

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: UNA RELACIÓN PROBLEMÁTICA

Alejandro Aponte Cardona

RESUMEN. El presente trabajo se ocupa del análisis de la evolución del sistema interamericano de derechos humanos en función de la posible aplicación de normas propias del derecho internacional humanitario, cuando su fuente normativa, el Pacto de San José, se limita en principio a la aplicación de normas propias del derecho internacional de los derechos humanos. El punto de partida ortodoxo sería que para la paz rige el segundo ámbito normativo, mientras que el derecho internacional humanitario solo se aplica a situaciones propias de conflicto armado, más allá de la competencia del sistema. Pero hoy, especialmente la Corte Interamericana, opta por una conexión, en términos de complementariedad, entre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, entre la vida, la integridad, la dignidad y la protección específica de las personas inmersas en un conflicto armado.

ABSTRACT. This report analyses the evolution of the Inter-American human rights system in terms of the possible application of rules which are typical of international humanitarian law, whereas its legal source, the Pact of San José, confines itself in principle to the application of the rules of international human rights law. The orthodox position is that this second set of rules applies in situations of peace while international humanitarian law is only applicable in situations of armed conflict, which are beyond the scope of competence of the system under analysis. However, the Inter-American Court of Human Rights currently decides in favour of a connection, in terms of the complementarity between human rights law and international humanitarian law, between life, integrity, dignity and the specific protection of persons in armed conflicts.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En el tema que corresponde a la posible aplicación de las normas del derecho internacional humanitario por el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), el primer problema que surge es el relacionado con el ámbito regulativo propio del derecho humanitario, es decir, que se trate de un conflicto armado, internacional o interno. La vieja o tradicional distinción —hoy completamente revaluada— que postula que para situaciones de paz regiría el derecho internacional de los derechos humanos y para la guerra el derecho internacional humanitario, serviría como punto de partida para introducir el tema. Pero, como se dice, se trata de una distinción revaluada, tanto más desde el punto de vista del derecho penal internacional, cuando es claro, por ejemplo —a propósito de otra distinción que también operaría en función de la paz o de la guerra—, que también en situaciones de guerra internacional o de conflicto armado interno se pueden presentar simultáneamente delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Pero el tema es más problemático respecto del SIDH que cuando se trata de la justicia penal internacional, concretamente, cuando se trata de la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI). Los dos pueden concebirse de manera general como sistemas de protección de derechos humanos, de la persona humana frente a graves violaciones de derechos humanos y, en el caso del Estatuto, de su protección frente a los crímenes de guerra, pero el sistema, como se sabe, toma como base la responsabilidad de los estados parte, mientras que la Corte Penal establece una responsabilidad individual. (Esta es también una frontera tenue hoy en día —hecho muy interesante y polémico—, si se tienen en cuenta los últimos desarrollos de la jurisprudencia del SIDH, enfatizados por diversos votos razonados que hacen referencia a los dos tipos de responsabilidades como dos caras de la misma moneda, por decirlo gráficamente.)

No se trata apenas de un tema de mera competencia: si el SIDH puede abordar efectivamente infracciones al derecho internacional humanitario (DIH), comenzando por el hecho de que la Convención Americana no es un estatuto normativo que contenga normas de derecho humanitario, el mismo sistema debe entrar a constatar cuestiones muy problemáticas, como si se acepta o no la existencia de un conflicto armado interno en estados parte cuyos gobiernos la niegan —como es el caso de Colombia—. Tiene que ver con la discusión política, mas no normativa, sobre la beligerancia de actores inmersos en el conflicto, que se refiere al hecho clave de la inexistencia efectiva de un control o dominio territorial de las fuerzas estatales cuyo monopolio exclusivo de las armas les es disputado en algunos territorios por actores armados organizados, con superior jerárquico, dominio territorial y acciones concertadas, para hablar de una vez de requisitos

ALEJANDRO APONTE CARDONA

propios del DIH para tematizar situaciones de conflicto armado interno. Se trata, por tanto, de hechos complejos que tienen repercusiones concretas sobre los estados respecto de los cuales se puede imputar responsabilidad, de manera indirecta por lo menos, en cuanto a la posible violación de normas del derecho internacional humanitario.

En el presente informe, que no tiene carácter nacional, se hará referencia, de manera didáctica, muy de la mano de las decisiones de los dos órganos del SIDH a la evolución que ha tenido el sistema respecto de la posible aplicación de las normas del derecho internacional humanitario a las etapas de este proceso, a la diferencia de posición entre la Comisión y la Corte, a la distinción que hace esta entre *interpretación* posible de las normas humanitarias (aunque siempre en referencia a las normas del Pacto de San José) y *aplicación* directa, a la tendencia a relativizar la distinción tajante entre responsabilidad estatal y responsabilidad individual (en conexión posible con las infracciones al DIH y aun la tendencia del SIDH a individualizar responsables cuando la reconstrucción de los hechos así lo permita. Ello a pesar incluso de que en el ámbito interno no se hayan producido sentencias definitivas que demuestren responsabilidad penal individual.

Como se dice, no se trata de un informe nacional, pero debe anotarse que las decisiones del sistema, referidas al caso colombiano, son especialmente prolíficas en relación con el tema. Se trata, en este país, de la persistencia de un conflicto armado interno degradado y difuso que produce graves violaciones a los derechos humanos, junto con la comisión de infracciones al derecho internacional humanitario por los diversos actores del conflicto. Pero también son muy importantes las decisiones respecto del Perú, o aquellas relacionadas con hechos ocurridos en países centroamericanos. Incluso se reseñará una decisión contra el Estado argentino para ilustrar la evolución comentada.

El trabajo, como se advierte, se desarrollará de la mano de las decisiones o documentos generados por el sistema, pero se hará referencia a aquellas decisiones que en el ámbito interno —por ejemplo, de tribunales constitucionales— puedan ser importantes para analizar no solo el impacto que puede tener una decisión en ese ámbito, sino para mirar también cómo dicho impacto puede enriquecer la discusión global sobre justicia penal internacional. El autor de este informe está convencido de que, respecto de la recepción posible de normas de derecho penal internacional o de la jurisprudencia, no solo opera una vía de afuera hacia adentro, sino también de adentro hacia afuera; es decir, los sistemas internos producen también herramientas de interpretación normativa que pueden y deben ser valiosas para los tribunales internacionales. No se hará referencia

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

exhaustiva ni mucho menos a jurisprudencia penal interna, sino a aquellas decisiones de carácter constitucional que, ligadas a la noción de *bloque de constitucionalidad*, pueden ilustrar mejor el tema de la *protección*—que es en última instancia el tema fundamental cuando se trata del DIH— de aquellas personas que, en situación de conflicto armado, se convierten en sujetos especiales de dicha protección.

1 • Evolución en el proceso de toma de decisiones del SIDH con base en las normas humanitarias

1.1. El fenómeno de la competencia

Para iniciar el análisis de la evolución del sistema interamericano respecto de la interpretación o posible aplicación de las normas humanitarias, puede hacerse referencia al artículo 33 de la Convención Americana, el cual establece que son competentes “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención” tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com IDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Luego, el artículo 44 hace referencia al hecho de que “[c]ualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.¹ En virtud de esta norma, las peticiones ante

¹ Sin embargo, en este punto es relevante poner de manifiesto que, según admite el artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘Pacto de San José de Costa Rica’, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ‘Protocolo de San Salvador’, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y el presente Reglamento. El peticionario podrá designar en la propia petición, o en otro escrito, a un abogado u otra persona para representarlo ante la Comisión”.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

la Com IDH solo pueden recaer sobre violaciones a la Convención, lo que impediría a este órgano analizar violaciones al derecho internacional humanitario en las peticiones presentadas. En concreto, la Convención Americana no contiene, directamente, normas propias del DIH.

Por su parte, el artículo 1 del Estatuto de la Com IDH, al establecer que esta es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia, dispone que, para los fines del Estatuto, por derechos humanos se entienden los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con sus estados parte, y los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en relación con los demás estados miembros. Asimismo, el artículo 1 del Estatuto de la Corte IDH determina que esta es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1.2. Diferencias de posición entre los dos órganos del sistema interamericano de derechos humanos

La Convención no admite expresamente la posibilidad de que los órganos del SIDH apliquen disposiciones de derecho internacional humanitario al determinar la responsabilidad internacional de los estados cuando se presenta un conflicto armado, lo cual plantea problemas al establecer las bases de juicio en aquellos casos sometidos a los órganos del sistema en los cuales sea claro que se han violado normas humanitarias, desde el punto de vista, desde luego, de los tratados que consagran dichas normas y que están por fuera de la competencia del sistema. Por esa razón, los propios casos que han llegado al sistema han obligado a sus órganos a referirse a este punto insoslayable. De manera muy sintética y gráfica se puede establecer la primera consecuencia de este proceso: de una parte, la Com IDH ha considerado que es competente para aplicar las normas de derecho humanitario al analizar los casos sometidos a su conocimiento en los cuales se presentan conflictos armados; de otra parte, la Corte IDH ha establecido que las disposiciones de derecho internacional humanitario solo constituyen un referente de interpretación de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, mas se ha declarado inhibida para aplicar dichas normas a casos concretos. (Luego se verá que esta distinción entre interpretación y aplicación directa tiende a desaparecer en la

práctica, en la medida en que el sistema tiende a considerar cada vez con mayor vigor el conjunto de las normas que componen el derecho internacional humanitario.)²

2. Aplicación de normas de derecho internacional humanitario por la Corte Europea de Derechos Humanos: un ejercicio interesante de *renvoi*

Una vez que se ha hecho referencia genérica a las diferencias de posición entre los diferentes órganos del sistema y antes de entrar en el análisis en detalle de tales diferencias y de sus numerosos matices, se considera pertinente hacer alusión a ejercicios muy interesantes que han tenido lugar en el sistema europeo de derechos humanos (SEDH), a partir de los cuales ha sido posible una especie de reenvío de normas que configuran un instrumento a otro, con el propósito de dar solución a casos que en principio estarían por fuera de la constelación normativa correspondiente o de la competencia de los órganos previstos para la solución de los casos. Así, tal como se verá, la cuestión sobre la aplicación de normas de derecho internacional humanitario por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido trascendental en algunos casos llevados ante este tribunal internacional, especialmente para entender la convergencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, cuando este último se erige como un elemento fundamental de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos en caso de hechos acaecidos en el marco de un conflicto armado.

Sin embargo, no ha sido exclusiva del SIDH la discusión sobre la posibilidad de aplicar las normas de DIH por un tribunal de derechos humanos cuyo estatuto de atribución de competencias no concibe el empleo de aquellas para considerar si un estado parte en la Convención incurrió o no en responsabilidad internacional por violar las aludidas disposiciones. En el SEDH también se ha debatido la competencia de la Corte Europea de Derechos Humanos para aplicar normas de derecho humanitario.

En este sentido, como señala Giulia Pinzauti, aun cuando la Corte Europea de Derechos Humanos tiene la tarea de vigilar el cumplimiento del Convenio Europeo

² Sobre la aplicación del derecho internacional humanitario en tribunales nacionales, véase el texto Ward N. Ferdinandusse: *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, Cambridge University Press, 2006.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales por los estados parte de este, aplicando así las provisiones de dicho tratado internacional, surge la pregunta de si el Tribunal Europeo tiene a su vez el poder de aplicar —y si es así en qué medida— disposiciones de otras ramas del derecho internacional, como el derecho internacional humanitario—. ³ La cuestión tiene sentido toda vez que, como señala la autora, a pesar de que existen argumentos de peso para dar una respuesta negativa a la pregunta sobre si la Corte Europea de Derechos Humanos es competente para aplicar normas diferentes al Convenio —tales como que este no le otorga tal competencia de manera explícita y que la aplicación de normas de derecho internacional descansa en el consentimiento dado por los estados para tal efecto—, algunas disposiciones de este tratado, que remiten a otras normas de derecho internacional o a normas de derecho interno, permitirían inferir que la Corte Europea de Derechos Humanos tiene competencia para aplicar disposiciones de derecho humanitario en estos casos puntuales. ⁴

2.1. La teoría de la remisión (*renvoi*)

La autora en referencia establece como marco teórico para adelantar la conclusión anterior los alcances y límites de la noción de *remisiones (renvois)* que el Convenio Europeo instituye en algunos de sus artículos. En este orden de ideas, señala que la mayoría de las convenciones internacionales de derechos humanos realizan *renvois* a otras normas internacionales o al derecho interno —como, por ejemplo, el artículo 9 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”) o el artículo 7 del Convenio Europeo (“Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional”)—. ⁵ De igual forma, indica que estas remisiones pueden ser genéricas —como cuando remiten a los “principios generales de derecho internacional”— o recaer sobre ramas específicas de derecho internacional, como el derecho internacional de los derechos humanos. ⁶

³ Giulia Pinzauti: “The European Court of Human Rights’ Incidental Application of International Criminal Law and Humanitarian Law. A Critical Discussion of *Kononov v. Latvia*”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 6, 2008, pp. 1043-1060.

⁴ *Ibidem*, pp. 1045 ss.

⁵ *Ibidem*, pp. 1046 ss.

⁶ *Ibidem*, p. 1046.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En consecuencia y tomando como base el caso *Kononov contra Letonia*, fallado por el Tribunal Europeo, en el cual la Corte interpretó normas de derecho internacional humanitario y de derecho interno para establecer si Letonia había violado el principio de legalidad avalado por el artículo 7 de la Convención Europea, la autora concluyó que la *renvoi* contenida en esta disposición le permitiría al Tribunal Europeo aplicar directamente normas de derecho internacional humanitario.⁷ Esto en cuanto el contenido de esta remisión, al hacer referencia al “derecho nacional o internacional”, establece una conexión entre la Convención Europea y otras fuentes de derecho, una de las cuales es el DIH. En este sentido, la autora precisó que, cuando es alegada una violación de este artículo, el efecto del *renvoi* al “derecho nacional o internacional” autoriza a la Corte a aplicar provisiones de derecho sustancial y procesal contenidas en esas fuentes.⁸

Así, con base en esta norma, la competencia de la Corte estaría condicionada a la solución de una cuestión preliminar, a saber: si la infracción a analizar para determinar si hubo una violación del artículo 7 constituía un crimen en el derecho nacional o internacional en el momento de su comisión. En este sentido, para resolver esa cuestión preliminar, la Corte tendría que tomar en consideración las provisiones de derecho penal relevantes para tal efecto en el derecho interno y, si fuera necesario, en el derecho internacional, según el caso, y esta cuestión se convertiría en un paso necesario para que la Corte pudiera pronunciarse respecto a la violación del artículo 7.⁹ De otro lado, respecto a la cuestión sobre la justa medida de este ejercicio y cuál sería el límite de la Corte Europea para aplicar esas normas de “derecho nacional e internacional” bajo el espectro del artículo 7 del Convenio Europeo, la autora se basó en la diferencia entre la jurisdicción primaria —que alude a las normas que la Corte puede aplicar directamente para

⁷ En este punto es pertinente señalar que en el caso *Kononov contra Letonia*, la Corte Europea de Derechos Humanos se pronunció sobre la legalidad de una condena por crímenes de guerra dictada por la Corte Suprema de Letonia, con base en el Código Penal de ese país, el cual entró en vigor en 1993. En virtud del caso, un ciudadano letón había sido juzgado por participar en 1944 en una expedición militar en contra de algunos habitantes de la villa de Mazie Batie, en Letonia, que en aquel momento estaba bajo la administración de Alemania. En la expedición fueron asesinadas nueve personas sospechosas de colaborar con el Wehrmacht debido a que en sus casas se encontraron municiones y armas alemanas. En consecuencia, para revisar la legalidad de la condena dictada a Kononov por la Corte de Letonia, el Tribunal Europeo debió analizar la aplicación efectuada por la jurisdicción interna de las provisiones del Código Penal letón, en el que se remite a las disposiciones relevantes de derecho internacional en cuanto a la regulación de los crímenes de guerra, a saber: el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario. Por lo tanto, en *Kononov contra Letonia* la Corte debió analizar las disposiciones pertinentes de tres cuerpos normativos distintos: el Código Penal de Letonia, el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario; este último de especial relevancia para el estudio efectuado por la Corte Europea, toda vez que le dio las bases para distinguir si las personas asesinadas eran combatientes o pertenecientes a la población civil no combatiente. *Ibidem*, p. 1050.

⁸ *Ibidem*, p. 1047.

⁹ *Ibidem*, p. 1048.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

fallar el caso— y la jurisdicción incidental —que recae sobre aquellas disposiciones que la Corte puede aplicar para resolver una cuestión preliminar cuya resolución es necesaria para decidir sobre la cuestión principal llevada ante ella. Sin embargo, en este punto es pertinente resaltar que la decisión final de la Corte siempre recaerá sobre la violación de las normas contenidas en la propia Convención, no respecto de la violación de provisiones de derecho nacional e internacional examinadas en la jurisdicción incidental.¹⁰

De esta forma, la autora concluye que la Corte Europea de Derechos Humanos tiene la competencia incidental para aplicar disposiciones de derecho Interno y de derecho internacional, con base en las *renvois* pertinentes para este efecto contenidas en el Convenio Europeo; más aun cuando, aunque esa competencia no está expresamente consagrada por el Tratado, la Corte tiene una competencia inherente a su jurisdicción que la lleva a adelantar aquellas funciones indispensables para decidir sobre los méritos del caso, decisión esta última que depende de la correcta aplicación de las reglas externas a la Convención a las cuales esta remitió.¹¹ (Como se ve, aquí se adelanta un estudio en detalle del texto, que permite tenerlo en cuenta frente al proceso seguido por el SIDH, en la medida en que la noción de reenvío o remisión puede ser tenida en cuenta como referencia siempre y cuando se haga un uso razonable de esta herramienta, frente a desafíos que se les presentan no solo a los tribunales internacionales frente los estados, sino también entre diversas fuentes normativas que pueden aplicarse en el ámbito interno.)

2. 2. Teoría de la remisión y SIDH: alcances y límites

Ahora bien, este desarrollo adelantado respecto a la posibilidad de la Corte Europea de Derechos Humanos de aplicar normas de DIH en virtud de las *renvois* que algunas de las normas del Convenio Europeo, ¿podrían hacer que este cuerpo normativo tuviera relevancia en los casos concretos respecto a la posibilidad de la Corte IDH de aplicar normas de DIH? Para responder esta pregunta es menester hacer alusión a la diferencia entre *interpretar* y *aplicar*, utilizada por la Corte IDH para establecer que tiene competencia para interpretar normas de DIH en los casos sometidos a su conocimiento, mas no para determinar que un estado parte en la CADH ha violado este tipo de disposiciones. (Aunque, desde luego, y tal como se verá más adelante, la diferencia parece desvanecerse y el resultado final es que se tiende en la práctica a aplicar las normas

¹⁰ *Ibidem*, p. 1049.

¹¹ *Ibidem*, pp. 1058 ss.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

humanitarias. Pero conserva dicha diferencia una importancia metodológica para comprender los alcances de la teoría de la remisión, como aquí se ha denominado.) Así, de un lado, *interpretar* hace referencia a discernir el significado de algo, en este caso, una norma de derecho internacional. Por su parte, *aplicar* alude a la puesta en práctica de una norma, a su empleo con el destino específico de imponer una consecuencia jurídica a su uso en un caso concreto. De esta forma, el artículo 9 de la CADH, en el cual se consagra el principio de legalidad en condiciones similares a las establecidas por el artículo 7 de la Convención Europea, puede servir como ejemplo para establecer las diferencias prácticas entre las posibilidades que se presentarían para la Corte IDH si considerara que la *renvoi* contenida en ese artículo le permite no solo interpretar sino también aplicar normas de DIH.

El artículo 9 de la CADH establece: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”. Así, si el derecho aplicable en un caso concreto fuese el DIH y el tribunal interamericano tuviese la competencia de aplicar esas disposiciones, la conclusión sería que la Corte tendría que declarar que, si encuentra que hubo efectivamente violación del artículo 9, por un lado, y de alguna norma de DIH, por el otro, el Estado es responsable internacionalmente por la violación de ambas disposiciones. Sin embargo, si sobre el mismo supuesto la Corte IDH tuviese tan solo la competencia para interpretar el artículo 9 con base en el cuerpo normativo otorgado por el DIH, la conclusión sería que el tribunal interamericano tendría que analizar cuál era la normatividad de DIH aplicable, si esta fue violada y, en caso de responder afirmativamente a esta cuestión, determinar que el estado parte en la Convención incurrió en responsabilidad internacional por la violación única del artículo 9; al tiempo que, para decidir lo anterior, la Corte habría tenido que interpretar —no aplicar directamente— las normas de DIH respecto del caso concreto.

Hay autores que apoyan esta diferencia: así, según uno de ellos, a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, existe una clara diferencia entre aplicar e interpretar una disposición de la Convención, en cuanto *aplicar* supone el acto por el cual la Corte utiliza una norma jurídica con el objeto de evaluar la responsabilidad internacional de los estados parte de la Convención, mientras que *interpretar* implica determinar el contenido de la norma que está autorizada a aplicar. Sin embargo, esta distinción, aun cuando es formalmente correcta, en realidad es irrelevante, porque al interpretar disposiciones de DIH la Corte, si bien no está ejerciendo un control directo de los alcances de este

ALEJANDRO APONTE CARDONA

último estatuto normativo, indirectamente está reforzando su cumplimiento, ante lo cual la Convención resulta ser una vía indirecta para obligar a los estados americanos a cumplir con los estándares humanitarios.¹²

3. Posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Hecha esta referencia a la teoría de la remisión, se pasa a dar cuenta de las posiciones que adoptan los dos órganos que componen del SIDH. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue el primer órgano del sistema en analizar si un estado incurría o no en responsabilidad internacional por violaciones a las disposiciones del derecho internacional humanitario en los casos sometidos a su conocimiento en los cuales se presentaron conflictos armados no internacionales, y en usar a su vez estas disposiciones como instrumentos de interpretación de los hechos presentados.

En el Informe anual de 1997, la Com IDH publicó tres casos hito al respecto: el informe n.º 26/97, de 30 de septiembre de 1997, respecto del caso 11.142, *Arturo Ribón Ávila contra Colombia*; el informe n.º 38/97, del 16 de octubre de 1997, respecto del caso 10.548, *Hugo Bustíos Saavedra contra Perú*, y el informe n.º 55/97, del 18 de noviembre de 1997, respecto del caso 11.137, *Juan Carlos Abella contra Argentina*. De otro lado, en el caso *Las Palmeras contra Colombia*, que fue fallado por la Corte IDH, la Comisión argumentó por primera vez ante el tribunal interamericano que tenía competencia para aplicar las normas de derecho internacional humanitario en aquellos casos sometidos a su conocimiento y respecto de los cuales se presentarían situaciones propias de conflictos armados. A continuación se reseñarán los argumentos de mayor relevancia contenidos en los informes y se hará referencia al caso *Las Palmeras contra Colombia* para ilustrar la evolución argumentativa de la Com IDH en cuanto a su competencia para aplicar disposiciones de derecho internacional humanitario en los casos sometidos a su conocimiento.

¹² Ernesto Alonso Aguinaga Meza: "El derecho internacional humanitario en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en Grupo de Estudios en Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Minas Gerais (GEDI-UFG), <<http://gedi.objectis.net/ilsabrazil2008/artigos/dheh/aguinaga.pdf>> (20.1.2009).

3.1. Informe n.º 26/97, del 30 de septiembre de 1997

En el informe de fondo elaborado por la Com IDH para este caso, el órgano cuasijudicial del SIDH analizó las presuntas violaciones cometidas por el Estado colombiano de los derechos contenidos en los artículos 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Todo ello en cuanto a las circunstancias relacionadas con la muerte de señor Arturo Ribón Avilán y otras diez personas, como resultado de un enfrentamiento armado entre miembros del Ejército, del Departamento Administrativo de Seguridad, la Policía y la Sijin de la República de Colombia contra personas del grupo armado disidente M-19.

La relevancia de este informe para efectos de analizar la argumentación de la Com IDH radica en que en él sostuvo que se debían aplicar las disposiciones del derecho internacional humanitario, por cuanto se estaba en presencia de un conflicto armado no internacional, en el cual para el análisis de los hechos debían tenerse en cuenta las obligaciones contenidas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, suscritos por el Estado colombiano.¹³ Ello, toda vez que el artículo 29 de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de “excluir o limitar el efecto” de otros actos internacionales de la misma naturaleza o de otra convención de la que sea parte un estado.¹⁴

En consecuencia, la Comisión declaró que era competente para aplicar *directamente* normas de derecho internacional humanitario o, en todo caso, para interpretar las disposiciones de la Convención con base en las normas del derecho internacional humanitario.¹⁵ El punto de partida de esta posibilidad es el que más consecuencias políticas trae para los estados: la constatación de una situación de conflicto armado interno,

¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n.º 26/97, caso 11.142, *Arturo Ribón Ávila contra Colombia*, 30 de septiembre de 1997, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, 17 febrero de 1998, § 168 ss.

¹⁴ *Ibidem*, § 132. Igualmente, es importante recalcar que, en virtud del artículo 29 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; 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; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n.º 26/97, loc. cit., § 170 ss.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

a pesar del principio según el cual la Convención se aplica en situaciones de paz y de que a menudo instituciones o funcionarios niegan la existencia del conflicto.

En el caso que se comenta, teniendo en cuenta que Colombia alegó que las muertes objeto de análisis se produjeron como consecuencia de una legítima defensa del Estado, la Com IDH reconoció el pleno derecho del Estado de Colombia a defenderse contra las acciones violentas que se adelanten contra él y, por lo tanto, a adelantar acciones militares contra el M-19.¹⁶ No obstante, también apreció que, considerando que las muertes de los guerrilleros se produjeron cuando estos se encontraban ya fuera de combate y en manos de las autoridades colombianas, el Estado de Colombia no tenía derecho a matarlos.¹⁷ En consecuencia, la Com IDH estableció:

[...] estos combatientes heridos o en estado de indefensión, así como cualquier civil herido, tenían el derecho absoluto a las garantías a un trato humano, establecidas en las garantías no suspendibles del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y de la Convención Americana.¹⁸

Surge aquí, y es fundamental en el análisis, el tema de la protección, relacionado con la noción de persona protegida. Es sobre esa base que la Com IDH hará la conexión, en términos de *complementariedad*, entre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, entre la *vida*, la *integridad*, la *dignidad* y la protección específica de las personas inmersas en un conflicto armado.

En este sentido, la Com IDH señaló que en situaciones de conflicto armado el artículo 27 de la Convención Americana prohíbe expresamente cualquier suspensión de la obligación de respeto consagrada en el artículo 4 de la Convención —el respeto a la vida—, lo que constituye una garantía no derogable que se aplica y se interpreta conjuntamente con lo establecido por el derecho internacional humanitario para las situaciones en que existen hostilidades internas.¹⁹ Se subraya así la convergencia y complementariedad entre las normas del derecho internacional de los derechos humanos y aquellas del derecho internacional humanitario. Finalmente la Com IDH estableció que la ejecución sumaria de las personas asesinadas “no solo violó el artículo 3 común, sino también el

¹⁶ *Ibidem*, § 133.

¹⁷ *Ibidem*, § 134.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*, § 135.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

artículo 4 de la Convención Americana”.²⁰ Al cerrar el argumento de la complementariedad, dice la Comisión:

Es precisamente en situaciones de conflicto armado interno que los derechos humanos y el Derecho humanitario convergen de manera más precisa y se refuerzan recíprocamente.²¹

Este es un argumento que se repite en diversos informes de la Com IDH y es central para el presente informe. Así, la Comisión ha concebido de manera reiterada que la Convención Americana y los Convenios de Ginebra de 1949 comparten un *núcleo común* de derechos no suspendibles, que tienen como propósito conjunto proteger la integridad física y la dignidad del ser humano. De esta forma, las diferencias se preservan, pero confluyen en un ámbito de protección común. En este sentido se puede reinterpretar una correcta conclusión sobre los sistemas que, lejos de separarlos, los reúne como ámbitos confluyentes de protección:

Mientras el derecho internacional de los derechos humanos se aplica en todo momento, el derecho humanitario se aplica exclusivamente en situaciones de conflicto armado. Mientras el derecho internacional de los derechos humanos parte de que el deber de respeto y garantía de los derechos está en cabeza de los estados, el derecho humanitario señala que el deber de respeto de las normas humanitarias está en cabeza de las partes del conflicto. Mientras el derecho internacional de los derechos humanos protege a toda persona que se encuentre bajo jurisdicción de un Estado, el derecho humanitario protege solamente a quienes no participan o han dejado de participar en las hostilidades.²²

Estas son, según Alejandro Valencia, las tres diferencias fundamentales entre ambos sistemas de protección internacional de la persona humana.

3.2. La dignidad como núcleo común entre los dos sistemas de protección

Se ha subrayado aquí el hecho de que la dignidad ha sido concebida como núcleo común a las dos normatividades diferentes reseñadas. El rescate de este núcleo se extiende, además, en todos los argumentos y constituye en realidad una triada: *vida-integridad-dignidad*. En términos de protección y de acuerdo con la especificidad del DIH, la

²⁰ Ibídem.

²¹ Ibídem, § 174.

²² Alejandro Valencia Villa: *Derecho internacional humanitario*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 111.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

vida y la integridad, en conjunto con la dignidad, tienen un papel central. Además, y de hecho, desde la teoría jurídica de los derechos humanos, la noción de dignidad puede servir como criterio para establecer, más allá del criterio puramente legal, cuándo una acción concreta puede ser considerada una violación de derechos humanos en el derecho interno. Así, por ejemplo, en el caso de aquellos criterios que no son simplemente los legales, para deducir cuándo una acción constituye una violación de derechos humanos se puede buscar apoyo en la teoría jurídica y concluir:

[...] existe una serie de criterios que deben ser tomados en consideración por el operador jurídico a la hora de fijar qué derechos deben ser particularmente protegidos y, en consecuencia, formar parte del núcleo duro de los derechos humanos. El criterio principal proviene de la razón de ser de los tratados de derechos humanos: la protección de la persona y su dignidad. Puede decirse entonces que deberán hacer parte del núcleo duro de los derechos humanos, aquellas normas que de manera superlativa realizan esta protección.²³

4 • La legislación penal: la triada *vida-integridad-dignidad* como base de tipos penales pluriofensivos

Desde el punto de vista de la adecuación legislativa interna de crímenes internacionales y de la persecución penal nacional de crímenes de guerra, el aspecto relacionado con al triada mencionada es bien significativo. En el caso colombiano, solo para reseñar un caso particular, existe un título específico de la parte especial del Código Penal vigente dedicado a los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”. El bien jurídico es el DIH, pero, desde luego, se trata de delitos de carácter pluriofensivo y se protegen simultáneamente la vida, la integridad, la autonomía y la libertad sexuales, en escenarios de conflicto armado y específicamente para personas protegidas. La noción de dignidad cruza además estas disposiciones: piénsese por ejemplo en la norma sobre tortura en persona protegida o en el artículo 138, que se refiere a la agresión sexual violenta en persona protegida. Sería un tipo especial

²³ Rodrigo Uprimny y Danilo Rojas: “Guía para la caracterización e identificación de casos de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”, en Alejandro Aponte: *Protocolo para el reconocimiento de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, con énfasis en el homicidio en persona protegida*, Bogotá, Vicepresidencia de la República, programa de lucha contra la impunidad, julio de 2008, p. 19.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

del tipo básico de acceso carnal violento —de hecho, la norma remite a este tipo para llenar su contenido, pero el tipo penal específico debe adecuarse típicamente, en función de la exigencia de los elementos normativos jurídicos, “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado” y “persona protegida”.

Esta es la especificidad de su protección y por eso la insistencia de la Com IDH en el individuo como sujeto de protección: la Comisión ha considerado que en aquellas situaciones en que la Convención Americana y el derecho internacional humanitario son aplicables de manera concurrente, el artículo 29.b de la Convención exige otorgar efecto legal a las normas aplicables de derecho humanitario, con lo que dispone la aplicación de lo que se ha denominado la *cláusula más favorable al individuo*. Según esta cláusula, ninguna disposición de la Convención Americana puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de estos estados.

Por lo tanto, de la cláusula en alusión se deriva que, cuando existen diferencias entre las normas legales que rigen derechos idénticos o similares en la Convención Americana y en un instrumento de derecho internacional humanitario, la Comisión estaría obligada a asignar efecto legal a las disposiciones del tratado que mejor proteja aquellos derechos, aun cuando esta norma sea parte del derecho internacional humanitario.²⁴ No se debe olvidar un hecho fundamental y ello es consustancial al derecho internacional de los derechos humanos: la noción de *persona protegida* no es solo un concepto normativo; ante todo, constituye un reconocimiento ético-político que se otorga a las personas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad y opera en la práctica como una exigencia a todos los autores que utilizan las armas y que combaten en escenarios de conflicto armado. (Nótese que hemos introducido aquí una referencia a los actores, cuando estamos aludiendo a ámbitos de responsabilidad estatal. Pero luego se verá cómo estas fronteras, en una última etapa de actuación del SIDH, tienden a borrarse o son muy tenues.)

Si se hace un símil —y esta es una contribución concreta de la discusión generada por el SIDH— con la justicia penal internacional, dentro del Código Penal, entre esta legislación y los argumentos desarrollados por la Com IDH, podría concluirse lo siguiente: la vida, como objeto de protección en tiempos de paz, está protegida en diversos tipos penales, como es el homicidio simple o el homicidio calificado o agravado; en

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n.º 55/97, caso 11.137, *Juan Carlos Abella contra Argentina*, 18 de noviembre de 1997, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, 17 febrero de 1998, § 164 ss.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

tiempos de guerra, esa misma vida, precisamente en relación con el sujeto de protección en dichos tiempos, se protege por el artículo que castiga el homicidio en persona protegida. La libertad sexual en tiempos de paz se protege por la norma general, y en tiempos de guerra, por la específica comentada. Así se complementan en la práctica los dos ámbitos de protección, por decirlo así, y los dos conviven de manera simultánea en el mismo código. Tanto menos complejo será para los operadores interpretar las normas cuanto existan estatutos normativos específicos, como es el caso de un Código Penal Internacional. Todo ello se refuerza, además, con decisiones constitucionales, a las cuales se hará referencia en su momento. Este es el sentido último que tienen los informes de la Com IDH, más problemáticos, desde luego, que la legislación penal, en la medida en que no existe una competencia directa para aplicar normas del derecho internacional humanitario.

5 ● Sobre los límites de la acción legítima de defensa estatal

Volviendo al informe que se viene analizando y respecto de los límites que tiene el Estado en su defensa —argumento fuerte de los propios estados fundado precisamente en las posibilidades que da el derecho de la guerra, el *ius in bellum*— estableció la Comisión:

La aplicación del derecho humanitario puede servir, en principio, como una defensa para el Estado para refutar que se hayan cometido violaciones de los derechos humanos durante situaciones de conflicto armado [...]. Sin embargo, cuando el derecho humanitario es aplicable, también deben observarse los límites que impone a los agentes estatales en su actuar en el contexto del conflicto armado. Por lo tanto, 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.²⁵

Teniendo en cuenta que el Estado colombiano, en su respuesta a este caso, argumentó que la Comisión carecía de competencia para aplicar el derecho internacional

²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n.º 26/97, loc. cit., § 168.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

humanitario, según el artículo 44 de la Convención, la Comisión defendió su competencia con tres argumentos que serán expuestos a continuación.²⁶ En primer lugar, estableció un argumento de *especificidad* del derecho internacional humanitario sobre la Convención Interamericana, considerando que, aun cuando técnicamente la Convención Americana y los otros tratados sobre derechos humanos son aplicables tanto en tiempo de paz como en situaciones de conflictos armados, “ninguno de estos instrumentos de derechos humanos ha sido diseñado para regular situaciones de esa índole y, por lo tanto, no incluyen normas que rijan los medios y los métodos de los conflictos armados”.²⁷ En este sentido, considerando que el derecho internacional humanitario no se aplica por lo general en tiempo de paz y su objetivo fundamental es restringir la contienda armada para disminuir los efectos de las hostilidades, es “comprensible que las disposiciones del derecho humanitario convencional y de la costumbre otorguen, en general, protección más específica para las víctimas de los conflictos armados que las garantías enunciadas de manera más general en la Convención Americana”.²⁸ El tema de la protección aquí se vuelve fundamental, precisamente en función de la especificidad.

Los argumentos centrales se repiten en los diferentes informes ya reseñados. Se hará referencia a otro, por tratarse de un país también muy importante para la aplicación posible, en casos concretos, del DIH.

5.1. Informe n.º 38/97 del 16 de octubre de 1997

El informe de fondo sobre el caso *Hugo Bustíos Saavedra contra Perú* tiene como fundamento fáctico la muerte del periodista Hugo Bustíos Saavedra y las heridas de bala recibidas por su colega Eduardo Rojas Arce. Los hechos se denunciaron como perpetrados por agentes de la República del Perú a la entrada de la ciudad de Erapata, departamento de Ayacucho, el 24 de noviembre de 1988, en el marco de un conflicto armado interno que se vivía en esa época, de acuerdo con la concepción de la Com IDH. En este sentido, los peticionarios solicitaron a la Comisión una resolución en la que censurara al Perú por violar los derechos contenidos en los artículos 1.1, 4.1, 5, 13.1 y 25 de la Convención Americana.

A partir de lo anterior, este informe adquirió relevancia para la aplicación de las normas de derecho humanitario por la Com IDH, en cuanto este órgano estableció

²⁶ *Ibidem*, § 171 ss.

²⁷ *Ibidem*, § 171.

²⁸ *Ibidem*.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

su competencia para aplicarlas directamente al analizar los hechos sometidos a su conocimiento, considerando que se perpetraron en el marco de un conflicto armado no internacional, y ello a pesar de que los peticionarios no solicitaron la aplicación de disposiciones de derecho humanitario en el presente caso. Es decir, la Com IDH fue más allá, incluso en la interpretación, de los argumentos de los peticionarios. En este sentido, justificó la aplicación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, en cuanto este artículo “contiene reglas mínimas que gobiernan la conducta de hostilidades, las que son igualmente obligatorias tanto para las fuerzas armadas estatales como para los grupos armados disidentes en todo conflicto armado interno, incluido el de Perú”.²⁹ Puede agregarse, respecto de esta consideración, que desde la misma concepción más originaria acerca de las normas del derecho internacional humanitario contenidas en los Convenios de Ginebra se concibió que el artículo 3 común constituía una especie de *minitratado* de derechos humanos, es decir, de mínimos insalvables, dentro de un gran tratado que se refería a la guerra, precisamente, como hecho de negación por principio del derecho.

Según la Com IDH, a partir del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, según el cual se prohíben ataques de combatientes contra civiles y contra la población civil en general, la Com IDH estableció que, pese a que los periodistas o reporteros en zona de combate implícitamente asumen el riesgo de muerte o de ser heridos incidental o colateralmente a causa de ataques sobre blancos militares legítimos, las circunstancias que rodearon los ataques a Hugo Bustíos y Eduardo Rojas Arce indicaban que no se trató de hechos accidentales, sino intencionales, por agentes estatales.³⁰

Se hizo referencia entonces a uno de los sujetos que constituyen personas protegidas: los periodistas en situaciones de conflicto armado interno. En consecuencia, la Comisión concluyó que el Estado del Perú era responsable por la violación, en perjuicio de Hugo Bustíos Saavedra, de los derechos a la vida, la libertad de expresión y la protección judicial. Señaló, por su parte, que el Estado había violado, en perjuicio de Eduardo Rojas Arce, los derechos a la integridad personal, la libertad de expresión y la protección judicial. Igualmente, manifestó que, con relación al derecho a la vida de Hugo Bustíos

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n.º 38/97, caso 10.548, *Hugo Bustios Saavedra contra Perú*, 16 de octubre de 1997, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6, 17 febrero de 1998, § 58.

³⁰ *Ibidem*, § 60 y 61.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Saavedra y a la integridad personal de Eduardo Rojas Arce, el Estado peruano violó a su vez el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949.³¹

La constante alusión de la Com IDH al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra se hace también en función del derecho de gentes, lo cual es coherente con la lógica del derecho internacional humanitario. Desde luego, ello debe, diferenciarse, por ejemplo, de aquellos extravíos que pretender deducir tipos penales del derecho de gentes, aplicarlos directamente a casos concretos, a contrapelo de la legislación interna o para deducir ad-hoc supuestos ámbitos de protección no regulados previamente. Aquí se trata, al contrario, de una conexión directa del derecho de gentes con el derecho internacional humanitario, si se entiende, por supuesto, que el derecho de gentes ha sido ante todo un estatuto normativo que ha buscado regular las consecuencias de la guerra o, incluso, en el ámbito interno, las consecuencias de las declaraciones de sitio o de conmoción interior o de emergencia. Pero debe rescatarse siempre este sentido, porque en innumerables ocasiones también se ha pretendido utilizar el derecho de gentes como una carta a *lunga manus* para propiciar, con la excusa de la guerra o de la excepción, toda suerte de violaciones a los derechos humanos o a las propias leyes de la guerra. Por eso, en países con conflictos tan degradados como Colombia o en aquellos donde situaciones de emergencia pueden ser utilizadas como mecanismos de persecución política o de restricción de toda suerte de garantías, el énfasis, ya frente a las normas del DIH, no radica tanto en las posibilidades que tienen los actores para hacer la guerra, sino en el absoluto respeto por la población civil no combatiente y en general por las personas protegidas: se trata más del *ius in bellum* que del *ius ad bellum*. Esta es la auténtica función de las normas humanitarias, al mismo tiempo que, justo por esta función de límite, propicia las bases y los puentes para posibles entendimientos entre enemigos y procesos de paz o de desmovilización de actores inmersos en diversos conflictos.

5.2. Informe n.º 55/97, del 18 de noviembre de 1997

El siguiente caso se reseña, en la medida en que, por decirlo así, constituye para la Com IDH una extensión compleja del ámbito de protección respecto de las normas del derecho internacional humanitario, especialmente porque se trata de hechos que es difícil caracterizar como generados en el contexto de un conflicto armado. En el informe de fondo, la Com IDH procedió a analizar la responsabilidad internacional de Argentina

³¹ *Ibidem*, § 88.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

por la violación de los artículos 4, 5.1, 7.5, 8, 24 y 25 de la Convención Americana, respecto de los eventos que tuvieron lugar el 23 y el 24 de enero de 1989 en el cuartel militar del Regimiento de Infantería Mecanizada N.º 3 Gral. Belgrano (RIM 3), localizado en La Tablada. En desarrollo de estos hechos, 42 personas armadas atacaron el mencionado cuartel y, como resultado de los combates producidos durante aproximadamente 30 horas entre los atacantes y fuerzas de seguridad, se produjo la muerte de 29 atacantes y de algunos agentes del Estado.

Argentina defendió la intervención de las fuerzas armadas en la operación por considerarla de legítima defensa, toda vez que los hechos tuvieron lugar en un área sujeta a control militar. Por su parte, la Com IDH determinó que en este caso se presentó un conflicto armado interno durante el tiempo que duró el ataque. Manifestó que, a diferencia de las situaciones de violencia interna, “el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan”.³² Y agrega luego que “en general se entiende que el artículo 3 común se aplica a confrontaciones armadas abiertas y de poca intensidad entre fuerzas armadas o grupos relativamente organizados, que ocurren dentro del territorio de un Estado en particular”.³³

La Com IDH hace referencia, especialmente, al artículo 3 común, y por eso podría pensarse que no fuera tan exigente para caracterizar un conflicto armado, como correspondería a la aplicación de los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra. Por ello, aclaró que para la aplicación del artículo 3 común no se requería la existencia de hostilidades generalizadas y de gran escala, ni una situación que pueda compararse con una guerra civil —sin necesidad de ser declarada, desde luego—, en la cual grupos armados de disidentes ejercen el control de partes del territorio nacional. Hoy en día, empero, incluso en concordancia con los avances de la jurisprudencia del sistema y la sofisticación en el uso de los protocolos adicionales de Ginebra, sería difícil sostener esta hipótesis.

El fenómeno territorial y las acciones concertadas sobre un territorio, incluso si los actores son nómadas, es un hecho fundamental. Pero debe entenderse que en este caso lo interesante, desde el punto de vista de una interpretación basada en normas del DIH, es la intención de separar la noción de combate de meros enfrentamientos

³² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n.º 55/97, loc. cit., § 152.

³³ *Ibidem*, § 152.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

anarquistas o de situaciones de asonada, por ejemplo. Por eso, para la Com IDH los hechos de La Tablada no podían ser correctamente caracterizados como una situación de disturbios internos, sino que las acciones emprendidas por los atacantes constituían actos hostiles concertados: un ataque armado, planificado cuidadosamente, contra un cuartel —el cual constituye un objetivo militar característico— y en el que participaron directamente fuerzas armadas del gobierno.³⁴ No obstante la conducencia de este argumento, es claro que la noción de conflicto armado, y más si es interno, sobrepasa la mera situación fáctica de los combates. De hecho, paradójicamente, reducir conflicto a combates genera una mayor desprotección de los civiles que pueden ser —y lo son de hecho— muertos fuera del calor de los combates.

6. Un caso emblemático del sistema: *Las Palmeras contra Colombia*

En *Las Palmeras contra Colombia* la Comisión demandó al Estado colombiano ante la Corte IDH para que esta declarara la responsabilidad internacional de Colombia por la violación de los artículos 4, 8 y 25 de la Convención, así como la obligación de respetar y garantizar los derechos consagrados en ella, conforme a su artículo 1.1. Igualmente, la Com IDH demandó a este país por la violación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949. Se trató de una operación armada llevada a cabo por la Policía Nacional en la localidad de Las Palmeras, municipio de Mocoa, departamento de Putumayo, en virtud de la cual se ejecutó extrajudicialmente a varias personas y se violaron los derechos de varios civiles que se encontraban en la localidad.

Tomando en consideración lo expuesto, la Comisión alegó que era competente para aplicar las disposiciones de derecho internacional humanitario, al tiempo que la Corte IDH también lo era para declarar la responsabilidad internacional del Estado colombiano por violación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949.³⁵

Respecto del caso es necesario, en primer lugar, hacer referencia a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado respecto de la falta de competencia, tanto

³⁴ *Ibidem*, § 155.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Las Palmeras contra Colombia*, sentencia del 4 de febrero de 2000, excepciones preliminares, § 29.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

de la Corte como de la Comisión, para aplicar disposiciones de derecho internacional humanitario: el Estado colombiano afirmó que los artículos 33 y 62 de la Convención limitan su competencia a la aplicación de lo establecido en ella, lo que deriva en que los órganos del SIDH no podrían condenar a un estado por violación de disposiciones diferentes. El Estado sostuvo que ni el artículo 25 ni el artículo 27.1 de la Convención Americana pueden ser interpretados como normas que autorizan a la Corte a aplicar los Convenios de Ginebra.³⁶ En cualquier caso, en la demanda de excepciones preliminares propuso la distinción entre *interpretación* y *aplicación*, para luego señalar que la Corte podría interpretar los Convenios de Ginebra al igual que otros tratados internacionales, pero solo podría aplicar la Convención Americana. Así las cosas, el Estado manifestó que estaba de acuerdo en interpretar armónicamente la Convención con otros tratados, pero no admitió la aplicación directa del artículo 3 común como una norma infringida por Colombia en un caso individual.³⁷ (Luego se verá que la Corte toma esta distinción pero le va dando otros efectos, de modo que el argumento tuvo consecuencias opuestas a las buscadas.)

En su respuesta a las excepciones relativas a su propia competencia y a la de la Corte sobre la aplicación del derecho humanitario y otros tratados, la Comisión afirmó que el caso debía ser decidido a la luz de las normas consagradas tanto en la Convención Americana como en el derecho internacional humanitario consuetudinario —*ius gentium*— aplicable a conflictos armados internos, plasmado en el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949. Así reiteró su convencimiento de que tanto ella como la Corte tenían competencia para aplicar esa normativa.³⁸

En este sentido y como punto de partida para la defensa de su competencia, la Comisión señaló que Colombia no objetó el hecho de que en el momento en que se produjo la pérdida de vidas relatada en la demanda se desarrollaba en su territorio un conflicto armado no internacional, así como tampoco refutó que dicho conflicto corresponde a la definición prevista en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.³⁹ De acuerdo con ello, en los alegatos presentados ante la Corte para defender sus argumentos contra las excepciones preliminares interpuestas por el Estado, la Comisión consideró que en un conflicto armado hay casos en que un enemigo puede ser muerto legítimamente, mientras que en otros ello está prohibido. Consecuentemente, para la

³⁶ *Ibidem*, § 30.

³⁷ *Ibidem*, § 30 y 34.

³⁸ *Ibidem*, § 29.

³⁹ *Ibidem*.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Com IDH, la aplicación de los Convenios de Ginebra sería de gran utilidad al interpretar estos casos en los que se presenta un conflicto armado, por cuanto la Convención Americana no contiene ninguna norma para distinguir una hipótesis de la otra.⁴⁰ Así, la Comisión invocó el artículo 25 de la Convención Americana para validar su competencia de aplicación de disposiciones de derecho humanitario, con base en los mismos argumentos expuestos para tal efecto en los informes referidos.⁴¹ Igualmente, arguyó la posibilidad de aplicar el derecho internacional humanitario, toda vez que existe una relación particular entre el artículo 4 de la Convención Americana y el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. En este caso existiría, como se viene planteando, un núcleo de protección a la vida.⁴² Haciendo referencia al artículo 3 común, la Comisión consideró:

[Las conclusiones] respecto de esa norma de derecho internacional humanitario, en relación al artículo 4 de la Convención en el presente caso, conllevan una interpretación proactiva y justificada del mandato de los órganos del sistema, consistente con el objeto y fin del derecho internacional de los derechos humanos, y a la vez respetuosa, en esencia, de la regla del consentimiento y del valor de las normas imperativas del derecho internacional.⁴³

Concluyó su argumentación manifestando:

[...] ignorar el contenido y el alcance de ciertas obligaciones internacionales del Estado, y renunciar a la tarea de armonizarlos con la competencia de los órganos del sistema interamericano en un contexto integral y teleológico, implicaría traicionar el bien jurídico y ético promovido por el artículo 29, vale decir, la mejor y más progresiva aplicación de la Convención Americana.⁴⁴

Se refuerza con ello el argumento de la necesidad de aplicar la cláusula más favorable al individuo.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*, § 31.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

7 • Regulación de los estados de excepción: una aproximación a la protección de la vida, la integridad y la dignidad en escenarios de emergencia

Antes de abordar el análisis de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de las normas sobre derecho internacional humanitario, es importante detenerse en aspectos relacionados con la regulación y limitación que ha adelantado el SIDH de los efectos que producen los estados de excepción sobre los derechos y garantías. Ello pues es justamente a través de las declaratorias de excepción —sea a través del estado de sitio o de estados de conmoción interior o, en muy pocas ocasiones, el de guerra exterior— que los estados no solo restringen garantías, sino que comenten infracciones al derecho internacional humanitario. El tema es, desde luego, muy amplio y la jurisprudencia del sistema ha sido muy importante y decisiva al respecto; por ejemplo, en relación con la protección de garantías judiciales, tema especialmente crítico en el contexto de la emergencia o de la excepción. Piénsese en la opinión consultiva —hito en este punto— OC 9/87, del 6 de octubre de 1987, referente a las garantías judiciales en estados de emergencia. La Corte determinó en esta opinión el alcance de la prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados en el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, habida cuenta de que el Estado de Uruguay sometió esta cuestión a su consideración. En este caso se trató del hábeas corpus, recurso de “exhibición personal”, como con acento literario se entiende, y de la imposibilidad de ser este suspendido.

Si gran parte de la discusión del derecho público en el siglo XX alrededor de los estados de excepción fue la relativa a su carácter, en el sentido de si son declarativos o constitutivos, el SIDH ha prohijado la existencia de estados de excepción de carácter declarativo. Quiere ello decir que no se constituye —muchas veces de manera artificial— un estado de emergencia con el propósito de alterar la Constitución, de manipular e instrumentalizar el derecho penal, de perseguir enemigos, sino que se declara una situación de caos o de emergencia realmente existente. Y ello solo puede funcionar cuando se limita el uso del estado de excepción y se lo somete a todo tipo de controles, políticos y jurisdiccionales. Se trata de una tarea muy importante desempeñada por el SIDH, que ha tenido también repercusión en su concepción de las normas del derecho internacional humanitario. En ese sentido es importante referirse al informe n.º 26/97, del 30 de septiembre de 1997, respecto del caso 11.142, *Arturo Ribón Ávila contra Colombia*, por

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

la Com IDH y en relación con la Corte IDH, así como a la sentencia respecto a las excepciones preliminares opuestas por el Estado de El Salvador en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*.

En el informe n.º 26/97, la Com IDH señaló que en situaciones de conflicto armado el artículo 27 de la Convención Americana prohíbe expresamente cualquier suspensión de la obligación de respeto consagrada en el artículo 4 de la Convención, lo que constituye una garantía no derogable que se aplica y se informa conjuntamente con lo establecido por el derecho internacional humanitario para las situaciones en que existen hostilidades internas. Subraya así la convergencia y la complementariedad entre las normas del derecho internacional de los derechos humanos y aquellas del derecho internacional humanitario, pero esta vez la vía es la emergencia. Ello es importante pues en muchas ocasiones el uso del *derecho de gentes* o del derecho internacional humanitario, en escenarios de conflicto armado, una vez que se ha declarado una emergencia, ha tenido el propósito de liquidar sin límites al enemigo, más que el propósito genuino de acotar los efectos de la guerra. Así, a pesar de que la Com IDH llega por esta vía a las mismas conclusiones ya señaladas, enfatiza el ámbito de protección del DIH precisamente en situaciones de emergencia o de excepción.

Debe recordarse, además, y frente al litigio ante el sistema, que en diversas ocasiones los estados, justamente por encontrarse en situaciones de conflicto armado o en situaciones de emergencia, han alegado que no son responsables ante el sistema, pues este solo regiría para situaciones de paz. Este es precisamente el caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, al cual se le dedicará una reflexión particular, pero que es conducente citar aquí, ya que, según la Com IDH, el sistema de protección que establece la Convención Americana es de tal naturaleza que, aun en las circunstancias señaladas por el artículo 27 de dicho tratado, se estipula un núcleo intocable de derechos inderogables en situaciones de guerra, peligro público o cualquier otra situación de emergencia.

7.1. Tribunales nacionales y tribunales internacionales: esfuerzos unidos frente al impacto de la excepción

En este contexto de la emergencia, puede hacerse una alusión a la Corte Constitucional colombiana, con el propósito de acentuar este aspecto relacionado con la

ALEJANDRO APONTE CARDONA

ampliación del objeto de protección, con el uso del DIH como heredero legítimo del derecho de gentes y, sobre todo, como estatuto regulador insoslayable del uso de los estados de excepción —en el caso colombiano, en la fórmula reiterada en de *estado de conmoción interior*—. Así, a juicio de la Corte, “[l]a Constitución colombiana establece claramente que en todo caso se respetarán las reglas del Derecho internacional humanitario (CP, artículo 217, num. 2)”. Esto significa entonces que, conforme al mandato constitucional, el derecho internacional humanitario, que incluye obviamente el Protocolo II, se aplica en Colombia en todo caso, sin que sea necesario estudiar si el enfrentamiento alcanza la intensidad exigida por el artículo 1 estudiado.

En ese mismo orden de ideas, el ordinal segundo de este artículo señala que el Protocolo II no se aplica “a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”. Para la Corte:

[...] este también es un requisito de aplicabilidad en relación con los compromisos internacionales del Estado colombiano, pero que frente al derecho constitucional colombiano, prima la perentoria regla del artículo 214 ordinal 2. Por consiguiente, frente a situaciones de violencia que no adquieran connotación bélica o las características de un conflicto armado, las exigencias de tratamiento humanitario, derivadas del derecho internacional humanitario, de todas formas se mantienen. Las normas humanitarias tienen así una proyección material para tales casos, pues pueden también servir de modelo para la regulación de las situaciones de disturbios internos. Esto significa que, en el plano interno, la obligatoriedad de las reglas del derecho humanitario es permanente y constante, pues estas normas no están reservadas para guerras internacionales o civiles declaradas. Los principios humanitarios deben ser respetados no solo durante los estados de excepción, sino también en todas aquellas situaciones en las cuales su aplicación sea necesaria para proteger la dignidad de la persona humana.⁴⁵

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia n.º C-225 de 1995, M. P., Alejandro Martínez Caballero, § 25 del fundamento jurídico. Se trata de una sentencia fundamental cuyos argumentos han sido reiterados de manera permanente por el juez constitucional colombiano. Debe agregarse, además, que esta providencia, retoma aspectos centrales ya establecidos por un magistrado emblemático por su talante liberal y la protección de los derechos y garantías, incluso en las más graves situaciones de orden público: se trata del magistrado Ciro Angarita Barón, quien actuó como ponente en las sentencias n.º C-574 de 1992 y C-088 de 1993. También debe destacarse que la Corte Constitucional rescata la función de acotamiento de los efectos de la guerra por parte del DIH y que su aplicación en ningún caso supone una promoción de la guerra. En ello coincide con toda la jurisprudencia, fundamental sobre el tema, de la Sala Penal de la Corte. Véase al respecto Alejandro Aponte: “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2.ª época, enero de 2007, pp. 79-111.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

(Es importante resaltar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos cita en varias ocasiones, en la sentencia sobre la *Masacre de Mapiripán*, que es varios años posterior, a la Corte Constitucional colombiana como fuente de interpretación de los alcances de las normas del derecho internacional humanitario en situaciones complejas de conflicto armado interno.)

Un hecho muy importante debe subrayarse: la protección no tiene lugar a partir del reconocimiento formal de una situación de guerra civil, opera con independencia de ella, así como tampoco opera como un reconocimiento de beligerancia de los actores, diferentes al Estado, inmersos en el conflicto. Esta es, además, la más genuina interpretación del artículo 3 común, precisamente para evitar que por decisiones políticas enredadas en el reconocimiento de beligerancia no se apliquen las normas humanitarias. Recuérdese que el artículo expresamente dice que su aplicación no incide en el estatus de las partes en conflicto.

8. El derecho internacional humanitario como contexto general de interpretación de los hechos y de las normas aplicables

La Corte Interamericana en principio no comparte los argumentos desarrollados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Así, el Tribunal del SIDH determinó que tanto la Com IDH como la Corte misma solo tienen competencia para interpretar las normas de la Convención Americana, aun cuando podrían interpretarlas conforme a disposiciones de derecho internacional humanitario. En diversos fallos se manifiesta su posición. Se han seleccionado aquellos más relevantes.

8.1. Caso *Las Palmeras contra Colombia*, excepciones preliminares, sentencia del 4 de febrero de 2000 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La sentencia de excepciones preliminares del caso *Las Palmeras contra Colombia* se erige como sentencia hito respecto de la posición que el tribunal interamericano ha

ALEJANDRO APONTE CARDONA

adoptado sobre la posibilidad de que los órganos del SIDH puedan imputar responsabilidad internacional a los estados por violaciones a las disposiciones de derecho internacional humanitario. En efecto, partiendo de las excepciones preliminares opuestas por el Estado colombiano en el presente caso, sobre la carencia de competencia, tanto de la Corte IDH como de la Com IDH, para aplicar el derecho internacional humanitario y otros tratados internacionales diferentes a la Convención en los asuntos sometidos a su conocimiento, la Corte Interamericana estableció que la Convención Americana es un tratado internacional según el cual los estados parte se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.⁴⁶ El tribunal aceptó las excepciones preliminares opuestas por el Estado colombiano y recalcó que la Convención prevé la existencia de una Corte Interamericana para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de sus disposiciones.⁴⁷

Igualmente, estableció la Corte que ella es competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana, dejando claro con ello que en esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad a la luz de las disposiciones de la Convención, al tiempo que el resultado de esta operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con la Convención Americana.⁴⁸ A renglón seguido, no obstante, la Corte IDH hizo énfasis en que la Convención solo ha atribuido competencia a la Corte y a la Comisión para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los estados con la propia Convención, no con los Convenios de Ginebra de 1949, con lo que se aparta de la posición establecida al respecto por la Com IDH.⁴⁹ La Corte agregó, finalmente, que si bien la Com IDH tiene amplias facultades como órgano de promoción y protección de los derechos humanos, de la Convención Americana se desprende que el procedimiento iniciado en casos contenciosos ante la Comisión que culminen en una demanda ante la Corte debe referirse precisamente a los derechos protegidos por dicha Convención.⁵⁰

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Las Palmeras contra Colombia*, loc. cit., § 32.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*, § 32 y 33.

⁴⁹ *Ibidem*, § 33.

⁵⁰ Sin embargo, la Corte IDH estableció que se exceptúan de esta regla los casos en que otra convención, ratificada por el Estado, confiere competencia a la Comisión o a la Corte Interamericanas para conocer violaciones de los derechos protegidos por dicha convención, como, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

No obstante, la Corte aclaró que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomadas en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana.⁵¹

8.2. Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala, fondo, sentencia del 5 de noviembre de 2000 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Con posterioridad a la sentencia de excepciones preliminares del caso *Las Palmeras contra Colombia*, el tribunal interamericano de derechos humanos falló el caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, a partir del cual desarrolló con mayores argumentos la posición adoptada por este órgano en cuanto a la falta de competencia de la Corte IDH y la Com IDH para aplicar disposiciones de derecho internacional humanitario, al mismo tiempo que acepta que las normas de derecho humanitario pueden y deben ser un instrumento fundamental de interpretación.

En el presente caso, la Corte analizó la posible responsabilidad internacional de Guatemala por la violación de los derechos contenidos en los artículos 3, 4, 5, 7, 8, 13 y 25 de la Convención en relación con su artículo 1.1, así como los artículos 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Todo ello respecto del ciudadano Efraín Bámaca Velásquez, quien formaba parte de la denominada Organización Revolucionaria del Pueblo en Armas y fue desaparecido forzosamente en el marco de un conflicto interno en Guatemala, tras un enfrentamiento entre el Ejército y la guerrilla que se produjo en la región oeste del país.

En el aparte correspondiente de la providencia, a través del cual la Corte IDH debía decidir si Guatemala había violado el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra

⁵¹ Algún sector de la doctrina ha hecho énfasis en el aspecto eminentemente procesal que impediría que la Corte aplique las normas del DIH, pero rescata el hecho de que sí debe hacerse uso interpretativo de dichas normas, en todo caso, como mecanismo de "presión" a los Estados para el respeto de las normas humanitarias. A manera de ejemplo, Omar Huertas Díaz, et al.: "La inaplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario (DIH) en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Revista De-Liberación de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín*, <http://www.sanmartin.edu.co/academicos_new/derecho/revista/Derecho_Humanitario.pdf> (20.1.2009). De otra parte y con mayor solidez, un autor recupera el sentido fundamental de protección del DIH, rescata el contexto de *ius cogens* que lo condiciona y percibe una tendencia inevitable del sistema a hacer uso de las normas humanitarias. Juan Carlos Ochoa Sánchez: *Los órganos interamericanos de derechos humanos frente a las violaciones del derecho internacional humanitario. Un análisis crítico de cómo opera el derecho de los derechos humanos*, tesis para optar al título de Abogado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2001.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

en relación con el artículo 1.1 de la Convención, este órgano profundizó sobre el uso de las disposiciones de derecho internacional humanitario como instrumento interpretativo de las disposiciones de la Convención.⁵² Agregó, en esta dirección, que si bien carecía de competencia para declarar la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, es posible resaltar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar podrían infringir también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949.⁵³ La Corte IDH ahonda en las consecuencias del argumento y agrega, en virtud de lo expuesto, que según lo establece el artículo 3 común de los Convenios mencionados, el Estado enfrentado a un conflicto armado de carácter no internacional debe brindar a las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable.⁵⁴ (El lenguaje es más del derecho de los derechos humanos, pero se refuerza el argumento de la DIDH sobre la protección de sujetos en especial estado de vulnerabilidad.)

8.3. Caso De La Cruz Flores contra Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 18 de noviembre de 2004 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El caso *De La Cruz Flores contra Perú* hace referencia a la demanda que la Comisión presentó ante la Com IDH contra Perú por la presunta violación de los artículos 7, 8, 9, y 24 de la Convención Americana con relación a su artículo 1.1, en perjuicio de la señora María Teresa De La Cruz Flores. En términos de la Com IDH, la presunta víctima, médica de profesión, fue detenida por miembros de la policía el 27 de marzo de 1996, cuando finalizaba sus labores como pediatra en el Instituto Peruano de la Seguridad Social, por cargos de terrorismo, para luego ser procesada por un tribunal compuesto por jueces sin rostro, el cual la condenó por el delito de terrorismo a la pena de 20 años de prisión.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, fondo, § 203 ss.

⁵³ *Ibidem*, § 208.

⁵⁴ *Ibidem*, § 207.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Este caso es relevante para analizar la evolución histórica de la jurisprudencia de la Corte IDH en cuanto al uso interpretativo de disposiciones de derecho internacional humanitario, dado que el tribunal interamericano en esta providencia utilizó los Convenios de Ginebra para interpretar el alcance de la protección al acto médico en situaciones de conflicto armado.⁵⁵ En el presente caso la Corte recordó, haciendo uso del derecho humanitario como contexto general de interpretación, que “el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de 1949 señala que ‘[n]adie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos’. Asimismo, el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II, ambos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que ‘[n]o se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad’.⁵⁶ (Es un caso muy interesante si se tiene en cuenta, por ejemplo, que en un país como Colombia, particularmente en el año 2008, se ha procesado y condenado a médicos que han atendido guerrilleros en situaciones muy complejas, asimilándolos a los propios combatientes. Por esta vía, otros profesionales, como odontólogos o incluso abogados defensores, pueden ser asimilados a guerrilleros en contextos degradados.)

8.4. Caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, excepciones preliminares, sentencia del 23 de noviembre de 2004 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La sentencia sobre las excepciones preliminares opuestas por el Estado de El Salvador en el caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador* contribuye al análisis de los pronunciamientos que la Corte IDH ha realizado sobre su competencia para interpretar disposiciones de derecho internacional humanitario. En el presente caso, la Comisión demandó al Estado salvadoreño por la violación de los artículos 4, 5, 7, 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1, por la supuesta captura, secuestro y desaparición forzada de las niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz,

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *De La Cruz Flores contra Perú*, sentencia del 18 de noviembre de 2004, fondo, reparaciones y costas, § 95.

⁵⁶ *Ibidem*, § 95. De otro lado, es pertinente resaltar que en su voto razonado sobre esta providencia, el juez Sergio García Ramírez señaló: “En la Sentencia a la que acompaño este Voto se menciona el texto concluyente de algunos preceptos del Derecho Internacional Humanitario. La referencia a ese texto se hace a título informativo, que contribuye a ilustrar, según ha afirmado la jurisprudencia del tribunal, la interpretación que este realiza con respecto a las disposiciones que aplica directamente”.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

quienes tenían 7 y 3 años de edad respectivamente cuando fueron capturadas, conforme a lo discutido en el caso, por militares integrantes del Batallón Atlacatl del Ejército salvadoreño durante un operativo llevado a cabo en el municipio de San Antonio de la Cruz, departamento de Chalatenango, desde el 27 de mayo hasta el 9 de junio de 1982.

La relevancia de los hechos sobre los cuales la Corte se pronunció recae en que el Estado opuso como excepción preliminar en esta demanda la incompetencia de la Corte para pronunciarse sobre el caso por cuanto los hechos constituían materia de derecho internacional humanitario. Según el Estado salvadoreño, en razón a que los hechos ocurrieron en el marco de un conflicto armado, el cual debía ser regulado por las normas del derecho internacional humanitario, específicamente por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977, de los cuales El Salvador hacía parte, la Corte no podía pronunciarse sobre este caso, puesto que las normas según las cuales se rigió el conflicto escapaban de su competencia.⁵⁷ La defensa del Estado agregó que, teniendo en cuenta que el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos se han desarrollado independientemente y figuran en tratados diferentes, y que el derecho humanitario es un derecho de excepción, la Corte IDH no podía fallar este caso.⁵⁸

Pese a que el argumento de la competencia es un argumento fuerte, debe analizarse el tema con sutileza, pues el mismo argumento de la emergencia puede servir precisamente para aprobar acciones que estén por fuera de todo derecho y que se sitúen más allá de toda responsabilidad del Estado. Es en este contexto que puede entenderse el esfuerzo que ha hecho la Com IDH para proponer la aplicación directa de las normas humanitarias y la misma Corte para defender dichas normas como contexto de interpretación. El énfasis está en el sentido mismo de la *protección* de las personas en situaciones de emergencia y por ello se hace referencia al núcleo común compuesto por la triada vida-integridad y dignidad.

Más allá de ello, incluso, para la Com IDH en este caso —y así lo solicitó a la Corte—, el hecho de que se tratara de un conflicto armado interno no inhibía la competencia de los órganos del SIDH, pues precisamente, tratándose de una desaparición forzada, dichos órganos son plenamente competentes. Finaliza la Comisión destacando “que el derecho internacional de los derechos humanos se aplique sobre todo en tiempo

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, sentencia del 23 de noviembre de 2004, excepciones preliminares, § 108.

⁵⁸ *Ibidem*.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

de paz no significa que no sea aplicable en tiempos de conflicto”.⁵⁹ Así las cosas, según este órgano, el sistema de protección que establece la Convención Americana es de tal naturaleza que, aun en las circunstancias señaladas por el artículo 27 de dicho tratado, se establece un núcleo intocable de derechos inderogables en situaciones de guerra, peligro público o cualquier situación de emergencia.

Por su parte, la Corte Interamericana ahondó en estos argumentos y rescató el sentido de la protección de las personas en situación de emergencia. Recordó que toda persona, durante un conflicto armado interno o internacional, se encuentra protegida tanto por las normas del derecho internacional de los derechos humanos como por las normas específicas del derecho internacional humanitario, ante lo cual se produce una convergencia de normas internacionales que amparan a las personas en dicha situación. En este sentido, para la Corte es claro que la especificidad de las normas de protección de los seres humanos sujetos a una situación de conflicto armado consagradas en el derecho internacional humanitario no impide la convergencia y aplicación de las normas de derecho internacional de los derechos humanos consagradas en la Convención Americana.⁶⁰

En este orden de ideas, la Corte también hizo referencia al Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en cuanto este “reconoce en su preámbulo la complementariedad o convergencia entre las normas del Derecho Internacional Humanitario con las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al señalar que “[...] los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental””.⁶¹ A su vez, el tribunal interamericano aclaró:

⁵⁹ *Ibidem*, § 109.

⁶⁰ *Ibidem*, § 112 ss. La Corte manifestó que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra consagra la complementariedad de las normas de derecho internacional humanitario con aquellas del derecho internacional de los derechos humanos, “al establecer, inter alia, la obligación que tiene un Estado en situación de conflicto armado de carácter no internacional, de brindar un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable a las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón. En particular, el Derecho Internacional Humanitario prohíbe, en cualquier tiempo y lugar, los atentados contra la vida, la integridad y la dignidad de las personas [...]”. La Corte vuelve, por decirlo así, al sentido más primigenio que se ha defendido en torno del significado del artículo 3 común: el hecho de que este constituye una especie de tratado de derechos humanos dentro de las normas humanitarias, y rechaza el argumento de que en situaciones de guerra no se pueden aplicar tratados de derechos humanos.

⁶¹ *Ibidem*, § 116.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

El artículo 75 del Protocolo I a dichos Convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, al referirse a las garantías fundamentales de todas las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los referidos Convenios o de dicho Protocolo, y el artículo 4 del Protocolo II, al referirse a las garantías fundamentales de todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, las que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, señalan que tales personas deben gozar de dichas garantías, consagrando de esta forma la complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.⁶²

Debe rescatarse, además, que la Corte hace referencia expresa a los protocolos adicionales, de tal manera que avanza, por decirlo así, en esta referencia, ya que los órganos han privilegiado más la alusión al artículo 3 común, por razones ya explicadas.

Desde el punto de vista de la justicia penal internacional, debe destacarse el hecho de que la convergencia entre los tratados —marco a partir del cual labora el SIDH en función de la protección especial de las personas denominadas *protegidas*— sirve como fundamento para establecer que es perfectamente posible la comisión de crímenes de lesa humanidad en escenarios de conflicto, y desde el punto de vista dogmático es desde luego posible el concurso entre delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. Este es un hecho muy importante, y el caso de la desaparición forzada ilustra lo expuesto: en una gran mayoría de los casos se produce este delito simultáneamente con crímenes de guerra e incluso con crímenes comunes que el derecho interno debe procesar de manera coherente.

En caso de cometerse otros crímenes, como la tortura, los operadores deben observar si se trató de tortura en persona protegida, de acuerdo con el contexto general de interpretación de las conductas. Precisamente, la jurisprudencia del SIDH, bien aprovechada por los operadores de la justicia penal internacional, serviría para concretar los contextos generales a partir de los cuales se van a imputar las conductas. Por ejemplo, el contexto general de un conflicto armado interno: a pesar de que en él se producen todas suerte de crímenes, dicho contexto sirve muy bien para delimitar los ámbitos de imputación de las conductas, de tal manera que la mayoría serán crímenes de guerra y se conectarán con delitos de lesa humanidad o crímenes comunes que se hacen relevantes en el contexto correspondiente, tales como delitos contra la propiedad —desde luego, en ningún caso deben elevarse estos delitos a la categoría de crímenes de lesa humanidad—.

⁶² *Ibidem*.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Pero sirven para interpretar e ilustrar contextos, por ejemplo, graves políticas de saqueo o expropiación de tierras por actores armados.

En el caso de la justicia penal internacional, al existir normas que, por ejemplo, en el caso del Estatuto de Roma, diferencian claramente los crímenes de guerra y le otorgan competencia a la Corte Penal para su juzgamiento, el proceso de imputación es menos complejo, por decirlo así, que el proceso de deducción de responsabilidad estatal que hace el SIDH al someterse en principio a la Convención Americana, pero ello no quiere decir que se acierte automáticamente en las fórmulas de imputación, por lo cual los contextos generales de interpretación de hechos ocurridos son muy importantes. Estos contextos son los que en la práctica, con base en las normas que existen en el Estatuto, propician la confluencia de ámbitos de protección diferentes en principio, como lo son la protección de derechos humanos en tiempos de paz y la protección de los mínimos humanitarios en tiempos de guerra.

9 • Caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de noviembre de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El presente caso es de gran importancia para el análisis de la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH, en cuanto al uso que ella hace de las normas que rigen los conflictos armados, como base interpretativa para decidir la responsabilidad internacional de un estado por violaciones a la Convención Americana. El aspecto más interesante del caso es que, a nuestro juicio, parecería con ello consolidarse una última etapa en la evolución del trabajo de la Corte, no solo referida al caso concreto de las normas humanitarias, sino en relación con el tema central y más general de la responsabilidad.

En este caso, la Corte IDH determinó que el origen de la responsabilidad internacional del Estado se funda en actos u omisiones de cualquier poder u órgano de este, independientemente de su jerarquía, que viole la Convención Americana, al tiempo que se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado.⁶³ En este sentido, la Corte estableció que, para determinar que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, no se requiere comprobar —como ocurre

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, fondo, reparaciones y costas, § 110.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

en el derecho penal interno— la forma de la culpabilidad de los autores comprometidos, así como tampoco es preciso identificar *individualmente* a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. En consecuencia, es suficiente demostrar que ha habido apoyo o tolerancia de funcionarios estatales en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones.⁶⁴ (Luego veremos que esta diferencia hoy no aparece tan clara.)

La Corte, en este caso, fue explícita al expresar que la responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado, toda vez que los estados parte en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Según la Corte, estas obligaciones proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos.⁶⁵

Como se entenderá fácilmente, estos argumentos han causado gran polémica y revuelo dentro de la comunidad jurídica colombiana, muy en especial por el tema de los *particulares*, justamente por el hecho de que la Corte, en esta y en otras providencias referidas a casos muy complejos, se ha ocupado de juzgar masacres atroces perpetradas por grupos paramilitares y durante años se denunció que ellos actuaron con la aquiescencia de miembros de las fuerzas armadas.

9.1. La actuación de particulares y el tema de la omisión

En el caso que se comenta, la Corte procedió a determinar que la atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.⁶⁶

La Corte une el tema de la responsabilidad estatal, por acción u omisión de funcionarios estatales, con el tema del derecho internacional humanitario, concebido este como contexto general de interpretación de los hechos, en la medida en que se reconoce

⁶⁴ *Ibidem*, § 110.

⁶⁵ *Ibidem*, § 111.

⁶⁶ *Ibidem*.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

la existencia de un conflicto armado interno. De acuerdo con este presupuesto, manifestó que no se podía “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)”.⁶⁷ Ahonda la Corte en argumentos ya reseñados:

El respeto debido a las personas protegidas implica obligaciones de carácter pasivo (no matar, no violar la integridad física, etc.), mientras que la protección debida implica obligaciones positivas de impedir que terceros perpetren violaciones contra dichas personas. 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.⁶⁸

Finalmente, consideró que, aun cuando era claro que la atribución de responsabilidad internacional bajo las normas de derecho internacional humanitario no puede ser declarada como tal por ese tribunal, las normas humanitarias son útiles para la interpretación de la Convención. Más aun cuando, para el caso en concreto de Colombia, estas normas es encontraban vigentes en el momento de los hechos como normativa internacional de la que el Estado es parte y vigentes como derecho interno. Y al mismo tiempo habían “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”.⁶⁹ Como se ve, en una decisión como esta, en la práctica podría decirse que se diluyen las diferencias entre interpretación y aplicación, entre la posición de la Com IDH y la Corte. Es cierto que el tema de la competencia está presente, pero la

⁶⁷ *Ibidem*, § 114.

⁶⁸ *Ibidem*. La Corte argumentó que las obligaciones derivadas del derecho internacional humanitario debían ser tomadas en cuenta en el presente caso según lo dispuesto en el artículo 29.b de la Convención, puesto que, en virtud de esa norma, quienes se hallan protegidos por el régimen de la Convención no pierden por ello los derechos o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran, sino que estos se complementan o integran para precisar su alcance o determinar su contenido. Es pertinente resaltar en este punto que la Corte IDH empleó en este caso las mismas consideraciones usadas por la Com IDH en el informe n.º 26/97, de 30 de septiembre de 1997, referente a *Arturo Ribón Ávila contra Colombia*, sobre su competencia para aplicar normas de derecho internacional humanitario de acuerdo con el artículo 29 de la Convención Americana.

⁶⁹ *Ibidem*, § 115.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

fuerza de los argumentos y los hechos concretos que se analizan hacen que la diferencia se diluya en la práctica y puede decirse que el SIDH está trabajando sistemáticamente, en las decisiones que produce, con la normas del derecho internacional humanitario.

9.2. El bloque de constitucionalidad y sus efectos prácticos en el ámbito interno

Sobre el impacto de estas decisiones en el ámbito interno y cómo ello puede propiciar una discusión importante en el marco de la aplicación de las normas del derecho penal internacional, se rescata de manera especial la referencia que hace la Corte Interamericana a la Corte Constitucional colombiana y al uso que esta ha hecho del denominado *bloque de constitucionalidad*. El bloque de constitucionalidad y su respeto están explícitos, por ejemplo, en el nuevo Código de Procedimiento Penal, que hace referencia incluso a la prelación de los tratados y convenios internacionales incorporados al derecho público interno, precisamente por formar parte de dicho bloque. (Es un tema muy complejo que exige metodologías sofisticadas para saber qué estatutos normativos constituyen parte del bloque, los límites de su aplicación, las tensiones entre ley, Constitución y tratados, etcétera.)

La conexión entre el caso fallado por la Corte Interamericana y los tribunales internos es directa, especialmente en cuanto hace al tema general de la omisión. En primer lugar, la Corte Constitucional, en providencia n.º SU 1184, de 2001, resolviendo un tema complejo en Colombia y con dimensiones políticas insoslayables, que es el de los conflictos de competencia entre la justicia penal ordinaria y la justicia penal militar, frente al juzgamiento de conductas de militares en su actuación y participación en la masacre de Mapiripán, no solo resolvió el conflicto y dispuso la competencia en la justicia ordinaria, sino que estableció enfáticamente:

Si un miembro de la fuerza pública, que tiene dentro de su ámbito de competencia el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos), que estos cometan en contra de sus habitantes.⁷⁰

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia n.º SU 1184 del 13 de noviembre de 2001, M. P. Eduardo Montealegre, § 17.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La providencia de la Corte Constitucional es anterior a la sentencia de la Corte Interamericana, pero va en el mismo sentido. Luego, esta tendencia frente a la responsabilidad por omisión de funcionarios estatales y penal en el ámbito interno tiene su culminación más importante y compleja, en una providencia de la Sala Penal de la Corte, esta vez relacionada con otra masacre cometida por miembros de grupos paramilitares, en contextos de acción semejantes. La Sala estableció:

Si una persona tiene dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad en el tráfico o deberes de protección frente a determinados bienes jurídicos, en el juicio de imputación es totalmente accesorio si los quebrantó mediante una conducta delictiva [...], o mediante una omisión. En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión.

Y finalmente agregó:

[...] cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo.

En virtud de esta providencia, de finales de 2007, por vía de casación penal, se impuso una condena de 40 años a un teniente del ejército que había sido absuelto en primera y segunda instancia. La Sala fue especialmente severa. Debe resaltarse, para estudiar su posición, el contexto de los hechos que enmarcaron la decisión: el teniente guardó a sus hombres, los encerró, al paso de numerosos paramilitares que iban en camiones camino a la masacre; no hubo acción alguna para retenerlos. La Sala Penal no asumió el estudio de ese hecho —que podría no ser tan grave en sí, sino una omisión sin mayores consecuencias— de manera aislada, sino en el contexto de prácticas atroces habituales y respecto de las cuales no se percibía acción alguna de protección de civiles indefensos. (Debe agregarse que quienes perpetraron la masacre se movilaron durante centenares de kilómetros. Se trata de un ejemplo puro de paraestatalidad y de muertes anunciadas.)

En similares circunstancias fue fallado otro caso relacionado con otra masacre perpetrada en condiciones similares y tan solo pocas semanas antes de la reseñada. En este caso la Sala Penal castigó también severamente a los militares implicados y ello constituye hoy una jurisprudencia consolidada. Es el contexto en el cual se dieron los

ALEJANDRO APONTE CARDONA

hechos aquello que ha sustentado la aplicación de la *comisión impropia*. Por esta razón el autor de este escrito, en varios contextos y escenarios, ha sostenido la tesis según la cual en casos duros de derechos humanos o DIH es la sociología la que brinda consistencia a las figuras dogmáticas, incluso si estas son problemáticas.⁷¹

Debe agregarse, en relación con la conexión directa a la cual se ha hecho referencia, que se trata de un tema de armonización del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, tema que ha tenido en Colombia un desarrollo ciertamente interesante y particular, y que tiene que ver precisamente con la noción de *bloque de constitucionalidad*. Se trata en todo caso de una conclusión que parece sencilla y evidente, pero que se refiere justo a temas de derecho comparado. Así,

[...] la efectividad doméstica de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos depende crucialmente de la recepción de sus fuentes en el derecho interno. Las condiciones de esa recepción son definidas autónomamente por los Estados, en donde cada uno determina el mecanismo a través del cual implementa a nivel local sus compromisos y la jerarquía que le otorga en el sistema de fuentes del derecho.⁷²

No es desde luego en ningún caso un tema pacífico y depende mucho de cada Estado.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia con radicado n.º 28017, del 14 de noviembre de 2007, M. P. Jorge Socha Salamanca. Para ahondar en el análisis del tema de la omisión y la manera como esta figura se aplica actualmente en casos graves de derechos humanos, permítase la remisión al documento titulado: "La figura de omisión: jurisprudencia reciente en contexto de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario", producido por el área de justicia del Observatorio Internacional para el Seguimiento del Proceso de DDR y la Ley de Justicia y Paz, del Centro Internacional de Toledo para la Paz, dirigido por Alejandro Aponte, Bogotá, 2008. El documento, con las fichas técnicas de las sentencias más importantes, se encuentra disponible en <<http://www.citpax.observatorio.org/justicia.htm>>.

⁷² Se trata de un texto muy interesante escrito por Diego López Medina y Liliana Sánchez, denominado "La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano", en el cual los autores reconstruyen en perspectiva el desarrollo de dicha armonización, sus hitos básicos, el origen francés de la noción de *bloc de constitutionnalité*, tan arraigada en Colombia, y el énfasis especial en derecho penal que ha tenido la llave creada entre el Sistema Interamericano y el derecho interno —y las arduas discusiones en torno a ello—. Texto publicado en la *International Law*, revista colombiana de derecho internacional publicada por la Universidad Javeriana, Bogotá, edición especial de diciembre de 2008, número 12, p. 320.

10. De la responsabilidad estatal a la responsabilidad individual: el activismo del sistema interamericano

La complejidad de los temas abordados en la sentencia de la Corte Interamericana puede llevar a situar esta providencia y otras emitidas en la presente década dentro de una nueva etapa de actuación de la Corte y de todo el sistema, referida de manera muy particular al tema de la responsabilidad y, más concretamente, a poner en tela de juicio la distinción o las fronteras entre la *responsabilidad estatal* y la *responsabilidad individual*. Este punto es problemático, pero es un punto de conexión inevitable entre sistemas de protección, en todo caso, entre el sistema interamericano y la Corte Penal Internacional; es un punto de encuentro entre derechos humanos y derecho penal internacional. Pero, como se ha dicho, es en extremo problemático y de allí la importancia de esfuerzos generales y también referidos a aspectos puntuales, como los que se adelantan en este volumen conjunto del Grupo de Estudios, que abordan el impacto general del SIDH sobre ordenamientos nacionales y sobre la justicia penal internacional.

10.1. Una etapa más actual en la evolución del SIDH respecto del derecho internacional humanitario

Para efecto de este trabajo, deben destacarse, además de la providencia sobre Mapiripán, otras como la providencia de la Corte Interamericana de 2006 relativa a las *Masacres de Ituango contra Colombia*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. En ella, la misma Corte hace alusión, también respecto de normas aplicables al conflicto armado, a una “evolución del Sistema Interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional Humanitario”.⁷³ La Corte estableció que, según quedó demostrado y de acuerdo con el reconocimiento del Estado al respecto, los hechos del caso sucedieron “con la aquiescencia o tolerancia de miembros del Ejército colombiano, dentro de un contexto de conflicto armado interno (supra párrs. 63 y 64). En este sentido, este Tribunal observa que los artículos 13 (Protección de la población civil) y 14 (Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil) del Protocolo II de los Convenios de Ginebra pro-

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las *Masacres de Ituango contra Colombia*, sentencia del 1 de julio de 2006, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, § 179.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

híben, respectivamente, ‘los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil’, así como ‘atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil’⁷⁴

10.2. La aquiescencia estatal con las acciones de particulares y la omisión del deber en los agentes estatales: un punto de inflexión actual

La evolución, como se dice, no solo se da en términos del uso ya sistemático de las normas humanitarias, sino en función de la responsabilidad. Ello está expuesto claramente en la providencia citada sobre el caso *Mapiripán*. En ella, la Corte realizó una disertación respecto a los alcances de la responsabilidad internacional de los estados por violar la Convención Americana. Para la Corte, la interpretación de la Convención, tiene que “acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.⁷⁵ Esta evolución tiene lugar, entre otras razones, a partir del hecho de que el “deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.⁷⁶

En este contexto se desarrolla la interpretación acerca de la actuación de particulares sin control de los funcionarios responsables y tiene lugar la reflexión sobre actos omisivos. A propósito de ello, y en general respecto de aquella evolución a la cual se alude, es menester hacer referencia a algunas consideraciones efectuadas al respecto por el juez Antônio A. Cançado Trindade, quien se ha pronunciado al respecto en diversos votos concurrentes a sentencias de la Corte IDH.

En primer lugar, en el voto concurrente en la sentencia de fondo del caso *Barrios Altos contra Perú*, el magistrado expresó que en la actualidad no ve sentido alguno a contraponer la responsabilidad internacional del Estado con la responsabilidad penal individual. En consecuencia, manifestó que la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos internacionalmente consagrados y la responsabilidad

⁷⁴ *Ibidem*, § 180.

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, loc. cit., § 106.

⁷⁶ *Ibidem*, § 109.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

penal individual de agentes perpetradores de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario son dos caras de la misma medalla en la lucha contra las atrocidades, la impunidad y la injusticia; constatación que es posible gracias a lo que él denomina el *despertar de la conciencia jurídica universal*.⁷⁷ Este despertar se basa, a su juicio, en un nuevo paradigma, un paradigma antropocéntrico, con base en el cual se concibe que el ser humano está ubicado en la posición central y a partir del cual se ponen de manifiesto los problemas que afectan a la humanidad como un todo.⁷⁸ (Son desde luego deducciones problemáticas, incluso porque la misma idea de humanidad es, en derecho, un constructo normativo al cual hay que darle sentido y no obra como un supuesto abstracto, absoluto. En la noción misma de dignidad aparece este problema: ella es un constructo normativo de Occidente que le viene dando un sentido. No se trata de un presupuesto que se torna maleable, instrumentalizable, abstracto.)⁷⁹

Por otra parte, en el voto razonado a la sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, el juez Trindade hizo referencia al hecho de que existe una complementariedad entre la responsabilidad internacional de los estados y la responsabilidad penal internacional de los individuos:

La responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional del individuo no se autoexcluyen, sino más bien se complementan. Esto porque un agente público actúa en nombre del Estado, y tanto el Estado como su agente responden por los actos u omisiones a ambos imputables.⁸⁰

Y finaliza este aparte del referido voto razonado:

A mi juicio, la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional del individuo no se autoexcluyen, sino, todo lo contrario, son complementarias y encuéntrase inexorablemente interligadas.⁸¹

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Barrios Atos contra Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, fondo, voto concurrente del juez Antônio A. Cançado Trindade.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Bien vale en este contexto hacer referencia al gran trabajo de Werner Maihofer sobre la dignidad y sobre cómo ella debe construirse, debe adecuarse paso a paso a las exigencias del derecho. Se cita la elegante traducción de José Luis Guzmán, con un estudio preliminar, en colaboración con Agustín Squella Narducci: *Estado de derecho y dignidad humana*, Montevideo y Buenos Aires, B. de F., 2008.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, fondo, reparaciones y costas, voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, § 14.

⁸¹ *Ibidem*, § 20.

ALEJANDRO APONTE CARDONA

En el voto razonado a la sentencia de fondo del caso *Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala*, el juez Trindade ahonda en los argumentos. Hace referencia al *ius cogens*, a una noción más comprensiva de *lesa humanidad*, al individuo como centro de imputación, entre otras consideraciones complejas que constituyen hoy un punto central en el activismo de la Corte. Son temas que deben ser analizados en sumo detalle y en perspectiva.

La Corte insiste, además, en que para deducir la responsabilidad estatal no es necesario, como obra el derecho penal, individualizar y deducir el grado y la forma de culpabilidad, como lo hace el derecho penal. Pero ello en la práctica es cada vez más difícil, pues en una narración de hechos no parece lógicamente posible deslindar la alusión a actores concretos, de acuerdo con la reconstrucción probatoria que hace la Corte. Por ejemplo, en sentencia del 4 de julio de 2007, en el caso de la ejecución del indígena colombiano Germán Escué Zapata, la Corte, en la narración de los hechos, se refiere expresamente a los militares que estuvieron de una u otra forma involucrados en ellos. A las narraciones generales sobre quiénes eran responsables de las guarniciones militares para el momento de los hechos se agregan narraciones específicas sobre quién intervino en la muerte:

Después de haber caminado por un tiempo aproximado de veinte minutos el cabo [...] se retrasó unos metros junto con Germán Escué Zapata, a quien golpeó en el estómago con la culata del fusil que portaba, haciendo que se doblegara. El señor Escué Zapata suplicó al Cabo [...] que no lo matara, pero el Cabo retrocedió y le disparó varias veces causándole la muerte.

¿Y si el Cabo no ha sido hallado responsable penalmente en el ámbito? Este es hoy uno de los hechos de mayor discusión en torno de la actuación del SIDH, pero puede verse, desde una perspectiva de defensa radical de los derechos humanos y de castigo a los infractores, como una manera de interactuar el derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal, incluso si ello se da con independencia de las decisiones internas: un tribunal internacional podría tener como referencia la narración de los hechos y la argumentación en función de ellos, como punto de partida para instruir un proceso y deducir responsabilidades individuales.

Como se ve, se trata de temas extraordinariamente complejos, que constituyen desafíos de toda índole y merecen una atención muy especial, no solo de los juristas dedicados al derecho penal, sino en general de la comunidad jurídica, de las instancias que

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

deciden sobre políticas públicas de protección de derechos humanos, de aquellos que en casos concretos —por ejemplo, donde existen conflictos armados irregulares— propongan leyes que funcionen como mecanismos de justicia transicional.