

CONCURSO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS 2017

Caso de Ricardo Madeira et al. v. República de Zirconia

Memorandum de Ley

CONFIDENCIAL

Preparado por:

Eric Tardif

Washington College of Law

American University

Washington, 2017

PRÓLOGO

El presente documento se encuentra estructurado en dos partes. La primera presenta antecedentes generales sobre el derecho internacional humanitario, su relación con el derecho internacional de los derechos humanos, y la manera en que ha sido tomado en cuenta por la Corte Interamericana en su jurisprudencia. La segunda aborda concretamente el caso hipotético, analizando sus varias facetas y exponiendo los distintos argumentos que los equipos podrían presentar en relación con los tres supuestos de violación de derechos humanos acontecidos en Zircondia.

En este sentido, este memorandum busca presentar a los jueces criterios orientadores, que les permita apreciar los argumentatos de los equipos que defienden las diferentes posturas, pero no pretende ser exhaustivo, ya que los hechos narrados en el Caso Hipotético inspirarán sin duda distintas líneas argumentativas para cada uno de los jueces y los competidores. Las explicaciones y los comentarios aquí proporcionados buscan también acoplarse al nivel de preparación de los equipos (licenciatura).

Cabe aclarar que, aunque el autor pertenece al Comité Internacional de la Cruz Roja, los comentarios y análisis aquí plasmados no reflejan necesariamente el punto de vista y ni las políticas de dicha institución.

Espero sinceramente que el estudio del caso hipotético de este año haya logrado despertar o afianzar el interés de los participantes para esta disciplina, tan importante en el escenario mundial actual, que es el derecho internacional humanitario.

PARTE I: ANTECEDENTES GENERALES

1. Fuentes y principios del derecho internacional humanitario (DIH)¹

El derecho internacional humanitario (DIH) puede definirse como la rama del derecho internacional que busca limitar el uso de la violencia en los conflictos armados mediante la protección de quienes no participan o han dejado de participar directamente en las hostilidades, y la restricción de ésta a la cantidad necesaria para alcanzar el objetivo del conflicto, que – independientemente de las causas por las que se lucha– sólo puede ser el debilitar el potencial militar del enemigo. También conocido como derecho de los conflictos armados (o *ius in bello*) es una de las ramas más reguladas del derecho internacional. En la práctica, por lo tanto, las fuentes más relevantes del DIH son tratados aplicables al conflicto armado en cuestión (derecho convencional). Por ejemplo, en situaciones de conflicto armado internacional, las fuentes más importantes del DIH aplicables son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949,² su Protocolo Adicional I y los tratados sobre armas, como la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales, el Tratado de Ottawa de 1997 sobre minas antipersonal, la Convención de 2008 sobre municiones en racimo o el Tratado sobre el comercio de armas de 2013, entre otros.

El primer Convenio, que protege a los soldados heridos y enfermos durante combates que ocurren en tierra, es una versión actualizada de los instrumentos anteriores adoptados en 1864, 1906 y 1929. También proporciona protección para personal sanitario y religioso, unidades médicas y transportes y reconoce los emblemas distintivos (principalmente la Cruz Roja y la Media Luna Roja, sobre fondo blanco). El segundo Convenio sigue de cerca las disposiciones del primer Convenio de Ginebra en estructura y contenido, y trata específicamente sobre la guerra en el mar. El tercer Convenio trata de prisioneros de guerra, establece las categorías de las personas que tienen derecho a este estatus, las condiciones y lugares donde puede tener lugar el cautiverio, los beneficios a que tienen derecho y los procesos judiciales que pueden ser instituidos contra ellos. El Convenio establece el principio de que los prisioneros de guerra serán liberados y repatriados sin demora tras el cese de las hostilidades activas. El cuarto Convenio aborda la protección de civiles en tiempo de guerra, define la situación y tratamiento de las personas protegidas y hace hincapié en las obligaciones de una potencia ocupante con respecto a la población civil, entre otros temas.

Las normas que regulan la conducta de las hostilidades, que limitan los métodos y medios de guerra que pueden utilizar las partes en un conflicto, se establecen en los Convenios de La Haya de 1899 y 1907. Regulan la conducta de las operaciones militares en un conflicto armado mediante la definición de los usos adecuados y permitidos de armas y tácticas militares.

En las dos décadas que siguieron a la aprobación de los Convenios de Ginebra, el mundo fue testigo de un aumento en el número de conflictos armados no internacionales (CANI) y las guerras de liberación nacional. Por esta razón dos protocolos adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra se adoptaron en 1977, que reúnen y desarrollan las normas sobre protección de las personas y la

¹ Véase MELZER, Nils, *International humanitarian law - a comprehensive introduction*, Geneva, ICRC, 2016, pp. 17 ss. (disponible en: <https://www.icrc.org/en/publication/4231-international-humanitarian-law-comprehensive-introduction> y SALMON, Elizabeth, *Introducción al derecho internacional humanitario*, 3rd ed., CICR-PUCP, 2012, pp. 53 ss.; disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/10/Introducci%C3%B3n-al-Derecho-Internacional-Humanitario-2012-3.pdf>.

También se puede consultar el compendio de casos en línea *How does law protect in war* en el sitio web del Comité Internacional de la Cruz Roja: <https://casebook.icrc.org/>.

² Véase: Comité Internacional de la Cruz Roja, *Resumen de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y de sus Protocolos Adicionales*, <https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/icrc-003-0368.pdf>.

conducta de las hostilidades, con la idea de fortalecer la protección de las víctimas de conflictos internacionales (Protocolo Adicional I) y no internacionales (Protocolo Adicional II) y establecen los límites en las formas en que se desarrollan las guerras. El Protocolo II fue el primer tratado internacional dedicado exclusivamente a las situaciones de conflictos armados no internacionales. En 2005, se adoptó un tercer Protocolo Adicional creando un nuevo emblema protector, el Cristal Rojo (que no reemplaza a la Cruz Roja ni a la Media Luna Roja).

El DIH convencional aplicable en los CANI se encuentra significativamente menos desarrollado; las fuentes más importantes son el Artículo 3 (común a los cuatro Convenios de Ginebra)³ y, en determinadas circunstancias, el Protocolo Adicional II.

El Artículo 3 establece:

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

(...)

En 2005, después de extensas investigaciones y consultas con expertos en todo el mundo, el CICR publicó un informe,⁴ ahora conocido como el “estudio sobre el DIH consuetudinario”. En esencia, el estudio proporciona una instantánea de lo que el CICR consideraba que era el DIH consuetudinario

³ Para un comentario del Artículo 3 común, véase: International Committee of the Red Cross, *Commentary on the First Geneva Convention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, “Article 3”; disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=4825657B0C7E6BF0C12563CD002D6B0B&action=openDocument>.

⁴ Véase HENCKAERTS, Jean-Marie & DOSWALD-BECK, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Volumen I: Normas, Ginebra, 2007; disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/pcustom.htm>.

en el momento de su publicación. En el volumen I del estudio figuran 161 normas que el CICR considera vinculantes como DIH consuetudinario; entre ellas, 136 también se aplican a los conflictos armados no internacionales⁵ y 13 normas son aplicables en los CANI solamente.

El derecho consuetudinario juega un papel importante en el DIH, dado que varias normas y principios establecidos en los tratados no han sido ratificados por algunos Estados, incluidas las normas que rigen la conducta de las hostilidades y el tratamiento de las personas que no participan, o han dejado de hacerlo, de manera directa en las hostilidades. Debido a que también son parte del derecho consuetudinario, por lo tanto, son vinculantes en todos los Estados, independientemente de los tratados a los que éstos se hayan o no adherido. Por ejemplo, un Estado beligerante puede no haber ratificado un tratado que prohíba el uso de ciertas armas (por ejemplo, las que pueden causar "daños superfluos o sufrimientos innecesarios"), pero como existe una prohibición consuetudinaria universalmente reconocida de tales medios y métodos de guerra, ese Estado tendrá prohibido usar esas armas de acuerdo con el DIH consuetudinario. Es también importante subrayar que varias normas consuetudinarias establecen con mayor detalle que el derecho convencional las obligaciones de las partes involucradas en un CANI, particularmente con respecto a la forma en la que se llevan a cabo las hostilidades. Por ejemplo, el derecho convencional no prohíbe expresamente los ataques contra bienes civiles en los CANI, pero sí lo hace el derecho internacional consuetudinario.

Las otras fuentes reconocidas del DIH son los principios generales del derecho, el *soft law*, la jurisprudencia y la doctrina.

Como en el contexto del Caso Hipotético, la gran mayoría de los conflictos armados contemporáneos hoy en día se libran entre Estados y grupos armados organizados o entre tales grupos.

Los Estados nunca han acordado tratar los conflictos armados internacionales y no internacionales de la misma manera, principalmente porque durante mucho tiempo estos últimos eran considerados asuntos internos regulados por la legislación nacional, y ningún Estado estaba dispuesto a aceptar que sus ciudadanos declararan la guerra contra su propio gobierno; por esta razón el derecho aplicable a los CANI es más reciente. El DIH de los CANI implica a menudo los mismos principios que son aplicables a las guerras internacionales, aunque con menos detalle. Sin embargo, en las últimas décadas las normas de los CANI se han desarrollado, por ejemplo, a través de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR).

El estudio del CICR sobre el DIH consuetudinario ha confirmado la naturaleza consuetudinaria de la mayoría de las normas convencionales aplicables en los CANI (Artículo 3 común a los Convenios y al Protocolo II en particular). Además, el estudio demuestra que muchas normas diseñadas inicialmente para ser aplicables únicamente en conflictos internacionales también resultan aplicables como normas consuetudinarias en los CANI.

⁵ SASSOLI, Marco *et al.*, *How does law protect in war? - Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, Volume I "Outline of International Humanitarian Law", 3rd ed., ICRC, Geneva, 2012, Chapter 12: "The Law of Non-International Armed Conflicts"; disponible en: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-0739-part-i.pdf>

El DIH convencional que rige los CANI consiste, ante todo, en el Artículo 3 común y el Protocolo Adicional II. Un número de tratados sobre la regulación, prohibición o restricción de ciertos tipos de armas también se aplica en los conflictos armados no internacionales. Por último, pero no menos importante, debido a la escasez relativa de normas convencionales de DIH, el derecho consuetudinario es de gran importancia para la regulación de los conflictos armados no internacionales.⁶

El Protocolo Adicional II de 1977 desarrolla y complementa el contenido del Artículo 3 Común; su primer Artículo establece:

1. El presente Protocolo (...) se aplicará a todos los conflictos armados que no [sean de carácter internacional] y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.
2. El presente Protocolo no se aplicará 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.

De lo anterior, pueden establecerse algunos principios fundamentales del DIH.⁷

El principio de *necesidad* implica que sólo se puede utilizar la fuerza requerida para la sumisión total o parcial del enemigo y que no esté prohibida por el derecho de los conflictos armados.

Según el principio de *distinción*, las partes en un conflicto están obligadas a distinguir entre combatientes y civiles y entre objetivos militares y bienes civiles; por lo tanto, los ataques sólo pueden dirigirse contra combatientes y objetivos militares.

El principio de *limitación*; el derecho a elegir medios y métodos de guerra no es ilimitado. Una serie de instrumentos restringen o prohíben el uso de armas o métodos de una naturaleza tal que causen lesiones superfluas o sufrimientos innecesarios.

Bajo el principio de *proporcionalidad*, debe establecerse un equilibrio entre las pérdidas incidentales previstas de vidas civiles, los daños a los civiles y los daños a bienes civiles, por un lado, y la ventaja militar concreta y directa anticipada, por el otro. Se prohíben los ataques que se espera inflijan daños incidentales excesivos a civiles o a bienes civiles.

Un principio conexo - el de *precaución* - establece el deber de evitar o, al menos, minimizar las muertes, lesiones y destrucción incidentales en personas y objetos protegidos contra ataques directos.

2. La relación entre el DIH y el Derecho internacional de los derechos humanos

Se ha escrito mucho sobre la interacción que existe entre estas dos disciplinas.⁸ La esencia de la relación es que, mientras el derecho humanitario sólo aplica a los conflictos armados, tal como se

⁶ MELZER, Nils, *op. cit.*, pp. 66 ss.

⁷ Para una descripción de los principios fundamentales, se recomienda referirse al Estudio sobre el DIH consuetudinario.

⁸ Véase, por ejemplo, MURRAY, Daragh, *Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2017 (Capítulo 4); HEINTZE, Hans-Joachim, "Theories on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law", así como GOWLLAND-DEBBAS, Vera & GAGGIOLI, Gloria, "The Relationship between International Human Rights and Humanitarian Law: An Overview", ambos en KOLB, Robert & GAGGIOLI, Gloria, *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2013; HATHAWAY, Oona A., "Which Law Governs During Armed Conflict? The Relationship Between International

estipula, por ejemplo, en el artículo 2 común de los Convenios de Ginebra de 1949, el derecho de los derechos humanos se aplica tanto en situaciones de paz como de guerra.⁹

La posición adoptada por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) refleja el estado del arte. En primer lugar, en su opinión sobre la *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*, la Corte reconoció que la protección ofrecida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “no cesa en tiempos de guerra, excepto por la operación del artículo 4 del Pacto por el que determinadas disposiciones pueden ser derogadas en un momento de emergencia nacional”. Aunque el derecho establece que nadie puede ser privado arbitrariamente de su vida, la interpretación de lo que debe ser considerado como arbitrario corresponde, según la CIJ, a “la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en los conflictos armados.”¹⁰

La interdependencia entre estos dos campos fue reafirmada por la CIJ en su opinión emitida sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, donde estableció que, en una situación de conflicto armado, la rama del derecho aplicable en materia del derecho a la vida es el derecho internacional humanitario, en contraposición al derecho de los derechos humanos, aunque también indicó que “[en] cuanto [a] la relación entre el DIH y el derecho de derechos humanos, existen por lo tanto tres situaciones posibles: algunos derechos pueden ser exclusivamente del ámbito del derecho internacional humanitario; otros pueden ser exclusivamente del ámbito del derecho de los derechos humanos; y otros pueden ser asuntos del ámbito de ambas ramas del derecho internacional.” Más adelante, en su decisión sobre el *Caso relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo*, la Corte determinó que los tratados de derechos humanos siguen siendo aplicables en tiempo de guerra, junto con el derecho humanitario.¹¹

Además, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha establecido que el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario son mutuamente complementarios y su utilización para determinar el contenido y alcance de uno y del otro es apropiado e inevitable.¹²

3. La posición adoptada por la Corte Interamericana

Debido a las muchas situaciones de conflicto armado que se han presentado en el continente desde el inicio del Sistema Interamericano de derechos humanos, la cuestión del lugar que ha de darse al DIH ha estado siempre presente. En octubre de 1997, la Comisión Interamericana aprobó su Informe en el caso de *La Tablada*, que trata de un ataque lanzado por 42 personas armadas sobre los cuarteles militares de las fuerzas armadas de Argentina en 1989, provocando una batalla de 30 horas que finalizó con la muerte de varios asaltantes y agentes del Estado. Los atacantes sobrevivientes

Humanitarian Law and Human Rights Law”, *Minnesota Law Review*, Vol. 96, 2012; o ARNOLD, Roberta & QUENIVET, Noelle, *International Humanitarian Law and Human Rights Law - Towards a New Merger in International Law*, Leiden, Brill Publishers, 2008.

⁹ ORAKHELASHVILI, Alexander, “The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?”, *EJIL*, Vol. 19, Núm.1, 2008, p. 162.

¹⁰ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996 I.C.J., (8 July 1996), Par. 25.

¹¹ ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 I.C.J., 136 (9 Jul. 2004), Par. 106, and *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, 2005 I.C.J., (19 Dec. 2005), Par. 216.

¹² ICTY, *Prosecutor v. Kumarac*, IT-96-23-T, Judgment of 22 Feb. 2001, Párr. 467.

presentaron una denuncia ante la Comisión. En su Informe, la Comisión examinó en detalle si era competente para aplicar directamente el DIH y decidió a favor de esta posición.¹³

Como lo señala la Prof. Elizabeth Salmón, la relación entre la Corte Interamericana y el DIH ha pasado por tres fases diferentes.¹⁴ Inicialmente, en la primera, aunque se pidió a la Corte decidir sobre casos que tenían lugar en contextos de conflicto armado, su análisis ignoró el impacto de las disposiciones de DIH en el Perú y Colombia, por ejemplo. Las cosas cambiaron a partir de 2000 con el Caso de *Bámaca Velásquez*, cuando la Corte señaló que ni la Comisión ni la Corte tienen autoridad jurisdiccional para aplicar el DIH directamente o para declarar la responsabilidad del Estado por violaciones del DIH, pero reconoció la posibilidad de que los jueces lo utilicen para interpretar las disposiciones de la Convención Americana, cuando sea necesario.¹⁵ En 2012, una nueva etapa comenzó con la decisión emitida por la Corte en el Caso de la *Masacre de Santo Domingo*, marcado por el uso de las normas del DIH consuetudinario para interpretar el derecho internacional de los derechos humanos, mientras que la Corte incluye argumentos que parecen dejar al DIH fuera del alcance de su competencia, sin ninguna razón clara. La profesora Salmón indica que esto podría estar destinado a impedir que los Estados aleguen que la Corte aplica tratados que están fuera de su rango de competencia.

Es importante recordar aquí dos artículos clave de la Convención Americana. El Artículo 29 (“Normas de interpretación”), establece:

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.

El Artículo 62, que forma parte del Capítulo VIII de la Convención que toca el papel de la Corte en el marco del sistema interamericano, establece:

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

¹³ Véase ZEGVELD, Liesbeth, “The Inter-American Commission on Human Rights and international humanitarian law: A comment on the *Tablada Case*”, *International Review of the Red Cross*, Núm. 324, 1998.

¹⁴ SALMON, Elizabeth, “Institutional Approach between IHL and IHLR – Current Trends in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 5, 2014, pp. 161-165.

¹⁵ TABAK, Shana, “Ambivalent Enforcement: International Humanitarian Law at Human Rights Tribunals”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 37, No. 4, 2016, p. 693.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

El artículo 62(3) de la Convención Americana define claramente los límites de la competencia *ratione materiae* de la Corte y no incluye en ninguna parte el derecho de los conflictos armados; por lo tanto, la Corte no es responsable de aplicarlo. Sin embargo, la Corte ha indicado desde el principio que se reservaba la posibilidad de recurrir a “tratados internacionales” distintos a la Convención Americana para efectos de interpretación.¹⁶

En el Caso *Las Palmeras*, la Corte afirmó que la Convención Americana “sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención, y no con los Convenios de Ginebra de 1949.”¹⁷

Pero la Corte también ha interpretado la prohibición bajo el artículo 29 – ninguna interpretación que restrinja el alcance de los derechos humanos – como una *autorización* para ampliar el contenido de los derechos protegidos por la Convención. Esta interpretación amplia del Artículo 29 es justificada por la Corte misma teniendo en cuenta el objetivo y el objeto de la Convención Americana, que es la protección de los derechos *humanos*. Esta es la llamada interpretación *pro homine* de la Convención Americana.¹⁸

En el Caso de la *Masacre de Mapiripán*, la Corte explicó el papel desempeñado por el DIH como parte de su razonamiento jurídico:¹⁹

114. [L]a Corte no puede obviar la existencia de deberes generales y especiales de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del Derecho Internacional Humanitario, en particular del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y las normas del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II). 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. (...)

115. Las obligaciones derivadas de dicha normativa internacional deben ser tomadas en cuenta, según lo dispuesto en el artículo 29.b) de la Convención, pues quienes se hallan

¹⁶ BURGORGUE-LARSEN, Laurence & ÚBEDA DE TORRES, Amaya, ““War” in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, 2011, p. 163.

¹⁷ Corte IDH. Caso *Las Palmeras v. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, Párr. 33.

¹⁸ TIGROUDJA, Hélène, “The Inter-American Court of Human Rights and International Humanitarian Law”, en KOLB, Robert & GAGGIOLI, Gloria, *op. cit.*, p. 472

¹⁹ Corte IDH. Caso de la “*Masacre de Mapiripán*” v. *Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, Párrafos 114-115.

protegidos por el régimen de dicho instrumento no pierden por ello los derechos o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran, sino se complementan o integran para precisar su alcance o determinar su contenido. Si bien es claro que la atribución de responsabilidad internacional bajo las normas de Derecho Internacional Humanitario no puede ser declarada, como tal, por este Tribunal¹⁹⁷, dichas normas son útiles para la interpretación de la Convención¹⁹⁸, al establecer la responsabilidad estatal y otros aspectos de las violaciones alegadas en el presente caso. (...)

El Tribunal reafirmó este mismo principio en un caso similar en el que se denunciaron las desapariciones forzadas en *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (2000), con motivo del cual interpretó el Artículo 1 de la Convención Americana a la luz del Artículo 3 común:²⁰

208. Si bien la Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3 común.

En el Caso de la *Masacre de Ituango*, que implicaba graves violaciones de los derechos humanos cometidas por grupos paramilitares apoyados por el Estado colombiano, la Corte interpretó el derecho a la propiedad (artículo 21 de la Convención Americana) en consideración de los artículos 13 y 14 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra. En su decisión subsecuente en el Caso de la *Masacre de las Dos Erres v. Guatemala*, la Corte analizó la protección concedida a los niños durante el conflicto armado teniendo en cuenta el artículo 4 (3) del Protocolo Adicional II.²¹ En su decisión en el Caso de la *Masacre de Ituango*, también sostuvo que es útil y apropiado, en armonía con el artículo 29 de la Convención Americana, recurrir a tratados internacionales tales como el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de acuerdo con la evolución del sistema interamericano, considerando los progresos correspondientes en el campo del DIH.

4. Definición de un conflicto armado no internacional (CANI)

Un “conflicto armado que no sea de índole internacional” (utilizando los términos del Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra) es una situación de violencia que alcanza ciertos umbrales de enfrentamiento que la distinguen de formas menores de violencia, y acciona el uso del DIH. El derecho de los conflictos armados no se aplica a situaciones que no constituyen un conflicto armado, las cuales son regidas por las obligaciones en materia de derechos humanos del Estado en cuestión. El derecho de los CANI distingue dos situaciones: una en la cual el grupo armado ha alcanzado cierto control mínimo sobre un territorio y otra en la que no tiene tal control.²² En el primer caso, el Protocolo Adicional II, que como se ha apuntado desarrolla y complementa el Artículo 3 común, es aplicable además de otros instrumentos. Específicamente, contiene una lista extendida de los

²⁰ Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, Párrafo 208.

²¹ TIGROUDJA, Hélène, *op. cit.*, p. 470.

²² QUÉNIVET, Noëlle, “Applicability Test of Additional Protocol II and Common Article 3 for Crimes in Internal Armed Conflict”, in JINKS, Derek *et al.* (Eds.), *Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies*, The Hague, Asser Press, 2014.

derechos y las protecciones fundamentales; disposiciones con respecto a las personas cuya libertad se ha restringido y referentes al procesamiento y castigo de ilícitos relacionados con los CANI; y disposiciones más específicas sobre la protección concedida a la población civil. En su preámbulo, se recuerda que “los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”, estableciendo de este modo un vínculo entre el Protocolo Adicional y tales instrumentos, incluyendo la Convención Americana.²³

El umbral que una situación debe satisfacer para que ésta sea considerada un conflicto armado según el Artículo 3 común, es por lo tanto más bajo, puesto que el único requisito es prácticamente que el conflicto tenga lugar en el territorio de uno de los Estados.

Resulta oportuno considerar algunos elementos de una definición jurídica de CANI enunciados en la jurisprudencia de tribunales internacionales, en particular la del TPIY:²⁴

Los conflictos armados no internacionales son *confrontaciones armadas prolongadas* que ocurren entre las fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre esos grupos, que surgen en el territorio de un Estado [parte en los Convenios de Ginebra]. El enfrentamiento armado debe alcanzar un *nivel mínimo de intensidad* y las partes involucradas en el conflicto deben mostrar un *mínimo de organización*.²⁵

Las definiciones siguientes, provenientes del mundo académico, son también relevantes:

Los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados que tienen lugar dentro del territorio de un Estado entre el gobierno, por un lado, y grupos armados insurgentes, por el otro. [...] Otro caso es el desmoronamiento de toda la autoridad gubernamental en el país, como resultado de lo cual varios grupos combaten entre sí en la lucha por el poder.²⁶

Las hostilidades tienen que ser conducidas por la fuerza de las armas y exhibir una intensidad tal que, por regla general, el gobierno se ve obligado a emplear sus fuerzas armadas contra los insurgentes en lugar de meras fuerzas policiales. En segundo lugar, en cuanto a los insurgentes, las hostilidades están destinadas a ser de carácter colectivo, [es decir] que no deben ser llevadas a cabo únicamente por grupos individuales. Además, los insurgentes tienen que demostrar un nivel mínimo de organización. Sus fuerzas armadas deben estar bajo un mando responsable y ser capaces de satisfacer requisitos humanitarios mínimos.²⁷

²³ Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*; disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm>.

²⁴ Véase, en particular: ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, Judgement, 7 May 1997, Párr. 561-568; ICTY, *Prosecutor v. Limaj*, IT-03-66-T, Judgement, 30 November 2005, Párr. 135-170; ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj*, IT-04-84-T, Judgement, 3 April 2008, Párr. 32-62; ICTY, *Prosecutor v. Boskoski*, IT-04-82-T, Judgement, 10 July 2008.

²⁵ "How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law ?", ICRC Opinion Paper, March 2008, p. 5; disponible en <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>.

²⁶ GASSER, Hans-Peter, "International Humanitarian Law: an Introduction", en HAUG, H. (Ed.), *Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*, Paul Haupt Publishers, Berna, 1993, p. 555.

²⁷ SCHINDLER, Dietrich, "The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols", *RCADI*, Vol. 163, 1979-II, p. 147.

Los dos criterios antedichos de CANI -- la organización de las partes y la intensidad de la violencia -- tienen la finalidad de distinguir un conflicto armado “del bandolerismo, insurrecciones desorganizadas y de breve duración, o las actividades terroristas, que no son materia del DIH.”²⁸ “Los criterios se encuentran estrechamente relacionados. Son hechos reales que deben ser determinados a la luz de la evidencia particular disponible para cada caso.”²⁹ Los criterios son evaluados para sopesar varios factores indicativos, ninguno de los cuales son, en sí mismos, esenciales para establecer si se ha cumplido cada criterio.

En relación con el criterio de la organización, se presumirá siempre que las fuerzas gubernamentales alcanzan el nivel mínimo de organización necesaria.³⁰ Por lo tanto, la evaluación del nivel de organización sólo concierne a los grupos armados no estatales (incluyendo las fuerzas armadas disidentes) involucrados en los actos de violencia.

Cuando en un caso específico no existiera información suficiente para concluir que el grupo armado alcanza el umbral indispensable de organización, éste puede deducirse no obstante de los factores que indican que se cumple con el umbral de intensidad -- en particular la clase, la complejidad y la frecuencia de las confrontaciones armadas. Por el contrario, el nivel indispensable de intensidad de la violencia no se puede obviamente deducir de la mera existencia de un grupo armado organizado. Es por lo tanto preferible comenzar analizando el criterio de la organización antes que el de intensidad, dado que las dudas con respecto al primero se pueden resolver posteriormente a la luz del último.

Según el TPIY, los factores indicativos principales de organización de las partes son los siguientes:³¹

- Estructura jerárquica y cadena de mando;
- capacidad para planificar y lanzar operaciones militares coordinadas;
- capacidad para reclutar, entrenar y equipar a nuevos combatientes;
- existencia de un reglamento interno o un código de conducta;
- los comandantes tienen una capacidad mínima para controlar los miembros del grupo y por lo tanto, para asegurar el respeto del DIH;
- control del territorio

Con respecto a los principales factores indicativos de la intensidad de la violencia, el Tribunal cita lo siguiente:³²

- número, duración y gravedad de las confrontaciones o enfrentamientos armados;
- número de unidades de combatientes desplegados en ambos lados y el tipo de fuerzas gubernamentales involucradas (policía, fuerzas de seguridad, fuerzas armadas);
- tipos de armas utilizadas;
- número de víctimas militares y civiles; magnitud de daños materiales causados;
- efectos de la violencia en la población civil (por ejemplo, desplazamiento).

²⁸ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, op. cit., Párr. 562.

²⁹ ICTY, *Prosecutor v. Boskoski*, IT-04-82-T, Judgement, 10 July 2008, Párr. 175.

³⁰ Véase ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj*, IT-04-84-T, Judgement, 3 April 2008, Párr. 60.

³¹ *Ibidem*, Párr. 194-206.

³² *Ibidem*, Párr. 177-193.

Si se determina que los criterios de un CANI se cumplen, el marco jurídico que rige es el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y las normas consuetudinarias del DIH aplicables en los CANI. Además, el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra se aplica si el Estado en cuestión es parte en el Protocolo, y si el CANI implica las fuerzas armadas del Estado contra fuerzas disidentes u otros grupos armados organizados que “ejercen sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” (artículo 1(1)).

Como se mencionó, el DIH no se aplica a situaciones de violencia que no correspondan a un conflicto armado, que se rigen en cambio por el derecho internacional de los derechos humanos y la legislación nacional. Tales situaciones incluyen “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”, en los términos del artículo 1(2) del Protocolo Adicional II, que se reconocen generalmente como estableciendo el umbral más bajo para todos los CANI.

La jurisprudencia internacional ha confirmado la importancia de la manera cómo la fuerza es utilizada por las autoridades, al calificar una situación. El TPIY ha observado a este respecto que un factor indicativo de la existencia de un conflicto armado interno es la manera en que los órganos del Estado, tales como la policía y los militares utilizan la fuerza contra grupos armados. En tales casos, puede ser instructivo analizar el uso de la fuerza por las autoridades gubernamentales, en particular, cómo se interpretan algunos de los derechos humanos, como el derecho a la vida y el derecho a no sufrir detención arbitraria, con el fin de apreciar si la situación es del tipo de los conflictos armados. Como es sabido, en situaciones que no lleguen a ser conflictos armados, el Estado tiene el derecho a usar la fuerza para defender la ley y el orden, incluyendo la fuerza letal, pero, en su caso, el derecho de los derechos humanos restringe dicho uso a las situaciones en las que es absolutamente necesario y estrictamente proporcional a ciertos objetivos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido en varios casos que la utilización de fuerza letal contra una persona a la que es posible arrestar sería “más de lo absolutamente necesario”. Sin embargo, cuando una situación alcanza el nivel de conflicto armado, la pregunta que constituye una privación arbitraria de la vida se interpreta según las normas del DIH, donde aplica una prueba de proporcionalidad diferente.³³

Por otro lado, no puede excluirse que numerosos pequeños enfrentamientos entre dos partes se sumen, junto con otros factores relevantes, para llegar a una intensidad correspondiente a la “violencia armada prolongada” requerida por el TPIY para la calificación de una situación de conflicto armado no internacional, quizás especialmente cuando además de estos enfrentamientos la situación también presenta numerosos actos unilaterales de violencia, como homicidios. La situación entonces puede equivaler a un conflicto armado no internacional, incluso cuando no constituye el tipo de conflicto de alta intensidad a la que se refería el TPIY en los casos antes mencionados.

El TPIY ha explicado al respecto que “[el] punto esencial elaborado por la sala de primera instancia en *Tadić* es que los actos aislados de violencia, como ciertas actividades terroristas cometidas en tiempo de paz, no están protegidas por el artículo 3 común”³⁴ y que “lo que importa es si los actos son perpetrados de forma aislada o como parte de una campaña prolongada que implica la participación de ambas partes en las hostilidades”.³⁵ El tribunal consideró además que “mientras que

³³ *Ibidem*, Párr. 178.

³⁴ *Ibidem*, Párr. 190.

³⁵ *Idem*.

los actos aislados de terrorismo no pueden alcanzar el umbral de un conflicto armado, cuando hay violencia prolongada de este tipo, especialmente donde se requiere la participación de las fuerzas armadas en las hostilidades, tales actos son relevantes para evaluar el nivel de intensidad con respecto a la existencia de un conflicto armado."³⁶

Es importante destacar que, en su jurisprudencia (como en la decisión de *Bámaca*), la Corte Interamericana ha explicado claramente la consecuencia de determinar la existencia de un CANI como parte de su análisis de los acontecimientos relacionados con presuntas violaciones de las disposiciones de la Convención Americana:

207. La Corte ha considerado demostrado que, al momento de los hechos del presente caso, se desarrollaba en Guatemala un conflicto interno (*supra* 121 b). Como ya se ha afirmado (*supra* 143 y 174) este hecho, en vez de exonerar al Estado de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas, lo obligaban a actuar en manera concordante con dichas obligaciones. Así, y según lo establece el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, 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. En particular, el Derecho Internacional Humanitario prohíbe en cualquier tiempo y lugar los atentados a la vida y a la integridad personal de las personas nombradas anteriormente.

5. Uso de la fuerza: Derecho Internacional de los derechos humanos y DIH³⁷

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que tienen como misión el ejercicio del poder policíaco, que incluye la detención o encarcelamiento, incluidas las autoridades militares o las fuerzas de seguridad del Estado, si tienen a su cargo estas funciones, están sujetas al Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (adoptado en 1979) y los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (aprobados en 1990). Aunque estos dos instrumentos únicamente tienen carácter de *soft law*, ofrecen orientación útil sobre temas específicos relacionados con el mantenimiento del orden público y la Corte Interamericana se ha referido a menudo a ellos. Los equipos probablemente los citarán dado que el Caso Hipotético no hace referencia a ninguna legislación particular vigente en Filipolandia / Serena / Zircondia.

Según los documentos referidos, los principios esenciales subyacentes en el uso de la fuerza y armas de fuego son los de: legalidad, precaución, necesidad y proporcionalidad.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden recurrir a usar la fuerza sólo cuando todos los otros medios para lograr un objetivo legítimo han demostrado ser inútiles (necesidad) y el uso de la fuerza puede ser justificado (proporcionalidad) con respecto a la importancia del objetivo legítimo (legalidad) que intentan alcanzar. Deben actuar con moderación cuando se utiliza la fuerza y

³⁶ *Ibidem*, Párr. 190.

³⁷ Véase, en general, CICR, *Violencia y uso de la fuerza*, Ginebra, 2015; disponible en: [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/violencia-y-uso-de-la-fuerza_\(web\).pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/violencia-y-uso-de-la-fuerza_(web).pdf). Véase también ICRC, *The use of force in armed conflicts: interplay between the conduct of hostilities and law enforcement paradigms – Report of an expert meeting*, Ginebra, 2013, pp. 4 ss.; disponible en <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4171.pdf>.

armas de fuego y actuar en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo a alcanzar³⁸ y sólo pueden usar tanta fuerza como sea necesario para lograr un objetivo legítimo.

En la medida en que se usen armas de fuego, puesto que se considera una medida extrema, los Principios Básicos 9, 10 y 11 subrayan que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no podrán utilizar armas de fuego contra las personas, excepto: en defensa propia o defensa de otros frente a la amenaza inminente de muerte o lesiones graves; para evitar la perpetración de un delito particularmente grave que implique una amenaza grave para la vida; para detener o evitar la fuga de una persona que presenta este riesgo y resistencia a la autoridad; y sólo cuando medios menos extremos no son suficientes para alcanzar estos objetivos.

El uso intencional letal de las armas de fuego puede hacerse únicamente cuando sea estrictamente inevitable para proteger la vida.³⁹ Las reglas de conducta a observarse antes de usar un arma de fuego (precaución), asentadas en el Principio Básico 10, requieren que las autoridades se identifiquen como tales; lleven a cabo una clara advertencia de su intención de utilizar armas de fuego, con tiempo suficiente para que ésta sea observada (a menos que tal advertencia implique la posibilidad de que tal advertencia ponga indebidamente en situación de riesgo a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, cree un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o sea claramente inadecuada o inútil dadas las circunstancias).

La Corte Interamericana ha establecido en su jurisprudencia que los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad son esenciales; en el Caso de *Nadège Dorzema y otros vs. República Dominicana*,⁴⁰ entre otros, ha por ejemplo aseverado:

85. A fin de observar las medidas de actuación en caso que resulte imperioso el uso de la fuerza, ésta debe realizarse en armonía con los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad:

i. Legalidad: el uso de la fuerza debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo (...) Frente a ello, la legislación y entrenamiento debían prever la forma de actuación en dicha situación (...)

ii. Absoluta necesidad: es preciso verificar si existen otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso. El Tribunal Europeo ha señalado que no se puede concluir que se acredite el requisito de “absoluta necesidad” para utilizar la fuerza contra personas que no representen un peligro directo, “inclusive cuando la falta del uso de la fuerza resultare en la pérdida de la oportunidad de captura” (...)

iii. Proporcionalidad: el nivel de fuerza utilizado debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecido. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda.

Con base en lo anterior, se pueden identificar algunas diferencias relevantes entre los paradigmas de conducta de hostilidades y de mantenimiento del orden.⁴¹

³⁸ Principios Básicos 4 y 5.

³⁹ Principio Básico 9.

⁴⁰ Párrafo 85; Véase también Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, Párr. 265.

Bajo el paradigma de la conducta de las hostilidades, se presume el principio de *necesidad* (necesidad militar de utilizar la fuerza contra blancos legítimos), dado que los combatientes pueden ser atacados con medios legales, mientras que los civiles están protegidos contra un ataque directo a menos que participen directamente en las hostilidades; en el caso del paradigma del mantenimiento del orden público, el principio de la "necesidad absoluta" implica que el uso de la fuerza debe ser el último recurso y sólo puede emplearse para perseguir un objetivo legítimo (por lo tanto, la fuerza debe ser absolutamente necesaria para mantener la seguridad pública, la ley y el orden).

En cuanto al principio de *proporcionalidad*, en virtud del DIH sólo protege a los civiles y los bienes civiles de daños que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista de un ataque; por lo tanto, el objetivo legítimo (combatiente o civil que participa directamente en las hostilidades) no está cubierto por dicho principio. Según el derecho de los derechos humanos, cuando un agente del Estado está utilizando la fuerza contra un individuo, el principio de proporcionalidad requiere un equilibrio entre los riesgos planteados por el individuo y el daño potencial a ese individuo. Por lo tanto, cabe tener en cuenta la vida del individuo que representa una amenaza inminente, en contraposición al DIH. Además, siempre que sea inevitable el uso lícito de la fuerza y de las armas de fuego, la prueba de proporcionalidad en materia de derechos humanos requiere utilizar la menor fuerza necesaria (posiblemente mediante el uso de armas que no sean letales) y aplicar un procedimiento de escalada en la fuerza a menos que esto parezca imposible. Por último, en el derecho de los derechos humanos, el uso de la fuerza debe evitar en la medida de lo posible las muertes o lesiones de los transeúntes, mientras que el principio de proporcionalidad en el ámbito del DIH solo prohíbe las pérdidas civiles incidentales *excesivas*.

Con respecto al *principio de precaución*, bajo el paradigma de la conducta de las hostilidades, los beligerantes deben velar por que tanto la población civil como los bienes civiles no sean afectados por los ataques, mientras que bajo el paradigma del mantenimiento del orden público se deben tomar todas las precauciones para evitar, en la medida de lo posible, el uso de la fuerza como tal y, por lo tanto, los agentes del Estado deben tomar todas las medidas posibles para minimizar el daño y respetar así como preservar la vida humana.

PARTE II: EL CASO HIPOTÉTICO

1. Situación general en Zircondia

1.1. Existencia de uno - o dos - CANI

El Caso Hipotético no proporciona muchos detalles sobre la existencia de un CANI en Filipolandia o Serena, por lo que se espera que los equipos sean capaces de invocar elementos proporcionados en el Caso Hipotético, así como en el documento de "Preguntas aclaratorias" para defender la existencia (o inexistencia) de un CANI si se deciden a abordar la cuestión de la calificación de la situación. Si existe efectivamente un CANI, los principios de DIH resultarían aplicables.

⁴¹ Comité Internacional de la Cruz Roja, Informe *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*; disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/report/31-international-conference-ihl-challenges-report-2011-10-31.htm>.

A la luz de los criterios establecidos anteriormente, se podría argumentar que la situación descrita en el Caso Hipotético indica que existe un CANI entre el Gobierno y el FNC, en el sentido del Protocolo Adicional II (véase particularmente los párrafos 11, 12 y 13 del Caso Hipotético, que establecen que el FNC está bien estructurado, utiliza armas pesadas y ha habido enfrentamientos constantes durante un período de seis meses). Por lo tanto, es de esperarse que los equipos invocarán las disposiciones del DIH dentro de sus escritos y como parte de los alegatos orales. Además, las autoridades del Estado parecen reconocer la existencia de un CANI refiriéndose a Restrepo como un “objetivo legítimo” (aunque no está claro si están usando ese término en el sentido previsto por el DIH). Sin embargo, debe recordarse que la existencia (o no) de un CANI no depende de la declaración hecha por un Estado en un sentido o en otro.

La situación en Serena es deliberadamente más difícil de calificar con base en la información proporcionada en el Caso Hipotético y el documento de “Preguntas aclaratorias”; los principales actores de la violencia son las fuerzas de seguridad y armadas del gobierno, que se supone cumplen el criterio de organización, y además dos bandas principales, cuyo nivel de organización debe ser examinado a la luz de los indicadores mencionados anteriormente. Con base en los párrafos 25 a 29 del Caso Hipotético, los equipos podrían verse inclinados a presentar su razonamiento jurídico con base en la premisa de la específica (in) existencia de un CANI en Serena.

1.2. Estado de emergencia

La mayoría de las constituciones contienen cláusulas de emergencia que dan el poder al jefe de Estado o al gobierno de tomar medidas excepcionales (incluyendo restricciones o la suspensión de ciertos derechos) con o sin el consentimiento de la rama legislativa en tiempos de guerra o en otras situaciones de emergencia. La decisión para promulgar dichas cláusulas la toman los Estados cuando pierden confianza en su capacidad para controlar una situación con las medidas que tienen a su disposición y deben encaminarse a restablecer una situación de normalidad; esto ha ocurrido en varios países del continente desde la creación del Sistema Interamericano de derechos humanos. Siempre que la legislación nacional permita que se tomen medidas de emergencia en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el orden público, la aplicación de tales medidas no puede ser arbitraria ni discriminatoria. Así, el derecho a la libertad de expresión, reunión pacífica y asociación puede ser limitado como consecuencia de disturbios internos y tensiones sólo cuando tales limitaciones son apegadas a la ley y necesarias.

En el caso de los países que han ratificado la Convención Americana, el artículo 27 establece lo siguiente:

Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y

de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Es importante señalar la Declaración de Turku / Abo sobre normas humanitarias mínimas, adoptada en 1990 por una reunión de expertos convocada por el Instituto de derechos humanos de la Universidad Åbo Akademi, que deben orientar las actividades de los Estados durante los estados de emergencia.⁴²

Según las “Preguntas aclaratorias”, la respuesta a la pregunta 13 indica que el Presidente de Zircondia dirigió una comunicación al Secretario General de la OEA el 18 de agosto de 2006, informándole que consideraba que una suspensión “amplia y general” de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención Americana era necesaria en el territorio de Zircondia por un período de seis meses. Los equipos probablemente argumentarán que esta declaración es (in)compatible con la redacción del artículo 27, dependiendo de la postura que deban defender.⁴³

Entre las interpretaciones del Artículo 27 realizadas por la Corte Interamericana, es especialmente útil la siguiente:⁴⁴

120. [E]ste Tribunal ha establecido que la suspensión de garantías constituye una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. La Corte nota que no existe una prohibición convencional de suspender el derecho a la libertad personal bajo el artículo 7 de la Convención, temporalmente y en la medida estrictamente necesaria para hacer frente a la situación excepcional. No obstante, esta Corte ya ha señalado que “los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana [...] no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición”. De igual forma, organismos internacionales de protección de derechos humanos han expresado la opinión convergente que, al igual que el derecho de toda persona privada de libertad a recurrir ante un juez o tribunal competente para que decida sobre la legalidad de su detención o *habeas corpus*, la prohibición de la privación arbitraria de la libertad es un derecho inderogable no susceptible de suspensión. Asimismo, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha determinado que es una norma de derecho internacional humanitario consuetudinario, aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales, la prohibición de la privación arbitraria de la libertad. Por consiguiente, de acuerdo a “las obligaciones que [...] impone el derecho internacional”, la prohibición de detención o encarcelamiento arbitrario tampoco es susceptible de suspensión durante un conflicto armado interno.

⁴² Disponible en: <http://www.abo.fi/fakultet/en/Content/Document/document/24254>.

⁴³ Para un comentario sobre este artículo, véase: STEINER, Christian & URIBE, Patricia (Eds.), *Convención Americana sobre derechos humanos – Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 678 ss.; disponible en: <http://www.kas.de/rspla/es/publications/38682/>.

⁴⁴ Corte IDH. Caso Osorio Rivera y familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274.

2. Agotamiento de recursos internos / objeciones preliminares

Teniendo en cuenta los hechos del Caso Hipotético y las “Preguntas aclaratorias”, debe entenderse que la Comisión, dentro de los límites establecidos en los Artículos 24 y 30 a 32 del Reglamento de 2006 (en vigor en el momento), decidió admitir la demanda presentada por la Asociación de Doctores en Derecho (probablemente con base en parte en la situación que prevalece en Zircondia – es decir, el estado de emergencia, la dificultad / imposibilidad de agotar los recursos internos, etcétera.).

A continuación, para pronta referencia, se reproducen los artículos relevantes del citado ordenamiento:

Artículo 24. Tramitación *motu proprio*

La Comisión podrá, *motu proprio*, iniciar la tramitación de una petición que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin.

Artículo 30. Procedimiento de admisibilidad

(...)

5. Antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la petición, la Comisión podrá invitar a las partes a presentar observaciones adicionales, ya sea por escrito o en una audiencia, conforme a lo establecido en el Capítulo VI del presente Reglamento. (...)

Artículo 31. Agotamiento de los recursos internos

1. Con el fin de decidir sobre la admisibilidad del asunto la Comisión verificará si se han interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.

2. Las disposiciones del párrafo precedente no se aplicarán cuando:

- a. no exista en la legislación interna del Estado en cuestión el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados;
- b. no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos;
- c. haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

3. Cuando el peticionario alegue la imposibilidad de comprobar el cumplimiento del requisito señalado en este artículo, corresponderá al Estado en cuestión demostrar que los recursos internos no han sido agotados, a menos que ello se deduzca claramente del expediente.

Artículo 32. Plazo para la presentación de peticiones

1. La Comisión considerará las peticiones presentadas dentro de los seis meses contados a partir de la fecha en que la presunta víctima haya sido notificada de la decisión que agota los recursos internos.

2. En los casos en los cuales resulten aplicables las excepciones al requisito del previo agotamiento de los recursos internos, la petición deberá presentarse dentro de un plazo razonable, a criterio de la Comisión. A tal efecto, la Comisión considerará la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de los derechos y las circunstancias de cada caso.

Además, tiene que subrayarse que la respuesta a la pregunta 35 del documento de “Preguntas aclaratorias”, que precisamente solicita saber si el Estado ha presentado objeciones preliminares, establece que este no es el caso. Por lo tanto, debe entenderse que, por razones no manifiestas, el Estado no ha encontrado necesario presentar tales objeciones, según los Artículos 41 y 42 de las

normas mencionadas y, de esta suerte, no se espera que estos argumentos deban presentarse en esta etapa por los equipos.

3. El caso de Ricardo Madeira y Milena Reyes

3.1. Breve resumen de los hechos

En el mes de septiembre de 2006, Madeira y Reyes fueron sorprendidos en un camino de terracería por un grupo de seis integrantes del Escuadrón del Terror (un grupo principalmente involucrado en el robo de cargamentos de minerales y llevar a cabo secuestros). Sus pertenencias son confiscadas, incluyendo sus computadoras y teléfonos celulares, y ambos son llevados a una cárcel clandestina. Allí, son encadenados en alternancia de las manos y de los pies, vigilados en todo momento por una cámara de circuito cerrado, y reciben como comida alimentos que no parecen aptos para el consumo humano; interrogados por más de cuatro horas seguidas con la finalidad de obtener mayor información acerca de las rutas que se utilizarán para realizar los siguientes trasiegos de tierras raras, a través de métodos como la sumersión de la cabeza en una tina de agua helada.⁴⁵

De acuerdo con los corresponsales de algunos periódicos extranjeros, existen vínculos entre elementos del Escuadrón del Terror y de las fuerzas policiales provinciales, quienes se apoyarían mutuamente en la ejecución de actividades ilícitas.⁴⁶ Algunos elementos de las fuerzas policiales han aceptado cerrar los ojos ante las actividades delictivas del Escuadrón del Terror, a cambio de una compensación monetaria; en algunos casos, los elementos avisan con anticipación acerca de operativos planeados en contra del Escuadrón. En contadas ocasiones, algunos agentes han apoyado al Escuadrón a identificar víctimas potenciales y a llevar a cabo secuestros.⁴⁷

Los hechos que rodean la captura y detención de Ricardo Madeira fueron denunciados por su hermano Gerardo a través de una carta enviada al Ministro de Justicia, y formalmente ante la Fiscalía Especial de Defensoría de los Derechos Humanos, el 11 de octubre de 2006,⁴⁸ por lo que se inició el proceso penal 2006/212, con motivo del cual el juez instructor se trasladó al poblado de San Fermín, en el lugar del cual se había escapado Milena Reyes.⁴⁹ A raíz de un correo anónimo, se encontró una fosa común que contenía los restos de Madeira, quien murió por heridas causadas por arma de fuego, disparada a corta distancia; Timoteo Anaya (uno de sus captores) es acusado por homicidio,⁵⁰ declarado culpable y condenado a 12 años de reclusión. Los abogados de la familia Madeira apelaron la sentencia, misma que fue confirmada por el tribunal de la instancia superior. Un panel de jueces de la Corte Suprema de Casación del Estado rechazó la solicitud de revisión del fallo.⁵¹ El Estado dio por concluido el caso con esta sanción, y ofreció a la familia de Madeira la suma de 50,000 USD como compensación, la cual aceptó el pago.⁵²

3.2. Posible atribución al Estado de los actos cometidos por la Escuadrón del Terror

⁴⁵ Párrafo 15.

⁴⁶ Párrafo 14.

⁴⁷ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 10.

⁴⁸ Párrafo 18.

⁴⁹ Párrafo 19.

⁵⁰ Párrafo 20.

⁵¹ Párrafo 21.

⁵² Párrafo 22.

La obligación de respetar los derechos humanos incluidos en la Convención Americana puede ser violada a través de acciones y omisiones de los órganos del Estado. La Corte Interamericana ha establecido que “un Estado no puede ser responsable de todas las violaciones a los derechos humanos cometidas entre individuos dentro de su jurisdicción” y “aunque un acto, omisión o hecho de un individuo tenga la consecuencia legal de la violación de los derechos humanos específicos de otro individuo, esto no es automáticamente atribuible al Estado”, “su obligación de adoptar medidas de prevención y protección para los individuos en sus relaciones con los demás está condicionada por la conciencia de una situación de peligro real e inminente para una persona concreta o grupo de individuos”.⁵³ La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha establecido que es posible, bajo ciertas circunstancias, atribuir al Estado los actos que se han llevado a cabo por parte de agentes privados.⁵⁴

En el Caso *Paniagua Morales v. Guatemala*, la Corte resaltó:

91. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuye los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención. Además, también se compromete la responsabilidad internacional del Estado cuando éste no realice las actividades necesarias, de acuerdo con su derecho interno, para identificar y, en su caso, sancionar a los autores de las propias violaciones.

En el Caso de *Masacre de Mapiripán v. Colombia*, la Corte estableció específicamente:

110. Es decir, el origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en “actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana”, y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones.

111. Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Los Estados Partes 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. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en

⁵³ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, Párr. 123.

⁵⁴ Véase BALLESTEROS MOYA, Vanessa, *Actores no estatales y responsabilidad internacional del Estado*, Barcelona, Bosch editor, 2016, pp. 268 ss. Véase también, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 57, 31 diciembre 2009, Párr. 40.

la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. 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.

Algunos equipos podrían invocar el *Proyecto de artículos de 2001 sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y su comentario*,⁵⁵ que también son relevantes para esta discusión.

Resulta interesante notar que, en su opinión concurrente emitida con motivo de la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso González y otras ("Campo algodón") v. México*, la Juez Medina Quiroga subrayó que existe una tendencia de órganos de supervisión internacionales “que han venido instituyendo una tendencia en cuanto a la responsabilidad de los Estados por actos de tortura cometidos por agentes no estatales”, agregando que la Corte, en la citada decisión debió seguir dicha tendencia y marcar “un importante desarrollo y aclaración de un tema sobre el cual la Corte con certeza deberá seguir ocupándose.”⁵⁶

La Comisión recientemente ha emitido informes en los asuntos de *Noel Emiro Omeara Carrascal y otros*, así como el de *Víctor Manuel Isaza Uribe* (ambos contra Colombia), en los que identifica la necesidad de la Corte de desarrollar su jurisprudencia sobre la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado que surja de la colaboración entre sus agentes y actores privados.⁵⁷

3.3. Desaparición forzada / maltrato / tortura

La Corte Interamericana ha analizado el derecho a la libertad de la persona (Art. 7 de la Convención Americana) a la luz del DIH, por lo que corresponde a la privación de la libertad, como uno de los elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada.⁵⁸ Para ello, ha hecho referencia a la Norma 99 del Estudio sobre el Derecho internacional humanitario consuetudinario, que indica: “(...) queda prohibida la privación arbitraria de la libertad”. En consecuencia, la Corte ha señalado que conforme a las obligaciones que impone el derecho internacional, sobre todo el artículo 27(1) de la Convención Americana, la prohibición de detención o encarcelamiento arbitrario no es susceptible de suspensión durante un CANI⁵⁹ y resulta aplicable también en los casos en que se lleve a cabo la detención por razones de seguridad pública.⁶⁰

Por otro lado, con base en la Norma 117 del Estudio sobre Derecho internacional humanitario consuetudinario, la Corte ha puntualizado que los Estados deben “tomar (...) todas las medidas factibles para averiguar lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto

⁵⁵ Texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53a sesión (2001), y sometido al Asamblea General de la ONU como parte del Informe de la Comisión relativo a los trabajos correspondientes a dicha sesión (A/56/10).

⁵⁶ Párrafo 20.

⁵⁷ Véase Informe Núm. 40/15, Caso 11.482 “Noel Emiro Omeara Carrascal, Manuel Guillermo Omeara Miraval, Héctor Álvarez Sánchez, et al.” (disponible en: <https://www.oas.org/en/iachr/decisions/court/2016/11482FondoEn.docx>, e Informe Núm. 25/15, Caso 10.737 “Víctor Manuel Isaza Uribe and Family” (disponible en <https://www.oas.org/en/iachr/decisions/court/2016/10737FondoEn.pdf>). Véase también los Comunicados de prensa Núm. 055/16 y 101/16 que anuncian la presentación de los casos ante la Corte.

⁵⁸ Caso *Osorio Rivera y familiares v. Perú* (citado), Párr. 113.

⁵⁹ *Ibidem*, Párr. 120.

⁶⁰ Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, Párr. 402.

armado”, y transmitir a los familiares de estas toda la información de que dispongan al respecto, independientemente de las circunstancias que rodearon la desaparición.⁶¹ Asimismo, con base en la misma disposición, la Corte ha determinado que la privación de la verdad a los familiares de víctimas de desaparición forzada en el contexto de un CANI y la impunidad en las investigaciones correspondientes constituyen una violación del derecho a conocer la verdad de los familiares de las víctimas en violación de la integridad personal.⁶²

Por lo que atañe al derecho a la vida (Art. 4 de la Convención Americana), la Corte ha enfatizado que el DIH no desplaza la aplicabilidad de dicha disposición “sino que nutre la interpretación de la cláusula convencional que prohíbe la privación arbitraria de la vida” frente a hechos sucedidos en el marco y con ocasión de un conflicto armado.⁶³ Asimismo, y en complemento con el derecho a la integridad de la persona (Art. 5 de la Convención Americana), la Corte ha recalado la obligación de los Estados involucrados en un CANI de “(...) 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”, en apego a lo previsto en el Artículo 3 común, en vista de que el DIH “prohíbe en cualquier tiempo y lugar los atentados a la vida y a la integridad personal”.⁶⁴ En relación con la tortura y los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, en su sentencia en el Caso *Espinosa González v. Perú*, la Corte puntualizó:

141. La Corte ha establecido que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aún en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Esta prohibición pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional. Los tratados de alcance universal y regional consagran tal prohibición y el derecho inderogable a no ser sometido a ninguna forma de tortura. Igualmente, numerosos instrumentos internacionales consagran ese derecho y reiteran la misma prohibición, incluso bajo el derecho internacional humanitario.

En *Bueno Alves vs. Argentina*, la Corte Interamericana explicó los requisitos para declarar que actos de tortura han sido cometidos, entendiendo que un acto constituye tortura cuando el maltrato: (a) es intencional; (b) causa severos sufrimientos físicos o mentales; y (c) es cometido con un objetivo o propósito específico. Por lo tanto, puede decirse que lo que realmente distingue la tortura de otros tipos de maltrato, según la explicación presentada por la Corte en el caso de *Bueno Alves*, es la gravedad del sufrimiento físico o mental.⁶⁵

En el Caso “Campo algodonero”, los jueces debatieron la posibilidad, con base en el artículo 5(2) de

⁶¹ *Ibidem*, Párr. 478.

⁶² Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, Párr. 295-302.

⁶³ Caso *Cruz Sánchez y otros v. Perú* (citado), Párr. 272.

⁶⁴ Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, Párr. 207.

⁶⁵ Corte IDH. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, Párr. 79, y Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, Párr. 81.

la Convención Americana, de imputar a los Estados violaciones a la integridad física, psíquica o moral de las personas, calificándolas como “tortura”, por lo que corresponde a actos llevados a cabo por particulares o personas no identificadas como funcionarios públicos. Según la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (de la que Zircondia es parte), se requieren cuatro elementos para calificar una serie de actos como “tortura”: *i*) dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales; *ii*) intención; *iii*) propósito, y *iv*) la participación del Estado.

En este sentido, el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura ha expresado:⁶⁶

18. El Comité ha dejado claro que cuando las autoridades del Estado u otras personas que actúan a título oficial o al amparo de la ley tienen conocimiento o motivos fundados para creer que sujetos privados o actores no estatales perpetran actos de tortura o malos tratos y no ejercen la debida diligencia para impedir, investigar, enjuiciar y castigar a dichos sujetos privados o actores no estatales de conformidad con la Convención, el Estado es responsable y sus funcionarios deben ser considerados autores, cómplices o responsables por otro concepto en virtud de la Convención por consentir o tolerar esos actos inaceptables. La negligencia del Estado a la hora de intervenir para poner fin a esos actos, sancionar a los autores y ofrecer reparación a las víctimas de la tortura facilita y hace posible que los actores no estatales cometan impunemente actos prohibidos por la Convención, por lo que la indiferencia o inacción del Estado constituye una forma de incitación y/o de autorización de hecho. (...)

Asimismo, un informe publicado por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en funciones en ese momento), establece:⁶⁷

31. La función central que se asigna al Estado en el artículo 1 de la Convención, que restringe la definición de la tortura a los actos "cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia", se ha utilizado con frecuencia para excluir del ámbito de protección que dispone la Convención la violencia contra la mujer al margen del control directo del Estado. No obstante, el Relator Especial desea recordar que el lenguaje utilizado en el artículo 1 cuando habla de consentimiento o aquiescencia del funcionario público hace extensivas claramente las obligaciones del Estado a la esfera privada y debería entenderse que abarca la falta de protección por parte del Estado de las personas que estén dentro de su jurisdicción contra la tortura y los malos tratos por particulares. (...)

En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia emitida en el caso *A. vs. Reino Unido*, subrayó:⁶⁸

22. (...) El Tribunal considera que la obligación de las Altas Partes Contratantes, en virtud del artículo 1 del Convenio, de garantizar a todos los que están bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Convenio, considerado junto con el artículo 3, obliga a los Estados a adoptar medidas diseñadas para asegurar que los individuos que se

⁶⁶ Comentario general núm. 2, Doc. CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008.

⁶⁷ Human Rights Council, “Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development - Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak”, Doc. A/HRC/7/3, 15 January 2008.

⁶⁸ European Court of Human Rights, Case of *A. v. The United Kingdom*, 100/1997/884/1096, Judgment of 23 September 1998.

encuentran bajo su jurisdicción no sean sometidos a tortura ni a tratos o penas inhumanos o degradantes, incluidos los malos tratos administrados por particulares. (...)

Tiene que recalcar que el recurso a la asfixia por el agua ha sido reconocido como un acto de tortura.⁶⁹

Finalmente, debe subrayarse que, respecto a la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos (Art. 1.1, en relación con los Arts. 8 y 25 de la Convención Americana), la Corte Interamericana ha aclarado que el hecho de que la muerte de las víctimas se haya producido en el marco de un CANI no exime al Estado “de su obligación de iniciar una investigación, (...) aunque la Corte podrá tener en cuenta circunstancias o limitaciones específicas determinadas por la propia situación de conflicto al evaluar el cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones estatales”.⁷⁰

3.3. Posibles argumentos presentados por los equipos

3.3.1. Argumentos del demandante

- La responsabilidad por los actos del Escuadrón del Terror se puede atribuir al Estado, debido a la no adopción, de forma diligente, de medidas necesarias para proteger a la población civil de dichos actos.⁷¹
- Los actos a los que Madeira fue sometido entre el momento en que fue privado de su libertad y su muerte, equivalieron a tortura. Se podría argumentar que, si la Corte opta por declarar una violación al artículo 5.2 de la Convención Americana, identificándola como “tortura”, las reparaciones decretadas deberían ser mayores, cuantitativa y cualitativamente, que las otorgadas en el caso de tratos crueles, inhumanos o degradantes; ello, en complemento al carácter infamante de una condena de esa índole para el Estado.
- Con el fin de cumplir con lo dispuesto por el artículo 4 de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1, el Estado tiene una obligación positiva de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos adoptando todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida de la persona sujeta a su jurisdicción.⁷²
- Hubo rumores acerca de lugares de detención donde los miembros del Escuadrón del Terror mantenían secuestradas a las víctimas mientras esperaban el rescate a pagar.⁷³ Con base en estas denuncias, el Estado debió llevar a cabo una investigación más exhaustiva.
- La sentencia de 12 años para Anaya: no fue un castigo suficientemente fuerte.

3.3.2. Argumentos del Estado

- Los equipos que defienden la postura del Estado podrían argüir que la evidencia no es lo suficientemente clara para establecer que el Estado estaba al tanto o ha contribuido a los

⁶⁹ International Committee of the Red Cross, *Commentary on the First Geneva Convention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, “Article 3”, *op. cit.*, Párr. 638.

⁷⁰ Caso *Cruz Sánchez y otros v. Perú* (citado), Párr. 350.

⁷¹ Caso de la *Masacre de Pueblo Bello v. Colombia* (citado), Párr. 140.

⁷² Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, Párr. 130.

⁷³ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 73.

crímenes, y por lo tanto, éstos no son atribuibles al Estado (véase la defensa presentada por Colombia en *Mapiripán*). Según la información disponible, ¿la “ayuda mutua” que existe entre la Escuadrón del Terror y el Estado tiene relevancia en el caso del secuestro y la detención ilegal de Madeira?

- El agotamiento de los recursos legales internos fue permitido para Madeira. En ambos niveles de apelación, los jueces llegaron a la conclusión que el juez del tribunal inferior había considerado adecuadamente todos los aspectos del caso para determinar la pena impuesta.⁷⁴
- El sistema penal funcionó adecuadamente y las acciones del Estado fueron eficaces, ya que el cuerpo de Madeira fue encontrado y debidamente identificado. El derecho a saber de los familiares fue respetado.
- Doce años es una sentencia media / promedio según las normas nacionales (y fue confirmada por el tribunal de apelación)
- Una indemnización de pago único de 50 000 USD se concedió a la familia de conformidad con el derecho interno;⁷⁵ es una cantidad suficiente y aceptable en relación con los estándares internacionales y los del sistema interamericano.
- Las autoridades competentes, con el apoyo del Ejército, pusieron en marcha una operación exhaustiva para encontrar a las víctimas secuestradas.⁷⁶ El Estado continuó investigando los hechos incluso después de que Timoteo Anaya fue declarado culpable, con el fin de encontrar a otros perpetradores.⁷⁷
- El Estado ha realizado esfuerzos específicos y constantes para hacer frente, en la medida de lo posible, al peligro que representa el Escuadrón del Terror para los ciudadanos que viven en la región. El Ejército y la Policía se han concentrado en la protección de la población.⁷⁸

4. El caso de Reynaldo Restrepo

4.1. Breve resumen de los hechos

El 19 de noviembre de 2006, a las 3:00 de la madrugada, un avión no tripulado controlado y dirigido por miembros del personal de una empresa privada de seguridad atacó el Museo Provincial de San Hipólito, donde el Ejército tenía conocimiento (a través de informes de inteligencia que no eran de dominio público en ese momento)⁷⁹ que el FNC estaba almacenando material militar. Los soldados presentes en la zona habían estado anunciando durante el día, en todo el pueblo, a través de megáfonos, la realización inminente de dicho ataque. Los civiles tomaron en cuenta las advertencias, lo que explica que únicamente dos personas hayan muerto durante el ataque. No se sabe cuáles hayan sido las reacciones precisas de las personas fallecidas a partir del momento en que se enteraron de la inminencia del ataque.⁸⁰

El ataque destruyó gran parte del museo, matando a dos personas que estaban presentes en el edificio, incluyendo al Conservador del museo, Reynaldo Restrepo; en los escombros, se encontraron restos de

⁷⁴ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 54.

⁷⁵ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 3.

⁷⁶ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 20.

⁷⁷ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 4.

⁷⁸ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 45.

⁷⁹ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 63.

⁸⁰ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 69.

municiones, minas antipersonal sin explotar, y componentes de armas largas.⁸¹ El ataque fue planeado y ordenado por el Ejército.⁸² El Estado ha indicado que sus Servicios de Inteligencia Militar consideran que Restrepo pertenecía al FNC, y era entonces un “blanco legítimo de ataque”.⁸³ Se cuenta con fotografías en las que aparece por lo menos en tres ocasiones distintas con altos mandos del FNC, así como reportes de agentes estatales infiltrados en el FNC que confirman que tales encuentros se dieron, por lo menos desde julio de 2006.⁸⁴

No existe evidencia que indique que el Ejército tenía conocimiento de que había personas dentro del museo en el momento del ataque.⁸⁵

Tres días después del ataque, el Ejército llevó a cabo los peritajes que permitieron identificar los restos de Restrepo. No fue posible determinar quién era la otra persona fallecida como resultado del ataque.⁸⁶

Las principales características del dron, de modelo “Halcón 11”, como descritas en el catálogo de su fabricante, son las siguientes: es un avión equipado para volar a una altitud mediana, a una velocidad de crucero de 280 km/h, con una autonomía de ocho horas, y la posibilidad de llevar dos misiles BB-9 que pueden ser disparados a una distancia de hasta seis kilómetros.⁸⁷

No existe legislación interna que regule las actividades de empresas militares y de seguridad privadas.⁸⁸

4.2. Uso de drones⁸⁹

Según el DIH, los drones no están expresamente prohibidos, ni se considera que su uso tenga efectos inherentemente indiscriminados; las armas lanzadas por un dron no son diferentes de las armas lanzadas desde aeronaves tripuladas como helicópteros u otros aviones de combate. Por supuesto, su uso tiene que cumplir con las normas del derecho internacional.

Los drones no se mencionan específicamente en los tratados sobre armas u otros instrumentos de DIH, pero están sujetos a las normas del DIH cuando se usan como parte de un conflicto armado. Esto significa entre otras cosas que, cuando se utilizan drones, las partes en un conflicto siempre deben distinguir entre civiles y combatientes y entre objetivos militares y bienes civiles. Deben tomarse todas las precauciones posibles para evitar afectar a la población civil y la infraestructura. Otra cuestión que puede ser considerada tiene que ver con el posible impacto psicológico de aviones no tripulados, y el nivel de estrés inducido por su uso repetitivo en la salud mental de las poblaciones en zonas que los aviones no tripulados sobrevuelan.

⁸¹ Párrafo 17.

⁸² Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 1.

⁸³ Párrafo 42.

⁸⁴ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 41.

⁸⁵ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 17.

⁸⁶ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 11.

⁸⁷ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 46.

⁸⁸ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 83.

⁸⁹ Véase, en lo general, ICRC, Statement: “Ensuring the use of drones in accordance with international law”; disponible en: <https://www.icrc.org/en/document/ensuring-use-remotely-piloted-aircraft-or-armed-drones-counterterrorism-and-military>.

4.3. Marco jurídico

Un objetivo militar es definido como un objeto que por su naturaleza, ubicación, finalidad o uso hace una contribución efectiva a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización, ofrece una ventaja militar definida en el momento en que el ataque es lanzado. Por lo tanto, no es lícito lanzar un ataque que sólo ofrece ventajas potenciales o indeterminadas, y la parte que lanza el ataque debe tener suficiente información disponible para tomar este requisito en cuenta. Un objetivo militar en un día dado puede no serlo al día siguiente, debido a un cambio en las circunstancias.

La protección de los bienes culturales está cubierta por un tratado específico, a saber, la Convención de La Haya de 1954 sobre bienes culturales (complementada por el Protocolo de 1999). La Convención y el Protocolo se aplican igualmente en los conflictos armados internacionales y no internacionales. La norma 10 del estudio sobre DIH consuetudinario también es aplicable.

Si un objeto de tal naturaleza debe ser atacado, el uso de la fuerza debería ir precedido de una advertencia que ofrezca al oponente un tiempo razonable para cumplir. Asimismo, el daño debe mantenerse a un nivel mínimo absoluto.

En el presente caso, si el Tribunal considerara que existe en efecto un CANI en el caso de Filipolandia, tal vez desee tener en cuenta las circunstancias en las que el ataque se llevó a cabo, como lo ha hecho en casos que se han suscitado en una situación de conflicto armado (por ejemplo, en el Caso de la *Masacre de Santo Domingo*). Como se mencionó en la primera parte de este documento, el análisis podría considerar los principios de distinción (Norma 12 del estudio sobre DIH consuetudinario), proporcionalidad (Norma 14) y precaución (Normas 15-20), entre otros.

4.3. Posibles argumentos presentados por los equipos

4.3.1. Argumentos del demandante

- El ataque destruyó una buena parte del Museo – puede haber sido desproporcionado (la información disponible no nos permite saber el grado de daño en comparación con el tamaño del Museo). La cuestión de la ventaja militar también está en juego.
- Podría argumentarse que la información suministrada en el Caso Hipotético y las “Preguntas aclaratorias” es insuficiente para determinar si Restrepo realmente participaba en las actividades del FNC, o si era sólo un simpatizante del movimiento.
- La investigación llevada a cabo después del ataque puede no haber sido suficiente en el caso de esta muerte sospechosa.

4.3.2. Argumentos del Estado

- No existen argumentos legales que impidan al Estado el uso de drones en su territorio, en la persecución de sus objetivos legítimos.
- En el presente caso, dado que el Museo es una estructura pública, podría ser deducido que, para colocar las armas y las municiones, tuvo que haber cierta clase de ayuda desde el interior (quizá el Curador).
- Las armas encontradas en los escombros parecen indicar que la inteligencia que el Ejército poseía era de hecho exacta.

- Se dio una advertencia de la inminencia del ataque (principio de precaución); Restrepo no debía haber estado allí.
- Algunas medidas fueron emprendidas después del ataque para verificar que la persona muerta era un miembro del FNC,⁹⁰ y la presencia de su cuerpo en los escombros se debe tomar como confirmación de que sí lo era.

5. El caso de Esteban Martínez

5.1. Breve resumen de los hechos

El 5 de enero de 2007, se realizó una marcha en contra de los gobiernos federal y provincial. Los militares asignados a la supervisión de la marcha logran identificar, en medio de los manifestantes, a Esteban Martínez, uno de los líderes de “los Locos”, cuyo teléfono móvil estaba bajo escucha, y quien se sabía se encontraba próximo a lanzar un ataque en contra de instituciones estatales. Se improvisa entonces un operativo destinado a aprehenderlo. Para ello, se solicita, a través de megáfonos y bocinas, que los manifestantes se dispersen. Sin embargo, dicho llamado es tomado como una provocación, por lo que las protestas se intensifican y se tornan más violentas.⁹¹

Para hacer frente a la situación, los agentes del Estado emplean inicialmente gas lacrimógeno, tanques equipados con cañones de agua, y dispararan balas de goma. Sin embargo, al recibir un reporte según el cual Martínez y otros miembros de “los Locos” son armados (información altamente creíble),⁹² y que éste ha tomado como rehenes a empleados del edificio (que ha liberado luego de media hora) y efectuado tiros contra los soldados, se emite la orden de disparar balas verdaderas.⁹³

La autorización para poner bajo escucha el teléfono de Esteban Martínez fue solicitada y emitida por el Tribunal de Seguridad Nacional en octubre de 2006, con validez de un año.⁹⁴

Esteban Martínez es capturado, y es uno de los 14 individuos a favor de las cuales se presentaron solicitudes de hábeas corpus.⁹⁵ Él decide emprender una huelga de hambre, junto con otros reclusos.⁹⁶ Después de 27 días, las autoridades deciden alimentarlos a la fuerza, empleando el esquema de la nutrición parenteral (alimentación intravenosa), el cual es considerado como adecuado por el equipo médico, para atender la situación de los reclusos en ese momento.⁹⁷ Durante el procedimiento, Esteban Martínez toma a uno de los médicos como rehén,⁹⁸ y es matado a raíz de la operación de rescate subsiguiente.

Esteban Martínez no es presentado ante un juez antes de su muerte, ya que el derecho interno de Zircordia permite, durante estados de emergencia declarados, que las autoridades cuenten con un

⁹⁰ GAGGIOLI, Gloria, “A legal approach to investigations of arbitrary deprivations of life in armed conflicts: The need for a dynamic understanding of the interplay between IHL and HRL”, *Questions of International Law, Zoom-in* 36, 2017, p. 46; disponible en: <http://www.qil-qdi.org/>.

⁹¹ Párrafos 30-32.

⁹² Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 56.

⁹³ Párrafo 33.

⁹⁴ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 8.

⁹⁵ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 12.

⁹⁶ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 5.

⁹⁷ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 6.

⁹⁸ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 32.

plazo ampliado de 40 días para llevar a cabo ciertas diligencias.⁹⁹ El elemento que disparó e hirió a muerte Esteban Martínez es dado de baja del servicio, pero la Policía Nacional no presentó cargos penales en contra del elemento, y se desconocen los motivos de tal situación.¹⁰⁰

Tras la presión ejercida por ONGs defensoras de derechos humanos y por algunos gobiernos de Estados vecinos, el gobierno federal decide crear una Comisión de Investigación encargada de esclarecer los hechos acontecidos durante la marcha y en la cárcel.¹⁰¹

5.2. Marco jurídico

5.2.1. Durante la protesta

Según los Principios Básicos 9, 13 y 14 sobre el Uso de la fuerza (véase arriba), en la dispersión de grupos violentos, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden usar armas de fuego solamente cuando los medios menos peligrosos no son practicables y sólo en la mínima medida necesaria. Sólo la amenaza inminente de muerte o lesiones graves justifica el uso de armas de fuego. El Principio 14 no permite los disparos indiscriminados contra una multitud violenta como medio de dispersión. Deben adoptarse todas las precauciones para evitar el uso excesivo de la fuerza y el hecho de poner en peligro o herir a las personas, y las autoridades deben adoptar todas las medidas posibles para minimizar el daño.

5.2.2. Condiciones de detención

Los equipos tratarán muy probablemente uno o más de los siguientes asuntos: el espacio para los detenidos en la celda; el acceso al aire libre; y la alimentación forzada (véase parte 5.3).

Como marco de referencia, la Corte ha establecido lo siguiente:¹⁰²

(...) En efecto, como lo ha señalado en ocasiones anteriores, esta Corte reconoce “la existencia de la facultad, e incluso, la obligación del Estado de ‘garantizar su seguridad y mantener el orden público’. Sin embargo, el poder estatal en esta materia no es ilimitado; es preciso que el Estado actúe “dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana”. En este sentido, el Tribunal estima que la actuación del Estado en materia de seguridad carcelaria está sujeta a ciertos límites, por lo que “[e]l orden y la disciplina se mantendrán con firmeza, pero sin imponer más restricciones de las necesarias para mantener la seguridad y la buena organización de la vida en común”

Se espera que los equipos invoquen las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos de 2015 (Reglas Mandela); las normas principales aplicables al presente caso son las siguientes:

Regla 12

⁹⁹ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 21.

¹⁰⁰ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 27.

¹⁰¹ Párrafo 40.

¹⁰² Order of the Inter-American Court of Human Rights of July 7, 2004 - Provisional Measures regarding Brazil - Matter of *Urso Branco Prison*, Considerando 12.

1. Cuando los dormitorios sean celdas o cuartos individuales, cada uno de estos será ocupado por un solo recluso. Si por razones especiales, como el exceso temporal de población reclusa, resulta indispensable que la administración penitenciaria central haga excepciones a esta regla, se evitará alojar a dos reclusos en una celda o cuarto individual.
2. Cuando se utilicen dormitorios colectivos, estos los ocuparán reclusos que hayan sido cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para relacionarse entre sí en esas condiciones. Por la noche se les someterá a una vigilancia regular, adaptada al tipo de establecimiento de que se trate.

Regla 15

Las instalaciones de saneamiento serán adecuadas para que el recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno y en forma aseada y decente.

Regla 23

1. Todo recluso que no desempeñe un trabajo al aire libre dispondrá, si las condiciones meteorológicas lo permiten, de al menos una hora al día de ejercicio físico adecuado al aire libre.
2. Los reclusos jóvenes, y otros cuya edad y condición física lo permitan, recibirán durante el período reservado al ejercicio una educación física y recreativa. Para ello se pondrán a su disposición el espacio, las instalaciones y el equipo necesarios.

Es también factible que los competidores hagan referencia a otros documentos en la materia: el *Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión*,¹⁰³ los *Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos*,¹⁰⁴ y los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*.¹⁰⁵

5.2.3. Situación de toma de rehenes

Como lo ha refrendado la Corte, la toma de rehenes se encuentra prohibida “en cualquier tiempo y lugar”, de acuerdo con lo señalado por el artículo 3 común y la Norma 96 del Estudio sobre el DIH consuetudinario.¹⁰⁶

En cuanto al uso de la fuerza en el contexto del presente caso, resulta de particular relevancia citar el siguiente razonamiento de la Corte Interamericana:¹⁰⁷

264. La Convención Americana no establece un catálogo de casos y/o circunstancias en que una muerte producto del uso de la fuerza pueda considerarse justificada por ser absolutamente necesaria en las circunstancias del caso concreto, por lo que la Corte ha recurrido a los diversos instrumentos internacionales en la materia y, en particular, a los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y al Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, para dotar de contenido a las obligaciones que dimanar del artículo 4 de la Convención. Los Principios básicos sobre empleo de la fuerza establecen

¹⁰³ Resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 9 de diciembre de 1988.

¹⁰⁴ Resolución 45/111 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1990, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delincuente.

¹⁰⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

¹⁰⁶ Caso *Cruz Sánchez y otros v. Perú* (citado), Párr. 269.

¹⁰⁷ *Ibidem*, Párr. 264.

que “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas, salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En todo caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea absolutamente inevitable para proteger una vida”. En definitiva, las normas internacionales y la jurisprudencia de este Tribunal han establecido que “los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras”.

De ahí que el uso de la fuerza letal en contra de Esteban Martínez debe ser analizado a la luz de los Principios descritos en la primera parte del presente documento.

5.3. Posibles argumentos presentados por los equipos

5.3.1. Argumentos del demandante

Durante la protesta:

- Los miembros del Batallón 22 eran jóvenes, por lo tanto, posiblemente faltos de la experiencia necesaria para participar en una operación de mantenimiento del orden o de control de muchedumbre.
- Probablemente no hubo ninguna advertencia de que se utilizarían balas reales.

Durante la detención:

- Podría argumentarse que el periodo de 40 días otorgado por el derecho de Zircondia a los agentes del Estado para llevar a cabo ciertos procesos es inaceptable.
- Instituciones como la *National Association for the Care and Resettlement of Offenders* (con sede en el Reino Unido) abogan por un espacio mínimo de 5.4 m² para los detenidos, independientemente de si está solo en la celda o la comparte con otra persona.¹⁰⁸
- Esteban Martínez queda privado de toda comunicación con el mundo exterior, incluyendo su familia, lo que puede interpretarse como equivalente a tratos crueles, inhumanos y degradantes.¹⁰⁹
- La Declaración de Tokio, adoptada por la Asociación Médica Mundial, establece: “En el caso de un prisionero que rechaza alimentos y a quien el médico considera capaz de comprender racional y sanamente las consecuencias de dicho rechazo voluntario de alimentación, no deberá ser alimentado artificialmente (...). La decisión sobre la capacidad racional del

¹⁰⁸ CASALE, Silvia S. G., *Minimum Standards for Prison Establishments: A NACRO Report*, London, National Association for the Care and Resettlement of Offenders, 1984.

¹⁰⁹ Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, Párr. 91.

prisionero debe ser confirmada al menos por otro médico ajeno al caso. El médico deberá explicar al prisionero las consecuencias de su rechazo a alimentarse.”¹¹⁰

Después de la muerte de Esteban Martínez:

- La investigación interna no fue lo suficientemente profunda y demasiado rápida para llegar a sus conclusiones: no parece haber sido efectuada con seriedad y no como una mera formalidad.¹¹¹ Para cumplir los criterios de eficacia, una investigación de esa naturaleza debe ser pronta, exhaustiva, independiente e imparcial.¹¹²
- No se inició ningún proceso penal contra el agente que utilizó la fuerza letal contra Esteban Martínez.
- La Comisión creada por el Estado para investigar los eventos que tuvieron lugar durante la protesta y la detención no puede ser tomada en serio.

5.3.2. Argumentos del Estado

Durante la protesta:

- Los miembros del Batallón 22 eran jóvenes, pero entre los mejores de su clase;
- Martínez tomó rehenes, lo que justificó las medidas posteriores adoptadas por el Estado.

Durante la detención:

- Cada detenido cuenta con 4 m² de espacio habitable, lo cual es coherente con el criterio adoptado por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes,¹¹³ que también considera que el espacio individual permitido por recluso en una celda debe ser de 4 m². Puede agregarse que, con respecto a la experiencia del CICR, el espacio mínimo recomendado por detenido en los dormitorios es de 3.4 m².¹¹⁴
- Los detenidos están autorizados a salir durante dos horas todos los días, lo que parece cumplir con la Regla Mandela núm. 23 (aunque el Caso Hipotético no especifica si a los detenidos se les permite hacer ejercicio).
- Con respecto a las garantías judiciales de los detenidos, el Estado tenía derecho a cierto margen de maniobra, dado el período de 40 días permitido por la legislación de Zircondia para llevar a cabo ciertos procedimientos.

¹¹⁰ WORLD MEDICAL ASSOCIATION, *WMA Declaration of Tokyo - Guidelines for Physicians Concerning Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Relation to Detention and Imprisonment*, Revised by the 67th WMA General Assembly, Taipei, Taiwan, October 2016, Párr. 8; disponible en: <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/c18/>. Véase también World Health Organization, *Prisons and Health*, WHO Europe, Copenhagen, 2014, pp. 13 ss.; disponible en: www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/249188/Prisons-and-Health.pdf. La postura del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre este tema es cerca a la expresada por la Asociación Médica Mundial: véase “Hunger strikes in prison: The ICRC’s position”, disponible en: <https://www.icrc.org/en/document/hunger-strikes-prisons-icrc-position>.

¹¹¹ Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, Párr. 65.

¹¹² GERVASONI, Luca, “A contextual-functional approach to investigations into right to life violations in armed conflict”, *Questions of International Law, Zoom-in* 36, 2017, p. 10; disponible en: <http://www.qil-qdi.org/>.

¹¹³ Council of Europe, « Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards », Doc. CPT/Inf (2015) 44, Par. 9; disponible en: www.cpt.coe.int/en/working-documents/cpt-inf-2015-44-eng.pdf.

¹¹⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Agua, saneamiento, higiene y hábitat en las cárceles*, 2013, p. 18; disponible en: <https://shop.icrc.org/eau-assainissement-hygiene-et-habitat-dans-les-prisons-458.html>.

- La alimentación forzada de detenidos no puede considerarse ilegal (la información proporcionada en el Caso Hipotético no indica que la medida era contraria al derecho de Zircondia). Además, en *Nevmerzhitsky vs. Ucrania* (2005), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos encontró que "una medida de necesidad terapéutica desde el punto de vista de los principios de la medicina no puede en principio considerarse como trato inhumano y degradante. Lo mismo puede decirse de la alimentación forzada que está dirigida a salvar la vida de un detenido particular, quien conscientemente se niega a tomar alimento".¹¹⁵ Este argumento fue reiterado por el mismo Tribunal varios años más tarde en *Rappaz vs. Suiza* (2013).
- Un médico es tomado como rehén, lo que justifica el uso de la fuerza letal.
- El equipo médico que realizó la operación de alimentación forzada pertenecía al Ejército y, por lo tanto, contaba con entrenamiento básico para actuar en situaciones de combate. Además, el equipo táctico en servicio llevó a cabo unos ejercicios en escenarios que replicaban el contexto de la prisión de la manera más fiel posible.¹¹⁶ En su sentencia en el Caso de *Cruz Sánchez*, la Corte tomó en cuenta esfuerzos similares destinados a proteger la vida de los rehenes.¹¹⁷

Después de la muerte de Esteban Martínez:

- Se realizó una investigación interna, y un policía fue despedido.
- Se creó una Comisión por parte del Estado para investigar las circunstancias que rodearon los acontecimientos que tuvieron lugar durante la protesta y durante la detención, lo cual puede ser visto como una muestra de su buena fe.

¹¹⁵ European Court of Human Rights, Case of *Nevmerzhitsky vs. Ukraine*, Judgment of 5 April 2005, Para. 94.

¹¹⁶ Véase la respuesta a la pregunta aclaratoria 43.

¹¹⁷ Párr. 284.

BIBLIOGRAFÍA

ARNOLD, Roberta & QUENIVET, Noelle, *International Humanitarian Law and Human Rights Law - Towards a New Merger in International Law*, Leiden, Brill Publishers, 2008.

BALLESTEROS MOYA, Vanessa, *Actores no estatales y responsabilidad internacional del Estado*, Barcelona, Bosch editor, 2016.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence & ÚBEDA DE TORRES, Amaya, ““War” in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, 2011.

DOSWALD-BECK, Louise, “The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?”, *IRRC*, Vol. 88, No. 864, December 2006.

GAGGIOLI, Gloria, “A legal approach to investigations of arbitrary deprivations of life in armed conflicts: The need for a dynamic understanding of the interplay between IHL and HRL”, *Questions of International Law, Zoom-in 36, 2017*; disponible en: <http://www.qil-qdi.org/>.

GASSER, Hans-Peter, “International Humanitarian Law: an Introduction”, in HAUG, H. (Ed.), *Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*, Paul Haupt Publishers, Berne, 1993.

GERVASONI, Luca, “A contextual-functional approach to investigations into right to life violations in armed conflict”, *Questions of International Law, Zoom-in 36, 2017*, disponible en: <http://www.qil-qdi.org/>.

GIRALDO MUÑOZ, Marcela, *Criterios de la Corte Interamericana sobre la interpretación de los derechos humanos a la luz del derecho internacional humanitario*, Ciudad de México, Comisión nacional de los derechos humanos, 2016; disponible en: appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas-CSIDH-Criterios-CIDH.pdf.

GOWLLAND-DEBBAS, Vera & GAGGIOLI, Gloria, “The Relationship between International Human Rights and Humanitarian Law: An Overview”, in KOLB, Robert & GAGGIOLI, Gloria, *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2013.

HATHAWAY, Oona A., “Which Law Governs During Armed Conflict? The Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law”, *Minnesota Law Review*, Vol. 96, 2012.

HEINTZE Hans-Joachim, “Theories on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law”, in KOLB, Robert & GAGGIOLI, Gloria, *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2013.

HENCKAERTS, Jean-Marie & DOSWALD-BECK, Louise, *Customary International Humanitarian Law – Vol I: Rules*, ICRC – Cambridge University Press, Geneva; disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/pcustom.htm>.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, “El derecho internacional humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 36, January-June 2016.

MELZER, Nils, *International humanitarian law - a comprehensive introduction*, Geneva, ICRC, 2016; disponible en: <https://www.icrc.org/en/publication/4231-international-humanitarian-law-comprehensive-introduction>.

MURRAY, Daragh, *Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

OBERLEITNER, Gerd, *Human rights in armed conflict – Law, practice, policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

OLIVER, Dawn & FEDTKE, Jorg (Ed.), *Human Rights and the Private Sphere – A Comparative Study*, London, Routledge, 2007.

ORAKHELASHVILI, Alexander, “The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?”, *EJIL*, Vol. 19, Núm.1, 2008, p. 162.

QUÉNIVET, Noëlle, “Applicability Test of Additional Protocol II and Common Article 3 for Crimes in Internal Armed Conflict”, in JINKS, Derek *et al.* (Eds.), *Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies*, The Hague, Asser Press, 2014.

SALMON, Elizabeth, “Institutional Approach between IHL and IHLR – Current Trends in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 5, 2014.

-----, *Introducción al derecho internacional humanitario*, 3rd ed., CICR-PUCP, 2012; disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/10/Introducci%C3%B3n-al-Derecho-Internacional-Humanitario-2012-3.pdf>.

SASSOLI, Marco *et al.*, *How does law protect in war? - Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, Volume I “Outline of International Humanitarian Law”, 3rd ed., ICRC, Geneva, 2012; disponible en: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-0739-part-i.pdf>.

SCHINDLER, Dietrich, “The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols”, *RCADI*, Vol. 163, 1979-II.

STEINER, Christian & URIBE, Patricia (Eds.), *Convención Americana sobre derechos humanos – Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, 2014; available at: <http://www.kas.de/rspla/es/publications/38682/>.

TABAK, Shana, “Ambivalent Enforcement: International Humanitarian Law at Human Rights Tribunals”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 37, No. 4, 2016.

TIGROUDJA, Hélène, “The Inter-American Court of Human Rights and International Humanitarian Law”, in KOLB, Robert & GAGGIOLI, *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2013.

ZEGVELD, Liesbeth, “The Inter-American Commission on Human Rights and international humanitarian law: A comment on the Tablada Case”, *International Review of the Red Cross*, No. 324, 1998.

ORGANISMOS INTERNACIONALES

CASALE, Silvia S. G., *Minimum Standards for Prison Establishments: A NACRO Report*, London, National Association for the Care and Resettlement of Offenders, 1984.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 57, 31 diciembre 2009.

Council of Europe, “Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards”, Doc. CPT/Inf (2015) 44, Par. 9; disponible en: www.cpt.coe.int/en/working-documents/cpt-inf-2015-44-eng.pdf.

Human Rights Council, “Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development - Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak”, Doc. A/HRC/7/3, 15 January 2008.

ICRC Opinion Paper, "How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?", March 2008; disponible en: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>.

ICRC, *Violencia y uso de la fuerza*, Ginebra, 2015; disponible en [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/violencia-y-uso-de-la-fuerza_\(web\).pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/violencia-y-uso-de-la-fuerza_(web).pdf).

ICRC, *The use of force in armed conflicts: interplay between the conduct of hostilities and law enforcement paradigms – Report of an expert meeting*, Ginebra, 2013; disponible en <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4171.pdf>.

ICRC, *Summary of the Geneva Conventions of 12 August 1949 and their Additional Protocols*, disponible en: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-0368.pdf>

International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Geneva, 1987; disponible en: www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Commentary_GC_Protocols.pdf.

ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Geneva, October 2011; disponible en: <https://app.icrc.org/e-briefing/new-tech-modern-battlefield/media/documents/4-international-humanitarian-law-and-the-challenges-of-contemporary-armed-conflicts.pdf>

International Committee of the Red Cross, *Commentary on the First Geneva Convention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, “Article 3”; disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=4825657B0C7E6BF0C12563CD002D6B0B&action=openDocument>.

ICRC, *Water, sanitation, hygiene and habitat in prisons*, 2013, p. 18, disponible en: <https://shop.icrc.org/eau-assainissement-hygiene-et-habitat-dans-les-prisons-458.html>

ICRC, “Hunger strikes in prison: The ICRC’s position”, disponible en: <https://www.icrc.org/en/document/hunger-strikes-prisons-icrc-position>.

International Law Commission, “2001 Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts and its commentary”, Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), and submitted to the UN General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session (A/56/10).

UNGA, “Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law”, Resolution 60/147 of 16 December 2005.

UNHCHR, *International legal protection of human rights in armed conflict*, New York, 2011.

World Health Organization, *Prisons and Health*, WHO Europe, Copenhagen, 2014; available at: www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/249188/Prisons-and-Health.pdf.

World Medical Association, *WMA Declaration of Tokyo - Guidelines for Physicians Concerning Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Relation to Detention and Imprisonment*, Revised by the 67th WMA General Assembly, Taipei, Taiwan, October 2016; disponible en: <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/c18/>.

JURISPRUDENCIA

Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

Corte IDH. Caso *Blake v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36.

Corte IDH. Caso *Bayarri v. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.

Corte IDH. Caso *Bueno Alves v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.

Corte IDH. Caso *Cruz Sánchez y otros v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292.

Corte IDH. Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte IDH. Caso *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) v. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.

Corte IDH. Caso *Las Palmeras v. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67.

Corte IDH. Caso de la *“Masacre de Mapiripán” v. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Corte IDH. Caso de las *Masacres de Ituango v. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

Corte IDH. Caso *Osorio Rivera y familiares v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274.

Corte IDH. Caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.

Corte IDH. Caso *Suárez Rosero v. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

ECtHR, Case of *Nevmerzhitsky v. Ukraine*, Judgment of 5 April 2005.

ECtHR, Case of *A. v. The United Kingdom*, 100/1997/884/1096, Judgment of 23 September 1998.

ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996 I.C.J., 8 July 1996.

ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 I.C.J., 9 Jul. 2004.

ICJ, *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, 2005 I.C.J., 19 Dec. 2005.

ICTY, *Prosecutor v. Boskoski*, IT-04-82-T, Judgment, 10 July 2008

ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj*, IT-04-84-T, Judgment, 3 April 2008

ICTY, *Prosecutor v. Kunarac*, IT-96-23-T, Judgment of 22 February 2001.

ICTY, *Prosecutor v. Limaj*, IT-03-66-T, Judgment, 30 November 2005

ICTY, *Prosecutor v. Ljube Boskoski et al.*, IT-04-82-T, Judgment, 10 July 2008.

ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, IT-94-1-T, Judgment, 7 May 1997