Estados deben cumplir, considerando que son el mínimo de humanidad aplicable. En este punto, el Juez trae a colación una decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY en la sentencia del 20 de febrero de 2001, que en su momento afirmó que “*el mundo entero reconoce que los actos enumerados en el artículo 3 común son criminales y que chocan la conciencia de todo pueblo civilizado*”²⁸⁶.

Y, finalmente el valioso aporte del Voto del Juez Cadena Rámila a las tesis planteadas en esta investigación, vino a concretarse cuando afirmó que “[*h*]ubiese sido deseable, [...], que la sentencia señalase concretamente que el Estado de Guatemala está obligado a investigar los hechos e identificar a los responsables, **incluyendo una investigación exhaustiva y eficiente para determinar si hubo violaciones al Derecho Internacional Humanitario, con el objeto de identificar a los responsables**”²⁸⁷.

A criterio del Juez Cadena Rámila, con el cual se coincide, la Corte IDH se abstiene de utilizar el DIH en muchos aspectos de la decisión del Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, entre ellos la consideración de la represión penal de los crímenes cometidos en dicho caso. En este y otros temas la inobservancia del DIH como criterio

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ TPIY. Caso Mucic y Otros - "Camp de Celebici". Op. Cit.

²⁸⁷ CORTE IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Op. Cit. Voto Razonado Concurrente Juez Ramón Cadena Rámila.

interpretativo es un yerro injustificable, al menos por tres (3) razones -bien argumentadas por el Juez Cadena-, entre ellas:

“a) La interpretación y aplicación de la Convención Americana no excluyen las del derecho internacional general; todo lo contrario, las requieren. El propio preámbulo de la Convención Americana se refiere expresamente a los principios reafirmados y desarrollados en instrumentos internacionales, "tanto de ámbito universal como regional" (párr. 3). También se refiere a obligaciones impuestas por el derecho internacional (artículo 27), así como a los "principios del derecho internacional generalmente reconocidos" (artículo 46(1) (a)).

b) El hecho de que la Corte Interamericana carezca de jurisdicción para determinar violaciones de determinadas convenciones como los Convenios de Ginebra de 1944 o la Convención contra el Genocidio (1948), no significa que la Corte no pueda tomar en cuenta actos que dichas convenciones tipifican como infracciones graves o genocidio, como circunstancias agravantes (aspecto desarrollado por el Juez Antonio Augusto Cançado Trindade en su voto razonado en el Caso de la Masacre de Plan de Sánchez). Este argumento toma más fuerza, cuando estas convenciones se relacionan a la violación de un derecho establecido en dicha Convención, como por ejemplo cuando se trata de una violación al Derecho a la Vida establecido en el artículo 4º de la Convención Americana.

[...]

c) En la época en que ocurrieron los hechos del presente caso [refiriéndose al Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala], la prohibición establecida en el artículo 3 común a los convenios de Ginebra ya formaba parte del derecho internacional consuetudinario, e inclusive, del dominio del jus cogens. Por lo tanto, el Estado de Guatemala ya estaba obligado a cumplir con dicha prohibición²⁸⁸.

²⁸⁸ Ibidem.

Como colofón, podríamos decir que la utilización formal del DIH en las decisiones de la Corte IDH se ha erigido como la puerta de entrada para análisis mucho más desarrollados, detallados y profundos al respecto (ver capítulo 3.3.3, a continuación). Sin embargo, tanto en aquellas decisiones que no tomaron en consideración el DIH, pese a tratarse de hechos de casos ocurridos en desarrollo o en contexto de un conflicto armado no internacional, como en aquellas en las cuales la utilización del DIH ha sido prácticamente nominativa, se ha extrañado los aportes sustanciales y significativos que la Corte IDH ha podido plantear en otras temáticas y en otros ámbitos.

3.3.3 Aporte sustantivo del DIH en las decisiones de la Corte IDH: utilización de los principios y otros conceptos

En los varios análisis previos primó la perplejidad por la ausencia de valoraciones adecuadas, pertinentes y rigurosas del DIH en las decisiones de la Corte IDH. Sin embargo, en este apartado, valga la pena resaltar los avances significativos registrados en las más recientes decisiones de la Corte IDH en estas materias (ver subcapítulo 3.2.2).

De manera particular, en tres Sentencias recientes de casos contra el Estado de Colombia, la Corte IDH propuso una incorporación extensa y sustancial del DIH, al punto de desarrollar con plenitud el concepto de complementariedad de ambos marcos jurídicos: el DIH y el DIDH.

En el Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, en cuya sentencia se ha dado, quizás, el análisis más provechoso del DIH como criterio interpretativo para comprender con certeza los hechos denunciados ante la Corte IDH. En tal decisión, la Corte IDH examinó con detenimiento los principios humanitarios aplicables al caso concreto (principio de distinción, principio de proporcionalidad y principio de precaución) y, sobre la base de su interpretación, logró determinar la responsabilidad internacional de Colombia por la violación de los derechos consagrados en la CAH (luego del examen de los hechos, principal y casi que exclusivamente, a la luz del DIH).

En similar sentido, aunque de manera más concisa, la Corte IDH se pronunció en el Caso de la Operación Génesis Vs. Colombia, recordando 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 conflicto armados de carácter no internacional*”²⁸⁹.

Sobre la problemática de la desaparición, pero particularmente sobre las precisas obligaciones que le conciernen a las partes en un conflicto armado no internacional de registrar información de las personas detenidas en su poder, de identificar los restos humanos con todos los medios a su alcance y, de tratarlos con dignidad, de informar a las familias sobre el paradero de las personas desaparecidas, de revelar la verdad de lo ocurrido con las personas desaparecidas a sus familiares, entre otras, se pronunció la Corte IDH en el Caso Rodríguez Vera y Otros Vs. Colombia²⁹⁰.

Mientras tanto en el Caso de las Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador, la Corte IDH abordó *in extenso* el análisis sobre la viabilidad de las amnistías tras el cese de las hostilidades en un conflicto armado no internacional. Sumado al pronunciamiento de la Corte, el Juez Diego García Sayán emitió un Voto que acompañó a la Sentencia, en el cual enfatizó sobre las interpretaciones ya planteadas por la Corte IDH sobre la utilización de las normas del DIH -*particularmente del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 y a las normas del DIH Consuetudinario*-. En suma, tanto la Sentencia como el Voto del Juez García Sayán ilustran muy bien el tipo de utilidad que ofrece el DIH al ser incorporado en el análisis de un caso por parte de la Corte IDH.

Finalmente, desde hace varios años, las disposiciones que regulan y prohíben el desplazamiento forzado de la población civil en desarrollo de un conflicto armado no internacional han sido utilizadas por la Corte IDH para recalcar los límites impuestos a las partes en un conflicto, respecto de la utilización de la fuerza en la conducción de las

²⁸⁹ CORTE IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 222.

²⁹⁰ CORTE IDH. *Caso Rodríguez Vera y Otros Vs. Colombia*. Op. Cit., párr. 496.

hostilidades y, la regulación específica de las circunstancias en las que es factible el desplazamiento controlado de población por razones de seguridad.

Es altamente probable que, la regulación tan detallada sobre los términos y condiciones de la prohibición del desplazamiento forzado de población civil en la comprensión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no permitiría arrojar un análisis más adecuado de los contextos de conflicto armado no internacional y, en tal sentido, las reflexiones sobre la viabilidad de promover el desplazamiento de una población, de manera transitoria, por cuestiones de protección misma de la población, sólo es entendible bajo la óptica del DIH y, de allí la importancia de un adecuado marco interpretativo e integrador de los dos marcos jurídicos aludidos en las decisiones de la Corte IDH cuando el contexto en que ocurren los hechos así lo exija -*contexto de conflicto armado no internacional*-.

El aporte sustantivo del DIH en las decisiones de la Corte IDH se ha visto reflejado en las sentencias objeto de análisis en este sub-capítulo. Ello, nos plantea la reflexión de la pertinencia e importancia de insistir en la idea de que la incorporación de la *lex specialis* en el análisis de casos en un ámbito jurisdiccional resulta, además de provechosa para los intereses de comprensión del caso en estudio, necesaria para ilustrar las alternativas de decisión adecuadas de conformidad con el marco jurídico aplicable.

La evidencia está expresada en los casos más recientes de la Corte IDH. Es posible que, luego de pronunciamientos fundamentales de apertura de la discusión de esta temática hace varios años -v.gr. *Caso Las Palmeras Vs Colombia* o *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*-, podamos esperar que los avances registrados en los tres casos referenciados en este sub-capítulo contra Colombia, sean la tendencia hacia las próximas decisiones de la Corte IDH.

4. Conclusiones

La Corte IDH ha decidido numerosos casos, ciento ochenta y nueve (189) en total, en contra diferentes estados del continente americano. Sus decisiones, en general, han producido importantes transformaciones en los ordenamientos jurídicos internos de los países y, han promovido decisiones de política pública, política criminal y política legislativa tendientes a procurar una mejor protección del ser humano. Desde una comprensión integral del concepto de reparaciones; las reflexiones sobre la tipificación y represión penal de crímenes graves del derecho internacional; la protección jurídica del derecho a la libertad de expresión -en sus dos dimensiones, la individual y la colectiva-; las consideraciones sobre la naturaleza y competencia de una jurisdicción penal militar; las garantías extensivas y comprensivas de las que deberían gozar los pueblos indígenas, entre otros y múltiples ámbitos de decisión, podríamos decir que el aporte de las decisiones de la Corte IDH ha sido invaluable.

La base fundamental de las decisiones de la Corte IDH, ha sido el mismo instrumento que le da vida y le otorga, por principio básico de atribución, la competencia contenciosa para conocer de casos donde se aleguen violaciones a los derechos humanos; esto es, la CADH -y, también en no pocos casos, otros instrumentos internacionales que hacen parte y se han adoptado en el marco del SIDH-.

Al mismo tiempo, la Corte IDH en su progresiva evolución, ha ido adoptando criterios exógenos al SIDH -tratados propiamente dichos e instrumentos caracterizados por ser *soft law*- que han ampliado el marco de comprensión de los derechos y obligaciones previstos en la CADH, en materia de protección de personas en situación de desplazamiento, protección especial de niños y niñas, garantías jurídicas de las personas migrantes, protección de personas desaparecidas y de sus familiares y, en otras materias

derivadas del mismo marco del DIDH -en las que quizás, otros sistemas jurídicos, como el sistema universal de derechos humanos han ofrecido herramientas de apoyo a los análisis elaborados por la Corte IDH-.

En este marco, quizás uno de los mayores desafíos que enfrentado la Corte IDH -en materia de integración del marco jurídico que le otorga competencia contenciosa con otros marcos- ha sido el de incorporar instrumentos internacionales, no sólo exógenos al SIDH sino también al DIDH, como es el caso de los instrumentos internacionales que integran y desarrollan el DIH, en aquellas circunstancias donde este marco jurídico es la *lex specialis* al tratarse de hechos circunscritos al marco del conflicto armado.

Sobre este aspecto en específico, versa la presente investigación. Sobre el proceso de incorporación del DIH en las decisiones de la Corte IDH y, particularmente, del impacto de este marco jurídico en la resolución de los casos. ¿Ha sido determinante el DIH en los casos conocidos por la Corte IDH?

Esa es, talvez, una de las preguntas que más resuenan en la lectura de este documento; cuyo contenido procura resolverla, así como otras cuestiones afines. Han sido ciento ochenta y nueve (189) casos conocidos por la Corte IDH, de los cuales treinta y tres (33) ocurrieron -a criterio de la propia Corte IDH- en un contexto o en desarrollo de un conflicto armado de carácter no internacional.

Al tomar en consideración que la Corte IDH ha valorado de manera significativa el contexto en que se desarrolla un caso, en tanto le permite determinar el alcance del marco jurídico aplicable y las respectivas consecuencias jurídicas²⁹¹, sin duda, bajo este entendido, el foco de análisis son estos treinta y tres (33) casos decididos por la Corte IDH.

La primera reflexión que surge de esta investigación es la reafirmación de la competencia de la Corte IDH para conocer de casos ocurridos en contextos o en desarrollo de un

²⁹¹ CORTE IDH. *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Op. Cit. párr. 76; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 202; y *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Op. Cit., párrs. 53, 54 y 63.

conflicto armado (no internacional e internacional) y, la consecuente posibilidad de recurrir al DIH para ampliar el marco de análisis e interpretación. Aún subsiste, de manera formal, el límite planteado por la Corte IDH de que sólo es competente para aplicar la CADH y otros tratados que le otorgan competencia contenciosa y, que sólo podría servirse del DIH como criterio interpretativo.

Una segunda reflexión que se plantea es la ausencia de criterios expresos, por parte de la Corte IDH, para identificar en qué circunstancias se trata de un contexto de conflicto armado. Las herramientas que utilizó la Corte IDH para determinar la naturaleza del contexto, han sido fundamentalmente las contribuciones de las partes en litigio (Estado, CIDH y Representantes de Víctimas) sea como pruebas, alegatos o informaciones allegadas a la Corte IDH. Sin embargo, en ninguno de los casos, esta información ha sido valorada, a partir de algún referente jurídico para confirmar o desvirtuar la naturaleza o características de ese contexto.

El resultado de este ejercicio ha sido la identificación de treinta y tres (33) casos que la Corte IDH declaró habían ocurrido en un contexto de conflicto armado no internacional; pero seguramente podrían haber sido más. No hay explicación para haberse excluido varios casos contra Colombia, Perú o Guatemala, que se presentaron en similares circunstancias a los que sí fueron identificados y declarados en contexto de conflicto armado y, pese a ello, la Corte IDH no se pronunció al respecto. Es muy probable que el uso de criterios uniformes, basados en la *lex specialis* aplicable al caso concreto -*el DIH*- y, bajo la comprensión del concepto -*expuesto en el Capítulo II*- de conflicto armado, hubiera podido orientar la calificación del contexto de una manera más consistente.

La tercera reflexión se funda en una valoración cuantitativa. De los treinta y tres (33) casos que la Corte IDH identificó habían ocurrido en un contexto de conflicto armado no internacional, en quince (15) la Corte IDH incorporó criterios, conceptos, definiciones y consideraciones basados en el DIH. ¿Qué ocurrió en los otros dieciocho (18) casos? La respuesta es aún incierta; ni se identificó que los alegatos de las partes hubieran excluido al DIH -*implícita ni explícitamente*- ni la Corte IDH ofreció una explicación al respecto. En

algunos casos, los votos de los jueces destacan esta ausencia de referencias al DIH en el análisis del caso²⁹².

De los quince (15) casos identificados sí es posible extraer, al menos, dos conclusiones: por una parte, al hacer una contrastación del contenido básico del DIH (Capítulo II) con las decisiones de la Corte IDH, en algunos casos su utilización fue significativa, sustancial e incluso, determinante. La resolución de los casos contra Colombia: Rodríguez Vera y Otros, Masacre de Santo Domingo, Operación Génesis y Masacre de Mapiripán, evidencian esta valoración. Las referencias a los principios básicos del DIH, fundados en el derecho convencional y, también en el Estudio de Derecho Consuetudinario determinó el alcance de las obligaciones a cargo del Estado colombiano, previstas en la CADH. Es decir, la incorporación del DIH tuvo un impacto real en la comprensión y en la resolución del caso; al punto, de que es posible plantear que, sin el aludido proceso de incorporación, sin duda alguna las consideraciones de la sentencia habrían sido diferentes y, posiblemente la decisión adoptada por la Corte IDH también. Y, por la otra, subsiste una evidencia de que el DIH, en muchos casos *-no necesariamente en los más recientes pero si, talvez, mayoría en el grupo de quince (15)-* es visto como una fuente del derecho internacional y su utilización se circunscribiría a un ámbito más formal y de características nominales, antes de buscar trascendencia con su incorporación.

Como cuarto elemento de reflexión, se destaca la vigencia y pertinencia del DIH, como marco jurídico aplicable a las situaciones que ocurren en el marco de un conflicto armado. La concepción del DIH como *lex specialis* en estos contextos no es un asunto meramente formal; es un aspecto que trasciende a la sustancia de la decisión de casos en litigio ante un tribunal de derechos humanos, como es el caso de la Corte IDH y con ejemplos concretos *-la Sentencia del Caso Santo Domingo Vs. Colombia es muy diciente al respecto-*.

²⁹² CORTE IDH. *Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 2 de agosto de 2008. Voto Razonado Cançado Trindade y, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Op. Cit. Voto Razonado Concurrente Juez Ramón Cadena Rámila.

El principio de *lex specialis* puede ser considerado como criterio interpretativo complementario (existiendo también norma aplicable en el DIDH) o suplementario (no habiendo una norma aplicable en el DIDH; en ambos casos, el DIH pone de presente su trascendencia).

Lo anterior, puede ser comprendido como un hallazgo destacado en el curso de esta investigación y representado en concreto en las decisiones de la Corte DIH y, también puede concebirse como un desafío para el análisis futuro del derecho internacional. La concurrencia de marcos jurídicos, en el ámbito jurisdiccional de un tribunal internacional -*sea de derechos humanos o de otra índole*-, impone el reto de procurar la complementariedad o convergencia de sus disposiciones de manera armónica y consistente con las competencias asignadas a tales tribunales y, de forma afín a la protección del ser humano, fin último del derecho humanitario (en tiempo de paz o de conflicto armado).

Bibliografía

Doctrina nacional

APONTE Cardona, Alejandro. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: una relación problemática*. En ELSNER, Gisela. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2010.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho Penal*. Parte General-Parte Especial. Séptima Edición. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley, 2005.

PARDO Rueda, Rafael. *Historia de las Guerras*. Bogotá D.C.: Ediciones B Colombia, 2004.

RAMELLI Arteaga, Alejandro. *El Derecho Internacional Humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Volumen IX. Universidad Nacional Autónoma de México. México DF. 2009.

RAMELLI Arteaga, Alejandro. *La Constitución colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*. Segunda Edición. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2003.

UPRIMNY Yepes, Rodrigo, *et al.* *Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Módulo de autoformación*. Bogotá D.C.: Fundación Social y Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006.

VALENCIA Villa, Alejandro. *Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano*. Primera Edición. Bogotá D.C.: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007.

Doctrina internacional

BOISSIER, Pierre. *Historia del Comité Internacional de la Cruz Roja, De Solferino a Tsushima*. Instituto Henri Dunant., Ginebra. 1997.

BUGNION, François. *El Derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya*. En Revista Internacional de la Cruz Roja. Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Ginebra. 2001.

CANCADO Trindade, Antonio Augusto. *Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias*. En CANCADO Trindade, Antonio Augusto et al. *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos humanos de la persona humana. Derechos humanos, derecho humanitario y derecho de los refugiados*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2003.

CICR. *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*. Ginebra: CICR, 2011.

CICR. *¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el Derecho Internacional Humanitario?* Ginebra: CICR, 2008.

CICR. *Rules of International Humanitarian Law and other rules relating to the Conduct of Hostilities*. Ginebra: CICR, 2005.

CICR. *El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos*. Ginebra: CICR, 2003.

- DENNIS, Michael J. *Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation*. En *American Journal of International Law*, Vol. 99, 2005.
- DOSWALD-BECK, Louise. *El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*. En *Revista Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja*. Ginebra: CICR, No. 139.
- DOSWALD-BECK, Louis. *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- DROEGE, Cordula. *¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derecho humanitario*. En *Revista Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja*. No. 871. Ginebra: CICR. No. 871, 2008.
- EWUMBUE-MONONO, C. *"Respect for International Humanitarian Law by Armed Non-State Actors in Africa"*. En *Revista Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja*. Ginebra: CICR, 2006.
- GAGGIOLI, Gloria y Robert Kolb. *A right to life in armed conflicts? The contribution of the European Court of Human Rights*. *Israel Yearbook on Human Rights*. Volumen 37. Tel Aviv, 2007.
- GASSER, H. P., *International Humanitarian Law: an Introduction*. En *Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*. H. Haug (Editor). Berna. Paul Haupt Publishers, 1993.
- GREENSPAN, Morris. *The Modern Law of Land Warfare*. Los Ángeles: California University Press, 1959.

- GREENWOOD, Christopher. *Historical development and Legal Basis*. En FLECK, Dieter (Ed.). *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*. Oxford University Press. Oxford. 1995.
- HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*. Volumen I. Normas. Comité Internacional de la Cruz Roja. Ginebra. 2007.
- KALSHOVEN, Frits y Liesbeth Zegveld. *Constraints on the waging of war: an introduction to international humanitarian law*. Tercera Edición. Ginebra: CICR y Cambridge University Press, 2001.
- KAUFMANN, A., *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- LINDROOS, Anja. *Addressing the norm conflicts in a fragmented system: the doctrine of lex specialis*. En *Nordic Journal of International Law*. Volumen 74, 2005.
- MELZER, Nils. *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: CICR, 2010.
- NÚÑEZ PALACIOS, Susana. *Interpretación y aplicación del derecho humanitario en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. En *Revista Alegatos*. No. 77. México DF. 2011.
- PICTET, Jean. *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: Instituto Henry Dunant, 1986.
- PRUD'HOMME, Nancie. *Lex specialis: oversimplifying a more complex and multifaceted relationship?* *Israel Law Review*. Volume 40. Tel Aviv, 2007.
- PROVOST, Rene. *International Human Rights and Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

- RODRÍGUEZ-VILLASANTE, José Luis. *Fuentes del Derecho Internacional Humanitario*. En RODRÍGUEZ-VILLASANTE Prieto, José Luis (Coordinador). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- ROGERS, A.P.V. *Law on the Battlefield*. Manchester y Nueva York: Manchester University Press, 1996.
- ROGERS, Anthony y PAUL MALHERBE. *Derecho al objetivo. Modelo de manual acerca del derecho de los conflictos armados para las fuerzas armadas*. Ginebra: CICR, 2001.
- RUIZ DE LOS PAÑOS Brusi, Alberto. *La prohibición del uso de la fuerza: sistema inconstitucionalizado de seguridad colectiva*. En RODRÍGUEZ-VILLASANTE Prieto, José Luis. (Coordinador). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch y Cruz Roja Española, 2002.
- SALMÓN, Elizabeth. Op. Cit. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Tercera Edición. Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú / Comité Internacional de la Cruz Roja., 2012.
- SANDOZ Yves, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (editores). *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*. Bogotá D.C.: Editorial Plaza y Janés / Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998.
- SASSÒLI, Marco y Antoine Bouvier *et al.* *¿How Does Law Protect in War?* Ginebra: CICR, 1999.
- SCHINDLER, D. *The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*. En Revista Internacional de la Cruz y la Media Luna Roja. Ginebra. Movimiento Internacional de la Cruz y la Media Luna Roja. Vol. 163. 1979.

SINGH, Nagendra y Edward Mc Whinney. *Nuclear Weapons and Contemporary International Law*. Segunda Edición. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers. 1989.

SUAZO, Fernando y Alfredo Burgos. Informe “*Guatemala, Memoria del Silencio*”. Ciudad de Guatemala: Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala y Fundación Myrna Mack. 1999.

SWINARSKY, Christoph. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. San José de Costa Rica / Ginebra: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / CICR, 1984.

TICEHURST, Rupert. *La Cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados*. En Revista Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Ginebra. Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. 1997.

VITE, Sylvain. *Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales*. En CICR. *Tipología de los Conflictos Armados*. Revista Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. No. 873. Ginebra: CICR, 2009.

VON CLAUSEWITZ, Karl. *De la Guerra*, Editorial El Cardo. Buenos Aires. 2010.

WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica. 2001.

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Arguelles y otros contra Argentina. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2014.

Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2013.

Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de Fondo y Reparaciones de 24 de febrero de 2011.

Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 27 de abril de 2012.

Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 24 de febrero de 2012.

Caso Velíz Franco y Otros contra Guatemala. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 19 de mayo de 2014

Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 23 de noviembre de 2010.

Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 16 de noviembre de 2009.

Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 30 de agosto de 2010.

Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares de 4 de febrero de 2000.

Caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 11 de mayo de 2007.

Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 25 de noviembre de 2006.

Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 22 de septiembre de 2006.

Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 30 de noviembre de 2012.

Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003.

Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Sentencia de 1 de marzo de 2005.

Caso Contreras y Otros Vs. El Salvador. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 31 de agosto de 2011.

Caso Masacres El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 25 de octubre de 2012.

Caso Rochac Hernández y Otros Vs. El Salvador. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 14 de octubre de 2014.

Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 25 de mayo de 2010, párr. 143.

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 24 de agosto de 2010.

Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de marzo de 2006.

Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 28 de noviembre de 2007.

Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 1 de julio de 2006.

Caso Rodríguez y Otros Vera contra Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 14 de noviembre de 2014.

Caso Rodríguez Vera y Otros Vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 14 de noviembre de 2014.

Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Sentencia de Excepciones Preliminares de 23 de noviembre de 2004.

Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004.

Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Sentencia de 29 de abril de 2004.

Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 24 de noviembre de 2009.

Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006.

Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 4 de septiembre de 2012.

Caso J Vs. Perú. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 27 de noviembre de 2013.

Caso De La Cruz Flores Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 18 de noviembre de 2004.

Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 22 de noviembre de 2005.

Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 6 de abril de 2006.

Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de noviembre de 2006.

Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 10 de julio de 2007.

Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de 22 de septiembre de 2009.

Caso Castillo Páez Vs. Perú. Sentencia de Fondo de 3 de noviembre de 1997.

Caso Espinosa Gonzáles Vs. Perú. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2014.

Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997.

Caso De La Cruz Flórez Vs. Perú. Sentencia de 18 de noviembre de 2004.

Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Sentencia de Fondo de 6 de diciembre de 2001.

Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Sentencia de Reparaciones de 3 de julio de 2004.

Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Sentencia de 4 de mayo de 2004.

Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de Reparaciones de 22 de febrero de 2002.

Caso Tibi Vs Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004.

Caso Cantoral Benavides Vs Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000.

Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 8 de marzo de 1998.

Caso Mariza Urrutia Vs. Guatemala. Sentencia de 27 de noviembre de 2004.

Caso Carpio Nicolle Vs. Guatemala. Sentencia de 22 de noviembre de 2004.

Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 26 de noviembre de 2008.

Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 4 de julio de 2007.

Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 26 de noviembre de 2013.

Caso Gudiel Álvarez Vs. Guatemala. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 20 de noviembre de 2012.

Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005.

Caso Hilarie, Benjamin y Constantine Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002.

Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.

Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 2 de agosto de 2008.

Corte Internacional de Justicia

Caso relacionado con actividades armadas en el territorio del Congo. República Democrática del Congo Vs. Uganda. Sentencia de 19 de diciembre de 2005.

Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado de 9 de julio de 2004.

Opinión Consultiva sobre Legalidad del uso o de la amenaza de uso de armas nucleares de 8 de julio de 1996.

Tribunal Penal Internacional para la Ex – Yugoslavia

Caso Kordic y Cerkez. Sentencia de 17 de diciembre de 2004.

Caso Simic, Tadic y Zaric. Sentencia de 17 de octubre de 2003.

Caso Mucic y Otros "Camp de Celebici". Sentencia de 20 de febrero de 2001.

Caso Tadic. Sentencia de 2 de octubre de 1995.

Normatividad y documentos internacionales

Organización de Naciones Unidas

Carta de la Organización de Naciones Unidas, adoptada en San Francisco, Estados Unidos de América el 26 de junio de 1945 y, entró en vigor el 24 de octubre de 1945.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, parte integral de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, de 1945.

Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 y, entró en vigor el 1 de julio de 2002.

Comisión de Derecho Internacional. *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from Diversification and Expansion of International Law*. Doc. ONU A/CN.4/L.676, 29 de julio de 2005.

Convención de los Derechos del Niño de 1989.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Viena, Austria el 23 de mayo de 1969.

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la Desaparición Forzada de Personas de 2006.

Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura. Asamblea General, resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas, E/CN.4/1998/53/Add.2 de 11 de febrero de 1998.

Principios sobre la Efectiva Prevención e Investigación de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas. Resolución 1989/64 del Consejo Económico y Social de 1989.

Protocolo Facultativo de 2000 a la Convención de Derechos del Niño de 1989.

Organización de Estados Americanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias, el 9 de diciembre de 1985 y, entró en vigor el 27 de febrero de 1987.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en Belém do Pará, el 9 de junio de 1994 y, entró en vigor el 5 de marzo de 1995.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, el 9 de junio de 1994 y, entró en vigor el 28 de marzo de 1996.

Protocolo Adicional a la CADH, en materia de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988 y, entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

Conferencias de La Haya, de Ginebra, et al, relativas al DIH

Convención de la Haya sobre la prohibición de lanzamiento de proyectiles y explosivos desde lo alto de globos u otros medios análogos de 1907.

Convención III de La Haya sobre reglas para el inicio de una guerra de 1907.

Convención VI de La Haya sobre la protección de buques mercantes en desarrollo de las hostilidades armadas de 1907.

Convención VII de La Haya sobre las reglas para regular la transformación de un buque mercante en un buque de guerra de 1907.

Convención VIII de La Haya sobre la colocación de minas submarinas automáticas de contacto de 1907.

Convención IX de La Haya relativa al bombardeo por las fuerzas navales en tiempo de guerra de 1907.

Convención X de La Haya sobre la adaptación de los principios de Convención de Ginebra sobre guerra marítima, con el fin de proteger buques, hospitales militares, náufragos, heridos, enfermos y prisioneros de 1907.

Convención XI de La Haya sobre protección de correspondencia del enemigo hallado en barco neutral o enemigo de 1907.

Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954.

Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción de 1972.

Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción de 1997.

Convención sobre Municiones en Racimo de 2008.

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

Convenio I de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña de 1949.

Convenio II de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar de 1949.

Convenio III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y, por vez primera se adopta un Convenio específico para la protección de la población civil de 1949.

Convenio IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 1949.

Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1929.

Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899.

Declaración de San Petersburgo, adoptada de 29 de noviembre a 11 de diciembre de 2011.

Protocolo I Adicional a la Convención sobre Armas Convencionales sobre fragmentos no localizables de 1980.

Protocolo II Adicional a la Convención sobre Armas Convencionales sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos de 1980.

Protocolo III Adicional a la Convención sobre Armas Convencionales sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias de 1980.

Protocolo IV Adicional a la Convención sobre Armas Convencionales sobre armas láser cegadoras de 1995.

Protocolo V Adicional a la Convención sobre Armas Convencionales sobre los restos explosivos de guerra de 2003.

Protocolo I Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

Protocolo II Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.

Protocolo III Adicional de 2005 a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la adopción de emblema distintivo adicional.

Protocolo sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de 1925.

Tratado sobre Comercio de Armas de 2013.

Otros

Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Resolución 1: Derecho internacional humanitario: del derecho a la acción; Informe sobre el seguimiento de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra. XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 3-7 de diciembre 1995.

UNIÓN AFRICANA DE NACIONES. *Principios y Directrices relativos el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África*. Adoptados entre el 4 y 12 de julio de 2003.

UNIÓN EUROPEA. *Recomendación No. R (94) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces*. Adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994 en la 58ª sesión de Viceministros.

Normatividad nacional (Colombia y otros países)

Código de Lieber (Instrucciones del Gobierno para los Ejércitos de los Estados Unidos en el campo de batalla). Orden General No. 100 de 1863.

REPÚBLICA DE ARGENTINA. Código Penal de Argentina.

REPÚBLICA DE CHILE. Constitución Política de la República de Chile.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Penal de Colombia.

REPÚBLICA DE ECUADOR. Código Penal de Ecuador.

REPÚBLICA DE EL SALVADOR. Constitución de la República de El Salvador.

REPÚBLICA DE EL SALVADOR. Ley de Reconciliación Nacional de El Salvador, Decreto Legislativo N° 147, publicado el 23 de enero de 1992.

REPÚBLICA DE ESPAÑA. Constitución Española.

REPÚBLICA DE PERÚ. Constitución Política del Perú.

REPÚBLICA DE PERÚ. Código Penal de Perú.