



Elizabeth Salmón Gárate^(*)(**)

Aproximación institucional del DIH y el DIDH: **tendencias actuales en la jurisprudencia** de la Corte Interamericana de Derechos Humanos^(***)(****)

Institutional approach of IHL and IHRL: current trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

CIERTAMENTE, QUE LA CORTE HAYA ACUDIDO RECIENTEMENTE A LOS PRINCIPIOS DE DISTINCIÓN, PROPORCIONALIDAD Y PRECAUCIÓN HA SUPUESTO UN ACERCAMIENTO MÁS DIRECTO AL DIH, Y QUE PODRÍAMOS DECIR GENERA EL INICIO DE UNA NUEVA ETAPA EN SU JURISPRUDENCIA. AL HACER ESTO, AMPLÍA EL ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES DE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Resumen: Recientemente, la interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH) ha sido desarrollada significativamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Este artículo analiza la tendencia reciente de los casos *Masacre de Santo Domingo* y *Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis)* de este tribunal para afirmar su competencia no solo para utilizar el DIH al interpretar los instrumentos interamericanos de derechos humanos, pero, al mismo tiempo, para aproximarse a la utilización directa de las normas humanitarias, lo que genera una zona gris entre la interpretación y aplicación de esta área del Derecho. Al hacerlo, la Corte recurre a la *lex specialis* si la norma del DIH es la más especializada para el caso; y utiliza el DIH hasta cierto límite, solamente para expandir el contenido de los derechos humanos, pero

(*) Profesora de Derecho Internacional Público en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Directora del Instituto Democracia y de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(**) La autora agradece a Pablo Rosales por su invaluable apoyo en la elaboración de este artículo.

(***) Este artículo fue originalmente publicado como Elizabeth Salmon, *Institutional Approach between IHL and IHRL Current Trends in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, en: *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, (2014); 152-185. Agradecemos gentilmente el permiso de la profesora Salmón para su traducción y publicación en la presente edición. La traducción estuvo a cargo de Lorena Vilchez Marcos, estudiante de pregrado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asistente de docencia del curso Temas de Derecho Internacional Público y miembro extraordinaria de la Asociación IUS ET VERITAS. La traducción fue revisada por Carmela Sofía García Ganoza, Bachiller en Derecho por la PUCP y actualmente se desempeña como asistente de investigación en el IDEHPUCP.

(****) Nota del editor: El artículo fue recibido el 26 de junio de 2016 y aprobada su publicación el 30 de junio del mismo año.

Aproximación institucional del DIH y el DIDH: tendencias actuales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Institutional approach of IHL and IHRL: current trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

no para juzgar posibles violaciones del DIH, lo que resulta en una metodología de *pick and choose* (selectiva) de las normas del DIH.

Palabras clave: Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Derecho Internacional Humanitario - Corte Interamericana de Derechos Humanos - *Lex specialis*

Abstract: Recently, the interaction between International Human Rights Law (IHRL) and International Humanitarian Law (IHL) has been significantly developed by the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). This article analyzes this recent trend from the cases of the *Santo Domingo Massacre* and *Afro communities displaced from the Cacarica River Basin (Operation Genesis)* of this tribunal to assert its competence not only to use IHL to interpret the Inter-American human rights instruments but, at the same time, to approach a direct use of humanitarian standards, which creates a gray area between the interpretation and application of such area of Law. In doing so, the Court resorts to the *lex specialis* if the IHL norm is the most specialized for the case, and uses IHL to a limited extent, only to expand the content of human rights, but not to judge on possible violations of IHL, which results in a methodology of pick and choose of IHL provisions.

Keywords: International Human Rights Law - International Humanitarian Law - Inter American Court of Human Rights - *Lex specialis*

1. Introducción

La ausencia de un mecanismo internacional encargado del cumplimiento de las normas del DIH ha tenido un impacto significativo en la relación tradicionalmente compleja entre el DIH y el DIDH. Así, la brecha entre estas áreas ha sido reducida no solo por una aproximación sustancial (el denominado proceso de *humanización* del DIH), sino también por una

aproximación institucional que ha ocurrido forzosamente como resultado de la ausencia de tal mecanismo (por ejemplo, la utilización del DIH por parte de los órganos del DIDH). Esta práctica, que adquiere ribetes de verdadera tendencia, resulta particularmente interesante en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) donde este debe responder a denuncias por violaciones de derechos humanos en contextos de conflicto armado. Y es que ciertamente desde la perspectiva de la víctima, es difícil argumentar que, en ausencia de un recurso independiente internacional específicamente previsto por el DIH, el recurso a tribunales regionales de derechos humanos y otros organismos de derechos humanos no sea un camino válido⁽¹⁾.

Respecto al DIDH, los sistemas de protección de derechos humanos (uno universal y tres regionales) se componen, en general, de órganos de vigilancia que reciben comunicaciones (o denuncias) de los particulares y que buscan velar por el fiel cumplimiento del tratado de derechos humanos sobre el cual tienen competencia. Por su parte, el DIH cuenta con órganos de supervisión como la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta o la figura de la Potencia protectora que no tienen competencias para recibir peticiones individuales⁽²⁾. Pese a que, en principio, los tribunales de protección de derechos humanos fueron diseñados para ocuparse únicamente del DIDH, hay varios ejemplos en los que estos se han acercado a las normas del DIH para interpretar sus instrumentos⁽³⁾. De esta manera,

(1) O. Ben-Naftali, ed., M. Milanović, "Norm Conflicts, International Humanitarian Law, and Human Rights Law," *en International Humanitarian Law and International Human Rights Law* 95 (2011): 96.

(2) Elizabeth Salmón, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario* (2012), 74.

(3) No solo a nivel de la jurisprudencia de la Corte IDH, sino también desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Al respecto, destacan los siguientes casos: *Case Varnava and others v. Turkey*, TEDH, Grand Chamber, sentencia de 18 de setiembre de 2009; *Case Al-Skeini and others v. The United Kingdom*, Application 55721/07, TEDH, Grand Chamber, sentencia de 7 de julio de 2011; *Case Al-Jedda v. The United Kingdom*, Application 27021/08, TEDH, sentencia de 7 de julio de 2011; *Case Janowiec and others v. Russia*, Applications 55508/07 y 29520/09, TEDH, sentencia de 16 de abril de 2012. Del mismo modo, se puede apreciar la mención al DIH en la jurisprudencia de algunos de los comités del Sistema Universal de Derechos Humanos, especialmente del Comité de los Derechos del Niño. Véase David Weissbrodt,



Elizabeth Salmón Gárate

se ha intentado suplir la deficiencia de los órganos de control del propio DIH desde los órganos de derechos humanos⁽⁴⁾. Este interesante fenómeno se produce por dos factores fundamentales. En primer lugar, la vigencia indudable del DIH en conexión con la preocupación de la comunidad internacional por la protección del individuo en uno de los escenarios más devastadores: el de un conflicto armado. En este contexto, es evidente también la necesidad de que los estándares y normas del DIDH se mantengan vigentes durante el conflicto armado con el fin de garantizar la mayor protección del individuo⁽⁵⁾. En segundo lugar, como observa Kolb, de manera paralela a la 'humanización progresiva' del DIH, esta rama ha adquirido la función de cuerpo jurídico complementario a otras áreas del Derecho Internacional, porque no es posible comprenderla sin considerar otras áreas del Derecho Internacional (Derecho de los refugiados, Derecho Penal Internacional, etcétera)⁽⁶⁾.

Ahora bien, más allá de la necesidad de contar con un argumento positivo para que esta utilización pueda producirse (materia que ha sido objeto de estudio en varias publicaciones)⁽⁷⁾, de lo que aquí se trata es de determinar la manera en que el SIDH lo hace y las consecuencias que esto puede generar en términos de la protección al ser humano. Por un lado, debe

tomarse debida nota de que en general los órganos de derechos humanos no siempre tienen el conocimiento ni la experiencia necesaria para abordar estos temas. Por otro lado, el DIH permite daños incidentales a los civiles independientemente de la legalidad del uso de la fuerza⁽⁸⁾, y esto es ciertamente difícil de aceptar desde la lógica del DIDH. En cualquier caso, de lo que se trata es de evitar una clase de *vandalismo judicial*⁽⁹⁾, en el sentido no solo de desnaturalizar el límite competencial propio de un órgano convencional de derechos humanos, sino también las características y contenidos de las normas de ambas ramas jurídicas.

Y es que ciertamente las ramas especializadas del Derecho Internacional no se encuentran aisladas⁽¹⁰⁾. El DIH y el DIDH constituyen dos cauces de una misma vertiente, a saber, el Derecho Internacional Público. Pese a tener orígenes históricos distintos⁽¹¹⁾, se reconoce que el DIH y el DIDH cuentan con varios

Joseph C. Hansen, and Nathaniel H. Nesbitt, "The Role of the Committee on the Rights of the Child in Interpreting and Developing International Humanitarian Law," *Harvard Human Rights Journal*, vol. 24, (2011): 115. A nivel de los propios tratados, destaca el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, 1577 UNTS 3; el artículo 43 de Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006, 2715 UNTS; y el artículo 11 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2008, 2515 UNTS 3.

- (4) Theodor Meron, "The Humanization of Humanitarian Law," *American Journal of International Law*, vol. 94, (2000): 239-47. Sin embargo, como indica el autor: "these bodies often lack expertise in the law of war and tend to reach conclusions that humanitarian law experts find problematic".
- (5) Theodor Meron, 266-73.
- (6) K. Mujezinović, C. Guldahl, G. Nystuen, eds., Robert Kolb, "The main epochs of modern international humanitarian law since 1864 and their related dominant legal constructions," en *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law* (2012), 52-4.
- (7) Christina. M. Cerna, "The History of the Inter-American System's Jurisprudence as Regards Situations of Armed Conflict," en *JHLS*, vol. 2 (2011), 3. Emiliano Buis, "The Implementation of International Humanitarian Law by Human Rights Courts: The Example of the Inter-American Human Rights System," en *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, coords. R. Arnold y N. Quéniwet (2008), 269.
- (8) Milanović, nota 1, 107 (citando a V. Schabas, "Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of Jus Ad Bellum," en *Israel Law Review*, vol. 40 (2007), 607-8.
- (9) Milanović, nota 1, 107.
- (10) Véase AG Res. CN. 4/L. 682, 13 de abril de 2006.
- (11) R. Bernhardt, ed., K. J. Partsch, "Human Rights and Humanitarian Law," en *Encyclopedia of Public International Law* (1995), 911. El interés en la interacción entre el DIH y el DIDH surge a raíz de la Guerra de los Seis Días de 1967 que daría lugar a la Conferencia Internacional de Derechos Humanos que adoptó en Teherán la Resolución XXIII (A/CONF. 32/41) titulada "Protección de los derechos humanos en caso de conflicto armado".

Aproximación institucional del DIH y el DIDH: tendencias actuales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Institutional approach of IHL and IHRL: current trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

canales de comunicación⁽¹²⁾. La dinámica de ambas ramas se ha plasmado en varios de los sistemas de protección de los derechos humanos, especialmente, en el SIDH, que se encuentra en el marco de la Organización de Estados Americanos (en adelante “OEA”)⁽¹³⁾. En efecto, sus dos órganos principales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”)⁽¹⁴⁾, han acudido en varias oportunidades al DIH para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos⁽¹⁵⁾ y de otros tratados sobre los cuales tienen competencia.

Más aún, la convergencia entre ambas ramas constituye un proceso irreversible que, para ser positivo, debe fortalecer la protección de las personas en un contexto de especial vulnerabilidad como son los conflictos armados. Por ello, este artículo busca identificar la interrelación que existe entre el DIDH y el DIH en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, específicamente en la labor de la Corte IDH. Luego del desarrollo inicial de la Corte en esta área, ahora la Corte atraviesa por un proceso de acercamiento al DIH que reviste dos características particulares. En primer lugar, se inclina hacia la teoría de la *lex specialis* “en sentido concreto”, en la que se decide caso por

caso si es que la norma humanitaria resulta ser más específica para resolver la controversia. En segundo lugar, la Corte incurre en una suerte de *pick and choose* (elección a conveniencia) de aquellas partes del DIH que son útiles para expandir el contenido de los derechos humanos y para sustentar mejor la constatación de una violación, pero no, al menos hasta ahora, para justificar la violación de derechos humanos, si según el DIH estos daños pueden haber sido el resultado de la conducción válida de las hostilidades. Finalmente, este artículo busca identificar las situaciones tipo que activan la utilización del DIH y su impacto en la interpretación de ciertos derechos por parte de esta Corte.

2. La complementariedad del DIDH y el DIH en el Sistema Interamericano

En el diseño del sistema interamericano, los Estados pueden decidir la medida de sus

-
- (12) L. Doswald-Beck y S. Vité, “International Humanitarian Law and Human Rights Law,” *Revista Internacional de la Cruz Roja*, número 293 (1993).
<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jmrt.htm> (Consultada el 14 de junio de 2014).
- (13) Véase H. Faúndez, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, (2004). En cuanto al proceso de formación de este sistema regional de protección de derechos humanos, cabe indicar que la Carta de la Organización de Estados Americanos fue adoptada en 1948 en Bogotá, Colombia, mientras que la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre fue firmada en 1959, la CIDH se creó con el objetivo de velar por el cumplimiento de los derechos humanos y elaborar un proyecto de tratado regional sobre derechos humanos el cual, además, debía tener un órgano jurisdiccional que vele por su cumplimiento. Ello se hizo realidad cuando en 1969 se firmó en San José de Costa Rica la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que entró en vigor en 1978, constituyendo un tipo de estructura dual en el Sistema Interamericano. Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, OASTS, 36, página 1; véase también 1144 UNTS 1.
- (14) La CIDH tiene competencia *ratione materiae* para evaluar el cumplimiento de todos los instrumentos interamericanos que le otorgan competencia, que son la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y casi todos los tratados interamericanos. Este órgano tiene otras importantes funciones relacionadas con la elaboración de informes especiales que pueden ser temáticos o de país.
- (15) Informe 55/97, Caso *Abella y otros* (Argentina), CIDH, 18 de noviembre de 1997, párrafo 16. Caso *Las Palmeras Vs. Colombia*, Corte IDH, sentencia de 4 de febrero de 2000, párrafos 32-33; Caso de la *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, Corte IDH, sentencia de 15 de setiembre de 2005, párrafos 114, 153, 172-179 y 238; Caso de las *Masacres de Ituango Vs. Colombia*, Corte IDH, sentencia de 1 de julio de 2006, párrafos 179-183, Caso de la *Masacre de La Rochela*, Corte IDH, sentencia de 11 de mayo de 2007, párrafo 303; Caso de la *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, Corte IDH, sentencia de 24 de noviembre de 2009, párrafo 191; Caso *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, Corte IDH, sentencia de 20 de noviembre de 2012, párrafo 211; Caso de las *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, Corte IDH, sentencia de 20 de noviembre de 2013, párrafo 221.



Elizabeth Salmón Gárate

compromisos convencionales⁽¹⁶⁾. De esta forma, la mayoría de los Estados han aceptado la Convención Americana de Derechos Humanos y la competencia contenciosa de la Corte IDH⁽¹⁷⁾; sin embargo, algunos Estados no han ratificado la Convención ni han aceptado aún la jurisdicción contenciosa de la Corte, por lo que las eventuales demandas contra ellos solo pueden llegar al conocimiento de la Comisión con base en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre⁽¹⁸⁾.

La preocupación por la relación entre el DIDH y el DIH se inició como inquietud de la CIDH antes que de la Corte IDH. Por eso, es necesario hacer una breve aproximación a la CIDH y su apreciación sobre el DIH, con el fin de resaltar sus últimas contribuciones al respecto (sección A), para luego analizar la posición de la Corte IDH (sección B).

2.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el DIH: de abogar a favor de una aplicación directa del DIH a la aceptación de una aproximación interpretativa

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido el órgano más audaz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación con la utilización o hasta la apuesta por una aplicación del DIH. Ya recurría al DIH en una etapa temprana de su existencia para sustentar sus conclusiones en sus informes sobre países que estaban pasando por conflictos armados⁽¹⁹⁾, la Comisión incluso argumentó que tenía competencia para aplicar el DIH directamente en ejercicio de su mandato cuasi-contencioso. No obstante, debido al rechazo de la Corte IDH, la Comisión optó por utilizar el DIH solo para interpretar las disposiciones de derechos humanos; aunque, en el caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (*Operación*

Génesis), parece estar acercándose, una vez, a la idea de la aplicación directa del DIH.

El caso *Arturo Ribón Avilán* fue el primer caso en el que la Comisión aplicó el DIH directamente. Once personas fueron ejecutadas extrajudicialmente durante el enfrentamiento entre miembros del Ejército y el Departamento Administrativo de Seguridad, la Policía y la Sijin (Inteligencia de la Policía - F-2) de la República de Colombia frente a remanentes del grupo armado Movimiento 19 de abril (M-19). Ante estos hechos, la CIDH indicó que Colombia no solo había vulnerado, *inter alia*, el artículo 4 (derecho a la vida) de la CADH, sino que también era responsable internacionalmente por la violación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra⁽²⁰⁾.

En este informe, la CIDH señaló respecto de su propia competencia que “la Comisión debería, en casos como el presente que presentan situaciones de conflicto, y especialmente donde el Estado hace especial referencia al conflicto, aplicar el Derecho humanitario para analizar la acción de las fuerzas públicas con el objetivo de determinar si ha sobrepasado los límites de la acción legítima”⁽²¹⁾. La base jurídica de esta afirmación radicaría en que la CIDH no podía excluir, en virtud del artículo 29, inciso b, de la Convención Americana de Derechos Humanos, los efectos de otros tratados y tendría, por ello, competencia para

(16) El consentimiento estatal es un elemento básico del Derecho Internacional y del DIDH. Véase V. Padmanabhan, “The Human Rights Justification for Consent,” *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 35 (2013): 20-9.

(17) Actualmente son 20 Estados miembros de la OEA los que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte.

(18) Es el caso de Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Guyana, Trinidad y Tobago, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Venezuela. Granada, Jamaica y Dominica son parte de la CADH, pero no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH.

(19) Por ejemplo, en el *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua de 17 de noviembre de 1979*, en el Capítulo II referido al derecho a la vida, se detalla que este país ha asumido las obligaciones del DIH establecidas en los Convenios de Ginebra de 1949, <http://www.cidh.org/coun/tryrep/Nicaragua78sp/capitulo2.htm> (consultada el 05 de octubre de 2014).

(20) Informe 26/97, *Arturo Ribón Avilán y otros, (La Leche) (Colombia)*, CIDH, 30 de setiembre de 1997, párrafo 202.

(21) Informe 26/97, *Arturo Ribón Avilán y otros*, párrafo 168.

Aproximación institucional del DIH y el DIDH: tendencias actuales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Institutional approach of IHL and IHRL: current trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

aplicar el DIH⁽²²⁾. En otros términos, la CIDH consideró al DIH dentro del alcance de normas internacionales aplicables bajo su competencia.

Posteriormente, en el caso *Bustios Saavedra*, la CIDH indicó que las normas de la CADH son aplicables conjuntamente con el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949⁽²³⁾. Además, la CIDH señaló que la lógica del enfrentamiento armado es la que permite determinar la responsabilidad internacional del Estado por vulneraciones a la Convención Americana de Derechos Humanos en el contexto de un conflicto armado⁽²⁴⁾. Esta es la línea seguida en el caso *Abella y otros* cuyos hechos aluden a la toma de un cuartel militar del Regimiento de Infantería Mecanizada 3, *General Belgrano*, localizado en La Tablada, Argentina. La CIDH remarcaría que el conflicto armado interno se regula por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra⁽²⁵⁾. Por eso, podría decirse que los argumentos utilizados por la CIDH son, entre otros, los siguientes: a) la necesidad de aplicar el DIH en contextos de conflicto armado; b) la coincidencia entre las normas fundamentales del DIDH y el DIH; y que c) en virtud del artículo 29, la Convención Americana de Derechos Humanos limita el alcance del DIH⁽²⁶⁾.

Tomando en cuenta las recomendaciones de la Comisión, la Corte estableció su posición en el caso *Las Palmeras*, al sostener que ambos órganos interamericanos solo pueden evaluar el cumplimiento de las normas de la CADH y de los tratados interamericanos afines, y añadió que solo podían emplear las normas de DIH como método de interpretación de la Convención Americana⁽²⁷⁾.

La CIDH ha aceptado, en líneas generales, esta postura en el informe de fondo del caso *Masacre de Santo Domingo*. Los hechos del caso se iniciaron el 13 de diciembre de 1998 en el marco de un operativo militar de las fuerzas armadas colombianas. Un helicóptero lanzó un dispositivo *cluster* de tipo AN-M1A2, compuesto por granadas o bombas de fragmentación AN-M41A sobre la calle principal de Santo Domingo⁽²⁸⁾, lo que ocasionó la muerte de 17 personas y 27 heridos, incluyendo en ambos casos niños y niñas⁽²⁹⁾. El mismo día muchas personas de Santo Domingo tuvieron que abandonar sus residencias y movilizarse al corregimiento de Betoyes en el municipio de Tame⁽³⁰⁾. Además, la Fuerza Aérea Colombiana realizó ametrallamientos desde las aeronaves contra personas que se iban en dirección opuesta al caserío⁽³¹⁾. El Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca estableció la responsabilidad del Estado por los hechos del 13 de diciembre de 1988⁽³²⁾. Del mismo modo, el Juzgado 12 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá condenó a tres autores materiales por los hechos⁽³³⁾. La CIDH declaró lo siguiente:

“Específicamente, el presente caso permitirá a la Corte desarrollar su jurisprudencia sobre diversos aspectos

(22) Informe 26/97, *Arturo Ribón Avilán y otros*, párrafo 132.

(23) Informe 38/97, *Bustios Saavedra (Perú)*, CIDH, 16 de octubre de 1997, párrafo 59.

(24) Informe 38/97, *Bustios Saavedra (Perú)*, CIDH, párrafo 63.

(25) *Abella y otros.*, supra nota 15, párrafo 156.

(26) Ernesto Aguinaga, “El Derecho Internacional Humanitario en el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.” <http://gedi.objectis.net/eventos-1/ilsabrazil2008/artigos/dheh/aguinaga.pdf> (consultada el 14 de junio de 2014).

(27) *Las Palmeras vs. Colombia*, nota 15, párrafo 33.

(28) *La Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, supra nota 15, párrafo 63.

(29) *La Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, párrafo 70.

(30) *La Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, párrafo 75.

(31) *La Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, párrafo 74.

(32) *La Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, párrafo 125.

(33) *La Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, párrafo 160.



Elizabeth Salmón Gárate

en el contexto de un conflicto armado. En primer lugar, las obligaciones de los Estados en el marco de operaciones militares en un conflicto armado, utilizando el derecho internacional humanitario como fuente de interpretación de las normas relevantes de la Convención Americana⁽³⁴⁾.

Sin embargo, en el caso *Operación Génesis*, la CIDH parece haber ido más allá de la simple interpretación y ha sostenido la vulneración de principios y normas del DIH. Este caso recibe el nombre de una operación militar que tuvo lugar del 24 al 27 de febrero de 1997 en el área amplia de los Ríos Truandó y Salaquí en Colombia para capturar y/o asesinar a miembros de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia). En este contexto, la presencia de grupos armados ilegales, como grupos paramilitares y guerrillas, provocó un incremento de la violencia en detrimento de la población afrocolombiana en estas áreas. De aquí que la “Operación Cacarica” fue desarrollada conjuntamente por las unidades paramilitares de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU) y el ejército colombiano. Como consecuencia de las actividades de estas operaciones conjuntas, los habitantes de la Cuenca del Río Cacarica fueron forzados a desplazarse y permanecer en diferentes poblados durante los cuatro años siguientes. Después de los eventos de febrero de 1997, los desplazados internos no solo continuaron sufriendo hostigamiento, acoso y violencia por parte de los grupos paramilitares, sino también fueron desposeídos de sus territorios ancestrales, los cuales fueron objeto de explotación ilegal por empresas madereras con permiso o tolerancia del Estado colombiano.

En esta línea, en el informe de fondo del caso *Operación Génesis*, la CIDH, con usual referencia a un artículo de la Convención Americana (derecho a la integridad personal), ha indicado lo siguiente:

“La Comisión observa que fue el propio Estado quien ordenó y ejecutó una operación militar cuyos bombardeos ocasionaron daños para la población civil, sin que haya tomado medidas preventivas o para su protección. Respecto al operativo militar de contrainsurgencia conocido como

Operación Génesis que fuera ordenado por el agente del Estado Rito Alejo Del Río Rojas, la Comisión reitera que el Estado tiene deberes generales y especiales de protección de la población civil a su cargo, derivados del derecho internacional humanitario y observa que los bombardeos de dicha operación se realizaron de manera indiscriminada, sin respetar el principio de distinción establecido en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra⁽³⁵⁾.

De esta manera, la Comisión evaluó las acciones del Estado en relación al artículo 5 de la CADH, así como las normas humanitarias, y concluyó que el principio de distinción no fue respetado. Esto se acerca a una aplicación directa del DIH tomando en consideración que lo que comprometió la responsabilidad internacional del Estado fue la falta de cumplimiento de este principio fundacional del DIH según la Comisión. La Corte IDH, por su parte, aún bajo el paraguas de la CADH, añadió normas humanitarias relevantes al análisis para resolver el caso. La Comisión ha apostado, además, por sostener la aplicación conjunta de las normas del DIDH y el DIH, sin realizar una evaluación similar a la de este caso. Esta práctica es corroborada en el caso *Hugo Bustíos Saavedra* en el que dice que “[l]a Comisión desea enfatizar que durante dichos conflictos, las normas no derogables de la Convención Americana siguen siendo aplicables simultáneamente con lo dispuesto en el artículo 3 común (...)”⁽³⁶⁾. Esta línea argumentativa continúa más recientemente en el caso *Eduardo Nicolás Cruz Sánchez y otros*, referido al rescate de los rehenes del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru en la casa del embajador japonés en Perú⁽³⁷⁾.

(34) Escrito de sometimiento del caso e Informe de Fondo, Masacre de Santo Domingo (Colombia), CIDH, 8 de julio de 2011, 5.

(35) Informe 64/11, *Marino López y otros (“Operación Génesis”) (Colombia)*, CIDH, 31 de marzo de 2011, párrafo 240.

(36) *Bustíos Saavedra* (Perú), nota 23 *supra*, párrafo 59.

(37) Informe 66/10, *Eduardo Nicolás Cruz Sánchez y otros* (Perú), CIDH, 31 de marzo de 2011, párrafo 132.

Aproximación institucional del DIH y el DIDH: tendencias actuales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Institutional approach of IHL and IHRL: current trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

2.2 Tres etapas en la relación entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el DIH: de la indiferencia a la zona gris

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pueden encontrarse tres etapas diferenciadas respecto al (no) uso del DIH: (i) la etapa de indiferencia, (ii) la etapa en la que se ha considerado al DIH como una opción válida de interpretación; y, (iii) una última etapa en la que se tiende a ciertas *zonas grises* en la aplicación e interpretación del DIH. Ciertamente, la tercera fase no ha supuesto completamente la eliminación de la segunda, que continúa vigorosamente. Es en este marco que la Corte IDH ha intentado nuevas formas de aproximarse al DIH.

2.2.1. Etapa de indiferencia

La jurisprudencia inicial de la Corte IDH conoció casos en contextos de conflictos armados, sin embargo, su análisis desconoció el impacto de las normas del DIH. Por ejemplo, en los casos contra Perú y Colombia relacionados a escenarios de conflicto armado, la Corte no hace ninguna referencia al DIH para interpretar la Convención Americana. Así, por ejemplo en el caso *Cayara*, la Corte narra hechos sin referirse al contexto en el cual estos se insertan⁽³⁸⁾, y en el caso *Caballero Delgado y Santana*⁽³⁹⁾ solo menciona indirectamente el conflicto armado. Esta fase de indiferencia bien puede identificarse con la teoría de la separación del DIDH y el DIH⁽⁴⁰⁾.

2.2.2. Etapa del reconocimiento del DIH como instrumento interpretativo

Esta fase comienza con los casos *Las Palmeras* (Excepciones preliminares)⁽⁴¹⁾, *Bámaca Velásquez* (Excepciones preliminares)⁽⁴²⁾, *Hermanas Serrano Cruz*⁽⁴³⁾, y *Masacre de Mapiripá*⁽⁴⁴⁾. En estas sentencias, la Corte rechaza cualquier competencia directa

sobre el DIH, alejándose de la posición que la Comisión Interamericana había mantenido. En el caso de *Masacre de Mapiripán*, la Corte IDH indica lo siguiente:

“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). (...) La observancia de dichas obligaciones resulta de relevancia en el presente caso, en la medida en que la masacre fue cometida en una situación de evidente desprotección de civiles en un conflicto armado de carácter no internacional (...)”⁽⁴⁵⁾. (...) Si bien es claro que la atribución de responsabilidad internacional bajo las normas de Derecho Internacional Humanitario no puede ser declarada, como tal, por este Tribunal, dichas normas son útiles para la interpretación de la Convención, al establecer la responsabilidad estatal y otros aspectos de las violaciones alegadas

(38) Caso *Cayara vs. Perú*, Corte IDH, sentencia de 3 de febrero de 1993, párrafo 15.

(39) Caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Corte IDH, sentencia de 21 de enero de 1994, párrafo 11. Cuando hace mención de la organización del “Encuentro por la convivencia y Normalización”, la Corte indica que “Esta era una actividad organizada por el “Comité Regional de Dialogo”, cuyo objetivo era “procurar una salida política al conflicto armando propiciando encuentros, foros y debates en diferentes regiones”.

(40) Daniel Thürer, “International Humanitarian Law: Theory, practice, context,” *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 338 (2008), 110.

(41) Excepciones Preliminares, *Las Palmeras v. Colombia*, Corte IDH, 4 de febrero de 2010, párrafo 33.

(42) Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Corte IDH, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafos 208-9.

(43) Caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Corte IDH, sentencia de 23 de noviembre de 2004, párrafos 111-20.

(44) Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, *supra* nota 15.

(45) Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párrafo 114.



Elizabeth Salmón Gárate

en el presente caso. Esas normas estaban vigentes para Colombia al momento de los hechos, como normativa internacional de la que el Estado es parte y como derecho interno, y han sido declaradas por la Corte Constitucional de Colombia como normas de *jus cogens*, que forman parte del *bloque de constitucionalidad* colombiano y que son obligatorias para los Estados y para todos los actores armados, estatales o no estatales, que participen en un conflicto armado⁽⁴⁶⁾.

Por consiguiente, la Corte aclaró que ni la Comisión ni la Corte detentan competencia para aplicar el DIH ni para declarar la responsabilidad del Estado; no obstante, sí admite la posibilidad de emplear el DIH para interpretar las normas de la Convención Americana.

2.2.3. Etapa de la *zona gris*

Con los casos de *Masacre de Santo Domingo* y *Operación Génesis* se inicia un periodo de *zona gris* en el tema de la aplicación e interpretación del DIH. La Corte IDH acude a las normas humanitarias consuetudinarias para interpretar el DIDH, pero al mismo tiempo, realiza afirmaciones que parecen conducir el DIH fuera de su espectro de competencia material.

En este proceso, la Corte Interamericana tiene como objetivo principal el uso de la costumbre y de normas no convencionales por razones que no son explícitas pero que probablemente apuntan a impedir que los Estados aleguen la

Corte está aplicando tratados sobre los que no tiene competencia. Nosotros consideramos que esto se vuelve innecesario desde que la Corte no tiene, por un lado, restricciones en la interpretación (artículo 29 (b) de la CADH⁽⁴⁷⁾) y, por otro, sigue constantemente el criterio del *corpus iuris*⁽⁴⁸⁾, según el cual se recurre a múltiples tratados de derechos humanos para interpretar la CADH. Por lo tanto, se puede recurrir al derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario.

Es en el caso de la *Masacre de Santo Domingo* en el que la Corte IDH examinó las violaciones a la CADH a la luz de los principios de distinción, proporcionalidad, y precaución, y dedujo la violación de derechos humanos⁽⁴⁹⁾. Aunque la Corte IDH sostuvo que no aplicó directamente los principios mencionados, parece que eso fue exactamente lo que hizo. En efecto, con respecto al principio de distinción, la Corte señaló que “toma nota de que las instancias judiciales y administrativas internas han considerado que el Estado incumplió el principio de distinción en la conducción del referido operativo aéreo⁽⁵⁰⁾, pero reafirmó que la falta de cumplimiento generó la muerte y daños a civiles.

(46) Caso *Masacre de Mampiripán vs. Colombia*, párrafo 115.

(47) Artículo 29, CADH, *supra* nota 13, establece que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: “b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

(48) Opinión Consultiva, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Corte IDH, 1 de octubre de 1999, párrafo 115. Este párrafo indica que “el *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”.

(49) *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, *supra* nota 15, párrafos 211-29.

(50) *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, párrafo 213. En relación al principio de distinción, la Corte ya había establecido por primera vez, en la concesión de medidas provisionales, en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, que “considera pertinente instar al Estado para que garantice y haga garantizar el principio de distinción del Derecho Internacional Humanitario, en relación con los miembros de la Comunidad de Paz, quienes son civiles ajenos al conflicto armado interno”. Medidas provisionales respecto de la República de Colombia, *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, Corte IDH, 15 de marzo de 2005, párrafo 20.

Aproximación institucional del DIH y el DIDH: tendencias actuales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Institutional approach of IHL and IHRL: current trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

Con respecto al principio de proporcionalidad, la Corte en el caso de la *Masacre de Santo Domingo* no aplicó el principio porque no hubo impacto en un objetivo militar⁽⁵¹⁾. Sin embargo, es llamativo como la Corte señala, por un lado, que no hubo un objetivo militar y que, por lo tanto, no había necesidad de analizar el principio de proporcionalidad⁽⁵²⁾; y, por otro lado, que, “(...) de acuerdo a la prueba presentada, podría considerarse que el objetivo designado para lanzar el dispositivo *cluster* no fue el lugar donde terminó cayendo efectivamente”⁽⁵³⁾, lo que parece ser una contradicción. Parecería que la razón para esta aparente contradicción es el deseo de distanciarse de un posible efecto secundario que viene por abordar los daños excesivos o incidentales que vienen de la aplicación del principio de proporcionalidad en relación con el derecho a la vida, como se verá más adelante.

Con respecto al principio de precaución, la Corte IDH lo utiliza para analizar si el uso de armamento explosivo arrojado desde una aeronave fue desarrollado bajo estrictas condiciones de seguridad⁽⁵⁴⁾. En este contexto, la Corte nota que “en cualquier caso, dada la capacidad letal y la precisión limitada del dispositivo utilizado, el lanzamiento del mismo en el casco urbano del caserío de Santo Domingo o cerca de ahí, es contrario al principio de precaución”⁽⁵⁵⁾. De manera similar, la Corte afirma que “los ametrallamientos también incumplieron con el principio de precaución”⁽⁵⁶⁾. A primera vista, la Corte IDH busca determinar si hubo violación a la CADH en esa situación *de facto* específica. No obstante, el carácter absoluto de la Corte IDH cuando afirma que un principio del DIH fue violado no es algo comúnmente esperado de un tribunal de

derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH parece no estar siguiendo la tendencia jurisprudencial de los otros tribunales regionales de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuyos fallos usan categorías que pertenecen al DIH, pero sin hacer apreciaciones valorativas de ellas⁽⁵⁷⁾.

Del análisis de los principios, aunque la Corte IDH ha sostenido y repetido que no tiene competencia para aplicar el DIH, ni para declarar la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de una norma de esta rama del Derecho Internacional, es cada vez más evidente con el razonamiento de este caso y, específicamente, con el recurso a principios consuetudinarios de DIH, que la tendencia de la Corte es emplear las normas de este cuerpo jurídico de manera más contundente. Por eso, es posible establecer que actualmente existe una *zona gris* que ciertamente no nos conduce indefectiblemente a la aplicación directa del DIH, pero que definitivamente parece acercarse a ello. Uno podría preguntarse si esto es lo que la Corte IDH puede (teniendo en cuenta su limitada competencia convencional), o más importante aún, desea hacer en los siguientes casos.

(51) *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, *supra* nota 15, párrafo 215.

(52) *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, *supra* nota 15, párrafo 229.

(53) *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, párrafo 222.

(54) *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, párrafo 221.

(55) *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, párrafo 229. Véase también el caso *Isayeva v. Russia*, Aplicación 57950/00, TEDH, 24 de febrero de 2005, párrafo 176. A pesar de que no se haya dicho expresamente, el TEDH también utiliza este principio señalando que debe haber responsabilidad internacional en virtud del artículo 2, “where they fail to take all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation mounted against an opposing group with a view to avoiding and, in any event, minimizing, incidental loss of civilian life”.

(56) *Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, *supra* nota 15, párrafo 236.

(57) Gloria Gaggioli, *The Use of Force in Armed Conflicts (Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms)*, CICR Reunión de Expertos, noviembre de 2013, 90. <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4171.pdf> (Consultada el 22 de octubre de 2014). Véase también E. Decaux, “De l'imprévisibilité de la jurisprudence européenne en matière de droit humanitaire, Cour européenne des droits de l'homme (Gde. Ch.), Kononov c. Lettonie, 17 mai 2010,” en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 86 (2011), 357.



Elizabeth Salmón Gárate

3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y su relación utilitaria con el DIH: *Lex Specialis* y el enfoque *pick and choose*

Bajo la premisa de que no es posible afirmar una separación completa entre el DIDH y el DIH, la Corte recurre a esta última rama cada vez con mayor frecuencia en lo que podemos avizorar como una nueva tendencia marcada de la jurisprudencia interamericana. Su enriquecimiento ha sido producto, principalmente, de los razonamientos en esos Estados que sufren o han sufrido situaciones de conflicto armado como Colombia⁽⁵⁸⁾, sin que ello descarte la importancia de los otros casos en la región como lo demuestra el caso *El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador y Gudiel Juárez vs. Guatemala*.

No obstante, la Corte asume la existencia de un conflicto armado no internacional sin entrar en la calificación ni sustentación del mismo. La Corte omite determinar cómo es que llega a afirmar si hay o no un conflicto armado y el tipo de conflicto armado que identifica: si es que se trata de uno regulado exclusivamente por el artículo 3 común o uno en que se verifican los requisitos de aplicación del Protocolo Adicional II, tomándose únicamente en cuenta si el Estado es parte o no de estos instrumentos. Considero que una calificación explícita, o al menos, una referencia a la fuente utilizada para afirmar la existencia de un conflicto armado- como se hizo en casos contra Perú, donde la Corte recurrió al Informe Final de Comisión de la Verdad y Reconciliación⁽⁵⁹⁾, contribuiría a definir la relevancia de las normas humanitarias y a aclarar el criterio que motiva su decisión.

Son dos las principales características de la actual aproximación de la Corte al DIH.

3.1. La *lex specialis* en concreto

La Corte Interamericana parece inclinarse, sin recurrir expresamente a dichos términos, a la teoría de la *lex specialis*, pero en un sentido que llamaré *concreto*. Como es sabido, el adagio *lex specialis derogat lex generalis*, perteneciente a la teoría general del Derecho, se refiere a que en caso de haber conflicto entre dos normas que regulan un mismo hecho, prima la norma especial. Sobre este particular, en la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) indicó que “(...) el criterio para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades”⁽⁶⁰⁾. Posteriormente, en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, la CIJ clarificó su posición, al afirmar que “algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar completados en 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”⁽⁶¹⁾.

(58) El conflicto armado en Colombia está caracterizado por la creación de áreas de alto riesgo e inseguridad para la población civil debido a la combinación de formas de violencia interconectadas, y a la presencia de paramilitares y el narcotráfico. Véase S. Kuterbanch, *Análisis del conflicto en Colombia* (2005), 12-3.

(59) Se debe notar que la Corte en varios casos contra Perú recurre a la calificación de la Comisión de la Verdad y Reconciliación con la finalidad de demostrar que se había configurado un conflicto armado no internacional. Véase Caso *De La Cruz-Flores vs. Perú*, Corte IDH, sentencia de 18 de noviembre de 2004, párrafo 73; Caso *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Corte IDH, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párrafo 143.

(60) Opinión Consultiva, *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*, CIJ, 8 de julio de 1996, párrafo 25.

(61) Opinión Consultiva, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, CIJ, 9 de julio de 2004, párrafo 106.

Aproximación institucional del DIH y el DIDH: tendencias actuales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Institutional approach of IHL and IHRL: current trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

Sin embargo, no es adecuado abordar la *lex specialis* en términos tan amplios. Coincido con la aclaración que plantea acertadamente Koskeniemi⁽⁶²⁾, de que no puede entenderse que una rama del Derecho pueda considerarse siempre un orden especial frente a otra rama. Es decir, habrá que ver la situación bajo análisis para determinar cuál es la norma más específica para su resolución. En este sentido, no se trata de que como *lex specialis* el DIH desplace o derogue en su aplicación al DIDH, sino que aquel cuerpo jurídico es un instrumento de interpretación usado por la Corte, en casos que se encuentran bajo el contexto de un conflicto armado⁽⁶³⁾. Al respecto, resulta de particular pertinencia el caso *Masacre de Santo Domingo*. En ese caso, la Corte IDH estableció por primera vez que “(...) puede observar las regulaciones del DIH, 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”⁽⁶⁴⁾. De este modo, parece más fácil acercarse a un enfoque casuístico.

Como se sabe, en contextos de conflicto armado existen disposiciones del DIDH que no pueden suspenderse y que conforman el núcleo duro de los derechos humanos⁽⁶⁵⁾. En el caso *Masacre de Santo Domingo* y en la jurisprudencia de la Corte IDH, en general, se parte de la idea de que, en cuanto al ámbito material de aplicación, las normas del DIDH y el DIH se aplican simultáneamente. La presencia del DIDH amplía el margen de protección en beneficio de la persona humana, sin desconocer que, en atención a

las necesidades generadas por el conflicto armado, determinados derechos recibirán atención especial por el DIH, a través de una regulación más detallada y precisa (como por ejemplo, en el caso de las mujeres, niños y niñas). Al respecto, la Corte IDH ha indicado que no se puede asumir “una jerarquización entre órdenes normativos, pues no está en duda la aplicabilidad y relevancia del DIH en situaciones de conflicto armado”⁽⁶⁶⁾. De esta manera, la confluencia de ambos órdenes jurídicos debe estar en la línea de humanizar y limitar los efectos del conflicto armado a lo estrictamente necesario.

No hay en la jurisprudencia de la Corte una alusión general al método de la *lex specialis*⁽⁶⁷⁾, sino que se recurre caso por caso a las disposiciones del DIH cuando la Corte entiende que aquéllas son más precisas para resolver un caso. Esta opción parece ser la más adecuada a los estándares del Derecho Internacional⁽⁶⁸⁾ considerando que “it appears to be more correct to interpret the specialty of IHL as a means of addressing the relationship between individual norms belonging to the two different branches of the law on a case-by-case basis”⁽⁶⁹⁾.

(62) Res AG. CN. 4/L. 682, *supra* nota 10, párrafos 111-2.

(63) Alexander Orakhelashvili, “The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?,” *EJIL*, Vol. 19 (2008): 161.

(64) *Masacre de Santo Domingo v. Colombia*, *supra* nota 15, párrafo 24.

(65) Véase artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, *supra* nota 13.

(66) *Masacre de Santo Domingo v. Colombia*, *supra* nota 15, párrafo 24.

(67) Informe 109/99, *Coard y otros (Estados Unidos)*, CIDH, 29 de setiembre de 1999, párrafo 42 sigue a la Corte Internacional de Justicia en este sentido: “En cuarto lugar, en una situación de conflicto armado, la prueba para evaluar la observancia de un determinado derecho, como el derecho a la libertad, puede, en determinadas circunstancias, ser distinta de la aplicable en épocas de paz. Por esa razón, la regla a aplicarse debe deducirse por referencia a la *lex specialis* aplicable. La Declaración Americana está redactada en términos generales, y no incluye disposiciones específicas relacionadas con su aplicabilidad en situaciones de conflicto. Como se verá en el análisis que sigue, la Comisión determinó que el análisis de las denuncias de los peticionarios bajo la Declaración dentro de su contexto jurídico y de hecho, requiere hacer referencia al derecho internacional humanitario, que es una fuente autorizada de orientación y proporciona las normas específicas que se aplican a las situaciones de conflicto (...)”.

(68) Res AG. CN. 4/L. 682, *supra* nota 10, párrafo 88.

(69) Orna Ben-Naftali Andrea, ed. Gioia, “The Role of the European Court of Human Rights in Monitoring Compliance Humanitarian Law in Armed Conflict,” en *International Humanitarian Law and International Human Rights Law* (2011), 214.



Elizabeth Salmón Gárate

Es decir, optar por un recurso utilitario del DIH en la medida que sirve para entender mejor las obligaciones de derechos humanos asumidas por los Estados en el marco convencional del Sistema Interamericano.

Es interesante que en esta última etapa la Corte IDH en el caso *Familia Pacheco Tineo v. Estado Plurinacional de Bolivia* (y también en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*)⁽⁷⁰⁾ haya indicado, partiendo del criterio seguido en el caso *Masacre de Santo Domingo*, que:

“(…) la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos, a la luz de otros tratados y normas pertinentes. En este caso, al utilizar las fuentes, principios y criterios del Derecho Internacional de Refugiados como normativa especial aplicable a situaciones de determinación del estatuto de refugiado de una persona y sus derechos correlativos, en forma complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos”⁽⁷¹⁾.

Es decir, hay aquí un reconocimiento del carácter específico de las normas sobre refugiados que pueden servir para una mejor interpretación de la CADH similar al que se emplea al de DIH. Por tanto, la Corte IDH se ha inclinado por emplear el DIH como patrón interpretativo del DIDH en los supuestos en que el DIH provea disposiciones especiales que ayuden a una mejor aplicación de los instrumentos interamericanos.

3.2. La Corte Interamericana y el enfoque *pick and choose*

La interrelación entre el DIH y el DIDH se manifiesta de muchas maneras y con diferentes alcances en los sistemas de protección de derechos humanos. Sin embargo, en el caso de la Corte IDH, esta relación adquiere características

especiales, porque la utilización del DIH ha servido para fundamentar mejor la vulneración del derecho a la vida, a la propiedad o incluso el derecho de circulación y de residencia (y la prohibición de los desplazamientos forzados) en situaciones de conflicto armado, pero se debe ser consciente de que el DIH permite otras comprensiones del derecho a la vida (daños colaterales del ataque a objetivos militares) o a la libertad personal (detención por motivos de seguridad por parte de la potencia ocupante en contextos de conflictos internacionales) que, desde la perspectiva del DIDH, podrían constituir violaciones de derechos humanos. Es decir, en una lectura consistente, la Corte podría terminar excluyendo normas de derechos humanos en virtud de normas de DIH y, en consecuencia, eximir de responsabilidad internacional a un Estado, que sí sería responsable de acuerdo a las normas del DIDH. En efecto, esta fue la posición adoptada por la Comisión Interamericana en el caso *Abella y otros vs. Argentina*, en el que se determinó que las muertes de los civiles que participan en las hostilidades no constituyen violaciones al derecho a la vida y, por lo tanto, no existiría responsabilidad del Estado⁽⁷²⁾.

¿Sería esto posible? Recordemos que en el plano hermenéutico, los criterios que regulan la interpretación de los tratados de DIH y DIDH van más allá del principio de buena fe y los demás principios recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de

(70) Caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, Corte IDH, sentencia de 30 de enero de 2014, (Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot), párrafo 79.

(71) Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Corte IDH, sentencia de 25 de noviembre de 2013, párrafo 143.

(72) *Abella y otros*, *supra* nota 15, párrafos 327-328. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, en *Coard y otros*, *supra* nota 67, párrafo 42, introduce una idea crítica en este tema: “En el presente caso, las normas del derecho humanitario contribuyen a definir si la detención de los peticionarios fue “arbitraria” o no de acuerdo con los artículos I y XXV de la Declaración Americana. En general, si bien la Comisión puede considerar necesario apelar a las normas aplicables del derecho internacional humanitario al interpretar y aplicar las normas del sistema interamericano de derechos humanos, dos ordenamientos que ofrecen distintos niveles de protección, la Carta de la OEA le ha impuesto el mandato de hacer efectiva la normatividad que mejor proteja los derechos del individuo”.

Aproximación institucional del DIH y el DIDH: tendencias actuales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Institutional approach of IHL and IHRL: current trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

los Tratados⁽⁷³⁾. Es necesario el criterio de interpretación *pro persona*, que permite una aplicación acorde con la naturaleza de dichos tratados⁽⁷⁴⁾. Este principio postula la “interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones”⁽⁷⁵⁾. Esto ha sido recientemente recalcado en un voto concurrente en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, al señalarse lo siguiente:

“El principio *pro persona* implica, *inter alia*, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, lo que impide, además, que se utilicen otros instrumentos internacionales [por ejemplo, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales] para restringir los derechos de la Convención Americana”⁽⁷⁶⁾.

Es decir que la utilización del DIH solo podría servir “para definir los contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos previstos en la Convención Americana y precisar las obligaciones de los Estados”⁽⁷⁷⁾, pero no para limitar sus alcances, lo cual supone una suerte de *pick and choose* (selección) o un nuevo -y controversial- recurso parcial a las normas del DIH *per se* en la jurisprudencia internacional.

A pesar de que la Corte no se ha pronunciado sobre este tema innovador directamente, sí lo ha hecho al evitar analizar el principio de proporcionalidad en el caso Masacre de Santo Domingo. En este caso, la Corte sostiene que “no corresponde analizar el lanzamiento de dicho dispositivo a la luz del principio de proporcionalidad, puesto que un

análisis semejante implicaría determinar si los muertos y heridos entre la población civil pueden ser considerado un resultado “excesivo” en relación con la ventaja militar concreta y directa esperada en caso de haberse impactado un objetivo militar, lo cual no ocurrió en las circunstancias del caso”⁽⁷⁸⁾. Con este caso, la Corte IDH parece anunciar otro análisis del DIH, pues se puede deducir que si un objetivo militar es atacado, recurrir al principio de proporcionalidad sería posible y, en consecuencia, también una evaluación valorativa sobre si las muertes producto de ese ataque son excesivas en relación a la ventaja militar.

Considero que un uso consistente del DIH implicaría una valoración de esos derechos humanos en concordancia con los estándares humanitarios cuando se trata del complejo contexto de un conflicto armado. Es decir, una lectura humanitaria de los derechos humanos debería ser adoptada. Lo contrario reduciría, prácticamente a nada la eficacia del DIH. Como se sabe, el DIH puede ser útil para entender mejor el alcance de los derechos en el marco de conflictos armados, pero también detenta una utilidad fundamental para analizar situaciones como la conducción de hostilidades que generan, en la mayoría de casos, muertes, daños a la propiedad, entre

(73) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, 1155 UNTS 331, artículo 31.1. Véase también, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Corte IDH, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafo 33.

(74) Opinión Consultiva, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Corte IDH, 1 de octubre de 1999, párrafo 114; *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Corte IDH, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 83; *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica*, Corte IDH, sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 245; *Caso Wemhoff v. Germany*, Application 2122/64, TEDH, sentencia de 27 de junio de 1968, párrafo 8 (consideraciones de derecho); *Caso Loizidou v. Turkey*, Application 15318/89, TEDH, sentencia de 23 de marzo de 1995, párrafo 71; *Caso Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Applications Nos. 46827/99 and 46951/99, TEDH, sentencia de 4 de febrero de 2005, párrafos 101-21.

(75) Opinión Consultiva, *La colegiación obligatoria de periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Corte IDH, 13 de noviembre de 1985 (Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza E.), párrafo 12.

(76) *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, Corte IDH, 21 de mayo de 2013 (Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot), párrafo 68.

(77) *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, párrafo 56.

(78) *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, *supra* nota 15, párrafo 215.



Elizabeth Salmón Gárate

otros. Este es precisamente el escenario en el que las normas humanitarias entran en acción, de manera que si no despliegan sus efectos legales en el contexto de conflictos armados, no habría manera de aplicar sus disposiciones.

Ciertamente, un órgano de derechos humanos está llamado a supervisar el cumplimiento del tratado que le otorga competencia, pero si la Corte IDH (correctamente) postula la necesidad del uso del DIH para entender mejor los derechos en el caso de un conflicto armado, se podría alegar erróneamente que está legitimada para escoger las disposiciones que son más útiles para resolver solo una parte del problema. Esta visión fragmentada del DIH dejaría a aquellos que están participando en las hostilidades en el peor escenario posible y podría poner en peligro la voluntad de respetar el DIH y la credibilidad de sus disposiciones generando situaciones en las que respetar el DIH (por ejemplo mediante la aplicación de los principios de distinción o proporcionalidad) no tendría ningún efecto positivo o prometedor porque cualquier muerte derivada de esta actividad podría suponer una violación al derecho a la vida, entre otros.

La otra opción, que es equivalente a lo que he denominado como fase de indiferencia, sería simplemente dejar de lado la desafortunada pero real situación de los conflictos armados en nuestro tiempo. A saber, analizando la situación cabalmente desde la lógica de los derechos humanos, lo que resulta inadecuado y en general incompatible con lo establecido por la Corte IDH mediante su jurisprudencia. En efecto, el hecho es que la configuración de un conflicto armado no implica la no aplicación de la CADH y en este sentido, la Corte ha indicado que, "(...) varias sentencias pronunciadas en el marco de su competencia contenciosa se refieren a hechos ocurridos durante conflictos armados no internacionales. La Convención Americana no establece

limitaciones a la competencia de la Corte para conocer casos en situaciones de conflictos armados⁽⁷⁹⁾" y, por lo tanto, la Corte usa las reglas del DIH cada vez que se enfrenta a una situación de conflicto armado.

4. El paradigma del derecho humanitario en la lectura de los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos

La Corte usa normas convencionales, consuetudinarias y principios del DIH. Su utilización es técnicamente correcta y combina adecuadamente el contenido de las mismas. Si se toman en cuenta los primeros casos en los que la Corte IDH recurre al DIH, no había una mención explícita, tanto cuantitativa como cualitativa, de las normas humanitarias como se está haciendo en los últimos casos, tal como se muestra en la tabla 1.

Los casos en que la jurisprudencia interamericana ha recurrido a la utilización del DIH son aquellos que incluyen masacres⁽⁸⁰⁾ o desplazamientos internos en los que la Corte entiende que se recurrió a la fuerza armada de manera masiva (e indiscriminada), sea por el propio Estado, sea por grupos paramilitares con aquiescencia o colaboración del Estado.

Considerando que las normas del DIDH no contienen disposiciones específicas sobre

(79) *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, supra nota 15, párrafo 22. Véase también *Las Palmeras vs. Colombia*, supra nota 15, párrafo 22.

(80) *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, Corte IDH, sentencia de 6 de diciembre de 2001; *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Corte IDH, sentencia de 29 de abril de 2004; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, supra nota 15; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*; Corte IDH, sentencia de 31 de enero de 2006; *Masacres de Ituango vs. Colombia*, supra nota 15; *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, supra nota 15; *Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, nota 15 supra; *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, Corte IDH, sentencia de 31 de agosto de 2011, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Corte IDH, sentencia de 4 de setiembre de 2012; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Corte IDH, sentencia de 25 de octubre de 2012.

Aproximación institucional del DIH y el DIDH: tendencias actuales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Institutional approach of IHL and IHRL: current trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

Tabla 1

Derechos humanos	Casos referidos a normas convencionales o consuetudinarias del DIH	Norma consuetudinaria del DIH	Norma convencional del DIH
Derecho a la vida (e integridad)	Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (2012), párrafo 141. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (2012), párrafo 187.	Corte IDH solo menciona que empleará el DIH Consuetudinario, sin referencia a normas específicas.	Convenios de Ginebra, artículo 3 común y Protocolo Adicional II.
Derecho a la verdad (Prohibición de amnistías ante crímenes de guerra)	Caso Gelman vs. Uruguay (2011), párrafo 210.	Norma 159 del DIH Consuetudinario	Artículo 6(5) del Protocolo Adicional II.
Derecho a la libertad personal	Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (2012), párrafo 141.	Corte IDH solo menciona que empleará el DIH Consuetudinario, sin referencia a normas específicas.	Convenios de Ginebra, artículo 3 común y Protocolo Adicional II.
	Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú (2013), párrafo 120.	Norma 99 del DIH Consuetudinario	No hay referencia a normas convencionales.
Derecho a la circulación (prohibición al desplazamiento interno)	Caso de Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (2012), párrafo 141.	Corte IDH solo menciona que empleará el DIH Consuetudinario, sin referencia a normas específicas.	Convenios de Ginebra, artículo 3 común y Protocolo Adicional II.
Derechos del Niño	Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (2012), párrafo 187.	Corte IDH solo menciona que empleará el DIH Consuetudinario, sin referencia a normas específicas.	Convenios de Ginebra, artículo 3 común y Protocolo Adicional II.
Derecho a la propiedad	Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (2012), párrafos 271-272.	Normas 7, 8, 9 y 52 del DIH Consuetudinario	Artículo 4(2) (g) del Protocolo Adicional II.

las situaciones que se generan en el marco de un conflicto armado (como por ejemplo, la conducción de hostilidades y su impacto en el derecho a la vida o la protección de los niños en los conflictos armados, entre otros), es relevante examinar a continuación cómo la Corte utiliza el DIH para dar contenido a algunos de los derechos de la Convención Americana. En esa línea, lo que ha venido realizando la Corte, “habida consideración de la especificidad del DIH en la materia”⁽⁸¹⁾, es evaluar cómo es que las normas humanitarias permiten apreciar con mayor precisión el impacto en los derechos consagrados en la Convención Americana en el contexto de un conflicto armado no internacional. Es, por lo tanto, no solo un ejercicio teórico, sino también, pragmático.

4.1. El derecho a la vida

Del conjunto de derechos contenidos en la Convención Americana, el derecho a la vida es “la condición previa para la realización de los demás derechos”⁽⁸²⁾. En esta línea, en el caso *Baldeón García vs. Perú*, la Corte IDH sostuvo que el goce pleno del derecho a la vida es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos y que, de no ser respetado, todos los demás derechos carecerían de sentido⁽⁸³⁾.

Para la Corte IDH, el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de

(81) *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, *supra* nota 15, párrafo 187.

(82) *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Corte IDH, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrafo 152.

(83) *Caso Baldeón García vs. Perú*, Corte IDH, sentencia de 6 de abril de 2006, párrafo 82.



Elizabeth Salmón Gárate

la Convención no solo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino también una obligación positiva de los Estados para que adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción⁽⁸⁴⁾. Sin embargo, esta obligación debe leerse de acuerdo a las normas del DIH en caso de configurarse un conflicto armado. Así, el principal problema para determinar si un acto de privación de la vida ha sido *arbitrario* reside en el hecho que ambos, DIH y DIDH, se refieren a conceptos de *necesidad* para evaluar la legalidad de ese acto, pero los exámenes que se realicen en cada régimen no son los mismos⁽⁸⁵⁾, el examen del DIDH es mucho más estricto.

En el escenario de un conflicto armado el principio de distinción cumple un rol importante porque es necesario distinguir entre quienes pueden ser un objetivo militar legítimo o no. Al respecto, resulta relevante señalar que el artículo 4 del PA II ordena la protección general de los que no participan directamente de las hostilidades y establece una serie de prohibiciones absolutas que corresponde al núcleo esencial del DIH (atacados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, toma de rehenes, los actos de terrorismo, etcétera). Asimismo, el artículo 13 del PA II hace referencia a un principio fundamental del DIH, el principio de distinción, que postula que solamente pueden ser objeto de ataque aquellos objetivos considerados militares (sin perjuicio del análisis de proporcionalidad que corresponda efectuar al momento de decidir un ataque a estos objetivos). Por su parte, a nivel de las normas consuetudinarias de DIH, se

hace una doble diferenciación entre civiles y combatientes⁽⁸⁶⁾ y bienes de carácter civil y objetivos militares⁽⁸⁷⁾.

En casos en los que se ha demandado por masacres a Colombia o Guatemala, la Corte ha entendido que estos Estados no han cumplido de manera efectiva con garantizar a su población el goce del derecho a la vida y, por el contrario, la mantuvieron expuesta a situaciones de riesgo antes, durante e, incluso, después de las masacres⁽⁸⁸⁾.

Asimismo, la Corte IDH ha indicado que la obligación de garantizar la vida existe no solo frente a las acciones del Estado, sino también frente a las de los particulares, por lo que el Estado incurre en responsabilidad internacional al no adoptar las medidas adecuadas o no ejercer la debida diligencia mediante el control de los agentes estatales para evitar, castigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas. Ello resulta, en todo caso, condicionado al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato por parte del Estado⁽⁸⁹⁾.

Por tanto, si bien la Corte no lo ha señalado expresamente, al asumir las reglas del DIH, admite que la regla de privación arbitraria de

(84) Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, supra nota 15, párrafos 85, 91. Véase también *Masacre de La Rochela vs. Colombia*, supra nota 15, párrafo 148; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, supra nota 80, párrafo 143, *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*, Corte IDH, sentencia de 15 de junio de 2005, párrafo 146.

(85) D. Jinks, Jmaogoto y S. Solomon, eds., Samuel Hartridge, "The European Court of Human Right's Engagement with International Humanitarian Law," en *Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies* (2014), 280.

(86) Normas 1-6, DIH Consuetudinario, <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/customary-law-rules-spa.pdf> (Consultada el 6 de setiembre de 2014).

(87) Normas 7-10, DIH Consuetudinario.

(88) *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, nota 80 supra, párrafos 42.6, 42.7, 42.25, 42.25, 42.28; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, nota 15 supra, párrafos 120-121, 123; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, nota 80 supra, párrafos 126, 139-140, *Masacres de Ituango vs. Colombia*, nota 15 supra, párrafos 131-138; *Masacre de "Las Dos Erres" vs. Guatemala*, nota 15 supra, párrafos 141, 213-216, 226, 284; *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, nota 80 supra, párrafos 117, 240-241, 244; *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, nota 15 supra, párrafos 188, 237, 243, 247.

(89) *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, Corte IDH, sentencia de 24 de noviembre de 2011, párrafo 123.

Aproximación institucional del DIH y el DIDH: tendencias actuales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Institutional approach of IHL and IHRL: current trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

la vida varía según se esté en un contexto de conflicto armado o no. Debe destacarse, no obstante, que usa el principio de distinción para enfatizar la obligación del Estado de proteger a los civiles, pero no se pronuncia acerca de los efectos legítimos de las hostilidades, a saber, el denominado daño incidental de las hostilidades y su impacto en el derecho a la vida.

4.2. El derecho a la propiedad

La Corte IDH ha enfatizado la importancia del derecho de propiedad de bienes indispensables para la supervivencia de la población civil. Esto no solo refleja la relación que existe con el DIH, sino, sobre todo, los efectos económicos y sociales de la privación de propiedad en el contexto específico de la población civil en zona de conflicto⁽⁹⁰⁾.

Desde el DIH se protege la propiedad al prohibir el pillaje, es decir, “la apropiación sistemática y violenta de bienes muebles privados o públicos efectuada por miembros de fuerzas armadas en perjuicio de las personas protegidas por los Convenios de Ginebra (civiles, heridos, enfermos o náufragos y prisioneros de guerra) o del Estado adverso”⁽⁹¹⁾. Esta práctica se encuentra expresamente prohibida por el artículo 4. 2. g) del Protocolo Adicional II y las normas consuetudinarias 52 y 111.

En el caso *Masacre de Santo Domingo*, si bien finalmente la Corte concluye que no se puede imputar responsabilidad al Estado colombiano por la violación del derecho a la propiedad (artículo 21 de la Convención), toda vez que no existían pruebas suficientes que permitan identificar claramente al autor de robos de animales y otros actos de destrucción de la propiedad, es interesante ver como la Corte nuevamente se apoya en el DIH como criterio interpretativo:

“Con respecto al pillaje, el Tribunal observa también que dicho acto se encuentra expresamente prohibido en el artículo 4.2. g. del Protocolo II de 1977 y 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. Asimismo la Corte recuerda que el TPIY ha señalado en su jurisprudencia 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”⁽⁹²⁾.

La Corte recurre al DIH para evaluar la transgresión del derecho a la propiedad y estimar que, dada la configuración de las circunstancias que incluyen la existencia de un conflicto armado no internacional y la condición de vulnerabilidad de las víctimas, se han generado daños “a su propiedad [que] pueden tener un efecto y magnitud mayores que los que hubiesen tenido para otras personas o grupos en otras condiciones”⁽⁹³⁾. De manera similar, en el caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, la Corte IDH, citando los artículos 13 y 14 del PA II⁽⁹⁴⁾, indicó que “el apoderamiento del ganado y la destrucción de las viviendas por parte de los paramilitares, perpetrada con la colaboración directa de agentes del Estado, constituye una grave privación del uso y goce de los bienes”⁽⁹⁵⁾. Sin embargo, la invocación de tales normas solo se limita a explicar la

(90) E. Salmón, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano: El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el camino hacia una lectura social de los derechos civiles y políticos* (2010), 89.

(91) Françoise Bouchet-Saulnier, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire* (2006), 397.

(92) *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, *supra* nota 15, párrafos 270 y 272.

(93) *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, párrafo 273.

(94) *Masacres de Ituango vs. Colombia*, *supra* nota 15, párrafo 180.

(95) *Masacres de Ituango vs. Colombia*, párrafo 183.

(96) Opinión consultiva, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Corte IDH, 28 de agosto del 2002, párrafo 54.



Elizabeth Salmón Gárate

gravedad de la situación y la vulnerabilidad de los civiles en la zona, pero no se deriva de un contenido particular del derecho a la propiedad en conflictos armados.

4.3. Los derechos del niño

Como estableció la Corte IDH en su opinión consultiva sobre *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*⁽⁹⁶⁾ y en la sentencia *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, los niños y niñas “poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos (...) y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”⁽⁹⁷⁾, por lo que los casos en los cuales son víctimas de violaciones a los derechos humanos resultan de especial gravedad. En el caso de conflictos armados, la Corte IDH ha dicho que se hace más evidente la especial vulnerabilidad de los niños, “pues son los menos preparados para adaptarse o responder a dicha situación y, tristemente, son quienes padecen sus excesos de forma desmesurada”⁽⁹⁸⁾.

En esta línea, la Corte ha reconocido en el caso *Vargas Areco Vs. Paraguay* que “en el derecho internacional existe una tendencia a evitar que se incorpore a personas menores de 18 años de edad en las Fuerzas Armadas, y a asegurar, en todo caso, que los menores de 18 años de edad no participen directamente en hostilidades”⁽⁹⁹⁾. Para ello, la Corte parte, por un lado, del hecho de que Paraguay había ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño⁽¹⁰⁰⁾ y, por otro, acude al DIH.

En virtud a ello, la Corte IDH ha considerado que el artículo 19 de la Convención Americana se configura como

un derecho complementario para seres humanos que, por su desarrollo físico y emocional, necesitan medidas de protección especiales⁽¹⁰¹⁾ y cuyo contenido se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁽¹⁰²⁾.

Cuando las violaciones a los derechos humanos de los niños ocurren en el marco de un conflicto armado, cabe hacer referencia a dos instrumentos internacionales para dar un contenido más protector al artículo 19⁽¹⁰³⁾. El primero de ellos es la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 38 y 39), el segundo es el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados⁽¹⁰⁴⁾. Adicionalmente, las normas consuetudinarias 120, 135, 136 y 137 establecen la obligación del Estado de adoptar todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado, así como promover la recuperación, tanto física como psicológica, y la reintegración social de todo niño víctima de un conflicto armado.

(97) Caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” vs. *Paraguay*, Corte IDH, sentencia de 2 de setiembre de 2004, párrafo 147. Véase también *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, Corte IDH, sentencia de 26 de setiembre de 2006, párrafo 77, *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, Corte IDH, sentencia de 21 de setiembre de 2006, párrafo 113; y *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Corte IDH, sentencia de 8 de setiembre 2005, párrafo 33; *Masacres de Ituango vs. Colombia*, *supra* nota 15, párrafo 224.

(98) *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, *supra* nota 15, párrafo 156.

(99) *Vargas Areco vs. Paraguay*, *supra* nota 97, párrafo 122.

(100) *Vargas Areco vs. Paraguay*, párrafo 71.26.

(101) *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, *supra* nota 15, párrafo 152.

(102) *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *supra* nota 96, párrafo 56. Véase también, *Bulacio vs. Argentina*, Corte IDH, sentencia de 18 de setiembre de 2003, párrafo 134.

(103) “*Instituto de Reeducación del Menor*” vs. *Paraguay*, *supra* nota 96, párrafo 147.

(104) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados de 2000, 2173 UNTS 222.

Aproximación institucional del DIH y el DIDH: tendencias actuales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Institutional approach of IHL and IHRL: current trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

La Corte IDH ha acudido, aparte de esta normativa específica, al artículo 4 del PA II en el caso *Vargas Areco* y en el caso *Masacre de Santo Domingo*⁽¹⁰⁵⁾. Además se ha basado en la noción de *corpus iuris* internacional para hacer notar que los derechos de los niños no se encuentran únicamente recogidos en tratados de derechos humanos, sino que también existen otras normas que les brindan protección, entre ellas, las del DIH. Asimismo, y de manera similar al derecho a la propiedad, la Corte ha afirmado en el caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* que el conflicto armado aumenta la vulnerabilidad de los niños, razón por la cual el Estado debe protegerlos especialmente⁽¹⁰⁶⁾. En esta línea, en el caso *Masacre de Santo Domingo*, la Corte también cita el artículo 4. 3 del PA II⁽¹⁰⁷⁾, referido a la facilitación de la reunificación de familias temporalmente separadas, sosteniendo la especial vulnerabilidad de los niños en el marco de un conflicto armado no internacional⁽¹⁰⁸⁾. Es interesante llamar la atención al hecho que en el caso *Vargas Areco* la Corte no tenía jurisdicción temporal para juzgar el reclutamiento de niños soldados como violaciones a los derechos humanos, sin embargo, hizo un esfuerzo para indicar que el DIH era necesario para la protección de los derechos humanos⁽¹⁰⁹⁾.

4.4. El derecho a la integridad personal y la violencia sexual contra la mujer

El artículo 5 de la CADH establece el derecho a la integridad personal que ha sido considerado de forma constante como una norma *ius cogens* en el sistema interamericano⁽¹¹⁰⁾. La Corte Interamericana ha señalado que la violencia sexual contra las mujeres y niñas en el marco de conflictos armados afecta directamente este derecho, y por lo tanto, entiende la violencia sexual como una forma de tortura o trato cruel, inhumano y degradante.

Ciertamente, para la Corte, la violencia sexual tiene un doble carácter. Por un lado, puede constituir tortura dado que la Corte:

“(…) Ha considerado que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas”⁽¹¹¹⁾.

En este sentido, la Corte ha establecido lo siguiente:

“Una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto”⁽¹¹²⁾.

Por otro lado, en el caso del *Penal Miguel Castro Castro*, en el que el Estado peruano repelió, en el marco de un conflicto armado, un motín organizado por miembros de Sendero Luminoso en esta prisión, la Corte

(105) *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, *supra* nota 15, párrafo 238.

(106) *Masacre de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *supra* nota 80, párrafo 155.

(107) *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, *supra* nota 15, párrafo 238.

(108) *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, párrafo 239.

(109) Lucas Lixinski, “Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the service of the unity of international law,” *EJIL*, vol. 21 (2010): 593.

(110) Caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, Corte IDH, sentencia de 21 de setiembre de 2006, párrafo 97; Informe 58/12 (Fondo), *Hermanos Landaeta Mejías vs. Venezuela*, CIDH, 21 de marzo 2012, párrafos 235, 237.

(111) *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, *supra* nota 80, párrafo 132.

(112) Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, Corte IDH, sentencia de 31 de agosto de 2010, párrafos 111-121 (en particular, ver párrafo 118).



Elizabeth Salmón Gárate

Interamericana reconoció que “los actos de violencia sexual, (...) en muchas ocasiones es utilizada como “un medio simbólico para humillar a la parte contraria”⁽¹¹³⁾. Es decir, en el marco específico de conflictos armados, la violencia sexual contra la mujer es utilizada como un instrumento para tratar de debilitar a la parte contraria pareciéndose cruelmente a un método de combate. Por lo tanto, la Corte afirma que “la utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarles a ellas de forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección”⁽¹¹⁴⁾. De esta manera, actos como desnudez forzada, *inspección* vaginal con los dedos o cuando “no se les permitió asearse y, en algunos casos, para utilizar los servicios sanitarios debían hacerlo acompañadas de un guardia armado quien no les permitía cerrar la puerta y las apuntaba con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas”⁽¹¹⁵⁾, además de la violación en sí misma, entre otros, fueron considerados como una vulneración al artículo 5 de la CADH. La Corte recurrió al caso *Akayesu*⁽¹¹⁶⁾ del Tribunal Penal Internacional para Ruanda para definir el acto de violencia sexual, y no se encargó ella misma de dar los requisitos del consentimiento para constituir una ofensa sexual⁽¹¹⁷⁾.

Igualmente, en un caso más reciente, la Corte incluyó otras prácticas “como los abusos sexuales, chantajes sexuales, acoso sexual o manoseos”⁽¹¹⁸⁾ con la consideración que estas prácticas “no son denunciadas y que la legislación penal interna no facilitaba que una mujer víctima de violencia sexual denunciara estos hechos, dado los engorrosos procedimientos que la denuncia implicaba, así como la humillación y vergüenza que se extiende sobre la víctima”⁽¹¹⁹⁾. Los efectos que estos actos producen en la mujer son el “constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por

parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas”⁽¹²⁰⁾.

La Corte ha tenido también la oportunidad de reafirmar este razonamiento en el caso específico de niñas que han sufrido violencia sexual en un conflicto armado. Ciertamente, en el marco del conflicto armado en Guatemala, la Corte consideró que la violación sexual que habría sido cometida por un agente estatal contra una niña de nueva años, constituye una forma de tortura de la víctima⁽¹²¹⁾.

En este razonamiento, la Corte analiza la tortura, pero también el derecho a la protección de la honra y de la dignidad (artículo 11) de la CADH y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, *Convención de Belém Do Pará*. Esto es importante porque la interpretación humanitaria se expande a otros tratados del sistema interamericano y no solo a la CADH.

Lo interesante de esta contribución es que al examinar la violación sexual en el contexto de un conflicto armado, la Corte no duda en incluir otros escenarios distintos a la violación, como contrarios al derecho a la integridad personal y además reconoce que todas estas formas de violencia son medios para atacar a la parte contraria en conflictos armados.

(113) *Caso Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú*, *supra* nota 59, párrafo 223.

(114) *Caso Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú*, párrafo 224.

(115) *Caso Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú*, párrafo 306.

(116) *Caso Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, TPIR, Sala de Primera Instancia, sentencia de 2 de setiembre, 1998.

(117) Patricia Sellers, *The Prosecution of Sexual Violence in Conflict: The Importance of Human Rights as Means of Interpretation* (2007), 32-3.

(118) *Caso J. vs. Perú*, Corte IDH, sentencia de 27 de noviembre de 2013, párrafo 316.

(119) *Caso J. vs. Perú*, Corte IDH, párrafo 316.

(120) *Caso Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú*, *supra* nota 59, párrafo 308.

(121) *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, *supra* nota 15, párrafo 273.

Aproximación institucional del DIH y el DIDH: tendencias actuales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Institutional approach of IHL and IHRL: current trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

4.5. El derecho a la libertad personal

En el marco de los derechos humanos, la libertad personal es la regla y la privación de ella, la excepción. De esta forma, toda restricción debe estar justificada en motivos razonables y, de no estarlo, puede ser objeto de cuestionamiento⁽¹²²⁾.

La libertad personal es un derecho que, en etapa de conflicto armado, también es importante garantizar. En este sentido, la restricción del derecho a la libertad personal de los prisioneros de guerra debe garantizar un trato con humanidad⁽¹²³⁾. Esta disposición del DIH puede ser completada desde el DIDH. En el caso de un conflicto armado no internacional, como son los que comúnmente evalúa la Corte IDH, ésta se ha basado en la norma 99 del DIH consuetudinario que indica que “queda prohibida la privación arbitraria de la libertad”⁽¹²⁴⁾. Precisamente, como parte de su fundamentación en el caso *Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, la Corte menciona lo siguiente:

“(…) el Comité Internacional de la Cruz Roja ha determinado que es una norma de derecho internacional humanitario consuetudinario, (...) la prohibición de la privación arbitraria de la libertad. Por consiguiente, (...) la prohibición de detención o encarcelamiento arbitrario tampoco es susceptible de suspensión durante un conflicto armado interno”⁽¹²⁵⁾.

La Corte ha declarado la violación del artículo 7 (derecho a la libertad personal) de la Convención cuando un Estado

ha impedido el ejercicio de acciones de garantía frente a restricciones a la libertad de las víctimas. En el contexto de un conflicto armado, resulta trascendental que el Estado garantice el funcionamiento de su sistema judicial. De este modo, la Corte ha cuestionado la autoridad competente si esta se conforma por la jurisdicción militar⁽¹²⁶⁾ o un alcalde de prisión⁽¹²⁷⁾.

4.6. Derecho de circulación y residencia (frente al desplazamiento interno)

Desde la perspectiva del DIDH, la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona. Ello concuerda con lo señalado por el Comité de Derechos Humanos⁽¹²⁸⁾, que indicó que el derecho de circulación y residencia consiste en (i) el derecho de quienes se encuentran legalmente dentro de un Estado a circular libremente en ese Estado y escoger su lugar de residencia; y, (ii) el derecho de una persona a ingresar a su país y a permanecer en él⁽¹²⁹⁾.

Sin embargo, aun cuando el DIH prohíbe los desplazamientos forzados (artículo 17 del PAII y las normas consuetudinarias 129 y 131), los conflictos armados son una de las principales

(122) Elizabeth Salmon y Cristina Blanco, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2012), 54.

(123) Artículo 37, CG IV. Las disposiciones de los Convenios de Ginebra sobre detención deben ser tomadas en consideración debido a que el número de Estados parte, 196 a la fecha, prueba la aceptación general de estas normas. Hartridge, *supra* nota 85, 283.

(124) Otras disposiciones del DIH relativas al derecho a la libertad personal son los artículos 2. 2, 4. 1, 5, 6. 5, 25. 1 del PA II y artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

(125) Caso *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, Corte IDH, sentencia de 26 de noviembre de 2013, párrafo 120.

(126) Caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*, Corte IDH, sentencia de 10 de julio de 2007, párrafo 75.

(127) Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Corte IDH, sentencia de 21 de noviembre de 2007 párrafos 128-130. En este caso, la Corte rechaza la autoridad del Alcalde del cantón Santiago de Guayaquil para conocer el habeas corpus interpuesto por el Sr. Lapo sobre la base que el artículo 7. 6 de la Convención “es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del “arresto o detención” tiene que ser un juez o tribunal”. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, párrafo 128.

(128) Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 9, 1 de noviembre de 1999, párrafos 1, 4, 5 y 19.

(129) *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, *supra* nota 15, párrafo 168.

(130) *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párrafo 165.



Elizabeth Salmón Gárate

causas del desplazamiento de personas. La jurisprudencia de la Corte no ha sido ajena a esta situación. Estos casos incluyen la masacre ocurrida en el caso *Operación Génesis*, donde los familiares de las presuntas víctimas se vieron obligados a desplazarse forzosamente, debiendo abandonar sus residencias, sus trabajos y su comunidad, y la *Masacre de Mapiripán*, en que la población del lugar fue reducida de aproximadamente 3000 personas a cerca de 135 familias⁽¹³⁰⁾. Teniendo en cuenta la compleja situación de vulnerabilidad que afecta a las personas que sufren el fenómeno del desplazamiento interno, la Corte ha considerado necesario analizar la dinámica de dicho fenómeno en el particular contexto del conflicto armado interno⁽¹³¹⁾.

En este sentido, la Corte IDH ha afirmado que el derecho de circulación y residencia del artículo 22 de la CADH incluye el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado parte⁽¹³²⁾,

“(…) En razón de la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o pone en riesgo, y en atención a dichas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados como sujetos de derechos humanos, su situación puede ser entendida como una condición individual *de facto* de desprotección respecto del resto de personas que se encuentren en situaciones semejantes. (...) En los términos de la Convención Americana, la situación diferenciada en que se encuentran los desplazados obliga a los Estados a otorgar un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso *vis-à-vis* actuaciones y prácticas de terceros particulares”⁽¹³³⁾.

Esta afirmación resulta de una lectura complementaria de ambas ramas del derecho y genera una ampliación material del contenido del derecho a la circulación y residencia en el ámbito interamericano.

Adicionalmente, desde el DIH se establece un deber de precaución. De acuerdo a éste, en los casos en que un desplazamiento forzado sea lícito según el artículo 17. 1 del PA II, “se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación”. Esto ha sido reafirmado por la Corte en los casos *Masacre de Mapiripán*⁽¹³⁴⁾ y *Masacres de Ituango*⁽¹³⁵⁾. En lo que se refiere al traslado mismo de la población civil a causa del conflicto armado, resulta relevante considerar lo señalado en los Comentarios al PA II, que establece que “ni que decir tiene que esas mismas exigencias son aplicables al propio desplazamiento. Esas modalidades prácticas tienen por finalidad garantizar a la población desplazada unas condiciones de vida decorosas”⁽¹³⁶⁾.

En el caso de los niños frente al desplazamiento interno, el PA II establece en el artículo 4. 3. e) que se deberán tomar medidas “para trasladar temporalmente a los niños de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura y para que vayan acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar”⁽¹³⁷⁾. Al respecto,

(131) *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párrafo 169.

(132) *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párrafo 188.

(133) *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* párrafos 177, 179. La Corte IDH ha aplicado los Principios Rectores de los desplazamientos internos de 1998, en el Caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, que son la base tanto del DIDH como del DIH. Véase *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, supra nota 84, párrafo 111, *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, supra nota 15, párrafo 4.

(134) *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, supra nota 15, párrafo 172.

(135) *Masacres de Ituango vs. Colombia*, supra nota 15, párrafo 209.

(136) Y. Sandoz, Comentario de los Protocolos Adicionales del 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (1987), párrafo 4856.

(137) Artículo 4. 3. e), PA II.

Aproximación institucional del DIH y el DIDH: tendencias actuales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Institutional approach of IHL and IHRL: current trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

la Corte IDH ha indicado en el caso *El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* que el desplazamiento forzado no debe desvincularse de la violación de otros derechos. En este sentido, el Estado fue encontrado responsable también por la violación del artículo 19 (derechos del niño) de la CADH debido a la presencia de niños dentro del grupo de desplazados⁽¹³⁸⁾.

4.7. El derecho a la verdad

La Corte no se ha limitado a evaluar los derechos reconocidos expresamente en la Convención Americana, sino que también ha postulado la existencia de otros que surgen de la lectura conjunta de su articulado, como el derecho a la verdad, que surge de la noción de debido proceso y garantías judiciales⁽¹³⁹⁾. En cuanto a este último, por ejemplo, la Corte IDH se basa en la norma 177 del DIH consuetudinario (sobre la búsqueda de personas desaparecidas) para reafirmar el derecho a la verdad de los familiares, particularmente, de las personas desaparecidas en contextos de conflicto armado⁽¹⁴⁰⁾. Se trata de emplear las normas del DIH para reforzar la argumentación sobre la existencia y aplicabilidad del derecho a la verdad en el contexto de un conflicto armado.

Además, la Corte ha evaluado, según las reglas del DIH, si una ley es conforme o no a la Convención Americana como ha sucedido con la *Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz* en El Salvador⁽¹⁴¹⁾. En ese sentido, en el caso *El Mozote y lugares aledaños*, para evaluar si esta ley es conforme a la letra y espíritu de la CADH, la Corte acudió al DIH en los siguientes términos:

“Según 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. (...) Sin embargo, esta norma no es absoluta, en tanto también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra”⁽¹⁴²⁾.

La Corte sostuvo que el DIH no puede ser utilizado como una excusa de los Estados para incumplir el DIDH, al especificar que la amnistía detallada en el artículo 6. 5 del PA II no es una norma de carácter absoluto, sino que existen obligaciones (de investigación y de sanción) que derivan de la gravedad de los crímenes de guerra, podría incluirse aquí también a los crímenes de lesa humanidad o genocidio, que no puede ser ignorada en base a la configuración de un conflicto armado. Por ello, la obligación de investigación y sanción subsiste independientemente de configurarse un escenario de violencia armada generalizada.

5. Conclusiones

En general, la Corte Interamericana ha participado, a través de su función contenciosa, del proceso de convergencia y complementariedad del DIDH y el DIH. La Corte IDH, al interpretar la Convención Americana a partir del DIH, reconoce que esta rama del Derecho Internacional se aplica,

(138) *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, supra nota 15, párrafo 195.

(139) Salmon y Blanco, supra nota 15, 42.

(140) *Gudiel Álvarez y otros “Diario Militar” vs. Guatemala*, supra nota 15, párrafo 299.

(141) *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia del 24 de febrero de 2011, párrafo 210. En este caso la Corte ha indicado que “en una interpretación del artículo 6-5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra a la luz del Derecho Internacional Humanitario, el CICR aclaró que las amnistías no podían amparar a los perpetradores de crímenes de guerra: cuando se aprobó el párrafo 5 del artículo 6 del Protocolo Adicional II, 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”.

(142) *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, supra nota 80, párrafos 285-6.



Elizabeth Salmón Gárate

independientemente de su competencia para declarar la responsabilidad del Estado por la violación de normas humanitarias.

Ciertamente, que la Corte haya acudido recientemente a los principios de distinción, proporcionalidad y precaución ha supuesto un acercamiento más directo al DIH, y que podríamos decir genera el inicio de una nueva etapa en su jurisprudencia. Al hacer esto, amplía el alcance de las obligaciones de los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos, dado que implica un llamado de atención innegable a los Estados que conforman el sistema interamericano para

que actúen de acuerdo a los principios consuetudinarios del DIH (además de las convencionales) en contextos de conflicto armado. En este sentido, los Estados no son libres de tratar a la población civil y a los bienes civiles como estimen conveniente, ni pueden usar medios y métodos ilimitados para confrontar fuerzas armadas disidentes o grupos armados.

Sin embargo, la jurisprudencia del sistema interamericano no ha tomado en cuenta que el uso del DIH puede llevar también al fracaso de consignar violaciones a los derechos humanos debido a circunstancias específicas de los conflictos armados, como la conducción de las hostilidades. Esta falta de consistencia manifiesta una visión unilateral del DIH que puede tener repercusiones negativas en la comprensión del DIH, en la región. 