

LA PROTECCIÓN INTEGRAL EN LA RELACIÓN DIH-DIDH\*  
Una propuesta para futuras investigaciones

INTEGRAL PROTECTION IN RELATION TO IHL AND IHRL  
A Proposal for Future Inquires

A PROTEÇÃO INTEGRAL NA RELAÇÃO DIH-DIDH  
Uma proposta para futuras pesquisas

*Hugo Cahueñas Muñoz\*\* y Juan Felipe Idrovo Romo\*\*\**

Recibido: 5/XI/2021

Aprobado: 10/XII/2021

**Resumen**

Si bien el DIH y el DIDH comparten objetivos y características, existen diferencias importantes y hasta contradicciones entre ambos regímenes. Así pues, si se consideran los nuevos escenarios de violencia dominados por zonas grises, es importante tener claridad en cuanto al Derecho aplicable. La doctrina ha buscado explicar la forma en que deberían interactuar el DIH y el DIDH a través de tres tendencias o teorías: exclusividad, complementariedad e integración. En el presente artículo se plantea una aproximación hacia una nueva propuesta, cuyo objetivo es la protección integral de la sociedad en su conjunto. Para conseguirlo se plantea una interpretación en la que se consideren todas las normas aplicables de DIH y DIDH.

**Palabras clave:** Derecho Internacional Humanitario; Derechos humanos; Protección integral; Complementariedad; Interpretación; Integración; Zonas grises

**Abstract**

IHL and IHRL share similar objectives and characteristics but there are also important differences and contradictions between these two regimes. Therefore, when considering new violence scenarios dominated by gray areas, it is important to accurately determine the applicable law. Doctrine has intended to explain the interaction between IHL and IHRL through three trends or theories: exclusivity, complementarity, and integration. This article

instead proposes an approach towards a new proposal with a specific purpose: the integral protection of society. Here, an interpretation that considers all applicable rules of IHL and IHRL is proposed.

**Key words:** International Humanitarian Law; Human rights; Integral protection; Complementarity; Interpretation; Integration; Gray areas

**Resumo**

Se bem o DIH e o DIDH compartilham objetivos e características, existem diferenças importantes e até contradições entre ambos os regimes. Assim, pois, se consideram os novos cenários de violência dominados por zonas cinzas, é importante ter claridade quanto ao direito aplicável. A doutrina tem buscado explicar a forma em que deveriam interagir o DIH y o DIDH através de três tendências ou teorias: exclusividade, complementariedade e integração. No presente artigo se concebe uma aproximação a uma nova proposta, cujo objetivo a proteção integral da sociedade em conjunto. Para consegui-lo, se deve conceber uma interpretação em que se considerem todas as normas aplicáveis de DIH y DIDH.

**Palavras-chave:** Direito Internacional Humanitário; Direitos humanos; Proteção integral; Complementariedade; Interpretação; Integração; Zonas cinzas

\* Artículo desarrollado a partir del módulo de Derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario, dictado en la XIII edición del curso de Derecho Internacional Humanitario "Mariscal Antonio José de Sucre".

\*\* Profesor titular del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito; Profesor asociado de la Universidad Andina Simón Bolívar y de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Candidato al título de PhD. por la Universidad de Berna (Suiza). Correo electrónico: hcahuenas@usfq.edu.ec

\*\*\* Candidato a abogado (egresado) por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: felipeidrovo@gmail.com

## INTRODUCCIÓN

La relación entre el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) es compleja, a tal punto que ha sido calificada por la Comisión de Derecho Internacional como un “hoyo negro legal” (Asamblea General de la ONU 2006, párr. 485). Tal complejidad responde a que, a pesar de que ambas ramas del Derecho Internacional comparten objetivos y muchas características, también existen diferencias notables.

Uno de los grandes retos que enfrentan el DIH y el DIDH son los nuevos escenarios de violencia dominados por zonas grises o sombras; entre otros: los enfrentamientos tribales<sup>1</sup>, enfrentamientos al interior de Estados fallidos, el terrorismo, la violencia asociada al narcotráfico y el crimen organizado (Cahueñas 2013, 22-3). En este tipo de contextos, representa una gran dificultad “decidir si una situación es un conflicto o no ha llegado a ese punto” (Byron 2017, 421). Por estas razones, resulta fundamental tener claridad sobre cómo interactúan y se complementan el DIH y el DIDH ante las referidas zonas grises.

Además, la realidad es que ambos regímenes, en diversos temas, se superponen o contradicen. Sin embargo,

como la intención no necesariamente era esa, “uno debe preguntarse cómo podrían ser reconciliados y armonizados” (Droege 2008, 502). Actualmente, la doctrina ha buscado explicar la forma en que deberían interactuar el DIH y el DIDH a través de tres tendencias o teorías: exclusividad, complementariedad e integración (Oberleitner 2015, 81).

En el presente artículo se plantea una aproximación hacia una nueva propuesta, cuyo objetivo es la protección integral de la sociedad en su conjunto. Para lograrlo, con base en un principio pro-protección, se plantea un ejercicio de balanceo en el que se consideren todas las normas aplicables de DIH y DIDH.

En un primer momento, se detallarán las diferencias y convergencias entre estas dos ramas del Derecho Internacional Público. Luego, se explorarán las diferentes explicaciones teóricas sobre su interacción. Posteriormente se analizará la relación que el DIH y el DIDH han tenido en la práctica, en la jurisprudencia de cortes internacionales. A continuación, se esbozarán algunos lineamientos de una alternativa teórica. Para concluir, se presentarán algunas reflexiones finales.

## DIH Y DIDH: CONVERGENCIAS Y DIFERENCIAS

La primera similitud entre el DIH y el DIDH tiene que ver con que ambas son ramas del Derecho Internacional Público; de modo que comparten el mismo tipo de fuentes del Derecho y los fundamentos de instituciones como la responsabilidad internacional, por mencionar ejemplos. Además, el DIH y el DIDH a menudo comparten un bagaje institucional, en cuanto sus discusiones convergen en foros como la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de la ONU; adicionalmente, ciertas controversias entre Estados

son resueltas por la Corte Internacional de Justicia. El DIH y el DIDH comparten el principio de humanidad, como fin último, dado que ambos tienen como razón de ser la protección de la dignidad de los seres humanos (Salmón 2012, 70; Cahueñas 2013, 25). En este sentido, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia señaló que “la esencia [...] del derecho internacional humanitario, así como de los derechos humanos descansa en la protección de la dignidad humana” (TPIY 1998, párr. 183). Adicionalmente, el

1 Ver: Sosa, M.<sup>a</sup> y Antonella Tescaroli. 2020. «Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en conflictos armados tribales: El caso de las tribus Lou Nuer y Murle en Sudán del Sur». *Rev. Inv. Acad. Educación ISTCRE* 4 (1): 65-73.

DIDH y el DIH tienen como fundamento la protección sin discriminación (Byron 2017, 412)<sup>2</sup>.

Como señala Oberleitner, el DIH, debido a su larga historia y anterior codificación, puede considerarse como un punto de partida, inspiración y hasta un precursor para el DIDH (Oberleitner 2015, 9-10); si se tiene en cuenta, además, los objetivos similares que persiguen ambas ramas, que buscan “proteger la vida, la dignidad y el sustento de los seres humanos en situaciones de peligro” (Oberleitner 2015, 9-10). Sin embargo, “el Derecho humanitario no fue simplemente una versión previa de los derechos humanos, tanto como los derechos humanos no son un código humanitario re-etiquetado” (Oberleitner 2015, 9-10), una interrelación mutua que queda clara al analizar las diferencias entre ambos regímenes.

La primera diferencia tiene que ver con el contexto en el que cada rama surgió. Los derechos humanos, en sus inicios, eran una cuestión interna de cada Estado que, posteriormente, encontró cabida en el Derecho Internacional; mientras que el DIH tuvo sus raíces en las relaciones entre Estados, regidas por el Derecho Internacional (Droege 2008, 503; Oberleitner 2015, 10). De hecho, el desarrollo inicial del DIH estaba enfocado en los conflictos armados de carácter internacional.

Otra diferencia radica en la cronología de la codificación de cada régimen internacional. En el caso del DIDH, su codificación comenzó con la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948 (Droege 2008, 503). Referido instrumento no vinculante (*soft law*) serviría como antecedente para la adopción de dos tratados que fueron adoptados recién en 1966: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC). Por otra parte, la codificación del DIH ya contaba con un amplio desarrollo para ese entonces, porque ya estaban vigentes los Convenios de Ginebra de 1864, 1906 y 1929; así como los instrumentos resultantes de las Conferencias de la Haya de 1899 y 1907.

Otra diferencia tiene que ver con el ámbito de aplicación. El DIH, salvo ciertas normas que deben implementarse en tiempos de paz, se aplica en situaciones de conflicto armado. Por su parte, el DIDH se aplica tanto en tiempos de paz como de conflicto armado. Además, mientras ciertas disposiciones del DIDH pueden suspenderse en tiempos de conflicto armado, las normas del DIH no son susceptibles de suspensión (Salmón 2012, 77).

Respecto a su objetivo:

El propósito del DIDH es garantizar al individuo la posibilidad de desarrollarse como persona para realizar sus objetivos sociales, políticos, económicos y personales, por lo que constituiría un derecho “promocional” de la persona humana. En cambio, el DIH sigue siendo una normativa de protección que [ampara] contra las violaciones o graves amenazas derivadas del conflicto armado, por lo que se trata de un derecho de excepción. En tal sentido, este sistema busca “preservar” a la persona humana [y ciertos bienes] más que proporcionarle mejores condiciones de vida. (Salmón 2012, 77)

En relación a las personas protegidas, el DIDH reconoce derechos que todas las personas tienen en virtud del hecho de que son humanos; mientras que los tratados de DIH, en principio, solo protegen a determinadas categorías de personas, como los prisioneros de guerra, civiles, personal sanitario, heridos o naufragos (Byron 2017, 413). Se puede decir, entonces, que el DIH protege a quienes no participan activamente en el conflicto armado; es decir, tanto a las personas que no participan como a las que han dejado de participar directamente en las hostilidades.

El DIH no solo se enfoca en la protección de las personas pues, adicionalmente, restringe los métodos y los medios para desarrollar las hostilidades. Más allá, el DIH prevé directamente la protección a bienes sanitarios, religiosos, culturales, instalaciones que

<sup>2</sup> Ver: art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 27 del IV Convenio de Ginebra (CG); art. 16 del II CG; y, en el marco de los conflictos armados no internacionales, el art. 3 común a los CG.

contengan fuerzas peligrosas y el ambiente. En el caso del DIDH, tales bienes pueden gozar de protección, pero siempre que esté de por medio un derecho humano, individual o colectivo. Es decir, la protección a los bienes en el caso del DIDH es, por naturaleza, indirecta.

Las normas del DIDH son vinculantes sólo para los Estados con respecto a las personas dentro de su jurisdicción; por su parte, el DIH, además de ser vinculante para los Estados, también lo es para los grupos armados organizados (GAO) y sus miembros (Byron 2017, 413). Otra diferencia relevante se da respecto a su alcance. Mientras que los tratados de derechos humanos pueden ser universales o regionales, y estos últimos son los más avanzados (Byron 2017, 413), los tratados de DIH “están siempre abiertos a la ratificación de todos los Estados; [es decir] se pretende que sean de aplicación universal” (Byron 2017, 414).

En relación al rol regulador de sus normas, el DIH es mucho más detallado que el DIDH en muchas

cuestiones que surgen en los conflictos armados (Byron 2017, 419). Por ejemplo, el III Convenio de Ginebra detalla de forma específica las condiciones en las que debe ser tratado un prisionero de guerra. Mientras que los tratados de derechos humanos establecen lineamientos más generales. Los instrumentos de derecho blando (*soft law*) en materia de derechos humanos han sido más descriptivos<sup>3</sup>.

Finalmente, aunque en ocasiones el lenguaje que emplean el DIH y el DIDH puede ser similar, su significado puede ser diferente. Por ejemplo, el principio de proporcionalidad tiene connotaciones diferentes. En el DIH, el principio de proporcionalidad implica que las bajas civiles y los daños a la propiedad civil no deben ser excesivos en comparación con la ventaja militar concreta y directa; pero en el DIDH, el principio de proporcionalidad en el uso de fuerza potencialmente letal es un concepto estricto en el que el derecho a la vida de la persona que causa el uso de la fuerza debe considerarse y protegerse tanto como sea posible (Byron 2017, 414).

## INTERACCIÓN DIH-DIH EN LA TEORÍA

Se ha demostrado que, si bien comparten objetivos y características, existen diferencias notables entre el DIH y el DIDH, de forma que hay escenarios en los que no existe certeza sobre qué norma debería aplicarse. La doctrina se ha pronunciado acerca de cómo debería ser la interacción DIH-DIDH a través de, al menos, tres tendencias: exclusividad, complementariedad e integración (Oberleitner 2015, 81).

De acuerdo con la primera teoría, el DIH y el DIDH son mutuamente excluyentes (Feinstein 2005, 301). El ámbito de aplicación de cada uno de los dos instrumentos es distinto; mas, aunque el DIH fue creado para tiempos de conflicto armado y el DIDH para tiempos de paz, no podría existir una contradicción o superposición entre ellos (Oberleitner 2015, 81). En todo caso, quienes sostienen esta postura afirman que, en caso de aceptarse la posibilidad de que surja

una contradicción entre ambos regímenes, la cuestión se tendría que resolver automáticamente mediante la aplicación del principio de la *lex specialis* y el resultado sería el mismo: la exclusión de la aplicación del DIDH durante conflictos armados (Oberleitner 2015, 81).

Aceptar esta teoría implicaría necesariamente aceptar la idea de la existencia de los regímenes auto contenidos y autónomos en el Derecho Internacional (Oberleitner 2015, 84). En efecto, sólo de esta manera podría sostenerse la idea de que el DIH, por su “especificidad”, sería el único régimen aplicable y suficiente para proveer las respuestas necesarias en contextos de conflicto armado.

Estas teorías separatistas o de exclusividad son planteadas rara vez en la actualidad (Oberleitner 2015, 83). Destacan los planteamientos que han sido realizados

<sup>3</sup> Ver, por ejemplo: Asamblea General de la ONU. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. Resolución 70/175, anexo, 2015.

en esta línea por países como Estados Unidos e Israel<sup>4</sup>. Sin embargo, como se demostrará en una sección posterior, cortes internacionales y organismos de supervisión de tratados de derechos humanos han mantenido una postura dirigida hacia la aceptación de la aplicabilidad del DIDH durante conflictos armados.

Más allá de la práctica de estos organismos, otro argumento fuerte para refutar esta teoría se encuentra en los propios tratados de derechos humanos. Un ejemplo notorio se encuentra en el artículo 4 del PID-CP, que prohíbe la suspensión de ciertos derechos, de suerte que tales derechos estarán plenamente vigentes aún en contextos de conflicto armado. Además, existen tratados que incorporan normas de ambas ramas, DIH y DIDH, como la Convención sobre los Derechos del Niño y su protocolo facultativo.

La aplicabilidad del DIDH en contextos de conflicto armado también ha recibido apoyo en foros con un carácter más político. Así, en la primera resolución de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, llevada a cabo en Teherán en 1968, se instó a Israel a aplicar la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Convenios de Ginebra en los territorios palestinos ocupados (Organización de las Naciones Unidas 1968).

La segunda teoría es la más aceptada en la actualidad y defiende la complementariedad entre el DIH y el DIDH. Sostiene que ambos regímenes sí pueden aplicarse en conjunto, en contextos de conflicto armado, aunque deberán atenerse, como límite, al principio de la *lex specialis* (Oberleitner 2015, 81). La complementariedad implica que el DIH y el DIDH “no se contradicen entre ellos, pero, al estar basados en los mismos principios y valores, pueden influenciar y reforzar uno al otro mutuamente” (Droege 2008, 521). Esta teoría “describe cómo dos entidades se juntan para conectar o interactuar sin perder su respectiva forma o identidad” (Oberleitner 2015, 106).

La aplicación de esta teoría se podría traducir en que se utilicen normas del DIDH para suplir vacíos del DIH; es decir, que se apliquen ambos regímenes

de forma paralela para elevar el nivel de protección o que se utilicen normas de un régimen para interpretar normas del otro (Oberleitner 2015, 108).

Acerca de la posibilidad de interpretar normas entre regímenes diferentes, en el artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se reconoce el método del entorno normativo para la interpretación de tratados internacionales. Dicha estipulación es coherente con el fin de esta teoría, que pretende armonizar las normas de ambas ramas de acuerdo con sus objetivos comunes (Provost 2002, 349-50) para que exista coherencia en el Derecho Internacional (McLachlan 2005).

Finalmente, existe una tercera teoría: la integración. El modelo integrativo propone que la interacción DIH-DIDH debería dar paso a un único conjunto de obligaciones compatibles, conformadas por ambos regímenes aplicables (Flores 2018, 241). Específicamente, el modelo integrativo tiene como objetivo:

promover el papel que desempeña el DIDH, fomentando la interacción activa entre los dos cuerpos legales y reconociendo la contribución que el DIDH puede hacer a la regulación de los conflictos armados. Más específicamente, este modelo tiene la intención de inyectar una perspectiva más humana, al permitir que el DIDH eleve los estándares disponibles en el DIH. Al igual que en el modelo actual, aquí las reglas de DIH se consideran *lex specialis* debido a su especificidad, pero la diferencia es que el DIDH está destinado a desempeñar una función interpretativa. Si bien las normas del DIDH no se aplicarán directamente, sus valores protectores inspirarán la forma en que se lea el DIH, para que produzca el resultado más humanitario posible dentro del propio marco de este último. (Flores 2018, 241-2)

Es decir, este tercer modelo plantea que el DIDH nutra la interpretación del DIH. Dentro de los nuevos retos que enfrenta el DIH y el DIDH, justamente, el modelo integrativo podría ser una vía para alcanzar una complementariedad, donde se protejan los derechos

<sup>4</sup> Ver: Solis, Gary. 2010. *The Law of Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press. 24. Ver, también: Oberleitner, Gerd. 2015. *Human Rights in Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press.

de las personas de la forma más amplia posible, como lo determina el principio *pro ser humano*. En un sentido similar, Oberleitner plantea un modelo en el que el DIDH se aplique de forma “complementaria o acumulativa [al DIH] mientras al mismo tiempo provee valores y dirección operativa a la normativa fundacional”

para asegurar el máximo nivel de protección a las personas (Oberleitner 2015, 126). Sin duda, el modelo de Oberleitner es más ambicioso que el planteado por Flores, en cuanto propone la aplicación acumulativa del DIDH con el DIH y no pretende utilizar al DIDH solo con fines interpretativos.

## INTERACCIÓN DIH-DIDH EN LA PRÁCTICA

### 1. Precedentes a nivel global

La CIJ ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la relación DIH-DIDH en el marco de casos contenciosos y opiniones consultivas. El criterio de la Corte ha sido recurrente en cuanto a reafirmar la aplicabilidad del DIDH en contextos de conflicto armado. Sin embargo, la aplicación del principio de la *lex specialis*, como herramienta de interpretación para guiar la interacción entre el DIH y el DIDH, no ha sido constante en su análisis.

En su Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, la CIJ señaló que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesaba en tiempo de conflicto armado, excepto en la medida en que habían sido suspendidos ciertos derechos por algún estado de excepción; pero la CIJ también señaló que el derecho a la vida era inderogable (Byron 2017, 417). Específicamente, en relación con el derecho a la vida en caso de conflicto armado, la CIJ consideró que:

[La] protección prevista en el [PIDCP] no cesa en tiempo de guerra, excepto cuando se aplica el artículo 4 del Pacto, según el cual algunas disposiciones pueden ser suspendidas cuando se da una situación de emergencia nacional. Sin embargo, el respeto del derecho a la vida no es una de esas disposiciones. En principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, el criterio para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de

hostilidades. Así pues, que un caso de pérdida de vida, a causa del empleo de un arma determinada en una situación de guerra se considere un caso de privación arbitraria de la vida que contraviene el artículo 6 del Pacto, es cosa que sólo se puede decidir por remisión al derecho aplicable en caso de conflicto armado y no por deducción de las disposiciones del Pacto. (CIJ 1996, párr. 25)

De igual manera, en su Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado, la CIJ señaló:

La protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el art. 4 del [PIDCP]. En cuanto a la relación entre el [DIH] y el [DIDH], pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el [DIH], otros pueden estar contemplados exclusivamente en el [DIDH], y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario. (CIJ 2004, párr. 25)

Es llamativo que, en las dos opiniones consultivas, la CIJ se refirió expresamente al principio de la *lex specialis* y lo utilizó como una herramienta de interpretación ante aparentes contradicciones entre normas

de ambos regímenes. Sin embargo, la CIJ no hizo referencia alguna a este principio en el Caso Relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Uganda) y, al no haber dado explicación alguna para tal omisión, “no queda claro si la omisión fue deliberada y demuestra un cambio en el criterio de la Corte” (Droege 2008, 522).

En el Caso de la República Democrática del Congo contra Uganda, la Corte sostuvo que Uganda era responsable:

por la conducta de sus fuerzas armadas, que cometieron actos de matanza, torturas y otras formas de trato inhumano de la población civil congoleña, destruyeron aldeas y edificios civiles, omitieron distinguir entre objetivos civiles y militares y proteger a la población civil al luchar con otros combatientes, entrenaron niños soldados, instigaron un conflicto étnico y omitieron tomar medidas para poner fin a dicho conflicto; así como por su omisión, en su carácter de Potencia ocupante, en tomar medidas para respetar y asegurar el respeto de los derechos humanos y el [DIH] en el distrito de Ituri, violó sus obligaciones con arreglo al [DIDH] y el [DIH]. (CIJ 2005, párr. 220)

Orakhelashvili comenta que este caso muestra un paralelismo entre el DIH y el DIDH, donde:

los dos cuerpos de derecho no solo se aplican en las mismas situaciones, sino que también pueden proscribir la misma conducta [por lo que las conclusiones de la Corte] constituyen una advertencia de que incluso si se comprueba que la protección en uno de los ámbitos es menor que en el otro ámbito, no se impedirá, por tanto, la aplicabilidad de este último. (Orakhelashvili 2008, 163)

Vale destacar, finalmente, el Caso Concerniente a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro). Dado que la Corte indicó de forma indudable que, para el caso específico, su competencia se limitaba al análisis de la convención contra el genocidio, se puede inferir que, una vez

más, ratificó la aplicabilidad del DIDH en contextos de conflicto armado al establecer que: “[La Corte] no tiene poder para pronunciarse sobre las alegadas violaciones a otras obligaciones bajo el derecho internacional, no equivalentes al genocidio, particularmente aquellas que protegen derechos humanos en conflicto armado” (CIJ 2007, párr. 147).

Como la CIJ parece haber zanjado favorablemente la discusión acerca de la aplicabilidad del DIDH en tiempos de conflicto armado, ella se ha alejado de la teoría de la exclusividad y más bien ha sido afín a la teoría de la complementariedad. Sin embargo, no quedan claros los límites de esa complementariedad en cuanto no ha existido una explicación lo suficientemente precisa sobre el alcance del principio de la *lex specialis*, si se considera además que el principio, sin explicación alguna, no fue tomado en cuenta en el caso de la República Democrática del Congo contra Uganda.

Por su parte, a nivel del Sistema Universal de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos se ha referido a la complementariedad DIH-DIDH en los siguientes términos:

El Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] es también de aplicación en las situaciones de conflicto armado a las que sean aplicables las normas del [DIH]. Si bien, en lo que atañe a ciertos derechos reconocidos en el Pacto, es posible que normas más específicas del [DIH] sean pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos reconocidos en el Pacto, ambas esferas del ámbito jurídico son complementarias, no mutuamente excluyentes. (Comité de Derechos Humanos 2004, párr. 11)

De igual manera, en el caso *The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional (CPI) interpreta el DIH y el DIDH (en este caso, a la luz de la Convención de los Derechos del Niño) para brindar la mayor protección posible “Los niños soldados menores de 15 años continúan disfrutando de la protección del DIH frente a actos de violación y esclavitud sexual, como se refleja en el artículo 8(2)(e)(vi) del Estatuto” (párr. 80). Solo pierden la referida protección cuando participan

directamente en las hostilidades (párr. 79). Es decir, cuando toman parte en las hostilidades se aplican las reglas del DIH y perderían la protección (CPI, 2014).

Estas sentencias demuestran que la CIJ y otros foros globales tiene aún mucho terreno que recorrer en esta materia, si se considera además que, como consta en el citado fallo de 2022 de la CIJ, pueden existir escenarios en los que interactúan incluso más ramas del Derecho Internacional como el *jus ad bellum*, por ejemplo.

## 2. Precedentes a nivel interamericano

Los sistemas regionales de protección de derechos humanos también han tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la interacción entre el DIH y el DIDH, y han sido un foro “para obtener reparación por las violaciones de sus derechos durante el conflicto armado” (Henckaerts 2007, 161–2). Sin embargo, como se demostrará más adelante, existen numerosas críticas hacia ellos, debido principalmente a la inconsistencia en su jurisprudencia relativa a la aplicación del DIH para interpretar normas de DIDH.

A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado una amplia jurisprudencia en la que ha utilizado “el DIH en la interpretación del *corpus iuris* interamericano, así como las garantías de no repetición como mecanismo de reparación vinculado al DIH” (Corte IDH 2021)<sup>5</sup>. Además, la Corte, en colaboración con el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), publicó un cuadernillo que detalla las principales opiniones de la Corte sobre las interacciones existentes entre el DIDH y el DIH.

Sobre la complementariedad entre estas dos ramas del Derecho Internacional Público, la Corte IDH, en el Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, manifestó:

Respecto de la complementariedad del [DIDH] con el [DIH], la Corte estima necesario destacar que toda persona, durante un conflicto armado

[no internacional] o internacional, se encuentra protegida tanto por las normas del [DIDH], como por ej. la Convención Americana, como por las normas específicas del [DIH], convergencia de normas internacionales que amparan a las personas que se encuentran en dicha situación. En este sentido, la Corte destaca que la especificidad de las normas de protección de los seres humanos sujetos a una situación de conflicto armado consagradas en el [DIH] no impide la convergencia y aplicación de las normas de [DIDH] consagradas en la Convención Americana y en otros tratados internacionales. (Corte IDH 2004, párr. 112)

Es decir, la Corte IDH identifica una complementariedad y convergencia entre las normas del DIDH y el DIH, para la protección de personas en situaciones de conflicto armado. Sobre su competencia para determinar violaciones al DIH en un CANI, la Corte, en el Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, ha señalado que:

[s]i 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. (Corte IDH 2000, párr. 208)

De igual manera, en el escenario de un CAI, la Corte IDH, en el Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador, ha indicado que:

tiene competencia para decidir si cualquier acto u omisión estatal, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana [...]. De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención Americana y las reglas

<sup>5</sup> A nivel europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también ha desarrollado una variada jurisprudencia en torno a la relación entre el DIDH y el DIH. Ver, por ejemplo: TEDH. 1995. MacCann et al. contra Reino Unido. Sentencia del 5-IX-1995; TEDH. 1996. Loizidou contra Turquía. Sentencia del 18-XII-1996; TEDH. 2014. Bankovic y otros contra Bélgica y otros. Sentencia del 19-XII-2014; TEDH. 2009. Varnava y otros contra Turquía. Sentencia del 18-IX-2009; TEDH. 2011. Al-Jedda contra Reino Unido. Sentencia del 19-XII-2011.

generales de interpretación de los tratados recogidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la misma Convención puede ser interpretada en relación con otros instrumentos internacionales, tales como las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra. (Corte IDH 2017, párr. 30)

En consecuencia, si bien la Corte IDH no tiene competencia para determinar violaciones al DIH, a lo largo de su jurisprudencia ha interpretado el alcance de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de las normas del DIH, cuando las supuestas violaciones se dan en el marco de un conflicto armado<sup>6</sup>. Por ej., al analizar las violaciones al derecho a la vida e integridad personal, la Corte, en el Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, ha señalado:

[L]os derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter esencial en la Convención. De conformidad con el artículo 27.2 del referido tratado, esos derechos forman parte del núcleo inderogable, pues no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes. Por su parte, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra señala en su artículo 4 que “están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar [...] los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas [que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas], en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal”. Resalta también que “queda prohibido ordenar que no haya supervivientes”. Además, especifica en su artículo 13 las obligaciones de protección de la población civil y las personas civiles, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación, al disponer que “gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares” y

que “no serán objeto de ataque”. (Corte IDH 2012, párr. 148)

Específicamente sobre el derecho a la vida, la Corte, en el Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú, ha determinado que:

la Convención Americana no define en forma expresa el alcance que debe otorgarle la Corte al concepto de arbitrariedad que cualifica una privación de la vida como contraria a dicho tratado en situaciones de conflicto armado, es pertinente recurrir al *corpus iuris* de [DIH] aplicable a fin de determinar el alcance de las obligaciones estatales en lo que concierne al respeto y garantía del derecho a la vida en esas situaciones. (Corte IDH 2015, párr. 273)

De igual manera, sobre la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, en el marco de un CANI, la Corte, en el caso J. vs. Perú, manifestó que:

[L]a 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. 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 [DIH]. (Corte IDH 2013a, párr. 304)

La citada jurisprudencia evidencia cómo la Corte IDH ha empleado las normas del DIH para interpretar el alcance de normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en situaciones de conflicto armado.

<sup>6</sup> El TEDH, igual que su par interamericano, en el caso *Isayeva vs. Russia*, al evaluar una operación militar contra grupos rebeldes que ocasionó muertes de civiles, empleó las normas de DIH con el “objeto de determinar el significado de algunas de sus disposiciones en tiempo de conflicto armado; o, en otras palabras, para informar el sentido de las obligaciones en el Derecho de los derechos humanos” (Pérez 2007, 34).

Así como en la interpretación de los derechos a la vida e integridad personal, la Corte IDH ha empleado normas del DIH para interpretar el alcance de la Convención Americana en los siguientes ámbitos: i) El derecho a la verdad y la prohibición de amnistías sobre crímenes de guerra; ii) Las personas desaparecidas y sus familiares; iii) La libertad personal y la detención; iv) La libre circulación y residencia y la prohibición del desplazamiento forzado; v) Los derechos de los niños y niñas; vi) La propiedad; vii) Garantías judiciales y protección judicial; viii) Los grupos en situación de vulnerabilidad y los conflictos armados; ix) La protección especial de niñas y niños; x) Las mujeres; xi) Los desplazados internos; xii) Las personas privadas de libertad; xiii) Protección al personal médico. De igual manera, la Corte IDH se ha referido al DIH al determinar garantías de no repetición como un mecanismo de reparación. Específicamente, la Corte ha determinado medidas de adecuación de la legislación interna y medidas educativas en DIH para funcionarios públicos.

Así como la CIJ utilizó en sus opiniones consultivas el principio de la *lex specialis* para determinar la ley aplicable ante escenarios de aparente contradicción entre el DIH y el DIDH, la Corte IDH también se ha referido a la especificidad del DIH en numerosos casos<sup>7</sup>, pero con otro propósito. En efecto, la Corte ha utilizado normas de DIH para dar contenido e interpretar normas de DIDH de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, unas decisiones que denotan su inclinación hacia la teoría de la complementariedad.

Ahora bien, como ya se introdujo, existen críticas a la Corte IDH por su falta de consistencia<sup>8</sup>. Salmón ha realizado un profundo estudio sobre la jurisprudencia de la Corte y ha identificado 3 etapas en la “relación entre la Corte [IDH] y el DIH” (2020). En la primera etapa, llamada etapa de indiferencia, Salmón identifica casos, como el Caso Cayara vs. Perú<sup>9</sup> y el Caso

Caballero Delgado y Santana vs. Colombia<sup>10</sup>, que ocurrieron en contextos de conflicto armado y en los que la Corte “desconoció el impacto de las normas del DIH” (Ibíd.). En una segunda etapa, llamada etapa del reconocimiento del DIH como instrumento interpretativo, Salmón (Ibíd.) identifica casos, a partir del Caso Las Palmeras vs. Colombia<sup>11</sup>, en los que se utilizaron normas de DIH para interpretar normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Finalmente, en la etapa llamada “zona gris”, Salmón identifica casos como el Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia<sup>12</sup>, en los que se utilizan normas del DIH para interpretar el DIDH “pero al mismo tiempo [la Corte IDH] realiza afirmaciones que no parecen excluir el DIH de su competencia material” (Ibíd.).

De forma crítica, Salmón (2020) ha indicado que la Corte IDH ha tenido un enfoque de *pick and choose*, en cuanto ha decidido no incluir normas relevantes de DIH en su análisis dentro de ciertos casos. Por ejemplo, en el marco del Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, la Corte decidió no aplicar normas de DIH, ya que consideró, basada en el principio *pro persona*, que el DIH debería emplearse únicamente “para definir los contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos previstos en la Convención Americana y precisar las obligaciones de los Estados” (Corte IDH 2013b, párr. 56).

Sobre el enfoque *pick and choose* de la Corte IDH, Salmón ha comentado:

1.9o

Ciertamente, un órgano de derechos humanos está llamado a supervisar el cumplimiento del tratado que le otorga competencia, pero si la Corte IDH [correctamente] postula la necesidad del uso del DIH para entender mejor los derechos en el caso de un conflicto armado, no se podría alegar que está legitimada para escoger las disposiciones que son más útiles para resolver solo una parte del

7 Ver, por ejemplo: Corte IDH. 2012. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30-XI-2012. Serie C 259, párr. 187.

8 Críticas de este tipo también se han dirigido, incluso con más dureza, contra el TEDH. Ver: Oberleitner, Gerd. 2015. Human Rights in Armed Conflict. Cambridge: Cambridge University Press: 309-11.

9 Ver: Corte IDH. 1993. Caso Cayara vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3-II-1993. Serie C 14.

10 Ver: Corte IDH. 1994. Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Sentencia de 21-I-1994. Excepciones Preliminares. Serie C 17.

11 Ver: Corte IDH. 2000. Caso Las Palmeras vs. Colombia. Sentencia de 4-II-2000. Excepciones Preliminares. Serie C 56.

12 Ver, por ejemplo: Corte IDH. 2012. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30-XI-2012. Serie C 259.

problema. Esta visión fragmentada del DIH dejaría a aquellos que participan en las hostilidades en el peor escenario posible y podría poner en peligro la voluntad de respetar el DIH y la credibilidad de sus disposiciones, lo que generaría situaciones en las que respetar el DIH (p. ej., mediante la aplicación de los principios de distinción o proporcionalidad) no tendría ningún efecto positivo o prometedor, porque cualquier muerte derivada de esta actividad podría suponer una violación del derecho a la vida, entre otros. (Salmón 2020)

Esta falta de claridad y consistencia al momento de interpretar la interrelación entre el DIH y el DIDH evidencia que la discusión no se ha agotado y que los propios mecanismos de protección requieren parámetros para analizar la interrelación entre las normas de DIH y DIDH en situaciones de conflicto armado. Adicionalmente, en la referida jurisprudencia sólo se analizan los derechos de las posibles víctimas, pero no los derechos de las otras personas que garantiza o debe garantizar el Estado, a fin de prevenir violaciones a otros derechos.

## HACIA UNA PROTECCIÓN INTEGRAL

Las nuevas amenazas a las que la humanidad se enfrenta hacen necesario tener un nuevo enfoque, basado en una protección integral que brindan el DIH y el DIDH. Se trata de una nueva propuesta en cuanto a que, si bien comparte elementos de las teorías de complementariedad e integracionista, no podría encasillarse con facilidad en ninguna de las tres tendencias antes desarrolladas.

Específicamente se plantea que, en el marco de casos concretos ocurridos en contextos de conflicto armado, el DIH y el DIDH se deben aplicar simultáneamente en favor de la protección de las personas de forma integral. Con miras a lograr este objetivo se deberían tomar en cuenta todas las normas relevantes para el caso concreto que ambos regímenes recogen. Posteriormente, se analizaría el caso mediante una valoración, realizada con las normas de ambos regímenes, todos los bienes protegidos por ellos y los riesgos para la sociedad.

Una vez identificadas las normas relevantes de ambos regímenes y evaluados con ellas todos los factores antes expuestos, la decisión final debería estar encaminada hacia el nivel más alto de protección posible de los derechos para todas las personas, es decir la sociedad en su conjunto. Por tal motivo, podría describirse el fin último de esta propuesta como la protección integral, en la medida en que el enfoque ya no sería

desde el punto de vista de una persona en concreto, sino desde la sociedad en su conjunto.

A continuación, se explicará la forma en que la propuesta debería aplicarse, a partir de un escenario concreto, al contrastarla con las demás teorías que ya han sido desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia. Sassòli y Olson describen el escenario del uso de la fuerza letal en el contexto de la llamada “guerra” contra el terrorismo, la cual ha sido calificada por la Corte Suprema de Estados Unidos como un conflicto armado no-internacional (CANI)<sup>13</sup>.

Los autores indican que, desde el 11 de septiembre de 2001, el gobierno de los Estados Unidos ha sostenido que se puede usar la fuerza letal contra miembros de grupos terroristas, equivalentes a un grupo armado organizado (GAO) en este caso, de acuerdo con los mismos estándares previstos por el DIH para los combatientes en el marco de un conflicto armado internacional (CAI), pero sin los privilegios que el estatus de combatiente supone (Sassòli y Olson 2008, 601). Por otro lado, los autores indican que ciertos críticos consideran que se podría utilizar la fuerza letal contra estas personas solo si se observan normas mucho más estrictas de DIDH (Sassòli y Olson 2008, 601).

Del escenario descrito surge la pregunta: “¿Puede un miembro de un grupo armado, así como de acuerdo

<sup>13</sup> Ver: United States Supreme Court. 2006. *Hamdan vs. Rumsfeld*. Sentencia del 29-VI-2006. 548 U.S. 557, 126 S. Ct. 2749.

con el [DIH] aplicable a los conflictos armados internacionales, ser atacado (y por lo tanto privado de su vida) siempre y cuando él o ella no se rinda o no esté *hors de combat*<sup>14</sup>, o esto es, como en los derechos humanos, admisible únicamente de forma excepcional y cuando un arresto no es posible?” (Sassòli y Olson 2008, 601).

Antes de responder esta pregunta debe tenerse en cuenta que, por un lado, están las normas relevantes del DIH que deben tomarse en cuenta antes de realizar un ataque que, a más de las normas específicas en cuanto a bienes y personas protegidas, podrían condensarse en los principios de distinción, proporcionalidad, humanidad y precaución; y, por otro lado, están los estándares del uso progresivo de la fuerza que contiene el DIDH.

La primera opción es aplicar la teoría de la exclusividad y, con base en el argumento de que el DIH es el único aplicable en tiempos de conflicto armado, tomar en cuenta exclusivamente las normas de DIH sin siquiera revisar aquellas relativas al uso proporcional de la fuerza del DIDH. En la práctica, este planteamiento haría viable el uso directo de la fuerza letal contra el miembro del GAO, en la medida en que se respeten las demás normas del DIH.

Una segunda opción, que podría tomarse en cuenta principalmente en organismos de protección de derechos humanos como la Corte IDH, tal como ocurrió en los casos *Cayara vs. Perú* y *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, es considerar únicamente las normas relativas al DIDH por una cuestión de competencia de la Corte. En la práctica, actuar en base a esta alternativa supondría que el uso de la fuerza letal contra el miembro del GAO tendría que considerarse como una medida excepcional y de *última ratio*, que podría emplearse únicamente siguiendo los estándares del uso progresivo de la fuerza.

Una tercera opción es, si se sigue el criterio que plasmó la CIJ en sus opiniones consultivas, reconocer la aplicabilidad tanto del DIH como del DIDH en tiempos de conflicto armado. Ahora bien, ante una

contradicción entre ambos regímenes, la solución sería escoger el DIH por la aplicación del principio de la *lex specialis*. En la práctica, esta vía supondría, luego de considerar tanto las normas de DIH como los estándares de uso progresivo de la fuerza, y, ante la aparente contradicción, decidir aplicar exclusivamente las normas de DIH por su especialidad. Por este camino resultaría viable el empleo de la fuerza letal contra el miembro del GAO, en la medida en que se respeten las demás normas del DIH.

Una cuarta opción consiste en aplicar el criterio seguido por la CIJ en el caso de la República Democrática del Congo contra Uganda. Si bien este caso no da luces para determinar cuál sería la ley aplicable en el caso concreto, podría considerarse útil para afirmar que una misma conducta, por ejemplo, el uso de la fuerza letal contra el miembro del GAO, podría ser contraria tanto al DIH como al DIDH. Este criterio es útil en un momento posterior, mas no en uno previo al ataque.

Una quinta opción, que podría tomarse en cuenta principalmente en organismos de protección de derechos humanos como la Corte IDH, tal como ocurrió en los casos de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* y *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sería que la Corte utilice las normas del DIH, como instrumento interpretativo para determinar la existencia de posibles violaciones a normas del DIDH. En la práctica, este proceder haría viable el uso de la fuerza letal contra el miembro del GAO, porque, en el fondo, se aplicarían únicamente estándares de DIH.

Distinto sería el caso en el que la Corte IDH, como ocurrió en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, consideró que el DIH sirve como instrumento interpretativo únicamente cuando sus normas son favorables a la persona. En tal caso, en el escenario propuesto específicamente, el uso de la fuerza letal contra el miembro del GAO tendría que sustentarse en el uso progresivo de la fuerza, porque los estándares de DIDH serían claramente más favorables para el miembro del GAO.

Una sexta opción sería guiarse por las teorías de la integración, en las que el DIDH nutre al DIH y tiene un

14 Para más información acerca de la pérdida de protección del DIH en contextos de CANI, ver: Melzer, Nils. 2010. Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario. Ginebra: CICR.

rol mucho más protagónico. Por ejemplo, si se siguiera el modelo de Flores (2018), en el caso planteado sería viable el uso de la fuerza letal contra el miembro del GAO por la aplicación de los estándares del DIH. Sin embargo, deberían emplearse los medios menos nocivos al momento del ataque, un camino que evidencia la influencia del DIDH. Por otro lado, si se siguiera el criterio del TEDH en el caso de *Isayeva vs. Russia*<sup>15</sup>, el uso de la fuerza letal contra el miembro del GAO estaría limitado, porque el tribunal ha considerado que cualquier riesgo contra la vida y el uso de la fuerza letal debe ser minimizado.

Finalmente, si se aplicara la propuesta sugerida en este artículo, que busca asegurar una protección integral, se deberían considerar todas las normas relevantes de DIH y DIDH, que se extienden a aquellas relacionadas con los derechos de terceros. Se debería evaluar la amenaza que representa este miembro del grupo armado para la sociedad, los derechos que pone en riesgo, y así se cumpliría la obligación de garantizar los derechos humanos de la sociedad en su conjunto.

Adicionalmente, el ejercicio tendría que contemplar un análisis prospectivo, es decir que deberán tomarse en cuenta riesgos futuros a fin de prevenirlos o prepararse para enfrentarlos, con vistas a proteger los derechos de las personas. Esta decisión va de la mano con la obligación de garantizar los derechos humanos y, más específicamente, con la obligación de prevenir violaciones a los derechos<sup>16</sup>.

Entonces, si luego de realizar todo el análisis descrito se determinara que el miembro del GAO supone un riesgo alto, actual y/o futuro, para la sociedad en su conjunto, entonces se justificaría el uso directo de la fuerza letal para asegurar su neutralización. En contraste, si se estableciera que el miembro del GAO no representa un riesgo considerable, entonces lo razonable sería cumplir con las normas relativas al uso progresivo de la fuerza para detener al sujeto y, como medida excepcional, emplear la fuerza letal.

Como se aprecia, esta propuesta recoge elementos de la teoría de la complementariedad, porque, como ya se mencionó, una de los posibles usos de esta teoría es justamente la aplicación paralela del DIH y el DIDH para elevar el nivel de protección (Oberleitner 2015, 108). Ahora bien, la diferencia fundamental tiene que ver con el hecho de que esta teoría se aparta de la protección en términos individuales, y se la analiza de forma colectiva, de forma que se aleja del principio de la *lex specialis*, por las críticas que han existido al respecto<sup>17</sup>.

Ciertamente existen también elementos de la teoría integracionista, en la medida en que se pretende dar un rol mucho más protagónico al DIDH. Quizá la similitud es más evidente con el modelo de Oberleitner, en cuanto no se busca que el DIDH simplemente sirva como un medio de interpretación, sino que se considere en su integralidad al momento realizar el ejercicio de balanceo para resolver un caso concreto.

## A MANERA DE REFLEXIONES PRELIMINARES

Las nuevas amenazas dominadas por las zonas grises o sombras exigen claridad acerca de cómo interactúan y complementan el DIH y el DIDH. La propuesta es relevante en cuanto plantea la consideración íntegra de ambos regímenes, DIH y DIDH, al momento de

realizar el ejercicio de análisis y aplicación. Si bien el artículo plantea lineamientos generales y una aproximación principalmente en relación con el empleo de la fuerza letal, se requiere un mayor análisis sobre otros escenarios y otros derechos que puedan ampliar

<sup>15</sup> Ver: TEDH. 2005. *Isayeva vs. Russia*. Application N.º 57950/00, sentencia de 24-II-2005, párrafos 175-176.

<sup>16</sup> Esta obligación ha sido desarrollada y dotada de contenido desde el primer caso contencioso de la Corte IDH en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Ver: Corte IDH. 1988. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29-VII-1988.

<sup>17</sup> El modelo de aplicar el DIH como *lex specialis* ha sido objeto de críticas, debido a que impide que el DIDH influya realmente en la regulación de las hostilidades y porque desconoce cualquier norma superior que esta pueda imponer (Flores, 2018, 241). Además, se ha criticado la forma de aplicar este principio por buscar dirimir conflictos normativos en abstracto, infructuosamente, cuando debería dársele un uso que sirva para determinar la interacción entre normas en cada caso concreto (Lindroos, 2005, 41-2).

el espectro de aplicación de la protección integral. El artículo plantea una aproximación inicial a una nueva propuesta; sin embargo, la discusión no se ha agotado. Por lo tanto, puede (y se espera que así ocurra) que esta idea esté sujeta a críticas y reflexión en el futuro. Uno de los peligros es que las normas se interpreten

de forma abusiva y el uso de la fuerza genere excesos ante a determinados riesgos. Para enfrentarlo es fundamental el análisis exhaustivo y fundamentado de los escenarios y las normas de ambos regímenes internacionales (DIH y DIDH).

## BIBLIOGRAFÍA

- Byron, Christine. 2017. «IHL and Human Rights Law: Relationship». *Hungarian Yearbook of International Law and European Law* 5: 411-424. Acceso el 1-IX-2021. <http://orca.cardiff.ac.uk/id/eprint/110120>.
- Cahueñas, Hugo. 2013. «El desarrollo del régimen de Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos escenarios de violencia armada: rol de la Cruz Roja y estudio de caso peruano». Tesis de maestría, FLACSO.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2021. «Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 17: Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario». Acceso 1-IX-2021. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo17.pdf>.
- Droege, Cordula. 2008. «Elective affinities? Human rights and humanitarian law». *International Review of the Red Cross* 90 (871): 501-548. Acceso el 1-IX-2021. <https://international-review.icrc.org/articles/elective-affinities-human-rights-and-humanitarian-law>.
- Feinstein, Barry. 2005. «The Applicability of the Regime of Human Rights in Times of Armed Conflict and Particularly to Occupied Territories: The Case of Israel's Security Barrier». *Northwestern Journal of International Human Rights* 4(2). <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol4/iss2/1>.
- Flores Villacís, Gabriela Monserrat. 2018. «Injecting Human Rights Into International Humanitarian Law: Least Harmful Means as a Principle Governing Armed Conflicts». *USFQ Law Review* 5(1): 234-261. <https://doi.org/10.18272/lr.v5i1.1226>.
- Henckaerts, Jean-Marie. 2007. «Concurrent application of international human rights law and international humanitarian law: Victims in search of a forum». *Hum. Rts. & Int'l Legal Discourse* 1: 95.
- Lindroos, Anja. 2005. «Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis». *Nordic Journal of International Law* 74(1): 27-66. <https://doi.org/10.1163/1571810054301022>.
- McLachlan, Campbell. 2005. «The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention». *International & Comparative Law Quarterly* 54 (2): 279-320. <https://doi.org/10.1093/iclq/lei001>.
- Oberleitner, Gerd. 2015. *Human Rights in Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Orakhelashvili, Alexander. 2008. «The interaction between human rights and humanitarian law: fragmentation, conflict, parallelism, or convergence?». *European Journal of International Law* 19 (1): 161-82. <https://doi.org/10.1093/ejil/chm055>.
- Pérez González, Manuel. 2007. «La protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto: el parámetro del Derecho Internacional Humanitario». *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas Y Sociales, Nueva Época* (4): 13-36. Acceso el 1-I-2022. <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0606220013A>.
- Provost, René. 2002. *International Human Rights and Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Salmón, Elizabeth. 2020. «Entre la lex specialis y la metodología pick-and-choose: aproximaciones al derecho internacional humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Anuario Iberoamericano sobre Derecho Internacional Humanitario* 1. DOI 10.5294/aidih.2020.1.1.7
- \_\_\_\_\_. 2012. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Perú: Comité Internacional de la Cruz Roja.

Sassòli, Marco y Laura Olson. 2008. «The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts». *International Review of the Red Cross* 90 (871). <https://doi.org/10.1017/S1560775508000072>.

### Normativa y jurisprudencia

Asamblea General de la ONU. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682, 2006.

Comité de Derechos Humanos. Observación general N.º 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2000. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25-XI-2000. Serie C, N.º 70.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2004. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23-XI-2004. Serie C, N.º 118.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25-X-2012. Serie C, N.º 252.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2013a. Caso *J. vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27-XI-2013. Serie C, N.º 275.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2013b. *Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21-V-2013. Serie C, N.º 261.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2015. Caso *Cruz Sánchez y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17-IV-2015. Serie C, N.º 29.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Caso *Vasquez Durand y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15-II-2017. Serie C, N.º 332.

Corte Internacional de Justicia. 1996. Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Opinión Consultiva del 8-VII-1996. ICJ Reports 1996.

Corte Internacional de Justicia. 2004. Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado. Opinión Consultiva del 9-VII-2004. ICJ Reports 2004.

Corte Internacional de Justicia. 2005. Case Concerning Armed Activities on The Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo vs. Uganda). Sentencia del 19-XII-2005. ICJ Reports 2005.

Corte Internacional de Justicia. 2007. Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro), Reparations. Sentencia del 26-II-2007.

Corte Penal Internacional. Case: The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda. 14 June 2014.

Organización de las Naciones Unidas. Final Act on the International Conference on Human Rights, UN Doc. A/Conf.32/41, 1968.

TPIY. 1998. Fiscal vs. Furundzija. Caso N.º IT-95-17/I-T. Sentencia del 10-XII-1998.