

**UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"LA OCUPACIÓN MILITAR PROLONGADA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL  
HUMANITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS"

TESIS DE GRADO

**BLANCA NINETH PEREZ GUTIERREZ**

CARNET 15983-11

QUETZALTENANGO, MARZO DE 2021  
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

**UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"LA OCUPACIÓN MILITAR PROLONGADA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL  
HUMANITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR  
**BLANCA NINETH PEREZ GUTIERREZ**

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADA Y NOTARIA Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, MARZO DE 2021  
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

## **AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

RECTOR: P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLÍS, S. J.  
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTHA ROMELIA PÉREZ CONTRERAS DE CHEN  
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: LIC. JOSÉ ALEJANDRO ARÉVALO ALBUREZ  
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: MGTR. MYNOR RODOLFO PINTO SOLÍS  
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: MGTR. JOSÉ FEDERICO LINARES MARTÍNEZ  
SECRETARIO GENERAL: DR. LARRY AMILCAR ANDRADE - ABULARACH

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

DECANO: DR. HUGO ROLANDO ESCOBAR MENALDO  
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO  
SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

## **NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN**

MGTR. AROLDO JAVIER CALDERÓN GUZMÁN

## **TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN**

MGTR. ALLAN AMILKAR ESTRADA MORALES

## **AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO**



DIRECTOR DE CAMPUS:	P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.
SUBDIRECTORA ACADÉMICA:	MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN
SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA:	MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ
SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO:	MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN GENERAL:	MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ



*Bufete Jurídico Profesional*  
*Lic. Aroldo Javier Calderón Guzmán*  
*Abogado & Notario*

Quetzaltenango, 30 de noviembre de 2,017

Magister  
Nelly de León  
Coordinadora Facultativa  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Por este medio me dirijo a usted con el objetivo de rendir dictamen sobre asesoría de tesis de la estudiante **BLANCA NINETH PÉREZ GUTIERREZ**, carné 1598311 en el trabajo titulado "**LA OCUPACIÓN MILITAR PROLONGADA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**". Trabajo que se realizó de conformidad con las técnicas idóneas para este tipo de investigación, cumpliendo la estudiante con los requerimientos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, demostrando el manejo con propiedad del tema y realizando una investigación eminentemente profesional.

Por lo anteriormente expuesto, emito **DICTAMEN FAVORABLE** al trabajo de tesis elaborado.

Atentamente,

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to read 'Aroldo'.

Lic. Javier Calderón Guzmán

Abogado y Notario

Asesor (Código 16339)



c.c. Archivo



Universidad  
Rafael Landívar  
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
No. 071732-2018

### Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante BLANCA NINETH PEREZ GUTIERREZ, Carnet 15983-11 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 0799-2018 de fecha 23 de febrero de 2018, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"LA OCUPACIÓN MILITAR PROLONGADA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADA Y NOTARIA y el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 23 días del mes de marzo del año 2021.

**LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
Universidad Rafael Landívar**

## **Dedicatoria**

### **A Dios:**

Principalmente por ser mi fortaleza y luz en la oscuridad, permitiéndome cumplir mi sueño, porque con su amor eterno, misericordia, bondad y gracia me ha amado y me ha brindado cada sentimiento, habilidad, prueba y bendición para que pueda llegar a este momento. A él Toda mi gratitud por haberme proveído de sabiduría para obtener este triunfo

### **A mi Mamá:**

Blanca Magali Gutiérrez por su dedicación y esfuerzo durante todos los días de mi vida y por su perseverancia en su demostración de amor por mí, bajo cualquier circunstancia. A la que adoro y amo, por ser esa mujer virtuosa que hace que me sienta orgullosa de ella, que ha luchado por darme la oportunidad de llegar a ser lo que ahora soy, quien siempre estuvo conmigo, nunca dejó que me rindiera, por ser mi luz, mi amor y mi motivo de seguir adelante. Por eso y mucho más, gracias.

## Índice

	Pág.
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>6</b>
<b>EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....</b>	<b>6</b>
1.1 Definición.....	6
1.2 Antecedentes históricos.....	8
1.3 Fuentes del Derecho Internacional Humanitario.....	12
1.3.1 Tratados internacionales.....	13
1.3.2 Costumbre internacional.....	15
1.3.3 Principios generales del Derecho.....	16
1.4 Principios del Derecho Internacional Humanitario.....	16
1.4.1 Principio de distinción.....	17
1.4.2 Principio de humanidad.....	18
1.4.3 Principio de proporcionalidad.....	19
1.4.4 Principio de necesidad militar.....	20
1.5 El conflicto armado.....	21
1.5.1 Conflicto armado de carácter internacional.....	22
1.5.2 Conflicto armado de carácter no internacional.....	23
1.7 Personas y bienes protegidos.....	26
1.8 Restricciones a los métodos y medios de hacer la guerra.....	31
1.9 Métodos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario.....	33
1.10 Comité Internacional de la Cruz Roja.....	35
1.11 Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos.....	36
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>39</b>
<b>EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>39</b>
2.1 Orígenes y desarrollo histórico de la protección internacional de los Derechos Humanos.....	39
2.2 Definición.....	41
2.3 Fuentes.....	42

2.4	Interpretación.....	46
2.5	Recepción nacional.....	50
2.6	Sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos.....	52
2.6.1	Sistema universal de Derechos Humanos: Las Naciones Unidas.....	53
2.6.2	Sistemas regionales de Derechos Humanos.....	54
2.6.2.1	Sistema europeo de Derechos Humanos.....	54
2.6.2.2	Sistema africano de Derechos Humanos.....	55
2.6.2.3	Sistema interamericano de Derechos Humanos.....	56
2.7	Responsabilidad internacional y efectos jurídicos ante una eventual violación de Derechos Humanos.....	57
2.8	Principales instrumentos internacionales.....	60
2.9	Principales derechos protegidos a nivel internacional.....	62
2.10	Ámbito de aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y estados de excepción.....	66
<b>CAPÍTULO III.....</b>		<b>70</b>
<b>LA OCUPACIÓN MILITAR PROLONGADA.....</b>		<b>70</b>
3.1	La ocupación militar.....	70
3.1.1	Concepto.....	70
3.1.2	El Derecho de la ocupación.....	72
3.1.2.1	Origen y evolución histórica.....	73
3.1.2.2	Ámbito de aplicación.....	75
3.1.2.3	Principios.....	75
3.1.2.4	Obligaciones de la potencia ocupante.....	77
3.1.2.5	Derechos de la potencia ocupante.....	81
3.1.2.6	Derechos de la población civil que habita el territorio ocupado.....	82
3.1.2.7	La privación de libertad en la ocupación.....	83
3.1.2.8	Terminación de la ocupación.....	84
3.1.2.9	Principales normas aplicables a la ocupación.....	84
3.2	La ocupación militar prolongada.....	87
3.2.1	Definición.....	87

3.2.2	Ocupación prolongada y Derecho Internacional Humanitario.....	89
3.2.3	Ocupación prolongada y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	91
<b>CAPÍTULO IV.....</b>		<b>93</b>
<b>PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....</b>		<b>93</b>
4.1	La problemática de la ocupación prolongada.....	93
4.2	El factor tiempo como dificultad para la aplicación de las normas humanitarias.....	101
4.3	La necesidad de proteger integralmente la dignidad de las personas que habitan territorios ocupados.....	102
4.4	Necesidad de un Derecho de la ocupación que se adecúe a las exigencias de la población que habita en territorios ocupados por tiempo prolongado.....	104
<b>CONCLUSIONES.....</b>		<b>107</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>		<b>109</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>		<b>110</b>
<b>ANEXOS.....</b>		<b>115</b>

## Resumen

La ocupación militar es la situación que se produce cuando el territorio de un Estado queda bajo la autoridad de fuerzas armadas extranjeras. Se trata de una materia que tradicionalmente ha sido regulada por el Derecho Internacional Humanitario, con ocasión del artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y al Reglamento de La Haya relativo a la guerra terrestre de 1907.

La presente investigación tiene por objeto establecer cuál es el marco jurídico internacional aplicable a la situación que se origina con una ocupación militar prolongada, a efecto de determinar si en estos casos deben regir las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debido a que desde el momento en que la ocupación deja de ser una situación excepcional para convertirse en la forma de vida común de miles de personas durante años, resulta imperativo saber el rol que deberá cumplir la potencia ocupante para asegurar los derechos fundamentales de los habitantes del territorio ocupado.

En todo caso, los Estados, como creadores y destinatarios de las normas de Derecho Internacional Humanitario, deben desarrollar las disposiciones aplicables a la ocupación militar, de manera que la protección a las víctimas de tales situaciones sea más completa. Principalmente, debe de adoptarse una regulación jurídica que proscriba de manera absoluta la posibilidad de ocupar un territorio de manera prolongada.

## INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional Humanitario contiene el conjunto de normas jurídicas que ofrecen protección a las víctimas de los conflictos armados, y que limitan los medios y métodos para hacer la guerra. Dentro de las situaciones que regula el Derecho Internacional Humanitario, se encuentra la denominada “ocupación.” En este último supuesto, se trata de proporcionar un conjunto de normas jurídicas de carácter excepcional que orienten la conducta humana dentro de aquella situación que se da cuando un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo, de conformidad con el artículo 42 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907.

Es evidente que se trata de circunstancias de especial gravedad, que requieren de un régimen jurídico que responda adecuadamente al carácter de una ocupación, en que, por encontrarse un determinado territorio bajo el imperio de un ejército enemigo, se pueden cometer fácilmente todo tipo de abusos y atropellos en contra de la población civil que habita en el mismo, basta recordar el caso de Polonia ocupada por la Alemania Nacionalsocialista durante la Segunda Guerra Mundial, en que se llevaron a cabo actos de extrema crueldad de toda índole, en contra del pueblo polaco, tales como: persecución, deportación, exterminio, e inclusive, genocidio.

Debido a lo anterior, el Derecho Internacional Humanitario ha tratado de ir consolidando, a través de los años, un ordenamiento jurídico especial para la ocupación, que tiene por objeto ofrecer la protección debida a los pueblos y territorios que se encuentran ocupados por una potencia enemiga. Dentro de estos principios rectores de la ocupación, se encuentra el hecho de que se trata de un estado transitorio, es decir, que no puede prolongarse durante un amplio lapso de tiempo. Una importante consecuencia del carácter provisorio o temporal de una ocupación, es la norma según la cual la potencia ocupante debería respetar, en la medida de lo posible, el statu quo en el territorio ocupado y abstenerse de introducir cambios permanentes, de conformidad con el denominado principio conservacionista, reconocido en el artículo

43 del Reglamento de La Haya de 1907 y artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a las personas civiles en tiempo de guerra. Sin embargo, determinadas situaciones que han acontecido en años recientes, principalmente la ocupación a la que Israel ha sometido a los territorios palestinos desde el año 1967 hasta la presente fecha, es decir, prolongándola por cincuenta años, dan lugar a que se cuestione la validez de gran cantidad de normas aplicables a la ocupación.

La necesidad de que una ocupación no se prolongue durante tanto tiempo, y que la potencia ocupante no se arrogue atributos de soberanía sobre el territorio ocupado, radica en el derecho de los pueblos a la autodeterminación (reconocido en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y también en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), en virtud del cual tiene la potestad de decidir la organización política, social y económica que desean tener, y aprovechar libremente los recursos del territorio que les corresponde. En este sentido, una ocupación como la israelí en territorio palestino, es particularmente problemática, y debe evitarse que actos de esta naturaleza se repitan en otros territorios.

Ante supuestos de ocupación que duran más tiempo del que se prevé para este tipo de circunstancias, que van equiparando el estado de ocupación a la colonización del territorio ocupado, debe considerarse seriamente la necesidad de determinar qué tipo de normas jurídicas se aplican en estas situaciones de ocupación prolongada: si el Derecho Internacional Humanitario, que por norma general es el estatuto jurídico aplicable a la ocupación; el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aplicable para situaciones ordinarias en que no existe conflicto bélico; o inclusive, cualesquiera otras normas de distinta naturaleza a las anteriores. Esto, debido a que, cuando la ocupación deja de ser una situación extraordinaria, para pasar a convertirse en el estado normal en que viven muchas personas (como en la ocupación de Palestina), comienza a hacerse válido cuestionarse: ¿quién se hará cargo de la satisfacción de los derechos más elementales de aquellos pueblos? Cuestión que resulta necesaria de

abordar, sobre todo en el caso de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, en que una entidad estatal es quién debe hacerse cargo de garantizar las condiciones necesarias para su efectiva vigencia, pero que, ante una ocupación prolongada existen serias dudas al respecto.

En este orden de ideas, se formuló como objetivo general de la presente investigación, el siguiente: Establecer cuál es el marco jurídico internacional aplicable a la situación que se origina con una ocupación militar prolongada, a la luz del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Con el objeto de dar cumplimiento al objetivo general en mención, se plantearon los siguientes objetivos específicos:

1. Precisar en qué consiste una ocupación militar, abordando las principales consideraciones jurídicas y doctrinarias imperantes en la actualidad con relación a la materia.
2. Analizar si el concepto tradicional de ocupación militar previsto por el Derecho Internacional Humanitario, admite la existencia de una ocupación militar que se prolongue durante años en un determinado territorio.
3. Determinar si en la actualidad existen territorios afectos a ocupaciones militares prolongadas, con el objeto de estudiar las principales consecuencias prácticas que dicha situación ha tenido para los mismos.
4. Delimitar cuáles son los derechos que asisten a las personas que habitan un territorio ocupado, así como quiénes son las autoridades que están obligadas a garantizarlos.
5. Definir las obligaciones que se originan para las fuerzas ocupantes en la ocupación militar prolongada; y los mecanismos necesarios que deben implementarse a partir del derecho internacional, para evitar este tipo de ocupaciones.

Finalmente, al lograr satisfacer tanto el objetivo general como los específicos, fue posible dar respuesta a la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál es el marco jurídico internacional aplicable a la situación que se origina con una ocupación militar

prolongada, a efecto de determinar si en estos casos deben regir las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

La investigación que se realizó adoptó la modalidad de monografía jurídico-exploratoria, a través de la cual se abordó un tema de especial novedad y relevancia dentro del ámbito de estudio del Derecho Internacional Humanitario.

Los alcances de la investigación se circunscriben: materialmente, al estudio de la ocupación militar, así como de las normas de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos que le sean aplicables. En el ámbito espacial, comprende el análisis de las normas aplicables a los territorios de la totalidad de los Estados que conforman la comunidad internacional, frente a una situación de ocupación militar. En lo que respecta a la temporalidad, comprende las normas internacionales que regulan la ocupación militar, vigentes en el año 2017.

Los límites que se encontraron al momento de elaborar la investigación fueron los siguientes: En primer lugar, la falta de fuentes bibliográficas que proporcionen información relativa al derecho de la ocupación en Quetzaltenango. Fue posible superar dicha limitación, a través de la consulta de documentos disponibles en otras fuentes de consulta de manera electrónica. Por otra parte, también se encontró la dificultad de establecer contactos en Quetzaltenango, con organizaciones internacionales que se dediquen específicamente a la difusión del Derecho Internacional Humanitario, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, lo cual hizo complicado poder entrevistar a los expertos en la materia objeto de la investigación. No obstante, lo anterior se superó mediante contactos vía telefónica y correo electrónico en la ciudad de Guatemala.

Los sujetos que prestaron información de fuente primaria para la elaboración de la presente investigación, fueron los siguientes:

1. Francisco Javier Puac Choz, abogado y notario especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. Allan Amilkar Estrada Morales, abogado y notario, catedrático universitario de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
3. Carlos Rafael Martínez Ríos, abogado litigante, catedrático universitario de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
4. Gary Allan Estrada Duarte, abogado y notario especialista en Derecho Internacional Humanitario.

El aporte de la investigación consistirá en entregar a la sociedad guatemalteca, un trabajo que contenga datos valiosos acerca de la situación derivada de la ocupación militar prolongada, y de las normas internacionales que son aplicables en tales casos. En este sentido, la investigación será un primer paso para abordar un problema de tanta trascendencia en la actualidad, como es el relativo a las ocupaciones militares que se dilatan por varios años, constituyendo así un fundamento serio para futuros trabajos en la materia, con el objeto de consolidar un régimen jurídico que proteja integralmente a las víctimas de este tipo de situaciones.

# CAPÍTULO I

## EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

### 1.1 Definición

El Derecho Internacional Humanitario se encuentra conformado por: *“un conjunto de normas, de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad específica es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados y que, por razones humanitarias, restringe la utilización de ciertos métodos o medios de combate. Así entendido... pretende un equilibrio entre las necesidades militares y el principio de humanidad, es decir, entre lo que es necesario para vencer al adversario y lo que simplemente denota crueldad. En suma, oponer la civilización de los límites ante el desenfreno de la barbarie que pueden suponer per se los enfrentamientos armados.”*<sup>1</sup>

Christophe Swinarski en el mismo sentido, define al Derecho Internacional Humanitario como: *“el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita, por razones de humanidad, el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y a los bienes afectados, o que pueden estar afectados, por el conflicto.”*<sup>2</sup>

El Derecho Internacional Humanitario entonces, es concebido como un conjunto de normas jurídicas, de naturaleza internacional, cuya finalidad consiste en humanizar el contexto de violencia generalizada propio de un conflicto armado. En tanto que conjunto de normas de naturaleza jurídica, al Derecho Internacional Humanitario corresponde regular la conducta de quienes participan directamente en las acciones hostiles de la

---

<sup>1</sup> Salmón, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Comité Internacional de la Cruz Roja, Perú, 2004, pág. 23.

<sup>2</sup> Swinarski, Christophe. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra - San José, Comité Internacional de la Cruz Roja - Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, pág. 11.

guerra, limitando los recursos a que pueden recurrir aquellos que combaten, y protegiendo a quienes que se encuentran particularmente vulnerables frente a todo tipo de atrocidades (enfermos, heridos, prisioneros de guerra, población civil, etc.).

Para desentrañar el auténtico significado del Derecho Internacional Humanitario, debe hacerse énfasis en la tradicional distinción entre *ius ad bellum* y *ius in bello*. Al respecto, Swinarski indica que en sus orígenes: “*el derecho de la guerra contenía también otro cuerpo de normas cuya finalidad era reglamentar el derecho a la guerra que aun tenía el Estado soberano. Esta reglamentación de la guerra “lícita” se refería a los procedimientos para recurrir a la fuerza y tenía como finalidad excluir del ámbito de las relaciones internacionales el recurso abusivo de la guerra, con la finalidad de disminuir su frecuencia como medio para solucionar las controversias internacionales. Este cuerpo de normas, conocido como ius ad bellum (derecho de la guerra) completado el conjunto del derecho de la guerra como una rama del Derecho Internacional público. Sin avanzar más en la historia del derecho a la guerra, podemos concluir que hoy día esta parte del derecho internacional público ha desaparecido prácticamente.*”<sup>3</sup>

Por este motivo, es importante agregar que el Derecho Internacional Humanitario como se concibe actualmente, no guarda ninguna identidad con este *ius ad bellum*, porque no se trata de un conjunto de normas que determinen la licitud o ilicitud de una guerra (en otras palabras, el objeto de regulación de las normas humanitarias no es establecer en qué casos es válido para un Estado iniciar una guerra contra otro, porque en la actualidad existe una prohibición de recurrir a la fuerza armada entre Estados derivada del artículo 2 numeral 4 de la Carta de las Naciones Unidas). Por este motivo, el Derecho Internacional Humanitario se identifica más bien con lo que se denomina *ius in bello* (o derecho en la guerra), que tiene por objeto reglamentar la conducta humana dentro del contexto de un conflicto armado, sin tomar en cuenta los motivos que lo desencadenaron: no le interesa si fue justo o no el recurso de la violencia armada, lo que constituye su objeto es limitar los efectos negativos que la misma produzca.

---

<sup>3</sup> *Ibíd.*, pág. 9.

El Derecho Internacional Humanitario, al englobar la totalidad de las normas que regulan y limitan la conducta humana en el marco de la guerra, tienen su origen en la propia voluntad de los Estados, quienes en el ámbito de sus relaciones internacionales deciden autoimponerse límites al momento de recurrir al conflicto armado. Sin embargo, estas consideraciones relativas a la necesidad de limitar los medios y métodos de hacer la guerra, y de proteger a determinados grupos de personas, son relativamente de reciente aparición, puesto que no han existido durante toda la historia de la humanidad. En tal virtud, es conveniente analizar los antecedentes históricos del Derecho Internacional Humanitario.

## **1.2 Antecedentes históricos**

Para poder estudiar los antecedentes históricos del Derecho Internacional Humanitario, es necesario hacer una referencia a la propia historia de la guerra.

*Swinarski indica que: “se suele considerar el año 1864 como la fecha de nacimiento del derecho internacional humanitario – año en el que fue concertado el primer Convenio de Ginebra – es evidente que las disposiciones de ese derecho ya existían, a nivel consuetudinario, mucho antes. Según las fuentes que poseemos para conocer el derecho internacional, ya existían, hacia el año 1000 antes de Cristo, reglas sobre los métodos y los medios para conducir las hostilidades, por un lado, y por otro lado, algunas normas tendientes a la protección de ciertas categorías de víctimas de los conflictos armados.”<sup>4</sup>*

Es lógico que sea así, puesto que la guerra ha sido una constante que se ha repetido incesantemente a través de los años; y esta práctica tan antigua, ha sido perseguida muy de cerca por normas que pretenden regular lo que sucede en un campo de batalla. En la forma en que indica Swinarski, desde la antigüedad: *“se vislumbraba la convicción de que era necesario, desde el punto de vista de los propios intereses de los Estados, someter la relación bélica a un régimen de derecho, a fines de hacerla compatible con*

---

<sup>4</sup> *Ibíd.*, pág. 7.

*los principios fundamentales de la convivencia internacional, así como para mantenerla razonable y para que la guerra no tuviera el aspecto de total barbarie.”<sup>5</sup>*

Con respecto a la antigüedad de las prácticas que buscaban limitar la conducción de hostilidades y protección de víctimas de las guerras, Elizabeth Salmon señala que: *“La regulación sobre la guerra tiene larga data. Ya en la época de los sumerios se señalaba que la guerra era un estado gobernado por la ley y se exigía una declaratoria para su inicio así como un acuerdo de paz que le pusiera término. En Babilonia, en tiempos del rey Hamurabi (1728-1686 a. de C.), se garantizaba la protección de los más débiles; los hititas garantizaban el respeto a la población civil del enemigo y, al igual que los sumerios, exigían una declaratoria de guerra para el inicio de la misma y un acuerdo de paz para concluirla, así en el año 1269 a. de C. firmaron un acuerdo de paz con los egipcios dando fin a la guerra entre estos pueblos. En Persia, Ciro I (700 a. de C.) ordenó que los heridos de guerra del enemigo fuesen tratados como sus propios soldados heridos; y en la India destaca la Ley de Manú (400 a. de C.), documento avanzado para su época que prohíbe el uso de ciertas armas envenenadas, prohíbe atacar al adversario rendido y establece algunas disposiciones para la protección de los bienes del enemigo, entre otras.”<sup>6</sup>*

Sin embargo, más allá de la antigüedad de tales prácticas, es oportuno indicar que el Derecho Internacional Humanitario, como se concibe en la actualidad, se origina ciertamente a mediados del siglo XIX. Así, aunque en fechas anteriores a este siglo existieron normas (principalmente consuetudinarias) que reflejan la antigüedad de las preocupaciones relativas a la limitación de la guerra, estas mismas no constituían un cuerpo sistemático de reglas de Derecho de observancia universal, tal como las que actualmente conforman el Derecho Internacional Humanitario. En este orden de ideas, es necesario ubicar en una fecha cierta la aparición del Derecho Internacional Humanitario como se comprende actualmente.

---

<sup>5</sup> Swinarski, Christophe. *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, pág. 13.

<sup>6</sup> Salmon, Elizabeth. *Op.Cit.*, pág. 59.

Esta fecha concreta en que se puede indicar que las normas humanitarias comienzan a desarrollarse, se encuentra a mediados del siglo XIX, luego de la batalla de Solferino en pleno proceso de unificación italiana. Su protagonista, el suizo Henry Dunant. Al respecto, conviene indicar que: *“En efecto, serán los distintos acontecimientos ocurridos en el siglo XIX los que darán lugar al DIH tal como se le conoce en la actualidad. Por una parte, los horrores de la batalla de Solferino (1859) llevarán al banquero suizo Henry Dunant a proponer en su obra Recuerdo de Solferino la adopción de dos medidas para aliviar el sufrimiento de quienes se enfrentan en batalla. En primer lugar, la fundación en cada país de sociedades privadas de socorro cuya finalidad sería colaborar con los servicios sanitarios militares (y que constituye los orígenes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja), y, en segundo lugar, la aprobación de un tratado para facilitar el trabajo de esas organizaciones y garantizar que los heridos reciban un tratamiento apropiado.”*<sup>7</sup>

El Derecho Internacional Humanitario moderno, surge entonces con la adopción del primer Convenio de Ginebra. En este sentido puede afirmarse que: “a instancias del Comité Internacional de la Cruz Roja, fundado en 1863, los Estados participantes en una conferencia convocada por el mencionado organismo acordaron la aprobación del Convenio de Ginebra, que constaba de diez artículos en los que se estipulaban normas tendientes a que todos los soldados de ambos bandos heridos en el campo de batalla recibiesen asistencia, sin distinción alguna.”

El Derecho Internacional Humanitario, a partir de la aprobación del citado convenio en 1864, sufrió un desarrollo vertiginoso. El inicio siglo XX, y la experiencia de la Primera Guerra Mundial (1914 a 1918), obligó al Comité Internacional de la Cruz Roja a hacer un llamamiento para que cesara el empleo de armas químicas. Los debates posteriores condujeron a la adopción de un tratado, aprobado en 1925 y vigente en la actualidad, que prohíbe el uso de dichas armas. Tras la Primera Guerra Mundial, los esfuerzos del Comité Internacional de la Cruz Roja por extender la protección de las víctimas de

---

<sup>7</sup> Salmón, Elizabeth. *Op.Cit.*, pág. 60.

guerra, se hicieron realidad con la aprobación de un nuevo Convenio de Ginebra en 1929, relativo al trato debido de los prisioneros de guerra.<sup>8</sup>

Sin embargo, el acontecimiento que marcó el impulso necesario para que el Derecho Internacional Humanitario alcanzara su actual grado de desarrollo, fue la Segunda Guerra Mundial. Una crisis humanitaria sin precedentes, producida por esta conflagración bélica (la que cobró el mayor saldo de vidas en la historia de la humanidad), impulsó la creación de nuevos instrumentos internacionales (así como la aparición de mecanismos supranacionales de protección para la aplicación de las normas humanitarias) que permitieron la consolidación cada vez mayor, de un régimen de derecho aplicable a los conflictos armados.

Por tal motivo, es posible indicar que: *“El gran avance en este tema se hizo efectivo con posterioridad a la Segunda Guerra, cuando los gobiernos adoptaron los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. En esa oportunidad se reescribieron los Convenios existentes y se añadió un cuarto, relativo a la protección de la población civil que se encuentra bajo el control del enemigo. En 1977, luego de realizar un gran trabajo preliminar y de persuasión, el Comité Internacional de la Cruz Roja consiguió que los gobiernos adoptaran los Protocolos adicionales I y II a los Convenios de Ginebra.”*<sup>9</sup>

En cuanto la distinción entre Derecho de La Haya y Derecho de Ginebra (recientemente también se habla del Derecho de Nueva York), debe indicarse que se trata de una subdivisión de los objetos de regulación del Derecho Internacional Humanitario, cuya denominación obedece a los motivos históricos anteriormente indicados. Es en este orden de ideas, que puede afirmarse que: *“A lo largo del desarrollo histórico del Derecho Internacional Humanitario hemos podido observar la aparición de una serie de normas que comprenden temas que han concitado el interés de la comunidad internacional ante el desencadenamiento de un conflicto armado. Por un lado, están aquellas normas que buscan proteger a las víctimas de los conflictos armados*

---

<sup>8</sup> Loc.Cit.

<sup>9</sup> Loc.Cit.

*conocidas como Derecho de Ginebra; por otro lado, las normas que buscan limitar el uso de ciertos métodos y medios de combate denominadas comúnmente Derecho de La Haya; y finalmente aquellas normas que se orientan a la adopción de mecanismos efectivos para sancionar el incumplimiento de las normas de Derecho Internacional Humanitario conocidas como Derecho de Nueva York. Esta última corriente comprende además algunas otras normas, que restringen el uso de ciertos métodos y medios de combate, adoptadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas.”<sup>10</sup>*

Sin embargo, como se ha indicado, la denominación de esta subdivisión obedece a motivos esencialmente históricos: mientras que las normas de protección a las víctimas de los conflictos armados fueron gestándose y evolucionando en instrumentos internacionales acordados en Ginebra, Suiza; por otra parte, las primeras formas de limitación de los medios y métodos de hacer la guerra, se consagraron en La Haya, Países Bajos. Por último, bajo el patrocinio de las Naciones Unidas (fundadas luego del final de la Segunda Guerra Mundial con sede central en la ciudad de Nueva York), se han creado un sinnúmero de mecanismos para la aplicación efectiva de las normas humanitarias. Lo fundamental, es no dejar de lado que fue la propia evolución histórica del Derecho Internacional Humanitario, la que permitió esta división, y en todo caso, que cada vez es más difícil establecer los límites entre instrumentos que contienen solamente normas de Ginebra, de los de La Haya o Nueva York, puesto que cada vez la normativa convencional se torna más elaborada y compleja.

En este sentido, es posible considerar que el Derecho Internacional Humanitario tal y como se concibe actualmente, es producto de un sinnúmero de acontecimientos históricos, muchos de ellos tragedias (especialmente conflictos armados), que han evidenciado los principales ámbitos en que la protección internacional es necesaria.

### **1.3 Fuentes del Derecho Internacional Humanitario**

Las normas de Derecho Internacional Humanitario son de naturaleza internacional, por lo que para determinar su existencia, es necesario establecer las fuentes de las que proceden.

---

<sup>10</sup> Salmón, Elizabeth. *Op.Cit.*, pág. 64.

Conforme al artículo 38 numeral 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, son fuentes directas del Derecho Internacional Público: los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho.

### **1.3.1 Tratados internacionales**

Según el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, debe entenderse por tal: *“un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación.”*

En el caso de los tratados internacionales, debe indicarse que: *“Constituyen la fuente por excelencia del Derecho Internacional en general y, por ende, del Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, su carácter estático y los procedimientos y requisitos que se exigen para su modificación presentan serias desventajas, más aún si se tiene en cuenta la materia regulada. Por ello, el avance científico armamentístico es exponencialmente mayor a la rapidez con que se celebran los tratados para prohibir o restringir el uso de ciertas armas. En este contexto, es válida la crítica de Sassòli y Bouvier en el sentido que los tratados de Derecho Internacional Humanitario se encuentran «una guerra detrás» de los acontecimientos.”*<sup>11</sup>

En este sentido, debido a su carácter estático, los tratados internacionales presentan una especial problemática para prevenir todas las consecuencias nefastas derivadas de los conflictos armados. Sin embargo, constituyen la fuente que con mayor claridad permite apreciar las normas aplicables al contexto de un conflicto armado. En la actualidad, los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus dos protocolos adicionales, constituyen la principal fuente convencional del Derecho Internacional Humanitario. Para comprender el marco de regulación de dichos instrumentos, conviene enfatizar que están referidos a lo siguiente:

---

<sup>11</sup> *Ibíd.*, pág. 48.

1. El primer Convenio de Ginebra, se ocupa de regular lo relativo a la protección de enfermos y heridos de las fuerzas armadas en campaña.
2. El segundo Convenio de Ginebra, establece el marco de protección para los enfermos, heridos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar.
3. El tercer Convenio de Ginebra, consagra el estatuto internacional de protección debida para los prisioneros de guerra.
4. Por último, el cuarto Convenio de Ginebra, elabora la protección para la población civil en tiempo de conflicto armado.
5. El Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, amplía el marco de protección para las víctimas de los conflictos armados con carácter internacional.
6. El Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, dedicado exclusivamente para elaborar un régimen de protección para las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Sin embargo, existen también una gran cantidad de tratados internacionales en materia humanitaria, tales como el Convenio de La Haya de 1907 y el Reglamento de la Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, entre otros.

Nuevamente es oportuno reiterar que el rol de los tratados internacionales como fuente del Derecho Internacional Humanitario es fundamental, puesto que constituye la fuente que con mayor certeza permite apreciar la existencia de normas que limitan la conducta humana dentro del contexto de un conflicto armado, esto, derivado de su propia naturaleza escrita, que hace fácil apreciar en qué consiste una norma en concreto. Ahora bien, su principal problema radica en que para ser vinculante para los Estados, se necesita la voluntad de estos de obligarse por medio de la misma (lo cual conlleva que en muchas oportunidades estos rechacen formar parte de determinados instrumentos internacionales, dejando de ratificarlos o denunciándolos); asimismo, también su propio proceso de creación impide que respondan con prontitud a los hechos que acontecen en los campos de batalla (es decir, que en gran cantidad de ocasiones, desafortunadamente, las normas convencionales son respuesta a las catástrofes que ya han acontecido). Por este motivo, la costumbre internacional, pese a

su indeterminación derivada de su carácter de no escrita, sirve como un complemento importante para las normas contenidas en los tratados.

### **1.3.2 Costumbre internacional**

La costumbre internacional, conviene recordar que el Derecho Internacional Humanitario tiene su origen en las prácticas militares consuetudinarias. El artículo 38 numeral 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia define a la costumbre internacional como: “*una práctica generalmente aceptada como derecho.*” Por este motivo: “*Se acepta, en general, que la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario requiere la presencia de dos elementos, a saber, la práctica estatal (usus) y la creencia de que esa práctica se exige, se prohíbe o se permite, según la índole de la norma, como derecho (opinio juris sive necessitatis).*”<sup>12</sup>

En cuanto al contenido de las normas que forman parte del derecho internacional humanitario consuetudinario, es posible afirmar que los encargados de aplicar dichas normas a cada caso en concreto, deben estudiar la posibilidad de que exista costumbre internacional que deba aplicarse a los mismos. Sin embargo, como indica Salmon: “*el principio de distinción, la definición de objetivos militares, la prohibición de ataques indiscriminados, el principio de proporcionalidad y el deber de tomar precauciones en los ataques son parte del Derecho Internacional consuetudinario, con independencia de la naturaleza del conflicto bélico. Asimismo, normas como las que establecen la obligación de respetar y proteger al personal y los bienes médicos y religiosos, así como al personal y los bienes de las organizaciones imparciales que prestan ayuda humanitaria pertenecen al Derecho Internacional consuetudinario. Lo mismo sucede con el deber de respetar los bienes culturales y el medio ambiente, así como con las normas que regulan el trato a las personas privadas de libertad y las garantías procesales de las que gozan las personas inculadas.*”<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: normas*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, pág. XXXVI.

<sup>13</sup> Salmón, Elizabeth. *Op.Cit.*, pág. 51.

### **1.3.3 Principios generales del Derecho**

Por último, también constituyen una fuente del Derecho Internacional, los principios generales del Derecho. Al respecto, debe indicarse con relación a estos principios, que: *“Los elemento definitorios que debemos recoger son los siguientes: Con —principios quiere decirse que son elementos normativos dotados de un cierto grado de abstracción. Así son por ejemplo los principios de la buena fe, de la reciprocidad, de la solución pacífica de las diferencias de la autodeterminación... Es ésta una característica cualitativa que permite distinguirlos de la costumbre. En cuanto —generales debe entenderse que son aceptados por la generalidad de los componentes de la Sociedad Internacional. Este es un elemento cuantitativo. A la hora de precisar los principios hay que acudir a la observación ya sea de la práctica internacional de los Estados, ya sea del derecho escrito en los tratados, o de las resoluciones de Organizaciones Internacionales. Los principios generales gozan de una naturaleza independiente que permite distinguirlos del medio por el que se formulan.”*<sup>14</sup>

En el caso del Derecho Internacional Humanitario conviene indicar que cuenta con principios que le son propios, cuya existencia se justifica en la situación excepcional y grave, que se plantea al momento en que acontece un conflicto armado. Por este motivo, es procedente analizar no tanto los principios generales del ordenamiento jurídico internacional, sino los principios propios de las normas humanitarias que a continuación serán abordados.

### **1.4 Principios del Derecho Internacional Humanitario**

Los principios del Derecho Internacional Humanitario: *“son aquellas directrices universales, reconocidas por las naciones civilizadas obligatorias para los Estados más allá de un vínculo convencional, que pueden abstraerse de las normas contenidas en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, e inspiran esta particular rama del Derecho y determinan, limitan y encauzan el comportamiento a seguir por los intervinientes en un conflicto armado para cumplir con las finalidades perseguidas por el*

---

<sup>14</sup> Derecho Internacional Público, *Concepto de principio general del Derecho*, s/p, 1 de abril de 2013, disponibilidad y acceso: <http://www.derecho-internacional-publico.com/2013/04/concepto-principio-general-del-derecho.html>, fecha de consulta: 14/11/2017.

*Derecho Internacional Humanitario y, por lo mismo, orientan su interpretación y aplicación.”<sup>15</sup>*

Conviene indicar que los principios generales que inspiran al Derecho Internacional Humanitario son los siguientes: distinción, humanidad, proporcionalidad y necesidad militar.

#### **1.4.1 Principio de distinción**

Respecto del cual es necesario señalar que: *“El principio de distinción establece que solamente los que participan en las hostilidades... y los objetivos militares podrán ser objeto de ataques, no pudiendo, por ende, atacarse a la población civil, que en todo tiempo y circunstancia deberá ser respetada.”<sup>16</sup>*

En un primer término entonces, el principio de distinción obedece a la necesidad de que la violencia propia del conflicto armado, no alcance a aquellos que no están participando directamente en las hostilidades, es decir, a quienes no toman parte en la conflagración bélica. Lo anterior no puede ser de otra manera, puesto que el Derecho Internacional Humanitario participa de la lógica propia del conflicto armado: no se opone a su existencia, sino que la admite y trata de disminuir los efectos negativos que la misma produce.

Por tal motivo, debido a las circunstancias excepcionales que plantea la existencia del conflicto armado, se permite y tolera que quienes combaten hagan objeto lícito de sus ataques a otros combatientes (es decir, que para alcanzar la derrota de las fuerzas armadas contrarias, se autoriza a cada combatiente para lesionar, e inclusive dar muerte, a quienes conforman el ejército enemigo). Sin embargo, en el caso de quienes ya no participan (o nunca han participado) en el escenario de violencia, la situación es muy distinta, puesto que nada justificaría que se hiciera blanco de ataques (y de

---

<sup>15</sup> López Díaz, Patricia. *Principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario*, Colombia, 2009, disponibilidad y acceso: <http://www.revistamarina.cl/revistas/2009/3/lopez.pdf>, fecha de consulta: 31/08/2017.

<sup>16</sup> Salmón, Elizabeth. *Op.Cit.*, pág. 54.

cualesquiera otra modalidad de intervención violenta) a quienes nunca se enfrentaron con armas a alguna de las partes beligerantes. Inclusive, estas personas que no han participado en las hostilidades, se caracterizan por su especial vulnerabilidad, ya que no tienen acceso a los recursos armados para defenderse de las agresiones de las fuerzas enemigas. En este sentido, el principio de distinción resulta más que necesario.

El principio de distinción es un pilar rector del Derecho Internacional Humanitario. En este sentido, se encuentra reconocido en diversas normas convencionales, tales como el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, así como el artículo 48 del Protocolo adicional I, y los artículos 4 numeral 1 y 13 párrafo segundo del Protocolo adicional II a dichos Convenios.

En todo caso, es adecuado afirmar como indican Henckaerts y Doswald-Beck, que: *“La práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales...”*<sup>17</sup> En este sentido, más allá de que los instrumentos internacionales anteriormente citados hayan sido ratificados o no por un Estado en concreto, la norma contenida en el principio de distinción es imperativa para toda la comunidad internacional.

#### **1.4.2 Principio de humanidad**

El contenido de este principio puede precisarse al indicar que: *“consiste en respetar y tratar a todas las personas con humanidad, tanto a los combatientes, a quienes no se les hará padecer sufrimientos innecesarios, como a los no combatientes, quienes en todo momento deberán ser tratados con humanidad. Es decir, que mientras el principio de distinción separa a los que combaten de los que no, el principio de humanidad los une en una misma protección.”*<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. *Op.Cit.*, pág. 3.

<sup>18</sup> Salmón, Elizabeth. *Op.Cit.*, pág. 54.

El principio de humanidad entonces: *“incluye la posibilidad y la voluntad de reducir la capacidad de emplear la violencia armada, así como de limitar los efectos de ésta sobre la seguridad y la salud. Así entendido, el principio de humanidad engloba el humanitarismo, la moralidad, el desarrollo, los derechos humanos y la seguridad de las personas. Por ello, constituye una de las principales fuentes del derecho internacional en general y del derecho internacional humanitario en particular.”*<sup>19</sup>

Por estos motivos, es posible afirmar que el principio de humanidad inspira todo el ordenamiento jurídico humanitario, puesto que cualquiera de las normas que conforma esta rama del derecho internacional, evidencia su orientación final de humanizar un contexto generalmente inhumano, como es el del conflicto armado.

#### **1.4.3 Principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad se traduce en la prohibición de: *“las armas y los métodos que acusen a las personas civiles y a sus bienes daños excesivos con respecto a la ventaja militar concreta y directa prevista. Así, se prohíben ataques cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar prevista.”*<sup>20</sup>

En este mismo orden de ideas, el concepto más vinculado con el de proporcionalidad es el de necesidad militar, que a continuación se abordará. Por tal motivo, conviene recordar lo indicado respecto a que el Derecho Internacional Humanitario se adapta a la lógica del conflicto armado, lo considera como un mal necesario, y busca templar sus efectos negativos, por lo cual no prohíbe de manera absoluta recurrir a la fuerza armada, sino que impone límites para utilizarla.

---

<sup>19</sup> Coupland, Robin M. *El principio de humanidad ¿qué significa y cómo influye en el derecho internacional?* Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2011, disponibilidad y acceso: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5thmzl.htm>, fecha de consulta: 31/08/2017.

<sup>20</sup> Cruz Roja Española, *Principios generales básicos del Derecho Internacional Humanitario*, España, 2008, disponibilidad y acceso: [http://www.cruzroja.es/portal/page?\\_pageid=878,12647079&dad=portal30&\\_schema=PORTAL30](http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647079&dad=portal30&_schema=PORTAL30), fecha de consulta: 31/08/2017.

En este sentido, lo primordial es que la violencia empleada sea proporcional a la ventaja militar que pretende alcanzarse, es decir, que lo que no está permitido es realizar operaciones militares que conlleven daños a la población y bienes civiles, sin que signifiquen un decisivo avance en el esfuerzo bélico de la parte que los emplea.

#### **1.4.4 Principio de necesidad militar**

El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en su sentencia del caso Strugar determinó que: *“La Sala es de la opinión de que la necesidad militar puede ser útilmente definida para efectos presentes, con referencia a la definición, ampliamente reconocida, de objetivos militares del artículo 52 del Protocolo Adicional I, como ‘aquellos objetivos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o uso constituyan una aportación efectiva a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización, en las circunstancias prevalecientes en el momento, ofrecen una ventaja militar definitiva’. El que se pueda lograr una ventaja militar, debe ser decidido, como lo sostuvo la Sala de Primera Instancia en el caso Galic, desde la perspectiva de la ‘persona que contempla el ataque, incluyendo la información disponible para este último, de que el objeto está siendo empleado para realizar una contribución efectiva a la acción militar’. En otras palabras, cada caso debe ser determinado según sus hechos.”*<sup>21</sup>

En tanto que principio del Derecho Internacional, la necesidad militar: *“justifica aquellas medidas de violencia militar que son necesarias y proporcionadas para garantizar el rápido sometimiento del enemigo con el menor costo posible en vidas humanas y recursos económicos. Es decir que en el transcurso de las operaciones militares solo se deben tomar las medidas necesarias para obtener el objetivo propuesto.”*

La necesidad militar se deriva de la propia naturaleza de las normas humanitarias. Por su propia esencia, el Derecho Internacional Humanitario está destinado a regular las acciones y conductas humanas que se produzcan dentro del contexto de la guerra (*ius*

---

<sup>21</sup> Human Right Watch. *Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad: compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*, México, Universidad Iberoamericana, 2010, pág. 101.

*in bello*), por lo que no prohíbe acudir a la fuerza armada, sino que trata de limitarla por razones de humanidad. La necesidad militar como principio del Derecho Internacional Humanitario obedece a esta misma lógica, en que se admite el recurso de la fuerza, pero únicamente cuando produzca una ventaja militar definitiva que tienda a dejar fuera de combate al enemigo, con el menor sacrificio de recursos humanos (y de cualquier otra índole) posible.

### **1.5 El conflicto armado**

El Derecho Internacional Humanitario delimita su ámbito material de aplicación a la noción de conflicto armado. Así, las normas humanitarias únicamente tienen validez dentro del contexto de un enfrentamiento bélico. En este sentido, resulta necesario definir en primer lugar, lo que debe entenderse por conflicto armado

Según el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en su sentencia del caso Tadic: *“Se dice que existe un ‘conflicto armado’ ‘cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados o a la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre dichos grupos dentro de un Estado.”*<sup>22</sup>

Esta definición, permite apreciar que para el Derecho Internacional Humanitario es fundamental la noción de conflicto armado, puesto que fuera del mismo no tendría sentido aplicar normas jurídicas de naturaleza tan excepcional. La situación de conflicto armado plantea la utilización de la fuerza mediante armas entre dos grupos con intereses contrapuestos.

En todo caso, lo sustancial es la tradicional división que se ha hecho respecto de los conflictos armados, atendiendo a la naturaleza de quienes en los mismos intervienen. Por este motivo, tomando en consideración si el conflicto armado acaece entre dos o más actores estatales o no, se dividirán en conflictos armados con o sin carácter internacional.

---

<sup>22</sup> *Ibíd.*, pág. 20.

### 1.5.1 Conflicto armado de carácter internacional

Según Swinarski citando a Pictet: *“Todo litigio que surge entre dos Estados provocando la intervención de los miembros de las fuerzas armadas es un conflicto armado – en el sentido del artículo 2 de los Convenios – aun cuando una de las partes impugne el estado de beligerancia. La duración del conflicto y el hecho de tener o de no tener efectos destructores no tiene, de por sí, importancia.”*<sup>23</sup>

El conflicto armado internacional encuentra su procedencia en los supuestos que establecen tanto el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra, como el artículo 1 del Protocolo Adicional I a dichos Convenios. Elizabeth Salmón indica, en cuanto al concepto de conflicto armado internacional que: *“si bien en 1949 los Estados solo se encontraban dispuestos a incluir en tal noción el enfrentamiento entre pares, es decir, entre sujetos estatales; en 1977 la irrupción en la vida independiente de un gran número de estados descolonizados determinó que también la lucha de los pueblos por su libre determinación fuera considerada como un conflicto armado internacional.”*<sup>24</sup>

En tal sentido, debe resaltarse que el caso de los conflictos armados internacionales, constituye el ejemplo por excelencia de la guerra: aquella que se suscita entre dos o más Estados diferenciados. Debido a su propia naturaleza, se trata de una forma en que se relacionan (mediante métodos violentos) las entidades estatales, por lo que no existe mayor controversia para establecer que dicha relación se encuentra regulada por normas internacionales de naturaleza pública. El conflicto armado internacional cuenta con un amplio margen de regulación, constituido por los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, su Protocolo adicional primero, las Reglas de la Haya sobre medios y métodos de combate, así como por un sinnúmero de normas derivadas de otros instrumentos internacionales, así como de la costumbre internacional y los principios generales del derecho.

---

<sup>23</sup> Swinarski, Christophe. *Op.Cit., Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, pág. 25.

<sup>24</sup> Salmón, Elizabeth. *Op.Cit.*, pág. 79.

De esta manera, de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario, son tres las situaciones que pueden calificarse como conflictos armados internacionales:

1. El enfrentamiento entre dos o más Estados (ya sea que se haya declarado la guerra, o incluso cuando esta no se reconozca).
2. Los casos de ocupación total o parcial del territorio de un Estado, aunque no se encuentre resistencia militar.
3. La lucha de un pueblo contra la dominación colonial y/o la ocupación extranjera y los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho a la libre determinación.<sup>25</sup>

### **1.5.2 Conflicto armado de carácter no internacional**

Pero la situación del conflicto armado internacional no es la única que prevé el Derecho Internacional Humanitario dentro de su ámbito material o situacional de aplicación. Como Luc Reydamas señala que: “*el Derecho Internacional Humanitario contemporáneo solo reconoce dos categorías de contiendas: los conflictos armados internacionales y los no internacionales.*”<sup>26</sup> De conformidad con lo anteriormente indicado, la primera categoría se refiere a lo que tradicionalmente ha sido considerado desde tiempos inmemoriales como guerra, y no presenta dificultad para considerarla como regulada por el derecho internacional; pero, en el segundo supuesto, se contemplan una gran cantidad de situaciones problemáticas, que incluso en la actualidad son fuente de discusiones por parte de la doctrina.

Juan José Ferro, indica que: “*La primera norma que reguló la materia es el artículo 3 común a las cuatro convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Cabe resaltar la novedad que representó esta norma pues por primera vez se impusieron restricciones internacionales a la relación entre un Estado y su propia ciudadanía. Relación que hasta entonces había sido considerada un asunto de la constitución y las leyes internas.*”<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> *Ibíd.*, pág. 81.

<sup>26</sup> Reydamas, Luc. “À la guerre comme à la guerre\*: tipos de conflictos armados, respuestas del derecho humanitario y nuevos desafíos.” *International Review of the Red Cross*, No. 864, Diciembre de 2006, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, pág. 3.

<sup>27</sup> Ferro H., Juan José. “Existencia de un conflicto armado interno: ¿Quién decide?” *Revista de Derecho Público*, No. 26, enero-junio, 2011, Colombia, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia, pág. 6.

En este mismo orden de ideas, es posible afirmar que el Derecho Internacional Humanitario desde el año 1949 reconoce la categoría del conflicto armado no internacional, como parte de su ámbito de aplicación. Sin embargo, el artículo 3 común al que se hizo referencia en el párrafo precedente, no contiene una definición de conflicto armado. Ferro, citando a Pictet, indica que: *“para la existencia de un conflicto no-internacional se requiere que: 1) Que la parte en oposición al Estado tenga una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe dentro de un territorio determinado y que tenga los medios para hacer respetar la Convención. 2) Que el gobierno legítimamente instituido tenga que recurrir al uso de sus fuerzas armadas contra una insurgencia organizada que tenga poder sobre una parte del territorio. 3) a) Que el gobierno legítimo reconozca los insurgentes como beligerantes. 4) a) Que los insurgentes tengan una organización con el propósito de tener las características de un Estado.”*<sup>28</sup>

La definición citada no hace referencia a un mínimo de intensidad en las hostilidades entre ambas partes, ni a la prolongación de las mismas durante un determinado tiempo, solamente ocupándose de la necesidad de que exista un grado suficiente de organización entre el grupo beligerante que combate en contra de la autoridad estatal. Por su parte, la definición de conflicto armado citada dentro del presente trabajo, que ofrece la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sí indica que en el caso del conflicto armado no internacional, debe existir el recurso a la violencia armada prolongada. Este elemento temporal es considerado por algunos autores como peligroso, por exigir que las hostilidades se prolonguen en el tiempo, sin establecer elementos objetivos para calificar dicha duración (por ejemplo, Hernández Pastor es de este criterio).<sup>29</sup> Asimismo, enriquece el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, al indicar que también puede darse conflicto cuando quienes recurren a la fuerza fueren dos grupos armados organizados entre sí, aunque no intervenga el Estado.

---

<sup>28</sup> *Ibíd.*, pág. 7.

<sup>29</sup> Hernández Pastor, Juan. “Ámbitos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario.” *Agenda Internacional*, Año XVI, No. 27, 2009, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 136.

Salmón por su parte, determina que: *“en el caso del conflicto armado no internacional se enfrentan grupos de un mismo Estado. De esta manera, podría tratarse de luchas entre las propias fuerzas armadas, por rebelión en su seno, o de estas contra grupos armados o de grupos de población que se enfrentan entre sí. Por ello, coincidimos con Mangas cuando señala que el verdadero criterio diferenciador entre el conflicto internacional y el interno es la calidad de los sujetos que se enfrentan. Esto va a determinar que el propio conflicto, más que afectar o encontrarse prohibido por el orden internacional, sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado por alterar su orden interno.”*<sup>30</sup>

El marco jurídico que se aplica al conflicto armado de carácter no internacional, lo conforman el ya referido artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, así como el Protocolo adicional II a dichos convenios, y las propias normas consuetudinarias. Al respecto, Salmón señala que: *“Efectivamente, si en el marco de un conflicto armado internacional resulta irrelevante jurídicamente la intensidad de las operaciones porque siempre será aplicable el conjunto del Derecho Internacional Humanitario; en el marco de un conflicto armado no internacional, por el contrario, la intensidad determinará el régimen jurídico aplicable a tal punto que los cambios en el devenir del mismo pueden generar el «tránsito de regímenes jurídicos». De esta manera habrá conflictos internos (la mayoría) que serán regulados exclusivamente por el artículo 3 común; y otros (la minoría), en los que existe un elemento de control territorial y nivel de enfrentamientos armados abiertos y continuados, a los que se les aplicará el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II.”*<sup>31</sup>

Lo anterior cobra sentido, cuando se considera que el artículo 3 común, llamado, no sin razón, “mini convenio” dentro de los grandes Convenios de Ginebra, contiene un conjunto de normas que configuran el mínimo de trato humano que debe garantizarse a quienes no participan en las hostilidades en caso de conflicto armado sin carácter internacional que se suscite en el territorio de un Estado parte. Por lo tanto, para su

---

<sup>30</sup> Salmón, Elizabeth. *Op.Cit.*, pág. 113-114.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, pág. 114-115.

aplicabilidad no se requieren mayores exigencias respecto al conflicto, más allá de su existencia.

Por su parte, el Protocolo Adicional II sí contiene como presupuestos para ser aplicable, el hecho de que dichos conflictos armados no internacionales deben desarrollarse en el territorio de los Estados parte, entre sus fuerzas armadas y las 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. Lo cual da lugar, como indica Hernández Pastor, a que: “*el Protocolo Adicional II solo se aplicaría a las guerras civiles clásicas. La mayoría de los conflictos armados internos que se han producido desde 1945, sin embargo, no encajan en esta definición.*”<sup>32</sup> Por lo cual, su margen de protección es menor frente al que garantiza el artículo 3 común.

En este orden de ideas, es fundamental resaltar que el marco jurídico internacional que es aplicable a los conflictos armados sin carácter internacional es menos completo que el que se prevé para los de naturaleza internacional: esto, debido a que los Estados tienen muchas más reservas al momento de imponerse normas en relación con estas formas de guerra. Pero no por este motivo debe indicarse que la protección que se requiere en los conflictos armados no internacionales es menor que la que demandan los conflictos de carácter internacional, puesto que la mayor cantidad de enfrentamientos armados que se producen en la actualidad no son internacionales, lo cual evidencia la necesidad de desarrollar mucho más el conjunto de normas aplicables al efecto. En todo caso, el rol principal en la materia seguirá desempeñándolo la costumbre internacional, que regulará las situaciones en que los convenios internacionales presenten vacíos normativos.

### **1.7 Personas y bienes protegidos**

Como ya se ha indicado, el Derecho Internacional Humanitario contiene normas destinadas a la protección de las personas y bienes particularmente vulnerables dentro

---

<sup>32</sup> Hernández Pastor, Juan. *Op.Cit.*, pág. 135.

del contexto del conflicto armado. Estas normas son conocidas como Derecho de Ginebra. En todo caso, no puede obviarse que la protección de las víctimas de los conflictos armados constituye uno de los objetivos medulares del Derecho Internacional Humanitario.

En el caso de los conflictos armados de carácter internacional, la protección normativa de las personas y bienes se estructura en torno a los siguientes aspectos:

El primer Convenio de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I de 1977, establecen un marco de protección para los heridos y los enfermos, es decir, las personas militares que necesiten asistencia médica y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Además, en el Protocolo adicional I fueron suprimidas las diferencias entre las personas militares que pertenecen a esta categoría y las personas civiles, de modo que la protección que se estipula en el I Convenio de Ginebra, y que se refiere exclusivamente a militares en campaña, se refiere ahora también a las personas civiles. Por último, se protege al personal sanitario y religioso, militar o civil dedicado exclusivamente, en forma permanente o temporal, a fines sanitarios (médicos, enfermeros, camilleros, etc.) o a la administración o al funcionamiento de las unidades sanitarias o del transporte sanitario (administradores, choferes, cocineros, etc.). Por lo que atañe al personal religioso, están protegidas las personas que se dedican exclusivamente a su ministerio. En tal virtud, los enfermos y heridos, civiles o militares, así como el personal que les brinda asistencia médica y religiosa, no pueden ser objeto de violencia armada, por lo que en todo momento tienen que ser respetados por las fuerzas combatientes.

En el segundo Convenio de Ginebra, con respecto a la particular situación de la guerra en el mar, crea una categoría específica de protección: los náufragos. En todo caso, confiere la calidad de personas protegidas a los enfermos, heridos y a quienes han sufrido naufragio (así como al personal sanitario) en cualquier forma de guerra naval.

El tercer Convenio de Ginebra tiene por objeto proteger a otra categoría de personas: los prisioneros de guerra. El estatuto de esta categoría de personas protegidas se completó más tarde con las disposiciones del Protocolo adicional I (concretamente, en

sus artículos 43 y 44). En el sistema de los instrumentos de Ginebra es prisionero todo miembro de las fuerzas armadas de una parte en conflicto, es decir, todo combatiente que caiga en poder de la parte adversa. El régimen de protección de los prisioneros de guerra protege a estas categorías de personas por lo que respecta a su seguridad, a las condiciones físicas y morales de su existencia, a sus derechos y a su trato por parte de la potencia detentora. Los prisioneros de guerra no deberán ser expuestos a peligros en espera de su evacuación fuera de la zona de combate. Pueden ser internados solo en establecimientos que ofrezcan toda garantía de higiene, seguridad y salubridad. Tienen derecho a que la potencia detentora les proporcione todo lo necesario para garantizarles su vida y su salud. La potencia detentora debe asegurar que tengan acceso a alojamiento, alimentación y ropa; debe atender a sus necesidades higiénicas y de asistencia médica. Asimismo, los prisioneros de guerra tienen derecho a practicar su religión y a desplegar actividades intelectuales y deportivas.

Por último, el cuarto Convenio de Ginebra contiene el régimen de protección a la última categoría de personas protegidas: la población civil. La definición de esta categoría de víctimas de un conflicto armado que se beneficia de la protección del cuarto Convenio es sencilla: se ha de considerar que toda persona que no pertenezca a las fuerzas armadas es civil (como lo dispone el artículo 50 del Protocolo adicional I a dichos convenios). Las personas civiles no pueden ser objeto de ataques ni de actos de violencia, sean ofensivos o defensivos (véanse los artículos 49, 51 y 52 del citado Protocolo adicional I). En general, la protección de la población civil prohíbe todo ataque indiscriminado contra ella. Esta categoría de víctimas de un conflicto armado tiene derecho, en cualquier circunstancia al respeto de su persona, su honor, sus derechos familiares, a sus convicciones y prácticas religiosas, a sus hábitos y costumbres. La persona civil deberá ser tratada, en todo momento, con humanidad y protegida contra cualquier acto de violencia o de intimidación (como lo dispone el artículo 27 del cuarto Convenio de Ginebra). La población civil tiene derecho a recibir los socorros que le sean necesarios. Los miembros de la población civil más expuestos a los sufrimientos que conlleva el conflicto, especialmente las mujeres y los niños, son objeto de un régimen de protección particular. Las personas civiles afectadas por un conflicto

armado que estén en poder de una de las partes en conflicto deben ser tratadas con humanidad en cualquier circunstancia, y se benefician, sin discriminación alguna, de las garantías fundamentales. Estas garantías fundamentales protegen a los miembros de la población civil de los atentados contra la vida, la salud y el bienestar físico y mental como el homicidio, la tortura de cualquier clase, tanto física como moral, los castigos corporales y las mutilaciones. Los protege también de todos los atentados contra su dignidad, como los tratos humillantes y degradantes, o los atentados contra el pudor. Se prohíben la toma de rehenes, los castigos colectivos e incluso la amenaza de cometer los actos precitados contra la población civil.

Con respecto a la protección de los bienes en caso de conflicto armado con carácter internacional, conviene agregar que con ocasión de los Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional I, se protegen:

- Las unidades sanitarias, ya se trate de edificios o establecimientos fijos o móviles, tales como: hospitales, centros de transfusión de sangre, almacenes de material sanitario, hospitales de campaña, transportes destinados a fines sanitarios, las tienda de campañas sanitarias, etc.; de conformidad con el artículo 19 del primer Convenio de Ginebra y los artículos 8, 9 y 12 de su Protocolo adicional I. También se benefician de la protección los transportes sanitarios, es decir, el transporte destinado exclusivamente en forma permanente o temporal, al traslado por tierra, por agua y por aire, de heridos, enfermos y náufragos, así como de personal sanitario y religioso.
- Los bienes de carácter civil, que son todos los que no son objetivos militares, de conformidad con el artículo 52 del Protocolo adicional I. Esta protección está destinada a todos los bienes civiles en general, lo cual implica especialmente aquellas obras que contienen fuerzas peligrosas, tales como presas, diques o centrales nucleares, de conformidad con el artículo 56 del Protocolo adicional I.
- Los bienes culturales, que gozan de especial protección debido a su carácter civil, especialmente aquellos dedicados a la religión, la educación, las artes, la ciencia o la beneficencia, así como los monumentos históricos siempre que no sean objetivos militares (es decir, que no hayan perdido su condición de civiles por servir en

contribución efectiva al esfuerzo bélico). Esta protección proviene de normas convencionales tales como el cuarto Convenio de Ginebra de 1949, así como la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales de 1954.

En el caso de los conflictos armados sin carácter internacional, la protección de personas y bienes es mucho más limitada. En todo caso, puede considerarse que comprende lo siguiente:

- En primer lugar, conforme al artículo 3 común (numeral 1) de los Convenios de Ginebra de 1949 y al artículo 4 del Protocolo adicional II, las personas que no participan directamente en las hostilidades gozan de protección dentro del contexto del conflicto armado sin carácter internacional. Así, es posible afirmar que: *“Esta obligación exige la prohibición, en todo tiempo y lugar, de los atentados a la vida y a la integridad física o mental, por lo que además del homicidio están prohibidas también las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y toda forma de pena corporal. Además, constituyen actos prohibidos la toma de rehenes en general, los actos de terrorismo y los castigos colectivos, así como la violación de las garantías mínimas procesales.”*<sup>33</sup>
- Los heridos, enfermos y náufragos son objeto de protección especial dentro del contexto de los conflictos armados sin carácter internacional. Esta norma forma parte del derecho convencional con ocasión del artículo 3 común (numeral 2) de los Convenios de Ginebra, así como el artículo 8 y 9 del Protocolo adicional II. En todo caso, la protección a enfermos, heridos, náufragos y al personal sanitario y religioso encargado de asistirlos, forma parte del derecho consuetudinario.<sup>34</sup> Asimismo, los bienes que estén destinados a la asistencia sanitaria también gozan de protección en este tipo de conflictos armados.
- La población civil en general, también cuenta con protección en el contexto de un conflicto armado sin carácter internacional, con ocasión del principio de distinción. En este sentido, es posible indicar que: *“La protección dispensada a la población civil comprende a toda persona que no sea miembro de las fuerzas armadas o*

---

<sup>33</sup> Salmón, Elizabeth. *Op.Cit.*, pág. 132.

<sup>34</sup> Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. *Op.Cit.*, pág. 89 y 117.

*grupos armados, tanto las personas civiles individualmente consideradas como el conjunto de las mismas que deben ser protegidas de las hostilidades. Conviene señalar que la presencia de miembros del grupo armado en la población civil no priva a esta de su protección frente a ataques militares. Esta protección garantizada a la población civil en el marco de un conflicto armado no internacional se confiere además en la medida en que los civiles no participen directamente en las hostilidades, así quienes participen directamente en estas no podrán valerse de la inmunidad propia de los civiles y podrían ser objeto de ataque.”*<sup>35</sup> El fundamento de ello, se encuentra en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra; en el artículo 13 del Protocolo adicional II, y en el derecho internacional consuetudinario.

- Los bienes civiles gozan de protección en los conflictos armados no internacionales. A continuación, se hace una enunciación de aquellos bienes que se encuentran sujetos a dicha protección: En primer lugar se encuentran los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil cuya protección se garantiza en el artículo 14 del Protocolo adicional II, que prohíbe como método de combate hacer padecer de hambre a las personas civiles atacando, destruyendo, cometiendo pillaje o inutilizando bienes indispensables para aquellas. De otro lado, el artículo 15 de dicho Protocolo confiere una inmunidad limitada a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas precisando con carácter exhaustivo los bienes que aun pudiendo ser objetivos militares deben ser respetados, como son las presas de agua y las centrales nucleares. Si bien existe una prohibición de atacar estos bienes en los términos antes señalados, en contrapartida existe también la obligación de no colocar objetivos militares cerca de estas obras. El último grupo de bienes protegidos son los bienes culturales y lugares de culto. El artículo 16 del Protocolo adicional II que garantiza su protección El patrimonio cultural ha recibido además una protección especial y diferenciada en la Convención de La Haya de 1954.

### **1.8 Restricciones a los métodos y medios de hacer la guerra**

Si el objeto del Derecho de Ginebra consiste en ofrecer protección suficiente a las víctimas de los conflictos armados, el Derecho de La Haya persigue limitar los métodos

---

<sup>35</sup> Salmón, Elizabeth. *Op.Cit.*, pág.136.

y medios para hacer la guerra. En este sentido, las principales normas relativas a esta materia son las siguientes:

- Se encuentra prohibido librar orden de no dar cuartel, es decir, de no dejar sobrevivientes en una operación militar, de conformidad con el artículo 40 del Protocolo adicional I e inclusive se trata de una norma de derecho internacional humanitario consuetudinario. Hacerlo constituye un crimen de guerra conforme al artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Existe prohibición de hacer padecer de hambre, inutilizar bienes indispensables para la sobrevivencia, e impedir el acceso a la ayuda humanitaria, como método de guerra, de conformidad con el artículo 54 párrafo primero del Protocolo adicional I, además de tratarse de una norma de naturaleza consuetudinaria. Estas acciones están tipificadas como delictivas por el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Está prohibido el empleo de medios y métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. Esta norma se encuentra incluida en: *“algunos instrumentos tan antiguos como la Declaración de San Petersburgo y las Declaraciones y los Reglamentos de La Haya. La prohibición de emplear armas químicas y biológicas enunciada en el Protocolo de Ginebra relativo a los gases fue motivada inicialmente por esta norma. Su reafirmación en tratados recientes, en especial en el Protocolo adicional I, la Convención sobre ciertas armas convencionales, su Protocolo II y su Protocolo II enmendado, la Convención de Ottawa relativa a las minas antipersonal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, indica que sigue siendo válida.”*<sup>36</sup>
- Tampoco está permitido el empleo de armas de efectos indiscriminados, de conformidad con el artículo 57 del Protocolo adicional I, artículo 1 párrafo segundo del Protocolo adicional II, y por el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 8).
- Existe prohibición de utilizar veneno o armas envenenadas, puesto que hacerlo constituye un crimen de guerra conforme al artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

---

<sup>36</sup> Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. *Op.Cit.*, pág. 265.

- En cuanto a las armas nucleares, es oportuno indicar que: *“Ni el derecho internacional consuetudinario ni el derecho internacional convencional autorizan de forma específica la amenaza o el empleo de armas nucleares; Tampoco (sic) existe, en derecho internacional consuetudinario o convencional, ninguna prohibición general de carácter universal sobre la amenaza o el empleo de las armas nucleares como tales; [...] La amenaza o el empleo de las armas nucleares debería ser también conforme con las exigencias del derecho internacional aplicable en los conflictos armados, en particular con las de los principios y las normas del derecho internacional humanitario, así como con las obligaciones concretas en virtud de tratados y otros compromisos que tratan específicamente de las armas nucleares; De las exigencias mencionadas se desprende que la amenaza o el empleo de las armas nucleares serían, en general, contrarios a las normas de derecho internacional aplicable en los conflictos armados internacionales y, en particular, a los principios y las normas de derecho internacional humanitario.”*<sup>37</sup>
- Las armas biológicas están proscritas, con ocasión del Protocolo de Ginebra relativo a los gases asfixiantes de 1925 y la Convención sobre armas biológicas de 1972.
- Las armas químicas también son objeto de especial prohibición, por parte de normas convencionales tales como la Declaración de La Haya relativa a la prohibición de los gases asfixiantes, el Protocolo de Ginebra relativo a los gases asfixiantes de 1925, la Convención sobre las armas químicas y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En este orden de ideas, la prohibición es universal y ha alcanzado el rango de norma de derecho internacional humanitario consuetudinario.

### **1.9 Métodos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario**

Debe considerarse que si bien, conforme ha sido posible apreciar, las normas humanitarias son de fundamental importancia debido a su propio contenido, el tema crucial con respecto a las mismas es determinar la forma en que serán aplicadas.

---

<sup>37</sup> *Ibíd.*, pág. 285.

Conforme indica el Comité Internacional de la Cruz Roja,<sup>38</sup> los métodos para aplicar el Derecho Internacional Humanitario, son los siguientes:

1. En primer lugar, los métodos preventivos, que comprenden: la difusión del Derecho Internacional Humanitario (lo que implica la traducción de las normas convencionales y su enseñanza); la formación de personal calificado para aplicar las normas humanitarias; así como el nombramiento de asesores jurídicos en las fuerzas armadas. Por otra parte, también la adopción de medidas legislativas y reglamentarias por parte de los Estados para permitir la correcta aplicación del Derecho Internacional Humanitario, son mecanismos de prevención de eventuales infracciones.
2. En segundo lugar, los métodos de control, que permiten velar por el cumplimiento de las normas de Derecho Internacional Humanitario durante todo el transcurso de un conflicto armado. Las principales formas de control corresponden al nombramiento de potencias protectoras o de sus sustitutos, así como por medio de la acción del Comité Internacional de la Cruz Roja.
3. En tercer lugar, existen métodos de represión, que implican: la obligación de sancionar toda infracción grave o crimen de guerra, recurriendo a los tribunales nacionales de cada Estado; la responsabilidad de los superiores de denunciar infracciones de sus inferiores; así como la asistencia judicial mutua entre los Estados.

Es decir, que las normas del Derecho Internacional Humanitario cuentan con un conjunto de mecanismos que buscan su efectividad, tomando en cuenta la gravedad de las situaciones que dan lugar a su aplicación. En todo caso, lo principal es que los Estados estén en la plena disposición de asegurar que, de una u otra manera, se respetarán estas normas; así como de facilitar su desarrollo, difusión y reprimir posibles

---

<sup>38</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. *¿Qué medios hay para aplicar el derecho humanitario?* Ginebra, 2004, disponibilidad y acceso: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdljn.htm>, fecha de consulta: 03/09/2017.

violaciones. De otra manera, difícilmente se podrá asegurar la paz y seguridad internacionales que el Derecho Internacional Humanitario persigue.

### **1.10 Comité Internacional de la Cruz Roja**

Como es posible apreciar, el Comité Internacional de la Cruz Roja cumple un cometido sustancial en relación con la prevención de infracciones al Derecho Internacional Humanitario, así como respecto al control de su respeto dentro del escenario de un conflicto armado. En este sentido, es conveniente analizar en qué consiste su función en relación con esta rama del ordenamiento internacional.

Debe resaltarse ante todo, que el surgimiento del Derecho Internacional Humanitario actual, está estrechamente relacionado con la fundación del Comité Internacional de la Cruz Roja por Henry Dunant.

En este sentido, es posible señalar que: *“Fundado, el año 1863, por cinco ciudadanos suizos (Henry Dunant, Guillaume-Henri Dufour, Gustave Moynier, Louis Appia y Théodore Maunoir), el Comité Internacional de la Cruz Roja es el órgano fundador del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.*

- *El CICR es una institución humanitaria imparcial, neutral e independiente.*
- *Fruto de la guerra, tiene más de 130 años.*
- *Sui generis (con carácter propio).*
- *Desempeña un cometido que le ha asignado la comunidad internacional.*
- *Intermediario neutral entre los beligerantes.*
- *Como promotor y guardián del derecho internacional humanitario, procura garantizar protección y asistencia a las víctimas de conflictos armados, disturbios interiores y demás situaciones de violencia interna.*

*El Comité Internacional de la Cruz Roja presta servicios en cerca de 80 países y cuenta con unos 11.000 colaboradores...*<sup>39</sup>

Se evidencia entonces, el papel fundamental del Comité Internacional de la Cruz Roja en la difusión, enseñanza y aplicación del Derecho Internacional Humanitario, así como en la asistencia que ofrece a las víctimas de los conflictos armados.

Pero su importancia radica ante todo, como indica Swinarski, en que el Comité Internacional de la Cruz Roja: *“es un verdadero agente internacional de la aplicación y de la ejecución del Derecho de Ginebra. En tal sentido... custodia los principios de esos Convenios y puede considerarse, en gran medida, que vela porque la comunidad internacional los observe.”*<sup>40</sup>

### **1.11 Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos**

No obstante haber quedado suficientemente claro el rol del Derecho Internacional Humanitario en la protección a las víctimas de los conflictos armados y en la limitación (por motivos de humanidad) de los medios y métodos para hacer la guerra, es notable el hecho de que se trata de un conjunto de normas mínimas que buscan proteger la dignidad humana dentro de un contexto de violencia en que fácilmente se pueden cometer todo tipo de atrocidades, lo que acerca mucho a las normas humanitarias de otro tipo de disposiciones internacionales: las relativas a los Derechos Humanos.

Con respecto a las convergencias y divergencias entre ambas materias, Salmón indica que: *“El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituyen dos ramas de una misma vertiente, a saber, el Derecho internacional público, las cuales si bien tienen orígenes distintos, hoy en día se encuentran íntimamente vinculadas. Ambas ramas tienen como denominador común el principio de humanidad, toda vez que es sobre la base de este que se erige la*

---

<sup>39</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja. *Derecho Internacional Humanitario: respuestas a sus preguntas*, Ginebra, Suiza, 2005, disponibilidad y acceso: [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_0703.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf), fecha de consulta. 03/09/2017.

<sup>40</sup> Swinarski, Christophe. *Op.Cit., Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, pág. 15.

*protección de la dignidad del ser humano y se reconocen los derechos que le asisten en los tratados en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos; existen una serie de divergencias entre ambas ramas que responden a las diferentes aproximaciones que tienen a la protección del ser humano. Por una parte, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está relacionado con el goce de los derechos del ser humano, su promoción y protección general; y, por otro lado, el Derecho Internacional Humanitario está pensado para situaciones excepcionales de conflicto armado que ameritan atender, por ejemplo, la regulación de medios y métodos de combate para evitar sufrimientos innecesarios o dictar normas específicas para el caso de ocupación territorial.”<sup>41</sup>*

Sin embargo, lo fundamental acá es comprender que si bien el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tienen distinto ámbito de aplicación y fines propios, cuentan con más aspectos que los acercan de los que los distancian, puesto que ambos tratan de proteger la dignidad humana (el primero en situaciones excepcionales de conflicto armado, y el segundo, en todo momento). En este orden de ideas, debe concluirse que es importante diferenciar los contextos en que tienen validez las normas de estas dos materias, pero más allá de ello, se deben encontrar los fines que persiguen en conjunto para el fortalecimiento del marco internacional de protección de la persona humana.

En este orden de ideas, el presente capítulo permite comprender la importancia y sentido de la misión del Derecho Internacional Humanitario. Como conjunto de normas orientadas hacia la protección de la persona humana, el Derecho Internacional Humanitario busca que se respete la dignidad de todo individuo dentro del contexto de violencia generalizada que se denomina conflicto armado. Este tipo de conflictos dan lugar a abusos y atropellos que obligan a que exista un mínimo de protección, que asegure que bajo ninguna circunstancia se pasarán ciertos límites que, de ser transgredidos, constituirían un atentado grave en contra de los valores en torno de los cuales se estructura la civilización en la actualidad. La misión de las normas

---

<sup>41</sup> Salmón, Elizabeth. *Op.Cit.*, pág. 71.

humanitarias es por ello tan importante: buscan ante todo asegurar que más allá de las circunstancias graves que pueden darse en el escenario de la guerra, no se violente el mínimo necesario para que un ser humano pueda vivir con dignidad.

## CAPÍTULO II

### EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

#### 2.1 Orígenes y desarrollo histórico de la protección internacional de los Derechos Humanos

El origen inmediato de la protección internacional de los Derechos Humanos se encuentra en el siglo XX, como consecuencia de la devastación que provocó la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, esta preocupación por proteger, a través de normas internacionales, la dignidad humana, es un fenómeno mucho más antiguo de lo que podría pensarse. Varios filósofos, como Hobbes, Grocio o Kant, ya habían reflexionado respecto a la necesidad de un orden público internacional de Estados. Sin embargo, es hasta la segunda mitad del siglo XX, que se consolida esta nueva forma de proteger los derechos humanos desde una esfera supranacional.

Por ello, cabe afirmar que: *“El constitucionalismo europeo de la posguerra reconoce que el sistema constitucional desarrollado desde el siglo XVII en adelante, sobre la base de la soberanía estatal sin frenos adecuados, no pudo impedir la tragedia de la Segunda Guerra y, en particular, los hechos que la desencadenaron. Los sistemas nacionales no fueron capaces de limitar la actividad del Estado y, por tanto, permitieron violaciones masivas de los derechos individuales... Frente a este análisis de la realidad se desarrollan dos procesos: por una parte, el fortalecimiento de los derechos en el ámbito interno, para lo cual se construye un constitucionalismo fuerte en materia de derechos y un desarrollo conceptual y jurisprudencial en materia de derechos fundamentales... Por la otra, el desarrollo de un sistema de protección internacional de los derechos humanos.”*<sup>42</sup>

Debido a lo anterior, es posible afirmar que el punto de partida del surgimiento del actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es en la segunda posguerra,

---

<sup>42</sup> Nash Rojas, Claudio. *La protección internacional de los derechos humanos*, Universidad de Chile, Chile, 2006, disponibilidad y acceso: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142636/La-Proteccion-Internacional-de-los-Derechos-Humanos.pdf?sequence=1>, fecha de consulta: 25/09/2017.

puesto que las potencias vencedoras de dicho conflicto bélico, al analizar los motivos que dieron lugar al mismo, y la gran crisis humanitaria que se desencadenó, pudieron percatarse que no hubieron instrumentos jurídicos que permitieran una protección adecuada para las personas frente a los abusos del poder estatal.

Es por ello que se afirma que: *“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos... propiamente tal comenzó a desarrollarse como parte de este esfuerzo por establecer un nuevo orden internacional. La comunidad internacional asumió la tarea de crear un sistema que protegiera a los individuos del exceso en el ejercicio del poder por parte de los gobernantes; parecía claro que no era posible dejar entregado a la "soberanía" de cada Estado el destino de los individuos. El proceso de internacionalización de la protección de los derechos fundamentales de la persona humana se tradujo en la consagración de catálogos de derechos humanos y mecanismos de promoción y protección internacionales de los derechos incluidos en los catálogos. La idea detrás de este proyecto fue evitar las situaciones de violaciones masivas de los derechos humanos de que había sido testigo la humanidad durante la Guerra, a través de un sistema que denunciara estos hechos cuando aún constituían situaciones esporádicas, impidiendo que éstas se transformaran en situaciones de violaciones masivas y sistemáticas, esto es, un énfasis fundamentalmente preventivo.”*<sup>43</sup>

Es entonces, que después del año 1945 (en que finalizó la Segunda Guerra Mundial), se comienzan a realizar esfuerzos que culminan en la creación de un sinnúmero de instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), entre otros.

---

<sup>43</sup> Loc.Cit.

En todo caso, se hace evidente que estos esfuerzos por consagrar un marco jurídico internacional de protección de la dignidad humana, cada vez se han ido tornando más complejos, desde instrumentos que no son jurídicamente vinculantes (como las declaraciones), hasta elaborados sistemas universales y regionales con organismos propios para velar por el irrestricto respeto de las normas convencionales en materia de derechos fundamentales.

No obstante, previamente a entrar a considerar el surgimiento y forma de funcionamiento de este tipo de normas y sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos, es necesario analizar el significado del concepto de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

## **2.2 Definición**

Mireya Castañeda citando a Fernández de Casadevante define el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como: *“aquel sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que tienen por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano inherentes a su dignidad.”*<sup>44</sup>

En este sentido, la propia definición de Derecho Internacional de los Derechos Humanos obliga a abordar otra cuestión: el significado de esos derechos y libertades fundamentales.

Para encontrar una noción de derechos humanos, se puede citar a Nikken que refiere: *“La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que*

---

<sup>44</sup> Castañeda, Mireya. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012, pág. 26.

*el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son lo que hoy conocemos como derechos humanos.*"<sup>45</sup>

La importancia y trascendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos entonces, radica en su vocación protectora de estos derechos fundamentales, que en general son atributos inherentes a la persona humana, que el ordenamiento jurídico se encarga de reconocer y proteger. En cuanto al significado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, conforme lo indicado, se trata de un conjunto de normas que velan por proteger, más allá de las fronteras de un solo Estado, la dignidad del ser humano que se expresa a través de tales derechos.

Es posible afirmar que a criterio de la tesista, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el conjunto de normas de naturaleza internacional que tienen por objeto proteger la dignidad humana mediante el reconocimiento de determinadas libertades fundamentales a todos los seres humanos, previendo los mecanismos encaminados a su protección. Ahora bien, este conjunto de normas internacionales que protegen derechos humanos, se encuentran contenidos en las diversas fuentes del derecho internacional, tal y como se deduce de la definición ofrecida por Fernández de Casadevante: es decir, en las normas convencionales, consuetudinarias o en los principios generales del derecho.

### **2.3 Fuentes**

De la misma manera que se indicó respecto al Derecho Internacional Humanitario, debe resaltarse que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como parte del Derecho Internacional Público, se ajusta a la enumeración de las fuentes de las normas internacionales contenida en el artículo 38 numeral 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Por este motivo, las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pueden clasificarse (al igual que las restantes normas internacionales) en: tratados internacionales, costumbre internacional y principios

---

<sup>45</sup> Cerdas Cruz, Rodolfo y Rafael Nieto Loaiza (compiladores). *Estudios básicos de Derechos Humanos, Tomo I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994, pág. 15.

generales del derecho; por otra parte, son fuentes complementarias de las anteriores (es decir, que sirven para dilucidar el contenido de las mismas) la doctrina y las decisiones judiciales.

Con respecto a los tratados internacionales, en el caso de los Derechos Humanos existen aspectos que diferencian esta clase de normas convencionales de las restantes comprendidas por el ordenamiento jurídico internacional. Por esta causa se indica que: *“Los tratados internacionales, en general, desde sus inicios se caracterizaron por establecer un intercambio recíproco de derechos y obligaciones entre los Estados partes. Los tratados que versan sobre derechos humanos, que comenzaron a realizarse después de la Segunda Guerra Mundial, implican un compromiso de los Estados partes a respetar los derechos —en ellos reconocidos— de las personas sujetas a su jurisdicción. Me parece que ésta es una diferencia muy importante, en especial para su cumplimiento, lo que ha impulsado la creación de mecanismos internacionales y regionales.”*<sup>46</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado al respecto que un tratado de derechos humanos debe ser considerado: *“un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción.”*<sup>47</sup>

En este sentido, la principal consecuencia de esta forma de tratados, lo constituye el hecho de que consisten en normas convencionales que obligan a respetar y garantizar derechos de las personas bajo la jurisdicción de los Estados partes; es decir, que no conllevan propiamente obligaciones de los Estados para con otras entidades estatales, sino hacia seres humanos individualmente considerados. Posteriormente se analizarán cada uno de los principales instrumentos jurídicos relativos a protección internacional de Derechos Humanos.

---

<sup>46</sup> Castañeda, Mireya. *Op.Cit.*, pág. 34.

<sup>47</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, párrafo 33.

Por otra parte, la segunda fuente del Derecho Internacional Humanitario conforme la enumeración del artículo 38 numeral 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es la costumbre internacional. En cuanto a su relevancia, debe indicarse que, como en el caso de las restantes ramas del ordenamiento jurídico internacional, la costumbre ocupa un lugar preponderante porque contribuye a normar situaciones que pueden encontrarse reguladas de manera inacabada en el derecho de los tratados. Al igual que lo indicado respecto a la costumbre en el Derecho Internacional Humanitario, en materia de Derechos Humanos la norma consuetudinaria se verifica como una práctica de los Estados (*inveterata consuetudo*) considerada como jurídicamente obligatoria (*opinio juris sive necessitatis*).

La relevancia de la costumbre en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es grande: *“En este orden de ideas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, cobra especial importancia porque para algunos tratadistas —entre los que me incluyo— ciertas de sus disposiciones, como las prohibiciones a la discriminación o a la tortura, se han convertido en normas de derecho consuetudinario internacional, al ser asumidas como una práctica repetida, considerada como obligatoria por los Estados. Para algunos doctrinarios incluso la Declaración, en su integridad, es ya una costumbre internacional, considero que desafortunadamente esto está todavía distante...”*<sup>48</sup>

En todo caso, su importancia es fundamental, porque los valores más importantes para la comunidad internacional se cristalizan en normas consuetudinarias que los protegen, inclusive si los Estados no ratifican convenios internacionales que consagren de una u otra forma el deber de respeto a los mismos. En este caso, por ejemplo, se encuentra la prohibición de la tortura, que ya conforma una norma consuetudinaria de derechos humanos que debe ser respetada de manera universal.

En el caso de los principios generales del derecho, César Sepúlveda citado por Mireya Castañeda, indica que: *“la función de los principios generales de derecho es muy*

---

<sup>48</sup> *Ibíd.*, pág. 38.

*importante, pues “forman los principios guadores del orden jurídico de acuerdo con los cuales se orienta la interpretación y la aplicación de las normas de derecho internacional.”*<sup>49</sup> Sin embargo, en materia de Derechos Humanos la función de estos principios es menor que la que desempeñan las normas convencionales y consuetudinarias.

Por otra parte, como fuentes complementarias del derecho internacional, se encuentra la doctrina y las decisiones judiciales. En materia de derechos humanos, la doctrina es importante en el sentido de: *“comprende a aquellos pronunciamientos adoptados por un órgano competente, con el fin de interpretar o aclarar el contenido, alcance o valor jurídico de una disposición contenida en la normativa internacional. En este sentido, cobran importancia, por parte del Sistema Universal, los instrumentos producidos por los órganos de Naciones Unidas, cuyas funciones están relacionadas con los derechos humanos; como el Consejo de Derechos humanos, así como los procedimientos especiales y los órganos de tratado. Por parte del Sistema Interamericano, se pueden destacar los informes temáticos y las recomendaciones hechas a los Estados por la Comisión Interamericana. En general, los instrumentos producidos por estas personas expertas o grupos de personas expertas, representan una síntesis de experiencia en el análisis de la información proporcionada, tanto por los propios Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, como por las personas y la sociedad civil.”*<sup>50</sup>

La doctrina cumple entonces un rol fundamental en materia de Derechos Humanos, puesto que los estudios que realizan las autoridades relativas a la materia, contribuyen en gran medida a desentrañar el alcance y sentido de este tipo de normas. Sin embargo, los tribunales son quienes en definitiva desempeñan la labor de aplicar las normas a los casos controvertidos, por lo que su rol en la determinación del contenido del derecho internacional de los derechos humanos, es importantísimo.

---

<sup>49</sup> Castañeda, Mireya. *Op.Cit.*, pág. 39.

<sup>50</sup> Color Vargas, Marycarmen. *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013 Pág. 38.

Por ello, las decisiones judiciales son otra fuente auxiliar o complementaria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Con el término decisiones judiciales: *“se pueden entender las sentencias y resoluciones emitidas por los tribunales internacionales, los órganos cuasi-jurisdiccionales e inclusive puede también comprender aquellas tomadas por cortes nacionales; en atención a lo cual se puede señalar que, a mayor jerarquía de la corte, mayor peso tendrá la decisión.”*<sup>51</sup>

Por este motivo, en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los criterios de los tribunales de alta jerarquía (especialmente los de naturaleza internacional, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) son muy tomados en cuenta para la interpretación y aplicación de las normas convencionales y consuetudinarias, puesto que se trata de órganos integrados por expertos en la materia. Asimismo, los tribunales nacionales al aplicar las normas internacionales para proteger a las personas dentro de la jurisdicción de cada Estado, elaboran una actividad jurisprudencial que en gran medida enriquece al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (por ejemplo, en el caso de Guatemala, a través de las sentencias de amparo e inconstitucionalidad emitidas por la Corte de Constitucionalidad, en la que en gran cantidad de ocasiones se aborda la interpretación de instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, tal como sucede con la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

## **2.4 Interpretación**

La interpretación constituye una operación intelectual encaminada a determinar el sentido de un texto. En el caso del Derecho, la interpretación es fundamental, pues permite que quien está llamado a aplicar la norma jurídica al caso concreto, establezca los supuestos en los que la misma es válida.

---

<sup>51</sup> *Loc.Cit.*

Para definir la interpretación jurídica debe indicarse que: *“La labor interpretativa del derecho, en general, consiste en un proceso de creación destinado a desarrollar normas establecidas o a crear normas particulares para llenar los vacíos normativos.”*<sup>52</sup>

En materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la interpretación juega un rol todavía más importante: se trata de establecer los alcances de las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales cuya redacción es bastante amplia, por lo que para llenar vacíos normativos se exige un profundo esfuerzo intelectual del intérprete (especialmente, de los jueces y doctrinarios).

Por este motivo, al respecto de la interpretación de los tratados internacionales, los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, contienen normas que permiten desentrañar el significado verdadero de tales instrumentos internacionales.

Las reglas generales de interpretación contenidas en la Convención de Viena son las siguientes: *“1. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos; a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta; a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho*

---

<sup>52</sup> Ciurlizza, Javier. *La interpretación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: el caso de la función consultiva de la Corte Interamericana*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/a, disponibilidad y acceso: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/viewFile/7152/7352>, fecha de consulta: 29/09/2017.

*internacional aplicable en las relaciones entre las partes; 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”<sup>53</sup>*

Sin embargo, estas reglas de interpretación aplicables a todos los tratados, no son suficientes en el caso de los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos. Lo anterior, porque para la protección adecuada de la dignidad humana, se necesita una sensibilidad diferente de la que se exige en las demás materias que el derecho internacional se encarga de regular. Por ello, es que se establece que en el caso de los tratados en materia de derechos humanos: *“Si el interés jurídico tutelado directamente es el ser humano, nos encontramos con una tendencia a aplicar los tratados en el sentido en que mejor garantice la protección integral de las eventuales víctimas de violaciones de los derechos humanos. Esta circunstancia otorga a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales una dinámica de expansión permanente. Por otro lado, la interpretación de dichos tratados debe de ser evolutiva y tomarse en consideración las condiciones contemporáneas, tomando en cuenta la evolución en la protección de los derechos humanos así como la interpretación progresiva de los mismos.”<sup>54</sup>*

Lo anterior se desprende de la propia naturaleza del objeto de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que lo constituye la persona humana individualmente considerada, que necesita de defensa normativa frente a los abusos del poder público. Por ello, las normas internacionales relativas a los derechos humanos difieren sustancialmente del restante conjunto de normas de Derecho Internacional Público: mientras que estas buscan regular las relaciones entre Estados (entendidos como entes soberanos en igualdad de condiciones para obligarse), aquellas están encargadas de proteger algo más valioso: a las personas, su dignidad y sus derechos fundamentales.

---

<sup>53</sup> Steiner, Christian y Patricia Uribe (coordinadores). *Convención americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, 2014, pág. 707-708.

<sup>54</sup> *Ibíd.*, pág. 710.

A partir del texto citado se establece que la interpretación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos obedece según Nogueira Alcalá citado por Aguirre Arango,<sup>55</sup> a los siguientes criterios:

**a)** El principio *pro homine* o *pro persona*, que obliga a que, en caso de duda sobre la aplicabilidad de varias normas que regulan o reconocen derechos humanos, debe preferirse aquella que mejor proteja a la persona y que le permita gozar de una mejor manera, su derecho, en una aplicación coherente con los valores y principios que conforman la base de todo ordenamiento jurídico.

**b)** El principio de progresividad, que determina que los derechos humanos están en un proceso de constante evolución, por lo que se hace necesaria su actualización al contexto en que se aplica la norma, considerándola como un ente dinámico que únicamente cumple con su cometido de protección si se le armoniza en el momento actual en que se requiere la efectividad del derecho.

**c)** El principio de interpretación teleológica o finalista, por el que toda interpretación de derechos humanos debe estar orientada hacia la consecución del fin último que dichas normas persiguen, el cual consiste en la protección más efectiva posible de los derechos.

**d)** Las normas que limitan o restringen el ejercicio o goce de los derechos humanos siempre deben aplicarse en sentido restrictivo. No pueden aplicarse analógicamente limitaciones o restricciones de derechos, ni tampoco deben extenderse o ampliarse las limitaciones más allá de lo expresamente autorizado. Lo anterior es así, por propia derivación de la necesidad de favorecer siempre el goce más amplio de las libertades fundamentales reconocidas a favor de la persona humana.

---

<sup>55</sup> Aguirre Arango, José Pedro. *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, s/p, s/a, disponibilidad y acceso: <http://www.cortei.or.cr/tablas/R22853.pdf>, fecha de consulta: 30/09/2017.

Estos criterios de interpretación son fundamentales, puesto que sin los mismos sería imposible la plena vigencia de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se enfrentan a todo tipo de intentos por evadirlas y vulnerarlas, lo cual exige para su efectividad que las mismas se actualicen al contexto en que se aplican, así como una búsqueda finalista de protección de la persona humana, evitando restricciones excesivas de aquellos derechos en que es posible este tipo de limitaciones.

Ahora bien, el aspecto medular del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, conforme se ha indicado, lo conforma el hecho de que se trata de normas que no buscan regular las relaciones soberanas entre Estados, sino proteger a las personas de las arbitrariedades del poder estatal. En este sentido, conviene analizar la recepción nacional en el derecho interno, de este tipo de normativa.

## **2.5 Recepción nacional**

Es necesario indicar en primer lugar, que: *“Cuando se hace referencia a la recepción, se está examinando de qué modo las normas internacionales adquieren validez dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado, es decir, qué requisitos son necesarios para que estas normas puedan ser invocadas directamente ante los tribunales nacionales y qué lugar ocupan en la estructura jerárquica de las normas.”*<sup>56</sup>

La importancia de esta recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, radica precisamente en que posibilita invocar directamente ante tribunales nacionales las normas que inicialmente se encontraban en el plano internacional. Esto es necesario, puesto que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por objeto definitivo proteger a seres humanos, lo cual hace necesario que estos últimos puedan hacer valer estas disposiciones ante las autoridades internas de cada Estado (encargadas de cumplir con los deberes internacionales del Estado parte en el tratado en materia de Derechos Humanos).

---

<sup>56</sup> Nash Rojas, Claudio y otros. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno*, Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Centro de Derechos Humanos, 2012, pág. 15.

Al respecto, es posible afirmar que: *“Los procedimientos de incorporación de tratados internacionales dan cuenta de los mecanismos a través de los cuales los Estados le dan validez a los instrumentos internacionales en sus ordenamientos jurídicos internos. De acuerdo con los sistemas comparados, es la Constitución Política la que determina la validez de las normas internas y la aplicabilidad de las normas internacionales en el derecho interno.”*<sup>57</sup>

En el caso de Guatemala, el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala indica que: *“Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”* Es decir, que desde el texto constitucional se admite la posibilidad de que el Estado de Guatemala ratifique tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, permitiendo que los mismos pasen a formar parte del denominado bloque de constitucionalidad, y con ello, los ubica en la cúspide de la escala jerárquica de normas jurídicas dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco (integrándolas dentro de las demás normas constitucionales internas del Estado guatemalteco). Lo anterior, de conformidad con la propia doctrina legal que ha sentado la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en sus sentencias de los expedientes 143-2013, de fecha seis de agosto de dos mil trece; 1094-2013, de fecha veintidós de noviembre de dos mil trece; y 2295-2013, de fecha tres de abril de dos mil catorce, entre otros.

En el caso de los procedimientos para incorporar este tipo de tratados al ordenamiento jurídico, la Constitución Política de la República de Guatemala también prevé la forma en que los mismos pasen a ser parte integrante del ordenamiento jurídico guatemalteco. Al respecto, el artículo 171 literal l) del texto constitucional establece: *“Aprobar, antes de su ratificación los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando: 1. Afecten a leyes vigentes para las que esta Constitución requiera la misma mayoría de votos...”* Por otra parte, el artículo 183 literal k) del mismo cuerpo normativo refiere que es potestad del Presidente de la República: *“Someter a la*

---

<sup>57</sup> Loc.Cit.

*consideración del Congreso para su aprobación, y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional.”* Es decir, que para que los tratados internacionales pasen a formar parte del ordenamiento jurídico de Guatemala, debe contarse con la ratificación por parte del Presidente de la República, previa aprobación del Congreso de la República. En todo caso, existe un mecanismo de consulta a cargo de la Corte de Constitucionalidad a petición de los Organismos de Estado, para determinar la constitucionalidad de un tratado antes de su ratificación, conforme al artículo 272 literal e) constitucional que consagra como atribución de dicho tribunal: *“Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyecto de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado.”*

Lo anterior sirve de ejemplo de la manera en cómo los diversos Estados abordan la cuestión relativa a la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en su derecho interno (en Guatemala, por medio de la ratificación por parte del Presidente de la República, previa aprobación por parte del Congreso, y en todo caso se podrá consultar acerca de su conformidad con las disposiciones constitucionales a la Corte de Constitucionalidad). Sin embargo, en otros Estados este tipo de procedimientos varían, pero siempre se trata de respetar la soberanía de los mismos, permitiendo que sea la Constitución Política de los Estados la que prevea la forma en que se implementarán estas normas internacionales y el puesto que ocupará en la jerarquía normativa interna.

## **2.6 Sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos**

Las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos protegen valores esenciales para el ser humano, tal como lo es su dignidad y los derechos inherentes a la misma. Por este motivo, los esfuerzos de la comunidad internacional de Estados han ido encaminados, más allá de la adopción de textos de tratados internacionales, hacia la consolidación de un conjunto de estructuras (que comprenden las normas convencionales y los órganos encargados de hacerlas efectivas) cuya finalidad última es el irrestricto respeto a los derechos humanos por parte de los Estados. De esta forma, aparecen los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

Estos sistemas, dependiendo el ámbito geográfico que comprendan, pueden dividirse en dos grandes grupos: el sistema universal de protección de los derechos humanos, a cargo de las Naciones Unidas con fundamento en los Pactos Internacionales de 1966, cuyo ámbito de funcionamiento se extiende a la totalidad del globo terráqueo; y los sistemas regionales, cuya actividad se restringe a un espacio concreto, tal como sucede con el sistema europeo, el interamericano o el africano.

### **2.6.1 Sistema universal de Derechos Humanos: Las Naciones Unidas**

Como se indicó, este sistema no se restringe a una región geográfica del planeta, sino que tiene pretensiones de universalidad, tomando en cuenta que la mayor parte de los Estados del mundo en la actualidad son parte de las Naciones Unidas y de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Las Naciones Unidas, en cumplimiento de sus fines han establecido una maquinaria compleja para la protección universal de los derechos humanos, la cual incluye el Consejo de Derechos Humanos, órgano basado en la Carta de las Naciones Unidas, y los órganos creados en virtud de tratados. El Consejo de Derechos Humanos es el principal órgano intergubernamental de las Naciones Unidas encargado de los derechos humanos, que tiene labores de promoción, vigilancia, coordinación e incorporación de los derechos humanos en las actividades de los Estados y de las Naciones Unidas. Por su parte, los órganos creados en virtud de tratados son los comités de expertos independientes, integrados por un número de 10 a 23 miembros, de competencia reconocida en la esfera de los derechos humanos y que vigilan la aplicación de las disposiciones de los tratados fundamentales de derechos humanos por los Estados partes. Es importante señalar que el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas no tiene una Corte propiamente tal, a diferencia de algunos sistemas regionales, por lo que ejecuta su labor a través de recomendaciones hechas a los Estados sobre la base de reportes estatales, denuncias individuales, grupos de trabajo, informes de relatores especiales, entre otros.

## **2.6.2 Sistemas regionales de Derechos Humanos**

Sin embargo, más allá del sistema instaurado por las Naciones Unidas, los Estados organizados regionalmente (por ejemplo, en cada continente) han encaminado también sus esfuerzos hacia la consolidación de regímenes cada vez más perfectos de protección de los derechos humanos. Por este motivo, se habla de sistemas regionales, cuya finalidad última es también la salvaguarda de las libertades fundamentales del ser humano, pero muchas veces se consigue con mucha mayor efectividad desde estos ámbitos más locales, que desde la pretensión de universalidad de las Naciones Unidas. Lo anterior se evidencia a través del hecho de que a nivel regional existen órganos judiciales con plenos poderes para velar por el respeto de los derechos humanos, situación que en el sistema de Naciones Unidas no se da. Asimismo, mientras que en las Naciones Unidas los Comités únicamente formulan recomendaciones a los Estados infractores de derechos humanos, a través de los órganos judiciales de los sistemas regionales se da la posibilidad de sentencias y fallos condenatorios hacia los Estados, lo cual implica una obligatoriedad mucho más definida con el objeto de permitir la plena efectividad de los derechos humanos.

### **2.6.2.1 Sistema europeo de Derechos Humanos**

El sistema europeo de protección de Derechos Humanos es el de mayor antigüedad dentro de los sistemas regionales existentes en la actualidad. Su origen se remonta a la adopción del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas aprobado en Roma el día 4 de noviembre de 1950.

En este orden de ideas, la principal nota característica de este sistema radica en su carácter jurisdiccional, puesto que su innovación inicial consistió en la creación del Tribunal Europeo encargado de velar por la eficacia del Convenio: *“El sistema europeo de protección de derechos humanos se diseñó desde el principio con una vocación eminentemente jurisdiccional, estableciendo como órgano decisorio un Tribunal con las características que definen la jurisdicción: la independencia e imparcialidad de sus miembros, el carácter contradictorio del procedimiento y el carácter de fuerza vinculante de sus decisiones. Estas notas definitivas han experimentado diversas modificaciones*

*a lo largo de la historia del sistema, siempre en el sentido de reforzar ese carácter jurisdiccional.”<sup>58</sup>*

A través del tiempo, el Tribunal Europeo ha logrado consolidar una importante labor jurisprudencial, garantizando la eficacia del Convenio mediante la emisión de sentencias declarativas de responsabilidad internacional de los Estados; por otra parte, también ha logrado asegurar la efectividad en sus decisiones, mediante los correspondientes procesos de supervisión de la ejecución de lo resuelto. Por ello, el Sistema Europeo se perfila como ejemplo de la importancia que tienen los sistemas regionales en la protección y salvaguarda de la dignidad y derechos de los seres humanos, toda vez que constituye un modelo para la comunidad internacional en lo relativo al respeto de los valores democráticos, la salvaguarda de los derechos humanos y el fortalecimiento del Estado de Derecho. Basta con imaginar, por otra parte, en las graves consecuencias que acarrearía el hecho de que las personas quedaran sin la posibilidad de recurrir a una instancia supranacional en casos de violaciones a sus Derechos Humanos, para poder hacerse una idea de la importancia de la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### **2.6.2.2 Sistema africano de Derechos Humanos**

El Sistema africano de Derechos Humanos es el de más reciente aparición dentro de los tres sistemas regionales existentes a la presente fecha, puesto que se origina con la adopción de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de junio de 1981. Su principal nota característica es que no cuenta con un órgano de naturaleza jurisdiccional para velar por la efectividad de dicha Carta. Por ello: *“El órgano específico creado por la Carta para “promover los derechos humanos y de los pueblos y asegurar su protección en Africa” es la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos... Dicha Comisión está compuesta por once miembros “seleccionados entre*

---

<sup>58</sup> López Guerra, Luis. *El sistema europeo de protección de Derechos Humanos*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, s/a, disponibilidad y acceso: [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh\\_pdf/PMDH\\_Manual.165-186.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.165-186.pdf), fecha de consulta: 01/10/2017.

*personalidades africanas que gocen de más alta consideración..., competentes en materia de derechos humanos...”, ejerciendo sus funciones “a título personal.”<sup>59</sup>*

En este sentido, resulta más que evidente la limitación de la Comisión en cuanto a sus atribuciones de control respecto de los otros sistemas regionales que prevén tribunales independientes e imparciales para la salvaguarda de los derechos humanos.

### **2.6.2.3 Sistema interamericano de Derechos Humanos**

El Sistema interamericano constituye el mecanismo de protección de derechos humanos más importante dentro del continente americano, y forma parte de la Organización de Estados Americanos.

Debe resaltarse que la Organización de Estados Americanos es una organización internacional creada por los Estados del continente americano con el fin de lograr un orden internacional basado en la paz y la justicia, fomentando la solidaridad y defensa de la soberanía, integridad territorial e independencia. Desde su creación, los Estados americanos han adoptado una serie de instrumentos internacionales que se han convertido en la base normativa de un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos, al reconocer estos derechos, establecer obligaciones tendientes a su promoción y protección, y crear órganos destinados a velar por su observancia.<sup>60</sup>

Dentro de los instrumentos internacionales del sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ocupa el lugar central, puesto que da vida a los dos órganos de control del sistema: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se encargan de velar por la plena vigencia de dicho instrumento internacional en el continente americano. En el caso de la Corte Interamericana, es un órgano de naturaleza jurisdiccional, que con su labor

---

<sup>59</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sistema Africano de Derechos Humanos*, Costa Rica, s/a, disponibilidad y acceso: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33357.pdf>, fecha de consulta: 01/10/2017.

<sup>60</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Washington D.C., 2015, disponibilidad y acceso: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/introduccion-documentos-basicos.pdf>, fecha de consulta: 01/10/2017.

jurisprudencial ha venido desarrollando los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de manera invaluable.

Su importancia radica, ante todo, en que a través del sistema interamericano se ha permitido el desarrollo de la protección de los derechos humanos en el continente americano, por ejemplo, a través de la incorporación de tales normativas al derecho interno de los Estados de toda América. Por otra parte, tanto la Comisión como la Corte han contribuido al velar por la eficacia de los derechos humanos en América, puesto que sin dichas instancias hubiera sido imposible alcanzar justicia en una innumerable cantidad de casos en que se han visto afectados gran cantidad de personas.

## **2.7 Responsabilidad internacional y efectos jurídicos ante una eventual violación de Derechos Humanos**

Las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos son vinculantes para los Estados (de conformidad con el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados los Estados partes es un tratado están obligados a su cumplimiento de buena fe, algo que se denomina principio de *pacta sunt servanda*), por lo que su cumplimiento es obligatorio y una eventual violación generará responsabilidad internacional frente al ilícito cometido.

La responsabilidad de los Estados frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es sumamente compleja. Por una parte, este tipo de normas imponen deberes que van más allá de las restantes obligaciones que en el ámbito internacional contraen los Estados: desde un simple deber de respetar, hasta garantizar y proteger los derechos contenidos en los tratados internacionales. Las dos obligaciones generales de los Estados respecto a los derechos humanos, son la de respeto y la de garantía.

En cuanto a la primera: *“la obligación de respeto, consiste en cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. Lo anterior debido a que el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que*

*los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Gros Espiell define el “respeto” como “la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades...”<sup>61</sup>*

La obligación de respeto entonces, se traduce en el deber más evidente que un Estado tiene frente a la norma de Derecho Internacional de los Derechos Humanos: de no violentarla, de que sus representantes no realicen acciones que priven o restrinjan ilícitamente el derecho fundamental de una persona sujeta a su jurisdicción, y que por el contrario, ejerzan los actos tendientes a que el derecho sea efectivo.

Por otra parte, la obligación de garantía: *“implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Gros Espiell establece que esta obligación “supone el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica.”<sup>62</sup>*

En este orden de ideas, la obligación de garantía es sumamente compleja, puesto que conlleva: asegurar el pleno goce de los derechos humanos, proteger a las personas frente a amenazas de violación, adoptar medidas de prevención y combate de graves violaciones a derechos humanos y reparar a quienes han sido objeto de vulneración en tales derechos.

Sin embargo, la existencia de violaciones a derechos humanos por parte de los Estados (que incumplen sus obligaciones en este ámbito) es una realidad. En este sentido, la

---

<sup>61</sup> Steiner, Christian y Patricia Uribe (coordinadores). *Op.Cit.*, pág. 47.

<sup>62</sup> *Ibíd.*, pág. 49.

respuesta del ordenamiento jurídico internacional frente a tales violaciones es la configuración de la denominada responsabilidad internacional de los Estados infractores.

Al respecto es posible afirmar que: *“El estudio y tratamiento de la responsabilidad internacional por violación o atentado a los derechos humanos exige, sin embargo, de algunas precisiones conceptuales. La traslación hacia este campo de los principios aceptados por el Derecho internacional general, de suyo no sería posible sin los ajustes que imponen la naturaleza y el contenido de las obligaciones asumidas en esta materia por los Estados.”*<sup>63</sup>

En este sentido, no son suficientes los principios comunes a todo el Derecho Internacional Público, para poder definir la responsabilidad internacional en que incurre un Estado al violentar normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Es un tema muy discutido, el relativo a las consecuencias que conlleva el hecho de que un Estado sea declarado internacionalmente responsable por violación a derechos humanos: mientras que difícilmente se puede imponer un deber de reparar frente a la ausencia de mecanismos que garanticen la efectividad de las normas de derechos humanos; en el caso del sistema universal y los sistemas regionales de protección de Derechos Humanos, existe todo un aparato encargado de velar por la plena vigencia de las libertades fundamentales de los seres humanos, lo cual facilita la reparación en caso de violación. A manera de ejemplo, es posible citar el artículo 63 numeral 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su parte conducente establece que en caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *“decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención... dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o*

---

<sup>63</sup> Aguiar A., Asdrúbal. *La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, s/a, disponibilidad y acceso: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a9760.pdf>, fecha de consulta: 01/10/2017.

*situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada."*

De lo anterior se determina que, frente a violaciones a derechos humanos, los Estados están en deber de restituir a la persona víctima en el pleno goce de los mismos, y adoptar medidas efectivas para reparar las consecuencias de tal vulneración, mediante el pago de indemnizaciones, por ejemplo. Sin embargo, en caso de ausencia de mecanismos institucionalizados de protección de derechos humanos, como es en el artículo citado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es mucho más complicado constreñir a los Estados a hacerse cargo del daño que ocasionan al lesionar los derechos fundamentales de sus habitantes.

## **2.8 Principales instrumentos internacionales**

Como se indicó al abordar el tema relativo a las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los tratados internacionales contienen muchas de las normas de mayor relevancia para la protección internacional de los derechos y libertades fundamentales del ser humano.

La importancia de las normas convencionales, radica en que se encuentran plasmadas en textos escritos, por lo que no adolecen de la indeterminación propia del derecho consuetudinario. Por otra parte, gran cantidad de estas normas contienen mecanismos de protección que crean elaborados sistemas que se encargan de velar por la efectividad de los derechos humanos de las personas, por lo que hacen viable responsabilizar a los Estados frente a eventuales incumplimientos, así como reclamar reparaciones.

En el caso de las Naciones Unidas: *"El principal instrumento internacional es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que fue adoptada el 10 de diciembre de 1948 en la Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Sin embargo, este no tenía carácter vinculante, por lo que se establecieron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos*

*Económicos, Sociales y Culturales, establecidos el 16 de diciembre de 1966. Ambos pactos abordan de forma más amplia los derechos enumerados en la Declaración y tienen como característica su carácter vinculante que llevan más lejos la Declaración Universal... El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuenta además con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 diciembre de 1966, el cual faculta al Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. También cuenta con el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, del 15 de diciembre de 1989. Además de la Declaración, los Pactos y sus Protocolos que forman la Carta Internacional de Derechos Humanos, existen a nivel internacional más de 80 convenios y declaraciones que abarcan de más específicas acerca de estos derechos.”<sup>64</sup>*

Por otra parte, de conformidad con lo analizado al momento de estudiar lo relativo a los sistemas de protección regional en materia de derechos humanos, existen otros instrumentos internacionales de gran importancia, tales como:

- a) En el caso del Sistema interamericano de protección de los derechos humanos, se encuentran instrumentos internacionales tales como: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención interamericana en materia de tortura; los Protocolos adicionales a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) y pena de muerte; y las Convenciones sobre la violencia contra la mujer, la desaparición forzada de personas, y la discriminación contra las personas con discapacidad; el racismo, la

---

<sup>64</sup> Centro de información de las Naciones Unidas, *Instrumentos internacionales de Derechos Humanos*, México, Cuba y República Dominicana, 2017, disponibilidad y acceso: <http://www.cinu.mx/temas/derechos-humanos/instrumentos-internacionales-d/>, fecha de consulta: 01/10/2017.

discriminación racial y formas conexas de intolerancia y toda forma de discriminación e intolerancia, entre otros.<sup>65</sup>

- b) Del Sistema europeo de protección de los derechos humanos, debe indicarse que sus normas básicas se encuentran en el Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas aprobado en Roma el día 4 de noviembre de 1950. Asimismo, han sido adoptados protocolos adicionales al Convenio que han ido aumentando considerablemente el ámbito de protección que éste otorga. El primero de ellos reconoció derechos que habían quedado, por su carácter controvertido, conscientemente omitidos en el texto del Convenio: el derecho de propiedad, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus convicciones, y el derecho a elecciones libres.<sup>66</sup>
- c) En cuanto al Sistema africano de derechos humanos: *“el principal instrumento convencional con el que cuenta es la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de junio de 1981 en el marco de la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana (OUA), Organización que a partir de 2001 se ha transformado en la Unión Africana (UA).”*<sup>67</sup>

Es posible apreciar que existen un sinnúmero de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. En cuanto al contenido de dichos tratados, es importante analizar los principales derechos que los mismos reconocen.

## **2.9 Principales derechos protegidos a nivel internacional**

Los diversos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos reconocen un conjunto de derechos fundamentales que es oportuno analizar.

---

<sup>65</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Op.Cit.*

<sup>66</sup> López Guerra, Luis. *Op.Cit.*

<sup>67</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sistema Africano de Derechos Humanos*, Costa Rica, s/a, disponibilidad y acceso: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33357.pdf>, fecha de consulta: 01/10/2017.

Dentro del catálogo de derechos humanos de primera generación (civiles y políticos) protegidos internacionalmente se encuentran los siguientes:

- a) El derecho a la vida, reconocido en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (a nivel regional: artículo 4 de la Convención Americana, 2 del Convenio Europeo y 4 de la Carta Africana).
- b) El derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ambos relativos a la prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes). A nivel regional: artículo 5 numeral 1) de la Convención Americana, 3 del Convenio Europeo y 4 de la Carta Africana).
- c) El derecho a la igualdad, reconocido en los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 2, 4, 24, 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (a nivel regional: artículos 23 y 24 de la Convención Americana, 14 del Protocolo número 12 del Convenio Europeo y artículos 2, 3 y 13 de la Carta Africana).
- d) El derecho a la libertad personal que regulan los artículos 1, 3, 4 y 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 9 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A nivel regional se reconocen en los artículos 7 de la Convención Americana, 5 del Convenio Europeo y 6 de la Carta Africana).
- e) El derecho al honor, la vida privada y a la información consagrado en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A nivel regional gozan de reconocimiento en los artículos 11 de la Convención Americana y 8 del Convenio Europeo.
- f) El derecho a la igualdad, reconocido en los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 2, 4, 24, 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (a nivel regional: artículos 23 y 24 de la Convención Americana, 14 del Protocolo número 12 del Convenio Europeo y artículos 2, 3 y 13 de la Carta Africana).
- g) Los derechos políticos, administrativos y de petición, que se recogen en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y 25 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (a nivel regional: artículos 23 de la Convención Americana, 3 del Protocolo número 1 del Convenio Europeo y artículo 13 de la Carta Africana).

- h) El derecho de asilo, nacionalidad y migración, se encuentran regulados en los artículos 13, 14 y 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 12, 13 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (a nivel regional: artículos 20 y 22 de la Convención Americana, 16 del Convenio Europeo y artículo 12 de la Carta Africana).
- i) El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica que contiene el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por otra parte, el mismo se encuentra recogido a nivel regional en el artículo 3 de la Convención Americana sobre derechos humanos.
- j) Los derechos relacionados con la administración de justicia se encuentran reconocidos en los artículos 8 al 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 2, 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, se encuentra protegido a nivel regional en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre derechos humanos; 6 y 13 del Convenio Europeo y 7 de la Carta Africana.
- k) Los derechos de los detenidos, presos y personas sujetas a procedimiento penal están regulados en los artículos 9, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 9, 10, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En la esfera de protección regional, los artículos 7, 8, 9 y 10 de la Convención Americana; 5 y 6 del Convenio Europeo y 6, 7 y 8 de la Carta Africana.
- l) El derecho de propiedad está reconocido en el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. A nivel regional, lo reconocen los artículos 21 de la Convención Americana; 1 del Protocolo adicional 1 del Convenio Europeo; 13 y 14 de la Carta Africana.

Dentro de los derechos humanos de segunda generación (económicos, sociales y culturales), se encuentran los siguientes:

- a) El derecho a la seguridad y asistencia social, que regula el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- b) El derecho a la salud, reconocido en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- c) El derecho a la educación y formación profesional, que el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; así como los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocen. A nivel regional lo regulan el artículo 2 del Protocolo adicional 1 del Convenio Europeo, 12 de la Convención Americana y 17 de la Carta Africana.
- d) El derecho a un nivel de vida digno (vivienda, alimentación, acceso al agua) lo regulan los artículos 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; así como el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- e) El derecho al matrimonio y a una familia, se encuentra regulado en el artículo 16 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A nivel regional lo consagran 8 y 12 del Convenio Europeo, 17 de la Convención Americana, y 18 de la Carta Africana.
- f) Los derechos culturales están consagrados en los artículos 22 y 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- g) El derecho al trabajo que constituye el objeto de regulación del artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en los convenios adoptados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo.

Debido a lo anterior, es posible afirmar que a nivel internacional existe ya un amplio marco normativo que reconoce y protege los derechos fundamentales de la persona humana. Esto constituye uno de los logros más importantes del siglo XX, puesto que significó la posibilidad de que instancias internacionales controlaran la actuación de los Estados en materia de respeto y garantía de tales derechos. De otra manera, los atropellos que podrían cometerse sin que existiera control alguno, serían incontables. De ahí se deriva, ante todo, la importancia de la regulación internacional relativa a los Derechos Humanos.

### **2.10 Ámbito de aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y estados de excepción**

Como se indicó al considerar las diferencias del Derecho Internacional Humanitario con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este último contiene un conjunto de normas de protección de la dignidad humana que tienen vigencia en todo tiempo: no se restringe su aplicabilidad a una situación excepcional (como sucede con las normas humanitarias, plenamente vigentes en tiempo de conflicto armado), sino que se prevé que ordinariamente se encuentren rigiendo la vida dentro de las entidades estatales.

Ahora bien, tampoco puede pretenderse que en aquellos casos en que existan motivos justificados, se obligue a los Estados a dar cumplimiento pleno a las exigencias derivadas de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto da lugar a la discusión en torno a los derechos humanos frente a los denominados estados de excepción.

Es necesario señalar en primer lugar, que: *“No obstante, un estado democrático de derecho puede afrontar diversos peligros, ya sean internos o externos; en este caso, para ponerlo a salvo, pueden suspenderse las garantías de manera temporal y transitoria mientras las condiciones de anormalidad subsistan. A esta situación se le*

*denomina estado de excepción, el que, a pesar de su urgencia, debe respetar el sistema constitucional, así como los derechos humanos esenciales.”<sup>68</sup>*

Los estados de excepción suponen la posibilidad para el Estado obligado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de suspender la plena vigencia de los derechos fundamentales dentro de su territorio, mientras se restablece la normalidad dentro del contexto de grave turbación que está atravesando la propia entidad estatal. Sin embargo, no confieren poderes abusivos a los Estados para omitir el cumplimiento total de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

*Al respecto debe resaltarse que: “Los estados de excepción constituyen mecanismos a los que el Estado debe recurrir en última instancia para lograr el restablecimiento a un estado de normalidad, que asegure el pleno respeto de todas las obligaciones asumidas internacionalmente. Las medidas que adopte el Estado para enfrentar situaciones de crisis grave que pueden eventualmente surgir en la vida del país, deben ser herramientas para salvaguardar la vigencia de los derechos humanos y el Estado de Derecho. Estas medidas deben ser las estrictamente necesarias y proporcionales a la situación. Es importante precisar que los estados de excepción en ningún momento implican discrecionalidad para actuar al margen de la ley y sin control alguno; por el contrario, en estas situaciones el Estado debe estar sometido a controles de legalidad constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y cumplir a cabalidad con los requisitos establecidos en estas normas.”<sup>69</sup>*

Por este motivo, existe un conjunto de normas inderogables que conforman el denominado núcleo duro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estas normas que bajo ninguna circunstancia pueden dejarse sin vigencia (incluso por más gravedad que revista la circunstancia que obliga a decretar un estado de excepción)

---

<sup>68</sup> Dorantes Díaz, Francisco Javier. *Estado de excepción y derechos humanos: antecedentes y nueva regulación jurídica*, México, mayo/agosto de 2012, disponibilidad y acceso: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29896.pdf>, fecha de consulta: 01/10/2017.

<sup>69</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Los estados de excepción en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Guatemala, 2013, disponibilidad y acceso: <http://ww2.oj.gob.gt/cursos/COMPILACION3/docs/Boletines/boletin23.pdf>, fecha de consulta: 01/10/2017.

refleja el mínimo necesario para asegurar la dignidad humana en todo momento (en realidad se trata de derechos fundamentales también tutelados por las normas humanitarias, tales como la vida o la integridad personal).

Dentro de este denominado núcleo duro, es posible encontrar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en su artículo 4 numeral 2) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en su artículo 27 numeral 2) establecen una serie de obligaciones que los Estados partes bajo ninguna circunstancia pueden suspender, inclusive si se encontraran en una situación de estado de excepción. En este mismo orden de ideas, la declaración de un estado de excepción no autoriza la suspensión de: derecho a la vida (regulado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); derecho a la integridad personal (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); prohibición de la esclavitud y servidumbre (artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); prohibición de ser encarcelado por incumplimiento de una obligación contractual (artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); principio de legalidad (artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); protección a la familia (artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); derecho al nombre (artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); derechos del niño (artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); derecho a la nacionalidad (artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); derechos políticos (artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). La Convención Americana sobre Derechos Humanos también incluye la prohibición de

suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de cada uno de los derechos indicados en la lista anterior.

En conclusión, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por objeto (al igual que el Derecho Internacional Humanitario) salvaguardar la dignidad humana. Sin embargo, a diferencia de las normas humanitarias, las que conforman el ordenamiento internacional en materia de derechos humanos, tienen plena aplicabilidad en todo momento (y no solamente en la situación de conflicto armado), por lo que están destinadas para regular en el desenvolvimiento ordinario de la vida humana. Su importancia radica en que sin ellas no existirían mecanismos supranacionales para exigir a los Estados el respeto de los derechos fundamentales de sus habitantes (tal como sucedía antes de la Segunda Guerra Mundial, lo cual dio lugar a tantas atrocidades como cuenta la Historia). Por este motivo, los avances en materia de derechos humanos deben celebrarse en todo momento, puesto que constituyen un baluarte invaluable frente a la arbitrariedad del poder público.

## CAPÍTULO III

### LA OCUPACIÓN MILITAR PROLONGADA

#### 3.1 La ocupación militar

La guerra es una de las formas más antiguas en que los grupos humanos organizados, se han relacionado entre sí. Dentro de las innumerables causas que motivan a dos Estados a combatir, se encuentran aquellas relativas a las disputas territoriales. En general, el territorio es uno de los elementos estructurales previos para la existencia de un Estado, lo cual explica que por su importancia, de lugar a enfrentamientos de todo tipo, incluyendo los de naturaleza armada.

El conflicto armado entre dos Estados, en que exista interés de uno de ellos por tomar posesión del territorio del otro, puede culminar en una situación en la que efectivamente se ejerza control sobre territorio extranjero. El fenómeno anteriormente descrito, se denominada ocupación. Por tratarse de una situación en que intervienen intereses de dos Estados que se relacionan entre sí, la ocupación es regulada por el Derecho Internacional.

##### 3.1.1 Concepto

La ocupación se encuentra definida en el artículo 42 del Reglamento de la Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907, que establece: “*Se considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación no se extiende sino a los territorios donde esa autoridad esté establecida y en condiciones de ejercerse.*” Esta definición, que se podría considerar como normativa, puesto que se encuentra regulada en el tratado internacional indicado, recoge una práctica que desde tiempos inmemoriales viene dándose entre los Estados: el hecho de que un territorio se encuentre bajo la autoridad efectiva de un ejército extranjero enemigo. Dicha definición, permite apreciar que para que se produzca una ocupación, el territorio de un Estado debe quedar total o parcialmente bajo la autoridad efectiva de las fuerzas de otra entidad estatal.

Por otra parte, la ocupación también ha sido objeto de análisis para los más altos tribunales internacionales. En su jurisprudencia, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en su sentencia del caso Neletilic y Martinovic, de fecha 31 de marzo de 2003, párrafos 214 a 216, define a la ocupación como: *“un período de transición que sigue a la invasión y precede al acuerdo de cese de las hostilidades. Esta distinción impone deberes más onerosos a la fuerza de ocupación que a la parte en un conflicto armado internacional.”*<sup>70</sup>

Esta definición hace referencia, por una parte, a la temporalidad de la ocupación, puesto que la considera un período transitorio (es decir, que por su naturaleza no puede ser permanente, aunque no se indica un límite de tiempo máximo para la potencia ocupante); asimismo, este criterio jurisprudencial contiene una nota relativa a las obligaciones que adquieren las fuerzas armadas al ocupar un territorio, puesto que el tribunal indica que los deberes de esta son mayores que los que tiene un grupo armado que solamente combate, pero que todavía no ejerce control efectivo sobre determinado territorio.

En cuanto a los elementos que deben concurrir para que exista una situación o estado de ocupación, en aquellos territorios que han quedado bajo control de fuerzas militares hostiles, el citado Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, ha referido que para que configure un estado de ocupación, deben apreciarse los siguientes lineamientos:

1. *“La fuerza de ocupación debe estar en posición de sustituir su propia autoridad por aquella de las autoridades ocupadas, las cuales deben haberse tornado incapaces de funcionar públicamente;*
2. *Las fuerzas enemigas deben haberse rendido, haber sido derrotadas o haberse retirado. En este respecto, las áreas de batalla no pueden ser consideradas como territorio ocupado. Sin embargo, la resistencia local esporádica, aún exitosa, no afecta la realidad de la ocupación;*

---

<sup>70</sup> Human Rights Watch. *Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad: compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*, Universidad Iberoamericana, México D.F., 2010, pág. 50-51.

3. *La fuerza de ocupación tiene suficiente fuerza presente, o la capacidad para enviar tropas, dentro de un tiempo razonable, para hacer sentir la autoridad de dicha fuerza de ocupación;*
4. *Se ha establecido sobre el territorio una administración temporal;*
5. *La fuerza de ocupación ha expedido y ha impuesto directivas a la población civil.”*<sup>71</sup>

En este sentido, únicamente puede hablarse de ocupación cuando existe un control efectivo sobre el territorio ocupado, por parte de la potencia ocupante.

En la doctrina, Fernández Flores, citado en la Enciclopedia Jurídica en línea, afirma que la ocupación se trata de: *“un hecho que origina una situación jurídica que no afecta sustancialmente a la soberanía del país ocupado. Tiene un carácter provisional, hace coexistir dos ordenamientos jurídicos y otorga una especial administración a las fuerzas ocupantes.”*<sup>72</sup>

Esta descripción es de gran importancia, debido a que reitera el carácter temporal de la ocupación, así como hace referencia al hecho de que ocupar un territorio no es sinónimo de colonizarlo ni atentar contra su soberanía, sino que más bien se trata de un estado de hecho especial en que el territorio queda bajo la administración de la potencia ocupante; pero que el territorio ocupado y su población no quedan privados de derechos, sino que al contrario, se encuentran protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

### **3.1.2 El Derecho de la ocupación**

En cuanto a la situación de ocupación militar, está comprendida dentro del ámbito de aplicación de algunos de los principales instrumentos internacionales de naturaleza humanitaria. A esta particular área del Derecho Internacional Humanitario, se le denomina derecho de la ocupación, y como indica el Comité Internacional de la Cruz Roja, su aplicabilidad: *“no depende de que el Consejo de Seguridad haya aprobado la*

---

<sup>71</sup> Human Rights Watch. *Op.Cit.*, pág. 51.

<sup>72</sup> Enciclopedia Jurídica, *Ocupación de Guerra*, 2014, disponibilidad y acceso: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/ocupacion-de-guerra/ocupacion-de-guerra.htm>, fecha de consulta: 27/10/2017.

*ocupación, ni del objetivo que ésta persiga, ni de la calificación que reciba, "invasión", "liberación", "administración" u "ocupación." Como el derecho de la ocupación se fundamenta, sobre todo, en consideraciones de índole humanitaria, su aplicación se determina únicamente a partir de los hechos que ocurren sobre el terreno.*"<sup>73</sup>

Dentro de las principales normas humanitarias aplicables a la ocupación, se encuentran: el Reglamento de la Haya de 1907, los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (particular importancia tiene en lo relativo a la ocupación, el cuarto Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra), el Protocolo Adicional I a los referidos Convenios de Ginebra, así como otras normas de índole consuetudinaria.

Es decir, que existe todo un cuerpo normativo que se encarga de proteger los valores fundamentales para la dignidad humana dentro de la situación de ocupación, por lo que existen limitaciones de diversa índole para los ocupantes, sin que el hecho de someter a la autoridad de un territorio extranjero pueda equipararse a un pase abierto para cometer todo tipo de atrocidades. Esta preocupación por regular mediante normas obligatorias la ocupación, es de antigua data, a continuación se precisarán los principales hechos al respecto del origen y evolución del derecho de la ocupación.

### **3.1.2.1 Origen y evolución histórica**

Con respecto al origen de la regulación jurídica de la ocupación militar, conviene indicar que se remonta al siglo XVIII. Sin embargo, en la forma como se conoce actualmente, el artículo 42 del Reglamento de La Haya de 1907 tiene su origen en los artículos 2 y 3 de la Declaración de Bruselas de 1874, que determinaban que en caso la autoridad de la potencia legítima sobre el territorio ocupado se suspenda, y pase de hecho a manos de la potencia ocupante, ésta tomará todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y garantizar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos. Añadiendo a continuación, que con este fin, la potencia ocupante deberá mantener las leyes que se

---

<sup>73</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *La ocupación y el derecho internacional humanitario: preguntas y respuestas*, Ginebra, Suiza, 4 de agosto de 2004, disponibilidad y acceso: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/63xknp.htm>, fecha de consulta: 28/10/2017.

hallaban vigentes en el país en tiempo de paz y no las modificará, suspenderá ni sustituirá a menos que sea necesario. A primera vista, esta regulación parece contradictoria, puesto que mientras que el artículo 2 de dicha Declaración confiere a los ocupantes amplia autoridad legislativa, el artículo 3 condiciona el ejercicio de esa competencia al concepto de la necesidad. No obstante, cuando los artículos 2 y 3 de la Declaración de Bruselas se consideran en conjunto, queda claro que tanto el poder de modificar, suspender o reemplazar previsto en el artículo 3, como el poder de sancionar previsto en el artículo 2, pueden ejercerse solamente en caso de necesidad. Si bien la Declaración de Bruselas nunca entró en vigor, el contenido normativo y la estructura del texto (la norma general acerca de la autoridad legislativa del ocupante, sujeta a la excepción en caso de necesidad) se insertaron en los artículos 43 y 44 del *Manual de Oxford*, adoptado por el Instituto de Derecho Internacional en 1880. Más adelante, las dos disposiciones aparentemente incongruentes de la Declaración de Bruselas se integraron en la disposición única introducida en el texto francés auténtico de los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907.<sup>74</sup> El último de los tratados internacionales referidos (es decir, el Reglamento de La Haya de 1907), constituye la norma rectora en la materia actualmente.

Algunos años después, tras la experiencia de dos guerras mundiales, serían adoptados los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, cuyo cuarto convenio constituye el marco jurídico principal de protección para la población civil en territorios ocupados. El Protocolo Adicional I a dichos convenios también vino a fortalecer la protección para este tipo de supuestos. Sin embargo, debe afirmarse que el ordenamiento jurídico, mucho más en materias tan delicadas como las normas relativas a la guerra, se encuentra en constante evolución, por lo que debe no concluirse que se trata ya de una materia acabada, sino que se espera que paulatinamente se vayan adoptando reglas cada vez más completas para abordar estas situaciones de ocupación de territorios extranjeros.

---

<sup>74</sup> Arai-Takahashi, Yutaka. "Preocupados por la ocupación: análisis crítico de la evolución histórica del derecho de la ocupación", *International Review of the Red Cross*, No. 885, Marzo de 2012, pág. 60-62.

### 3.1.2.2 **Ámbito de aplicación**

Conviene indicar que el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, determina que la situación de ocupación, haya o no resistencia armada por parte del territorio ocupado al producirse, está dentro del ámbito de aplicación de dichos convenios. Lo anterior es una disposición bien justificada, por el hecho de que esta normativa ofrece una protección amplia a aquellos que pueden resultar afectados por la ocupación (principalmente, la población civil, que al no participar en las hostilidades, queda vulnerable frente a los posibles abusos de la potencia ocupante).

Por ende, es posible afirmar que la ocupación militar es una situación de carácter principalmente fáctico, que no requiere mayores formalidades, sino únicamente darse de hecho el sometimiento del territorio ocupado a las autoridades de la potencia ocupante, sin que incluso sea necesaria la existencia de resistencia armada al momento de la invasión. Más allá de ello, se trata de una situación que típicamente forma parte del ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

### 3.1.2.3 **Principios**

En todo caso, los principios jurídicos que se extraen de las normas que rigen el derecho de la ocupación (Reglamento de la Haya, Convenios de Ginebra y su protocolo Adicional I, normas consuetudinarias), son los siguientes:

1. *“El ocupante no adquiere soberanía sobre el territorio.*
2. *La ocupación es sólo una situación temporal y los derechos del ocupante se limitan a la duración de ese período.*
3. *La Potencia ocupante debe respetar las leyes vigentes en el territorio ocupado, salvo que constituyan una amenaza a su seguridad o un obstáculo a la aplicación del derecho internacional de la ocupación.*
4. *La Potencia ocupante debe tomar las medidas para restablecer y asegurar, en cuanto sea posible, el orden público y la seguridad.*
5. *En toda la medida de sus medios, la Potencia ocupante tiene el deber de asegurar y mantener niveles suficientes de sanidad y de higiene públicas, así como abastecer en víveres y productos médicos a la población del territorio ocupado.*

6. *No se podrá obligar a los habitantes de un territorio ocupado a servir en las fuerzas armadas del ocupante.*
7. *Se prohíben los traslados en masa o individuales de índole forzosa desde el territorio ocupado y dentro de él.*
8. *Se prohíben los traslados de la población civil de la Potencia ocupante al territorio ocupado, independientemente de que sean de índole forzosa o voluntaria.*
9. *Se prohíben los castigos colectivos.*
10. *Se prohíbe tomar rehenes.*
11. *Se prohíben las represalias contra las personas protegidas o contra sus bienes.*
12. *Se prohíbe al ocupante confiscar propiedades privadas.*
13. *Se prohíbe la destrucción o incautación de bienes del enemigo, salvo en caso de necesidad militar imperiosa durante la conducción del conflicto.*
14. *Se deben respetar los bienes culturales.*
15. *Las personas acusadas de infracciones penales serán enjuiciadas mediante procesos que respeten las garantías judiciales reconocidas en el plano internacional (por ejemplo, la persona debe ser informada sobre los motivos de su arresto, acusada por una infracción específica, y sometida sin demora a un juicio equitativo).*
16. *Se debe permitir a los delegados del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja efectuar sus actividades humanitarias. En particular, se debe facilitar al Comité Internacional de la Cruz Roja el acceso a todas las personas protegidas, dondequiera que se encuentren y estén o no privadas de libertad.”<sup>75</sup>*

Todas estas obligaciones que el Derecho Internacional Humanitario impone a la potencia ocupante, encuentran su sentido en la naturaleza temporal de la ocupación: como estado transitorio, se busca únicamente que las autoridades ocupantes satisfagan las necesidades de la población que habita el territorio ocupado, durante el tiempo en que dure tal situación; así como que no se cometan arbitrariedades en contra de estas personas, pero no justifica que la potencia ocupante ejerza soberanía sobre el territorio ocupado, despojando así del mismo al Estado que ha sido vencido.

---

<sup>75</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *La ocupación y el derecho internacional humanitario: preguntas y respuestas*, Op.Cit.

Por ello, el principio fundamental aplicable a la ocupación, que sirve de sustento a todas las demás prescripciones que rigen la ocupación, es el denominado conservacionista, que busca preservar el *statu quo ante*, es decir, la situación previa a la ocupación y limitar los efectos de la misma, con el objeto de que, transcurrido el tiempo estrictamente necesario, termine el estado de ocupación y el territorio nuevamente sea administrado por sus autoridades ordinarias.

La necesidad del principio conservacionista se justifica en el derecho que tiene la población del territorio ocupado, a que sus vidas se vean lo menos afectadas después de la ocupación. Si se permitiera que la potencia ocupante hiciera lo que le plazca en el territorio ocupado, sin límite alguno, y haciendo modificaciones sustanciales en el orden del mismo, se estaría retrocediendo a etapas históricas en que los habitantes de los territorios ocupados eran objeto de atropellos con ocasión de procesos como la colonización. Sin embargo, actualmente se persigue que aun en la situación excepcional que constituye la ocupación, el respeto a la dignidad humana esté vigente en todo momento, y que, en consecuencia, no se altere sustancialmente la vida de las personas que viven en el territorio ocupado.

#### **3.1.2.4 Obligaciones de la potencia ocupante**

El régimen internacional que regula la ocupación establece diversas obligaciones a cargo de las potencias ocupantes, como consecuencia del rol excepcional que desempeñan estas últimas como administradoras de los territorios sometidos a su control.

En primer lugar, de acuerdo con el artículo 43 del Reglamento de La Haya, la potencia ocupante tiene la obligación de restablecer y mantener el orden público y la seguridad en los territorios bajo control de sus fuerzas armadas.

Asimismo, la potencia ocupante tiene la obligación de garantizar el suministro de alimentos y medicinas a los habitantes del territorio ocupado. Lo anterior tiene su fundamento en el artículo 55 del Cuarto Convenio de Ginebra, que dispone: “*En toda la*

*medida de sus recursos, la Potencia ocupante tiene el deber de abastecer a la población en víveres y productos médicos; deberá, especialmente, importar víveres, medicamentos y cualquier otro artículo necesario cuando sean insuficientes los recursos del territorio ocupado. La Potencia ocupante no podrá requisar víveres, artículos o suministros médicos que haya en territorio ocupado nada más que para sus tropas y su personal de administración; habrá de tener en cuenta las necesidades de la población civil. A reserva de lo estipulado en otros convenios internacionales, la Potencia ocupante deberá tomar las medidas adecuadas para que toda requisa sea indemnizada en su justo precio.”*

En complemento de lo anterior, el artículo 56 establece: *“En toda la medida de sus medios, la Potencia ocupante tiene el deber de asegurar y mantener, con la colaboración de las autoridades nacionales y locales, los establecimientos y los servicios médicos y hospitalarios, así como la sanidad y la higiene públicas en el territorio ocupado, en particular tomando y aplicando las medidas profilácticas y preventivas necesarias para combatir la propagación de enfermedades contagiosas y de epidemias. Se autorizará que el personal médico de toda índole cumpla su misión.”*

Las disposiciones relativas a la obligación de la potencia ocupante de prestar alimentos y medicamentos a la población del territorio ocupado, se fundamenta sobre todo en la posición que asume de garante del bienestar de quienes se encuentran desprotegidos, al haber sido desestructuradas las autoridades que normalmente llevan a cabo tales funciones antes de la ocupación. Consideraciones elementales de humanidad, obligan a establecer normas que determinen que aquel que se encuentra ejerciendo el poder efectivamente sobre el territorio ocupado, sea quien asuma el deber de asegurar que la población tendrá lo mínimo para subsistir.

Con ocasión de la naturaleza temporal de la ocupación militar, el artículo 64 del Cuarto Convenio de Ginebra regula lo siguiente: *“Permanecerá en vigor la legislación penal del territorio ocupado, salvo en la medida en que pueda derogarla o suspenderla la Potencia ocupante, si tal legislación es una amenaza para su seguridad o un obstáculo*

*para la aplicación del presente Convenio.*” Esta disposición halla su sustento en el principio conservacionista, puesto que se trata de limitar al mínimo los efectos de la ocupación, así como restringir la actuación de la potencia ocupante, con el objeto de impedir que realice cambios sustanciales que dificulten que, una vez terminado el estado de ocupación, el territorio regrese a su estado anterior.

Por estos mismos motivos, las atribuciones de la potencia ocupante para promulgar disposiciones legales son más bien limitadas. En este orden de ideas, el artículo 64 del cuarto Convenio de Ginebra dispone: *“la Potencia ocupante podrá imponer a la población del territorio ocupado las disposiciones que sean indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio, y garantizar la administración normal del territorio y la seguridad, sea de la Potencia ocupante sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación, así como de los establecimientos y de las líneas de comunicación que ella utilice.”*

El cuarto Convenio de Ginebra regula en su artículo 54 que la potencia ocupante no puede modificar el estatuto de los jueces y los funcionarios públicos: disposición que también se deriva del principio conservacionista. En concordancia con lo anterior, el artículo 64 del precitado convenio establece que los tribunales existentes han de seguir desempeñando su función y continuarán teniendo competencia respecto de los delitos comprendidos en el derecho penal interno cometidos por habitantes del territorio ocupado. No obstante, en ausencia de un sistema judicial operativo, la potencia ocupante puede establecer sus propios tribunales para desempeñar las funciones del poder judicial ordinario siempre que apliquen la legislación existente.

La regulación del artículo 74 del cuarto Convenio de Ginebra también dispone que en caso la potencia ocupante considere necesario, por razones imperiosas, tomar medidas de seguridad con respecto a las personas protegidas, podrá imponerles, como máximo, una residencia forzosa o internarlas. Al respecto el artículo citado especifica lo siguiente: *“Las decisiones relativas a la residencia forzosa o al internamiento se tomarán según un procedimiento legítimo, que determinará la Potencia ocupante de*

*conformidad con las disposiciones del presente Convenio. En tal procedimiento se debe prever el derecho de apelación de los interesados. Se decidirá, por lo que atañe a esta apelación, en el más breve plazo posible. Si se mantienen las decisiones, serán objeto de revisión periódica, a ser posible semestral, por un organismo competente constituido por dicha Potencia.”*

Es importante citar también el contenido del artículo 31 del cuarto Convenio de Ginebra, que dispone: *“No podrá ejercerse coacción alguna de índole física o moral contra las personas protegidas, en especial para obtener de ellas, o de terceros, informaciones.”* Esto se complementa con lo que regula el artículo 32 del mismo instrumento internacional: *“Las Altas Partes Contratantes se prohíben expresamente emplear toda medida que pueda causar sufrimientos físicos o la exterminación de las personas protegidas que estén en su poder. Esta prohibición se aplica no solamente al homicidio, a la tortura, a los castigos corporales, a las mutilaciones y a los experimentos médicos o científicos no requeridos por el tratamiento médico de una persona protegida, sino también a cualesquiera otros malos tratos por parte de agentes civiles o militares.”*

Por ende, puede indicarse que las personas protegidas, tanto si se encuentran detenidas o cumpliendo una pena de prisión como si no están privadas de libertad, no deben ser expulsadas del territorio ocupado. Al respecto, el artículo 49 del cuarto Convenio de Ginebra establece que: *“Los traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no, están prohibidos, sea cual fuere el motivo.”*

En el caso de estas últimas disposiciones que se han citado, es necesario resaltar que tutelan bienes jurídicos de gran importancia para la comunidad internacional, por lo que gozan de protección penal, y en el supuesto de que se infrinjan (por ejemplo, ordenando exterminios, traslados forzosos, entre otros) se configuraría un crimen contra la humanidad.

En cuanto a la normativa del Reglamento de La Haya obliga, en virtud de su artículo 46, a las potencias ocupantes a respetar la propiedad privada dentro del territorio ocupado, puesto que en su artículo 55 dispone que: *“la potencia ocupante no debe considerarse sino como administrador y usufructuario de los edificios públicos, inmuebles, bosques y explotaciones agrícolas.”*

De conformidad con las disposiciones normativas anteriormente citadas, es posible apreciar que el derecho de la ocupación se cimienta sobre la base de que la potencia ocupante tiene un conjunto de obligaciones, derivadas de su propia condición de garante del bien público que debe imperar en el territorio ocupado, cuyas propias autoridades se ven impedidas de hacer esto por sí solas. Por este motivo, la potencia ocupante deberá cumplir con abastecer a la población civil de lo necesario para su subsistencia, así como de medicamentos, atención sanitaria, darles un trato digno y, en la medida de lo posible, no modificar la legislación interna del territorio ocupado.

### **3.1.2.5 Derechos de la potencia ocupante**

Dentro de los derechos que el ordenamiento jurídico internacional reconoce a la potencia ocupante, están los siguientes:

- a) La potencia ocupante podrá imponer a la población del territorio ocupado las disposiciones que sean indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio, y garantizar la administración normal del territorio y la seguridad. Asimismo, la potencia ocupante podrá derogar o suspender la legislación penal del territorio ocupado en la medida que amenaza su seguridad o impide la aplicación del cuarto Convenio de Ginebra (de conformidad con el artículo 64 de dicho Convenio).
- b) La potencia ocupante podrá incautar toda propiedad mueble del Estado que sea útil para las operaciones militares, de conformidad con el artículo 53 del Reglamento de La Haya. En todo caso, conviene reiterar que el ocupante no adquiere la propiedad de los bienes inmuebles públicos en el territorio ocupado, ya que sólo actúa como administrador temporal.

- c) La potencia ocupante, siempre que respete las restricciones relacionadas con la explotación y uso, puede utilizar la propiedad pública, incluidos los recursos naturales, pero debe proteger su valor de capital según las reglas del usufructo, de conformidad con el artículo 55 del Reglamento de La Haya.

### **3.1.2.6 Derechos de la población civil que habita el territorio ocupado**

La población civil goza de protección especial en caso de ocupación, debido a la categoría especial que tiene dentro del Derecho Internacional Humanitario. Los principales derechos de la población civil, son los siguientes:

- a) La población civil tiene derecho a que la potencia ocupante le garantice un suministro suficiente de alimentos y medicinas, así como de que se le asegure que se dispondrán de servicios médicos y hospitalarios, conforme a los artículos 55 y 56 del Cuarto Convenio de Ginebra.
- b) De conformidad con el artículo 74 del Cuarto Convenio de Ginebra, a la población civil únicamente en caso de razones imperiosas de seguridad, se les podrá imponer como máximo la medida de residencia forzosa o internamiento, siempre garantizándoles el derecho a un debido proceso y a la revisión en apelación de las medidas asumidas.
- c) Según los artículos 31 y 32 del Cuarto Convenio de Ginebra, la población civil goza de protección frente a *coacciones de índole física o moral; en especial, está prohibido hacerles objeto de molestias con el objeto de obtener informaciones*. En consecuencia, tampoco se les podrá hacer padecer sufrimientos físicos u objeto de exterminio: lo cual implica prohibición de homicidio, tortura, castigos corporales, mutilaciones, experimentación científica, así como cualesquiera otros malos tratos por parte de la potencia de ocupación.
- d) La población civil goza del derecho a que, sin importar si se encuentran en libertad o cumpliendo detención, a no ser expulsadas del territorio ocupado, debido a que el artículo 49 del Cuarto Convenio de Ginebra prohíbe los traslados en masa o individuales, de índole forzosa así como las deportaciones, desde el territorio ocupado hacia cualquier otro territorio.

e) En todo caso, gozan de los derechos que en general les reconoce el Derecho Internacional Humanitario (especialmente la totalidad de las disposiciones del Cuarto Convenio de Ginebra) en tanto que se trata de una categoría de personas protegidas, por su especial vulnerabilidad dentro del contexto de la ocupación.

### **3.1.2.7 La privación de libertad en la ocupación**

De conformidad con el Comité Internacional de la Cruz Roja los prisioneros de guerra son miembros de las fuerzas armadas y de otras milicias que han sido capturados y que reúnen las condiciones establecidas en el III Convenio de Ginebra, por lo que en todo caso (aun el de la ocupación) gozan de los derechos conferidos por el referido Convenio. Por otra parte, todas las otras personas civiles retenidas en territorio ocupado están protegidas por el Cuarto Convenio de Ginebra, salvo muy pocas excepciones, como los nacionales de la Potencia ocupante o sus aliados (que no entrarían dentro de la categoría que protege el precitado convenio). Sin embargo, las personas privadas de libertad por razones relacionadas con la situación de ocupación en ningún caso pueden quedar fuera de las normas consuetudinarias fundamentales que garantiza el artículo 75 del Protocolo adicional primero a los Convenios de Ginebra.<sup>76</sup>

Los prisioneros de guerra y los internados civiles deben ser liberados sin demora después del fin de las hostilidades. Sin embargo, los acusados de infracciones procesables podrán ser retenidos hasta que finalice el proceso penal o hasta que hayan cumplido la sentencia, de conformidad con el artículo 114 del Tercer Convenio de Ginebra, así como el artículo 133 del Cuarto Convenio de Ginebra. Hasta su liberación y mientras se encuentren bajo la autoridad del ocupante, todas las personas en custodia están protegidas por el derecho internacional humanitario, según el artículo 5 numeral 1º. del Tercer Convenio de Ginebra y el artículo 6 numeral 4º. del Cuarto Convenio de Ginebra.

---

<sup>76</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, *La ocupación y el derecho internacional humanitario: preguntas y respuestas*, Op.Cit.

Todas estas disposiciones buscan garantizar el mínimo de humanidad necesario, así como el respeto de la libertad y dignidad humana, que se ven gravemente comprometidos en una situación de ocupación (basta recordar los graves abusos que se cometieron por parte de potencias ocupantes en el pasado inmediato a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, tales como las efectuadas por la Alemania nacionalsocialista, para encontrar el fundamento y justificaciones de todas estas disposiciones aplicables a la privación de libertad en territorios ocupados).

### **3.1.2.8 Terminación de la ocupación**

Según el Comité Internacional de la Cruz Roja, la ocupación normalmente concluye cuando la potencia ocupante se retira o es expulsada del territorio ocupado. Sin embargo, el hecho de que las tropas extranjeras permanezcan presentes en el territorio no significa necesariamente que la ocupación continúe. Por lo general, cuando la autoridad se transfiere a un gobierno nacional y se restablece así el libre y pleno ejercicio de la soberanía, el estado de ocupación concluye, aun si el gobierno consiente en que tropas extranjeras sigan presentes en su territorio. No obstante, el derecho de la ocupación puede volver a aplicarse si la situación sobre el terreno cambia, es decir, si el territorio nuevamente se encuentra de hecho colocado bajo la autoridad del ejército enemigo, de conformidad con la definición de ocupación anteriormente citada que se encuentra contenida en el artículo 42 del Reglamento de La Haya, es decir, bajo el control de fuerzas extranjeras sin el consentimiento de las autoridades nacionales.<sup>77</sup>

### **3.1.2.9 Principales normas aplicables a la ocupación**

El Derecho de la ocupación, como parte del Derecho Internacional Humanitario, está conformado por un conjunto de normas jurídicas destinadas a regir en la situación que se presenta al momento en que un territorio es sometido a la autoridad de una potencia militar extranjera. Diversas normas (tanto del Derecho de Ginebra como del de La Haya) están destinadas a regular la ocupación, dentro de las que sobresalen como normas convencionales principales, las siguientes: el Cuarto Convenio de Ginebra y el Reglamento de La Haya de 1907. Sin embargo, además de las normas convencionales,

---

<sup>77</sup> *Loc. Cit.*

el derecho consuetudinario también forma parte importante de la protección que se presta en caso de ocupación.

En este orden de ideas, es posible afirmar que: *“la ocupación parece estar debidamente contemplada por el derecho convencional y el derecho consuetudinario, hasta el punto de que el derecho de la ocupación generalmente constituye uno de los aspectos clásicos del Derecho Internacional Humanitario. Ya durante la Guerra de Secesión estadounidense, se impuso una serie de obligaciones a las fuerzas de ocupación, que figuran en el código del ejército de los Estados de la Unión, redactado por el profesor Francis Lieber. En el derecho internacional, la tercera sección del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, que figura como anexo a las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, se titula De la autoridad militar en el territorio del Estado enemigo. Los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977 introdujeron restricciones adicionales sobre la conducta de las fuerzas de ocupación, de modo que en la actualidad los poderes de las fuerzas de ocupación se rigen por estos instrumentos, cuyas disposiciones derivan, en su mayoría, del derecho internacional consuetudinario.”*<sup>78</sup>

#### **A. Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales**

Los cuatro Convenios de Ginebra contienen disposiciones aplicables a la ocupación, debido a que el artículo 2 común a dichos instrumentos internacionales, recoge dentro del ámbito de aplicación de los mismos, la situación que se produce ante la ocupación total o parcial del territorio de un Estado parte en los convenios.

Ahora bien, por el desarrollo que sus disposiciones contienen en relación con la protección a la población civil en territorios ocupados, es el Cuarto Convenio de Ginebra el que mayor complejidad tiene en su regulación respecto a dicha situación, concretamente establece una serie de obligaciones para la potencia ocupante y derechos para la población civil (los cuales fueron ya desarrollados con anterioridad).

---

<sup>78</sup> Bernard, Vincent. “Editorial: Ocupación”, *International Review of the Red Cross*, No. 885, Marzo de 2012, pág. 5-6.

Por otra parte, también el Protocolo Adicional Primero a los Convenios de Ginebra es aplicable a la situación de ocupación, por lo que sus disposiciones de protección a los enfermos, heridos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil, son de gran importancia en el contexto de un territorio ocupado.

### **B. El Reglamento de La Haya de 1907**

El Reglamento de La Haya de 1907 es la otra gran fuente de normas convencionales relativas a la ocupación militar. Su importancia radica, ante todo, en que contiene una definición de la ocupación de la que se desprende su carácter transitorio; así como debido a que preceptúa que la potencia ocupante únicamente es administradora del territorio ocupado y que no ejerce soberanía sobre el mismo. Por este motivo, su trascendencia es enorme, puesto que establece el marco de derechos y deberes a los que deben sujetar sus actuaciones las potencias ocupantes durante el estado de ocupación.

### **C. Derecho Internacional Humanitario consuetudinario**

El derecho de la ocupación no solamente está conformado por normas de naturaleza convencional (como son el Reglamento de La Haya de 1907 y los cuatro Convenios de Ginebra), sino también por normas de índole consuetudinaria. En cuanto la importancia de tales normas, radica en el hecho de que complementan y regulan aquellas situaciones que no se encuentran previstas en los convenios y tratados internacionales. Su contenido está referido principalmente a proteger a quienes no participan en hostilidades y limitar los medios y métodos de combate.

En lo que respecta a la ocupación militar, las normas consuetudinarias relativas a la limitación de métodos y medios de hacer la guerra (impidiendo, por ejemplo, hacer pasar hambre a la población civil o hacerla objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes) son plenamente aplicables a los territorios ocupados, y resultan necesarias para salvaguardar la dignidad humana en el contexto de un estado de ocupación.

## 3.2 La ocupación militar prolongada

La ocupación militar es una situación de naturaleza excepcional que se produce cuando el territorio de un Estado cae bajo la autoridad de una potencia o ejército enemigo. Por su propia naturaleza, la ocupación es una situación que se prevé temporal. Sin embargo, la verdadera problemática surge cuando en la realidad se dan ocupaciones que dejan de ser temporales, y se prolongan por un lapso de tiempo indeterminado, que puede durar hasta décadas, volviendo hasta cierto punto ineficaces las normas que regulan dicha institución dentro del Derecho Internacional Humanitario.

A manera de ejemplo, está la situación de ocupación militar israelí sobre la totalidad de los territorios palestinos (Cisjordania, la Franja de Gaza y Jerusalén Este), que está próxima a cumplir cincuenta años (puesto que data del año 1967),<sup>79</sup> lo que ha dado lugar a reflexiones de todo tipo frente a una denominada “ocupación militar prolongada.”

### 3.2.1 Definición

Para poder establecer el significado de ocupación militar prolongada, concepto que parece más bien contradictorio, es importante acudir a los principales estudiosos en la materia. Vaios Koutroulis, citando a Roberts, indica que una ocupación prolongada: “*es aquella que tiene lugar durante más de cinco años y se extiende a un período en el que las hostilidades se reducen drásticamente, es decir, un período que se asemeja a un tiempo de paz. Así, para Roberts, la ocupación prolongada tiene dos características: una temporal (cinco años) y otra esencial, que se relaciona con la ausencia casi total de hostilidades.*”<sup>80</sup> El citado autor complementa lo anterior, al señalar que: “*En opinión de Yoram Dinstein, una ocupación prolongada se asociaría únicamente con la duración. Este autor, sin embargo, introduce otra distinción al proponer la existencia de ocupaciones “semiprolongadas”, cuya duración se extiende “algunos años (en lugar de*

---

<sup>79</sup> Rodríguez, Olga. “Israel, Palestina: cómo empezó todo”, *El Diario.es*, España, 22 de julio de 2014, disponibilidad y acceso: [http://www.eldiario.es/zonacritica/Israel-Palestina-empezo\\_6\\_284231595.html](http://www.eldiario.es/zonacritica/Israel-Palestina-empezo_6_284231595.html), fecha de consulta: 28/10/2017.

<sup>80</sup> Koutroulis, Vaios. “La aplicación del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos en situaciones de ocupación prolongada: ¿solo es cuestión de tiempo?” *International Review of the Red Cross*, No. 885, Marzo de 2012, pág. 107.

décadas).” Menciona al respecto ocupaciones que se prolongaron durante poco más de tres años.”<sup>81</sup>

Lo anterior, permite apreciar todavía discusiones en la doctrina respecto a lo que debe entenderse como ocupación militar prolongada. Es evidente que no se trata de un concepto sencillo, pues las propias normas jurídicas que regulan la ocupación militar, no contienen una referencia expresa respecto al tiempo que dicha situación debe durar. Es decir, del espíritu del Reglamento de la Haya de 1907 y el cuarto Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, se establece que la naturaleza de la ocupación es temporal y excepcional, no pudiendo prolongarse a perpetuidad, pero más allá de ello, en cada caso debe establecerse qué tipo de ocupación puede considerarse “prolongada.”

No obstante las controversias doctrinarias al respecto del límite de tiempo que permite considerar que una ocupación militar es prolongada; no debe por ello caerse en el error de pensar que se trata de un problema que es solamente invención de los estudiosos del Derecho Internacional Humanitario. Han existido y existen diversos ejemplos prácticos de ocupaciones que podrían calificarse como prolongadas; aunque, tal y como indica Vaios Koutroulis: *“la ausencia de una definición precisa de ocupación prolongada genera incertidumbre a la hora de seleccionar antecedentes pertinentes para su estudio. Sin embargo, el ejemplo más importante de ocupación prolongada es el de los territorios palestinos por parte de Israel. De hecho, es principalmente en referencia a los territorios palestinos ocupados que se ha empleado el concepto de ocupación prolongada principalmente en el contexto de la Organización de las Naciones Unidas, en la jurisprudencia y en la bibliografía jurídica.”*<sup>82</sup>

El ejemplo paradigmático de ocupación militar prolongada que ofrecen los territorios palestinos, es sumamente complejo. Se trata de una situación de ocupación que ha perdurado por décadas, y que ha requerido y sigue requiriendo demasiada fuerza

---

<sup>81</sup> *Loc.Cit.*

<sup>82</sup> Koutroulis, Vaios. *Op.Cit.*, pág. 109.

militar, física e intelectual. Además de crear divisiones y odio entre la población palestina e israelí; sin dejar a un lado otras implicaciones políticas, económicas y sociales, tales como: la distorsión de la historia de ambos pueblos, discursos nacionales forzados, y el mal uso de los recursos naturales. El conjunto de la región podría beneficiarse enormemente con la interacción y la cooperación de las diversas naciones que viven allí, mientras que, actualmente, los presupuestos militares demandan una fortuna.<sup>83</sup> Pero más allá de las dificultades que implica para ambas partes (Israel y Palestina) seguir sosteniendo una ocupación de esta índole, así como del hecho de que tal situación resulta manifiestamente violatoria del Derecho Internacional, la realidad es que continúa y seguirá así por algún tiempo más, planteando cada vez mayores dificultades prácticas al derecho de la ocupación vigente en la actualidad.

Finalmente, es importante agregar que a criterio de la autora de la presente investigación, la ocupación militar prolongada se caracteriza por tratarse de un supuesto de ocupación en que el período en que la potencia ocupante mantiene bajo su autoridad al territorio ocupado se dilata en el tiempo por un período demasiado amplio, con lo cual termina aproximándose a otros conceptos tales como el de colonización. Sin embargo, constituye un concepto complejo por llevar implícito un contrasentido: la ocupación debe de ser temporal, por lo que al prolongarse, en cierto sentido, se contradice su propia esencia.

### **3.2.2 Ocupación prolongada y Derecho Internacional Humanitario**

Como se ha indicado en reiteradas oportunidades dentro del presente capítulo, la situación de ocupación en que se encuentran los territorios sujetos a la autoridad de una potencia extranjera, es algo que tradicionalmente ha formado parte del ámbito material de regulación de las normas humanitarias, de conformidad con el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, así como al Reglamento de La Haya de 1907. Sin embargo, por la propia naturaleza excepcional de las normas humanitarias, que regulan situaciones límite en que la dignidad humana se ve

---

<sup>83</sup> Bernard, Vincent. "Entrevista a Raja Shehadeh." *International Review of the Red Cross*, No. 885, Marzo de 2012, pág. 28.

gravemente comprometida (tal como sucede con los conflictos armados y las consiguientes invasiones territoriales que conllevan) resulta difícil considerar que una situación prolongada por varias décadas, en la que la ocupación se ha normalizado como forma de vida de las personas en un período de relativa paz, pueda considerarse como parte del objeto de regulación de las normas humanitarias.

No obstante, todas las normas del Derecho Internacional Humanitario que se encargan de regular la ocupación, deben necesariamente ser aplicadas hasta el término de la ocupación, inclusive si esta última se prolonga por muchos años, debido a que el Reglamento de La Haya de 1907 en ningún artículo establece el cese de su aplicación previamente a la terminación del estado de ocupación: las normas continúan aplicándose mientras exista una ocupación beligerante en el sentido que indica el artículo 42 de dicho Reglamento. Así lo confirma la Corte Internacional de Justicia en el fallo del caso República Democrática del Congo contra Uganda.<sup>84</sup> Lo anterior también se encuentra previsto en las disposiciones del Cuarto Convenio de Ginebra, cuyo artículo 6, párrafo 3 establece que: *“En territorio ocupado, la aplicación del Convenio terminara un año después del cese general de las operaciones militares; no obstante, la Potencia ocupante estará obligada mientras dure la ocupación.”*

De igual manera, el caso de la ocupación de territorios palestinos, sigue siendo un reto para el Derecho Internacional Humanitario, en lo relativo a la forma en que su normativa reaccionará en un futuro frente a situaciones semejantes, y los métodos para que este tipo de hechos se prevengan y eviten.

La necesidad de que una ocupación no se prolongue durante tanto tiempo, y que la potencia ocupante no se arrogue atributos de soberanía sobre el territorio ocupado, radica en el derecho de los pueblos a la autodeterminación (reconocido en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y también en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), en virtud del cual se tiene la potestad de decidir la organización política, social y económica que desea

---

<sup>84</sup> Koutroulis, Vaios. *Op.Cit.*, pág. 111.

tener cada pueblo, y aprovechar libremente los recursos del territorio que les corresponde. En este sentido, una ocupación como la israelí en territorio palestino, es particularmente problemática, y debe evitarse que actos de esta naturaleza se repitan en otros territorios. Especial gravedad tiene el hecho de intentar que el territorio ocupado sea colonizado mediante el envío de colonos nacionales de la potencia ocupante, hacia el territorio ocupado. Debido a lo anterior, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante su resolución número 2334, del 23 de diciembre de 2016, ha calificado de ilegales, y como flagrantes violaciones al derecho internacional, a los asentamientos o colonias que Israel tiene en territorio palestino. En este sentido, la resolución del Consejo de Seguridad no hace sino reiterar, una condena que desde hace tiempo se ha formulado en contra del Estado de Israel.

### **3.2.3 Ocupación prolongada y Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

En cuanto a la relación de la ocupación militar prolongada con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es preciso afirmar que la misma se deriva del propio carácter de aquella, que paulatinamente se va convirtiendo en la situación normal de vida de muchas personas. Esto, debido a que, cuando la ocupación deja de ser una situación extraordinaria, para pasar a convertirse en el estado normal en que viven muchas personas (como en la ocupación Palestina), comienza a hacerse válido cuestionarse: ¿quién se hará cargo de la satisfacción de los derechos más elementales de aquellos pueblos? (cuestión que resulta necesaria de abordar, sobre todo en el caso de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, en que una entidad estatal es quién debe hacerse cargo de garantizar las condiciones necesarias para su efectiva vigencia, pero que, ante una ocupación prolongada existen serias dudas al respecto del rol que debe desempeñar la Potencia ocupante).

Al respecto, es importante señalar, como indica Koutroulis, que la importancia de los derechos humanos en situaciones de ocupación prolongada ha sido subrayada en repetidas ocasiones en el contexto de los territorios palestinos ocupados por Israel. También los expertos jurídicos han hecho hincapié en ella, debido a que existen varios ámbitos en los que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos complementa

adecuadamente las normas del Derecho Internacional Humanitario. Por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales de la población del territorio ocupado, como el derecho a la alimentación adecuada, el derecho a la salud o el derecho a la educación, parecen tener especial importancia en situaciones de ocupación prolongada.<sup>85</sup>

Por este motivo, ante todo lo que debe plantearse al respecto es la interacción que debe existir entre ambos ordenamientos (el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos) al momento en que surge una ocupación militar prolongada, en aras de garantizar una adecuada protección de la persona humana.

Sin embargo, lo principal es resaltar que las obligaciones derivadas de los derechos humanos no quedan sin vigencia ante la situación de ocupación prolongada: por el contrario, con mucha mayor fuerza debe exigirse que se garantice a la población del territorio ocupado sus derechos fundamentales. La problemática radica en la dificultad de que las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos puedan aplicarse plenamente en el contexto espinoso que plantea la ocupación militar prolongada, que siempre implica la existencia de una potencia ocupante que en muchos casos puede adoptar conductas encaminadas a eludir fraudulentamente el cumplimiento de las prestaciones esenciales que deben realizarse en favor de la población del territorio ocupado.

---

<sup>85</sup> *Ibíd.*, pág. 135-136.

## CAPÍTULO IV

### PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

#### 4.1 La problemática de la ocupación prolongada

La ocupación militar, conforme lo abordado en el capítulo precedente, es una situación de naturaleza excepcional que se produce cuando el territorio de un Estado queda bajo la autoridad de una potencia extranjera. Por su propia naturaleza, la ocupación es un estado transitorio, que no debe prolongarse en el tiempo debido a que los principios modernos del derecho internacional determinan que al ocupar un territorio, la potencia ocupante no adquiere soberanía sobre el mismo. Sin embargo, más allá de lo afirmado, es también una realidad que puede darse el caso de ocupaciones a todas luces violatorias de las normas internacionales, que se prolonguen durante de décadas generando así una problemática bastante compleja, debido a que la población de tales territorios se encuentra en especial indefensión frente al hecho de que no existe una autoridad definida que garantice la vigencia de sus derechos más fundamentales.

Por una parte, el *corpus iuris* que conforma al Derecho Internacional Humanitario está destinado para ser aplicado en situaciones extraordinarias: evidentemente, al momento en que la ocupación se convierte en el estado normal en que viven miles de personas, se desvirtúa el sentido de estas normas. Por otra parte, el ordenamiento que se prevé en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se pone a prueba debido a que su ámbito ordinario de aplicación es en tiempos de paz, imponiendo obligaciones a los Estados que ejercen soberanía dentro de sus fronteras territoriales. Pero ¿a quién y de qué manera se exigirá el respeto y la plena efectividad de los derechos humanos en los casos en que la situación de ocupación de una potencia sobre territorio extranjero permanece durante años, sin permitir a los habitantes del territorio ocupado volver a vivir dentro de un margen de normalidad?

A partir de lo referido, se planteó la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál es el marco jurídico internacional aplicable a la situación que se origina con una ocupación

militar prolongada, a efecto de determinar si en estos casos deben regir las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

Con el objeto de dar respuesta a la pregunta de investigación planteada, se obtuvo información de los siguientes sujetos de la investigación, quienes brindaron entrevistas de conformidad con el formato adjunto al trabajo de tesis.

- A.** Francisco Javier Puac Choz, abogado y notario especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en entrevista de fecha dieciocho de noviembre de 2017.
- B.** Allan Amilkar Estrada Morales, abogado y notario, catedrático universitario de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en entrevista de fecha catorce de noviembre de 2017.
- C.** Carlos Rafael Martínez Ríos, abogado litigante, catedrático universitario de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en entrevista de fecha trece de noviembre de 2017.
- D.** Gary Allan Estrada Duarte, abogado y notario especialista en Derecho Internacional Humanitario, en entrevista de fecha veintisiete de noviembre de 2017.

Las respuestas de los sujetos de la investigación permiten apreciar que existen más consensos que divergencias entre los entrevistados: la ocupación militar se trata de una situación excepcional en que entran en juego muchos valores que deben ser tutelados por el ordenamiento jurídico internacional, debido a que los derechos más elementales del ser humano pueden ser vulnerados por parte de la potencia ocupante. Por este motivo, lo fundamental es asumir medidas que eviten la infracción de las normas humanitarias establecidas al efecto, más allá de la posibilidad o no, de que la ocupación se prolongue.

A la primera pregunta, relativa al significado de la ocupación, los entrevistados en general respondieron que se trata de la situación que se origina en el momento en que las fuerzas armadas de un Estado someten a su autoridad a un territorio extranjero.

Ninguno hizo relación a la posibilidad que existe de que una ocupación se realice sin que exista respuesta armada (es decir, hostilidades) por parte de la población ocupada: lo importante es que el territorio quede de hecho bajo el poder efectivo de la potencia ocupante, por lo que no se debe atender tanto a la existencia de violencia, tal y como lo determina el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra. No obstante, las respuestas permiten apreciar que la ocupación es un concepto fácilmente diferenciable y que se caracteriza por implicar el sometimiento de un territorio a la autoridad de un ejército extranjero, sin que ello implique un traslado de soberanía a la potencia ocupante.

La segunda pregunta planteada está referida al factor tiempo en materia de ocupación, principalmente en lo que se refiere a si está permitido o no por el Derecho Internacional Humanitario la existencia de ocupaciones prolongadas. De la totalidad de los entrevistados, únicamente uno indicó que el Derecho Internacional Humanitario, si bien permite recurrir a medidas tales como la ocupación militar, no acepta que estas se prolonguen indefinidamente en el tiempo, debido a sus graves consecuencias negativas. Los restantes sujetos de la investigación manifestaron que el Derecho Internacional Humanitario, como *ius in bello*, tiene por misión regular el fenómeno de la guerra, sin entrar a considerar acerca de su justicia o injusticia: es decir, que trata de evitar los efectos perniciosos de la ocupación limitando la actuación de la potencia ocupante, pero no se opone a su existencia. Resulta asombroso el hecho de que no exista un pronunciamiento unánime por parte de los sujetos de la investigación en relación con la necesidad de que una ocupación no se dilate en el tiempo hasta casi convertirse en una suerte de colonización del territorio ocupado. Sin embargo, sus respuestas se ajustan a la realidad en lo que respecta al hecho de que la normativa humanitaria en la actualidad no regula nada respecto a la temporalidad de la ocupación, lo cual ha permitido ocupaciones que se prolongan hasta por varias décadas.

Sin embargo, debe resaltarse que la propia naturaleza de estado transitorio que caracteriza a la ocupación, permite determinar que, aunque el Derecho Internacional Humanitario no prohíbe que las fuerzas armadas ocupen territorios extranjeros, si se

opone al hecho de que se instauren regímenes casi coloniales en los mismos, debido a que la ocupación no implica el traslado de la soberanía a la potencia ocupante.

En cuanto a la tercera pregunta, es oportuno señalar que los sujetos de investigación indicaron que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos puede ser aplicable a la situación que se origina con una ocupación militar prolongada. Sin embargo, deben hacerse algunos matices en esta respuesta: en primer lugar, habrá que considerar que las normas de Derechos Humanos están particularmente restringidas por el propio contexto de la guerra, lo cual significa que en un primer momento es el Derecho Internacional Humanitario el cuerpo normativo llamado a regular tales situaciones. Sin embargo, en cuanto a la actuación de agentes estatales dentro del territorio de los Estados, en lo que respecta al mínimo inderogable de las disposiciones en materia de derechos humanos, cabe señalar que no pueden bajo ningún caso ser vulneradas, y que, más allá de ello, también sirven para integrar y complementar la protección que otorgan las normas humanitarias.

Es decir, que debe admitirse que no existe impedimento alguno para que, dentro del contexto de las ocupaciones militares, y, sobre todo cuando estas se prolongan por años, deban de aplicarse además de las normas humanitarias, las de derechos humanos que fueren pertinentes, con el objeto de asegurar de la forma más completa posible, el respeto a la dignidad humana. Pero, en todo caso, si bien las normas de derechos humanos, al menos en su *mínimum* inderogable, rigen dentro del contexto de la ocupación militar, lo importante es indicar que bajo ninguna circunstancia eximen a los Estados de respetar el Derecho Internacional Humanitario, que es el cuerpo normativo que en primer término, rige el fenómeno de la ocupación.

En lo relativo a los derechos que asisten a las personas que habitan un territorio ocupado, tema que fue objeto de la cuarta pregunta planteada, también se hizo relación a que, en tanto que personas que no participan directamente en las hostilidades, la población civil goza de protección especial, y se le reconoce un conjunto de atribuciones que bajo ninguna circunstancia se les deben negar. Conforme refirieron los

sujetos de la investigación, los habitantes del territorio ocupado tienen derecho a la vida, salud, integridad, alimentación, a tener acceso a los medios adecuados para su subsistencia, a profesar su religión, a acceder a la educación y exteriorizar sus formas de vida y cultura, entre otros tantos. Por otra parte, dicha protección también se extiende a los bienes civiles, que también están protegidos, especialmente cuando están dedicados a la asistencia sanitaria, o sean de interés cultural e histórico, así como los destinados a la enseñanza y el culto. En resumen, se tratan de los derechos que les reconoce el Cuarto Convenio de Ginebra y el derecho internacional humanitario consuetudinario, conforme lo abordado en el capítulo primero y tercero de la presente investigación.

Por otra parte, también se hizo relación a la situación de los prisioneros de guerra, que gozan de un estatuto jurídico de protección especial que se encuentra contenido en el Tercer Convenio de Ginebra, y que los protege de toda forma de trato cruel, inhumano, tortura, así como les garantiza que la potencia detentadora deberá asegurar el respeto y garantía de sus derechos fundamentales. Este marco de protección debe respetarse también en la situación de una ocupación, puesto que se adecúa dentro del ámbito de aplicabilidad material que prevé el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra.

En cuanto a los sujetos que están obligados a garantizar los derechos fundamentales anteriormente referidos, a través de las respuestas a la quinta pregunta que se les formuló a los entrevistados, fue posible establecer que, en general, existe consenso en cuanto a que las fuerzas armadas ocupantes deben ser quienes aseguren la vigencia de los derechos fundamentales de la población que habita el territorio ocupado. Al respecto, se hizo la distinción entre las diferentes responsabilidades que corresponden, de conformidad con la escala que cada agente ocupa cada uno de la jerarquía militar: así, hay altos, medios y bajos mandos, y la gravedad de la responsabilidad en que incurre quien infrinja tales derechos, aumentará en la medida en que mayor sea el cargo que ocupe el presunto infractor.

Por otra parte, tampoco es posible dejar de lado que existen instancias internacionales que coadyuvan con velar por el respeto de las personas que habitan el territorio ocupado. Por ello, es acertada la respuesta de los entrevistados, en cuanto a la trascendencia del rol que cumple, principalmente, la Organización de las Naciones Unidas, a través de sus fuerzas de paz o casos azules, en la salvaguarda de la dignidad humana en estos contextos normalmente tan inhumanos. Por otra parte, podría darse también la intervención de otras potencias (terceros Estados), que coadyuven con los procesos de paz y verifiquen el cumplimiento de las disposiciones internacionales que protegen a la población civil en territorios ocupados, de conformidad con las misiones que para el efecto se constituyan bajo la dirección de las Naciones Unidas u otro foro internacional en caso sea procedente.

El Comité Internacional de la Cruz Roja, como organismo neutral encargado de velar por el respeto y difusión del Derecho Internacional Humanitario, también cumple un rol fundamental en lo que respecta a la tutela de los derechos de la población que habita los territorios ocupados, así como también se encarga de brindar asistencia humanitaria a quienes padecen los males propios de la guerra.

En cuanto a las obligaciones fundamentales de las potencias ocupantes, los sujetos de la investigación refirieron que esencialmente el deber de quien ocupa un territorio es respetar los derechos fundamentales que asisten a su población. Es decir, garantizarles las condiciones mínimas para su subsistencia, y abstenerse de adoptar conductas que limiten o restrinjan injustificada y arbitrariamente estas libertades. Pero, por otra parte, ninguno de los entrevistados hizo relación al deber primario de la potencia ocupante, que consiste en no variar sustancialmente el *statu quo ante* del territorio ocupado, con el objeto de que el estado de ocupación termine sin que se introduzcan modificaciones fundamentales que dificulten severamente la posibilidad de que los habitantes de dicho territorio retornen a su forma anterior de vida. En otras palabras, a que la potencia ocupante sea consciente de que el hecho de someter un territorio a su autoridad, no implica que ejerza soberanía alguna sobre el mismo. Sin embargo, esto se encuentra comprendido dentro del texto del Cuarto Convenio de Ginebra y el Reglamento de La

Haya de 1907, y si se toma en cuenta que, conforme lo indicó uno de los entrevistados, el principal deber será respetar el Derecho Internacional Humanitario, entonces en tal caso no puede evitarse hacer relación a este denominado principio conservacionista. Es importante no olvidar que las obligaciones están consagradas en relación con los derechos fundamentales a los que se hizo referencia, puesto que el deber sustancial del ocupante siempre será respetar el marco jurídico que contiene tales derechos reconocidos a favor de la población que habita el territorio ocupado.

Debe indicarse, en relación con los mecanismos que es necesario implementar a partir del Derecho Internacional Humanitario con el objeto de responder de mejor manera a una situación de una ocupación militar prolongada, que los entrevistados realizaron valiosos aportes, que pueden resumirse de la siguiente manera:

1. En estos casos no es tan importante la existencia de normas abstractas sino la conformación de comisiones establecidas ad hoc, con el objeto de estudiar la situación particular del conflicto bélico en cuestión, con el objeto de proponer medidas de negociación para evitar la prolongación de las ocupaciones.
2. El estudio y la difusión del Derecho Internacional Humanitario, principalmente en lo que respecta a los integrantes de las fuerzas armadas de los Estados y otro tipo de actores militares, resulta fundamental para prevenir posibles abusos dentro del contexto de una ocupación militar, en especial, cuando esta última se ha prolongado. Mención especial merece el hecho de que la formación en Derecho Internacional Humanitario debe hacerse tratando de instruir al personal militar acerca de las consecuencias que acarrea el incumplimiento de las normas del *ius in bello*, ilustrándolos por medio de los casos en concreto en que han existido sanciones penales para los responsables, puesto que esto serviría de disuasivo para infracciones futuras.
3. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adopta resoluciones vinculantes de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, decidiendo las medidas que deberán seguirse en cada caso para conservar o restaurar la paz y la seguridad internacionales. Desde este punto de vista, el Consejo de Seguridad

cuenta con facultades amplias para poder formular las estrategias que se adoptarán por parte de la comunidad internacional, en casos de ocupación militar, cuando esta última se caracteriza por ser especialmente problemática y prolongada. Lo importante acá es la voluntad política del Consejo de trazar las instrucciones más adecuadas para evitar las consecuencias nefastas de la guerra, lo cual muchas veces no se logra, debido a los propios intereses que algunos Estados tutelan; pero, a pesar de ello, uno de los principales medios con que cuenta el Derecho Internacional para proteger los derechos fundamentales de la población que habita los territorios ocupados, es la actuación del Consejo de Seguridad, la cual puede comprender todo tipo de mecanismos para obligar a los actores en el conflicto a respetar la normativa humanitaria: desde aquellas de carácter político o económico, hasta el uso de la fuerza.

4. La efectividad en la persecución penal de los crímenes de guerra, ya se traten de infracciones graves a los Convenios de Ginebra u otro tipo de violaciones a las leyes o usos de la guerra, es fundamental debido a que disuade a las autoridades militares y miembros de las fuerzas armadas, de asumir conductas antijurídicas en el contexto de una ocupación militar.

En todo caso, el aporte final de todos los entrevistados permite establecer que, en cuanto a las ocupaciones militares, lo fundamental es tener en cuenta que existe un mínimo de normas que velan por la protección de la dignidad humana: el Derecho Internacional Humanitario no tiene por objeto determinar si una ocupación es justa o injusta, o condenar en general la existencia de las ocupaciones, sino que, por el contrario, busca ante todo limitar la conducta de la potencia ocupante, con el objeto de tutelar los derechos humanos fundamentales de la población que habita el territorio ocupado. Por ende, lo sustancial acá no es tanto el factor de tiempo por el que se prolongue la ocupación, sino la voluntad de los involucrados en la ocupación, de respetar y garantizar tales derechos, asegurando en todo momento, que no subyugarán indefinidamente al territorio ocupado, sino que llegará el momento en que permitirán que la población ocupada pueda ejercer por sí misma, la soberanía que naturalmente les corresponde sobre la tierra que les pertenece.

A continuación, se establecerán las consideraciones fundamentales en torno al problema de la ocupación militar prolongada, de conformidad con la información obtenida al realizar la presente investigación.

#### **4.2 El factor tiempo como dificultad para la aplicación de las normas humanitarias**

De conformidad con las respuestas aportadas por los sujetos de la investigación, así como al estudiar el material bibliográfico que sirvió de sustento a la misma, es posible determinar que no existe ninguna norma que regule con precisión el tiempo máximo que debe durar una ocupación militar, ni en el Derecho Internacional Humanitario como tampoco en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Algunos de los entrevistados refirieron su acuerdo con que no existiera tal norma, puesto que dependiendo de la naturaleza de cada conflicto armado, en algunos casos será prudente y aconsejable que la ocupación se prolongue, aunque en otros no sea así. Sin embargo, existe consenso entre los sujetos de la investigación en cuanto a que una ocupación prolongada siempre genera efectos negativos, y que atenta en contra de la soberanía de la población del territorio ocupado.

Sin embargo, la problemática surge al momento de considerar que la prolongación de la ocupación torna la situación de ocupación (que debería ser excepcional) en algo cotidiano, cuestionando así la validez de las propias normas humanitarias destinadas a ser aplicables con carácter excepcional, y no para regir un territorio por cincuenta años, como el caso de la ocupación israelí en Palestina. Después de medio siglo de ocupación, las interrogantes son, más bien, acerca de quién deberá hacerse cargo de las prestaciones esenciales para el desarrollo integral de las personas que habitan el territorio ocupado, y ya no tanto las medidas de urgencia que regulan las normas humanitarias.

Por ello, no puede sino concluirse que el tiempo siempre será un factor determinante al momento de abordar el tema de la ocupación militar, puesto que al dilatarse tanto el período en que el territorio queda bajo autoridad extranjera, comienza a ser cada vez

más complejo poder aplicar el sistema de normas excepcionales que regulan las normas humanitarias, y la situación se va acercando cada vez más a la colonización, que está proscrita por el Derecho Internacional Público a partir de la Carta de Naciones Unidas que reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos.

Más allá de ello, en poco o nada se pronuncian las normas del Derecho Internacional Humanitario, que aunque es el ordenamiento destinado para regular la ocupación, no contiene disposiciones respecto al máximo de tiempo que debe durar la ocupación; sin embargo, debe admitirse que una interpretación correcta de la normativa internacional torna indeseables las ocupaciones que se prolongan por muchos años.

En la forma en que indicó el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su resolución 2334 del 23 de diciembre de 2016, este tipo de ocupación que persiste durante años, cuando va acompañada de medidas tendientes a la alteración demográfica del territorio ocupado que van acercándolo a la situación de colonización, son contrarias a la paz y seguridad internacionales: *“el establecimiento de asentamientos por parte de Israel en el territorio palestino ocupado desde 1967, incluida Jerusalén Oriental, no tiene validez legal y constituye una flagrante violación del derecho internacional.”*<sup>86</sup>

#### **4.3 La necesidad de proteger integralmente la dignidad de las personas que habitan territorios ocupados**

En todo caso, la problemática de la prolongación de la ocupación no pone en tela de juicio un aspecto en el que coinciden tanto el Derecho Internacional Humanitario como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la salvaguarda de la dignidad humana. Lo importante es, sobre todo, que no obstante la duración del estado de ocupación en un determinado territorio, se garantice más allá de cualquier consideración, que las personas que habitan dicho territorio serán respetadas en sus derechos más elementales, tales como su vida, libertad o integridad personal.

---

<sup>86</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. *Resolución 2334 del 23 de diciembre de 2016*, Nueva York, 2016, disponibilidad y acceso: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2334\(2016\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2334(2016)), fecha de consulta. 30/11/2017.

Todos los entrevistados coincidieron en tanto el Derecho Internacional Humanitario como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tienen vigencia durante la situación de ocupación y, con mayores motivos, cuando aquella se prolonga en el tiempo de manera indefinida. Sobre todo, son aplicables las disposiciones que corresponden al núcleo duro de ambos ordenamientos, contenidas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y aquellos preceptos considerados derechos inderogables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: es decir, el respeto a la vida, la integridad personal, la prohibición de la tortura, las garantías judiciales indispensables para la salvaguarda de derechos fundamentales, entre otros. Las personas que habitan el territorio ocupado tienen derecho a que se les respete este mínimo de libertades que les corresponde intrínseca e irrenunciablemente, como personas humanas.

En el caso de la ocupación militar, la potencia ocupante tiene este compromiso de asegurar que este mínimo de derechos tendrá plena vigencia en el territorio ocupado, más allá de las circunstancias que rodeen a la ocupación en ese momento. Privar arbitrariamente a los habitantes del territorio ocupado de tales derechos, constituiría una acción deleznable en todo sentido y, en un determinado caso, podría llegar a constituir un crimen de guerra que deberá ser sancionado conforme a las disposiciones penales aplicables para el efecto.

Por ello, bajo ninguna circunstancia puede la potencia ocupante olvidar sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de la población que habita el territorio ocupado; puesto que al someter bajo su autoridad al mismo, deja a la población en indefensión y asume la posición de garante del orden público, de los medios de subsistencia y derechos fundamentales de aquellos que quedan sujetos a su poder, quienes de otra forma no tendrían autoridad alguna que cumpla con tales cometidos.

En el caso de que una ocupación se prolongue, por más que parezca contradictorio afirmarlo, el carácter extraordinario de la ocupación persiste durante todo el tiempo que

se mantenga, por lo que este deber sigue vigente para la potencia ocupante, quien en todo momento deberá suministrar lo indispensable la población del territorio ocupado para subsistir, así como deberá respetar los derechos fundamentales a los que se ha hecho referencia en este trabajo de investigación.

#### **4.4 Necesidad de un Derecho de la ocupación que se adecúe a las exigencias de la población que habita en territorios ocupados por tiempo prolongado**

Como se indicó, el derecho de la ocupación contenido en las disposiciones de los diferentes instrumentos internacionales y costumbre internacional que conforman el Derecho Internacional Humanitario, responde a la situación de ocupación sin hacer referencia alguna al factor tiempo. Sin embargo, esto no debe ser visto del todo como una desventaja: una regulación demasiado pormenorizada podría traer más inconvenientes que ventajas. Por ello, el marco existente busca responder dentro de sus limitaciones, a todos los supuestos que pudieran darse dentro de la ocupación, incluyendo, su excesiva prolongación.

Es indudable que, dentro de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario relativas a la ocupación militar, deben incluirse normas que de manera más concreta sean aplicables a los casos en que la ocupación se prolongue por demasiado tiempo, de manera que se garanticen plenamente derechos tales como educación, salud, cultura, vivienda, entre otros, que difícilmente quedan cubiertos en el contexto de un territorio ocupado, pero que son fundamentales cuando la ocupación pasa de un determinado límite de duración, debido a que mientras más tiempo transcurra, mayor será la necesidad de hacer efectivos tales derechos que requieren de prestaciones positivas de servicios por parte de la autoridad de ocupación.

Sin embargo, frente al actual panorama y falta de regulación específica que imponga obligaciones más concretas a la potencia ocupante respecto a la prestación de servicios esenciales que garanticen derechos humanos de segunda generación, como los indicados en el párrafo precedente, es indiscutible que tampoco existe una completa ausencia de normativa al respecto. El ordenamiento internacional contiene actualmente

un conjunto de normas que, por sí mismas y a pesar de adolecer de cierta falta de taxatividad y especificidad, alcanzan a cubrir lo indispensable que asegure los derechos fundamentales de la población que habita el territorio ocupado. Entonces, el problema radica más bien en la efectividad de tales disposiciones.

Por este motivo, los propios sujetos de la investigación también coincidieron en el importante rol que al respecto deben desempeñar las Naciones a través de su Consejo de Seguridad, quien debe adoptar de manera contundente las medidas que fueren indispensables para asegurar los derechos de la población civil en casos de ocupación militar prolongada. De cualquier manera, las graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario seguirán siendo tuteladas mediante la protección penal que se prevé desde el propio orden jurídico internacional, y desde este punto de vista, deberán continuar reprimiéndose este tipo de conductas.

La pregunta de investigación formulada al inicio del presente capítulo se responde indicando que el marco jurídico internacional aplicable a la situación de ocupación militar prolongada es, en primer lugar, el Derecho Internacional Humanitario, que con las disposiciones contenidas en el Reglamento de La Haya relativo a la guerra terrestre de 1907 y los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, pretende responder a las necesidades de las personas que se encuentran más vulnerables al momento en que un territorio cae bajo la autoridad de una potencia extranjera. Sin embargo, nada obsta para que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con sus disposiciones protectoras de la dignidad humana, tenga también vigencia dentro del contexto de una ocupación militar; sobre todo, si ésta se prolonga por varios años. En este orden de ideas, ambos conjuntos normativos son aplicables a la situación de la ocupación militar prolongada, si bien el Derecho Internacional Humanitario es el primero que debe tomarse en consideración, debido a que la ocupación es connatural a una situación de conflicto armado. Más allá de ello, las normas internacionales en materia de derechos humanos complementan, aclaran y vuelven mucho más completa la protección de los habitantes del territorio ocupado.

Por ello, la respuesta fundamental a todo el problema planteado en la presente investigación debe encontrarse en los puntos comunes que tienen tanto el Derecho Internacional Humanitario como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es decir, en esas normas (como el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y los derechos inderogables de los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos) que conforman el mínimo indiscutible de derechos fundamentales que deben respetarse a un ser humano en todo tiempo, sea de guerra o no, bajo un territorio libre o uno ocupado. Sería contraproducente establecer límites infranqueables en los ámbitos de aplicación de ambas ramas del ordenamiento jurídico internacional, sin tener en cuenta que las dos están orientadas hacia la protección de la persona humana y que, en ciertos escenarios, como el de la ocupación militar prolongada, no deben separarse sino tomarse como un conjunto encaminado a la protección de la dignidad del ser humano.

## CONCLUSIONES

1. La ocupación militar se encuentra dentro de las situaciones destinadas a ser reguladas por el Derecho Internacional Humanitario, toda vez que constituye una de las materias que generalmente han sido abordadas por normas humanitarias. Concretamente, la ocupación está regulada por los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y el Reglamento de La Haya relativo a la guerra terrestre de 1907.
2. La ocupación militar constituye la situación de hecho que se da en el momento en que las fuerzas armadas de un Estado colocan bajo su autoridad efectiva un territorio extranjero. La principal consecuencia que trae la ocupación militar, es un conjunto de obligaciones para la potencia ocupante, quien por su propia condición adquiere la posición de responsable de satisfacer las necesidades más elementales de la población que habita el territorio ocupado, así como de evitar en todo momento asumir conductas tendientes a la lesión de la integridad personal, vida y libertad de los habitantes del mismo.
3. El principio conservacionista que rige en materia de ocupación militar tiene por objeto evitar que una situación de esta índole termine equiparándose con la colonización, que se daba en otras épocas de la historia pero que actualmente resulta inconcebible por los principios democráticos y el derecho a la libre determinación de los pueblos. Por este motivo, una ocupación no debe prolongarse en el tiempo, puesto que significaría impedir de manera permanente que los habitantes del territorio ocupado puedan adoptar sus propias formas de gobierno y regir su vida de conformidad con disposiciones que ellos establezcan, y no que les sean impuestas por potencias extranjeras.
4. En el caso de que una ocupación militar fuere prolongada por motivos estrictamente necesarios y justificables, su carácter extraordinario persiste, por lo que durante todo el tiempo que se mantenga deben seguir vigentes para la potencia ocupante sus obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario; por lo que el ocupante en todo momento deberá suministrar lo indispensable a la población del territorio ocupado para subsistir, así como deberá respetar los derechos fundamentales de los mismos.

5. No obstante la vigencia ineludible del Derecho Internacional Humanitario en una ocupación militar prolongada, tampoco existe óbice para que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con sus disposiciones protectoras de la dignidad humana, tenga también validez dentro del contexto de una ocupación militar; sobre todo, si ésta se prolonga por varios años. En este orden de ideas, ambos conjuntos normativos son aplicables a la situación de la ocupación militar prolongada, si bien el Derecho Internacional Humanitario es el primero que debe tomarse en consideración, debido a que la ocupación es connatural a una situación de conflicto armado. Más allá de ello, las normas internacionales en materia de derechos humanos complementan, aclaran y vuelven mucho más completa la protección para los habitantes del territorio ocupado.

## RECOMENDACIONES

1. Los Estados, como creadores y destinatarios de las normas de Derecho Internacional Humanitario, deben desarrollar las disposiciones aplicables a la ocupación militar, de manera que la protección a las víctimas de tales situaciones sea más completa. Principalmente, debe de adoptarse una regulación jurídica que proscriba de manera absoluta la posibilidad de ocupar un territorio de manera prolongada.
2. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como órgano permanente encargado de emitir las medidas de urgencia vinculantes a nivel mundial, con el objeto de asegurar la paz y seguridad internacionales, ante una situación de ocupación militar prolongada, debe de adoptar los mecanismos que fueren necesarios para evitar que dichas ocupaciones se dilaten todavía más en el tiempo, dentro de los que obligatoriamente deben incluirse la creación de comisiones *ad hoc* encargadas de dar seguimiento cercano a las ocupaciones militares en el territorio en que se desarrollan, así como el envío de misiones de paz, con el objeto de evitar violaciones a los derechos fundamentales de los habitantes del territorio ocupado.
3. El Comité Internacional de la Cruz Roja, junto a toda la comunidad internacional de Estados, debe promover la difusión y enseñanza del Derecho Internacional Humanitario, sobre todo para los integrantes de los cuerpos armados de los Estados, con el objeto de evitar las graves violaciones que en contra del mismo puedan cometerse. Especial énfasis debe darse a divulgar que una ocupación militar no debe ser una situación permanente, puesto que el desarrollo de las normas internacionales prohíbe este tipo de prácticas cercanas a la colonización, que van en contra del derecho a la libre determinación de los pueblos.
4. Las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades del país, deben poner más énfasis en la enseñanza del Derecho Internacional Humanitario en los futuros abogados, con el objeto de que el conocimiento de dicha rama del Derecho pueda generalizarse y de esta manera prevenir conductas que lesionen los intereses más fundamentales para la comunidad internacional de Estados.

## REFERENCIAS

### **Bibliográficas:**

1. Castañeda, Mireya. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012.
2. Cerdas Cruz, Rodolfo y Rafael Nieto Loaiza (compiladores). *Estudios básicos de Derechos Humanos, Tomo I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994.
3. Color Vargas, Marycarmen. *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.
4. Henckaerts, Jean-Marie y Louise Doswald-Beck. *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: normas*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007.
5. Human Right Watch. *Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad: compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*, México, Universidad Iberoamericana.
6. Human Rights Watch. *Genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad: compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*, Universidad Iberoamericana, México D.F., 2010.
7. Salmón, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Comité Internacional de la Cruz Roja, Perú, 2004.
8. Steiner, Christian y Patricia Uribe (coordinadores). *Convención americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, 2014.
9. Swinarski, Christophe. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra - San José, Comité Internacional de la Cruz Roja - Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984.

10. Swinarski, Christophe. *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

**Normativas:**

1. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Pacto internacional de Derechos civiles y políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966.
2. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, Nueva York, 19 de diciembre de 1966.
3. Comité Internacional de la Cruz Roja, Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Ginebra, Suiza, marzo de 2012.
4. Conferencia de La Haya de 1907, Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907, La Haya, Países Bajos, 18 de octubre de 1907.

**Electrónicas:**

1. Aguiar A., Asdrúbal. *La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, s/a, disponibilidad y acceso: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a9760.pdf>.
2. Aguirre Arango, José Pedro. *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, s/p, s/a, disponibilidad y acceso: <http://www.cortei.or.cr/tablas/R22853.pdf>.
3. Centro de información de las Naciones Unidas, *Instrumentos internacionales de Derechos Humanos*, México, Cuba y República Dominicana, 2017, disponibilidad y acceso: <http://www.cinu.mx/temas/derechos-humanos/instrumentos-internacionales-d/>.
4. Ciurlizza, Javier. *La interpretación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: el caso de la función consultiva de la Corte Interamericana*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/a, disponibilidad y acceso: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/viewFile/7152/7352>

5. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Washington D.C., 2015, disponibilidad y acceso: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/introduccion-documentos-basicos.pdf>.
6. Comité Internacional de la Cruz Roja, *La ocupación y el derecho internacional humanitario: preguntas y respuestas*, Ginebra, Suiza, 4 de agosto de 2004, disponibilidad y acceso: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/63xknp.htm>.
7. Comité Internacional de la Cruz Roja. *¿Qué medios hay para aplicar el derecho humanitario?* Ginebra, 2004, disponibilidad y acceso: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdljn.htm>.
8. Comité Internacional de la Cruz Roja. *Derecho Internacional Humanitario: respuestas a sus preguntas*, Ginebra, Suiza, 2005, disponibilidad y acceso: [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_0703.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0703.pdf).
9. Comité Internacional de la Cruz Roja. *El surgimiento del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo*, Ginebra, 13 de mayo de 2010, disponibilidad y acceso: <https://www.icrc.org/spa/who-we-are/history/since-1945/history-ihl/overview-development-modern-international-humanitarian-law.htm>.
10. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sistema Africano de Derechos Humanos*, Costa Rica, s/a, disponibilidad y acceso: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33357.pdf>.
11. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sistema Africano de Derechos Humanos*, Costa Rica, s/a, disponibilidad y acceso: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33357.pdf>.
12. Coupland, Robin M. *El principio de humanidad ¿qué significa y cómo influye en el derecho interncional?* Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2011, disponibilidad y acceso: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5thmzl.htm>.
13. Cruz Roja Española, *Principios generales básicos del Derecho Internacional Humanitario*, España, 2008, disponibilidad y acceso:

[http://www.cruzroja.es/portal/page?\\_pageid=878,12647079&dad=portal30&\\_schema=PORTAL30](http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647079&dad=portal30&_schema=PORTAL30).

14. Derecho Internacional Público, *Concepto de principio general del Derecho*, s/p, 1 de abril de 2013, disponibilidad y acceso: <http://www.derecho-internacional-publico.com/2013/04/concepto-principio-general-del-derecho.html>.
15. Dorantes Díaz, Francisco Javier. *Estado de excepción y derechos humanos: antecedentes y nueva regulación jurídica*, México, mayo/agosto de 2012, disponibilidad y acceso: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29896.pdf>.
16. Enciclopedia Jurídica, *Ocupación de Guerra*, 2014, disponibilidad y acceso: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/ocupacion-de-guerra/ocupacion-de-guerra.htm>.
17. López Díaz, Patricia. *Principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario*, Colombia, 2009, disponibilidad y acceso: <http://www.revistamarina.cl/revistas/2009/3/lopez.pdf>.
18. López Guerra, Luis. *El sistema europeo de protección de Derechos Humanos*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, s/a, disponibilidad y acceso: [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh\\_pdf/PMDH\\_Manual.165-186.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.165-186.pdf).
19. Nash Rojas, Claudio. *La protección internacional de los derechos humanos*, Universidad de Chile, Chile, 2006, disponibilidad y acceso: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142636/La-Proteccion-Internacional-de-los-Derechos-Humanos.pdf?sequence=1>.
20. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Los estados de excepción en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Guatemala, 2013, disponibilidad y acceso: <http://ww2.oj.gob.gt/cursos/COMPILACION3/docs/Boletines/boletin23.pdf>.
21. Rodríguez, Olga. "Israel, Palestina: cómo empezó todo", *El Diario.es*, España, 22 de julio de 2014, disponibilidad y acceso: [http://www.eldiario.es/zonacritica/Israel-Palestina-empezo\\_6\\_284231595.html](http://www.eldiario.es/zonacritica/Israel-Palestina-empezo_6_284231595.html).

### Otras referencias:

1. Arai-Takahashi, Yutaka. "Preocupados por la ocupación: análisis crítico de la evolución histórica del derecho de la ocupación", *International Review of the Red Cross*, No. 885, Marzo de 2012.
2. Bernard, Vincent. "Editorial: Ocupación", *International Review of the Red Cross*, No. 885, Marzo de 2012.
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982.
4. Ferro H., Juan José. "Existencia de un conflicto armado interno: ¿Quién decide?" *Revista de Derecho Público*, No. 26, enero-junio, 2011, Colombia, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia.
5. Hernández Pastor, Juan. "Ámbitos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario." *Agenda Internacional*, Año XVI, No. 27, 2009, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú.
6. Koutroulis, Vaios. "La aplicación del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos en situaciones de ocupación prolongada: ¿solo es cuestión de tiempo?" *International Review of the Red Cross*, No. 885, Marzo de 2012.
7. Nash Rojas, Claudio y otros. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno*, Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Centro de Derechos Humanos, 2012.
8. Reydams, Luc. "À la guerre comme à la guerre\*: tipos de conflictos armados, respuestas del derecho humanitario y nuevos desafíos." *International Review of the Red Cross*, No. 864, Diciembre de 2006, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja.

## ANEXOS



### a. Modelo instrumento

Universidad Rafael Landívar

Campus de Quetzaltenango

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Tesis: La ocupación militar prolongada a la luz del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Nombre: Blanca Nineth Pérez Gutiérrez

15. Modelo de instrumento

### Entrevista

**Instrucciones:** A continuación, se le formularán una serie de interrogantes, mismas que se le solicita amablemente pueda responder. Sus respuestas serán de suma importancia para el desarrollo de la tesis “La ocupación militar prolongada a la luz del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, y las mismas serán utilizadas de forma confidencial y con fines estrictamente académicos. Desde ya, se agradece su colaboración al respecto.

1. ¿En qué consiste una ocupación militar de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario?
2. ¿El Derecho Internacional Humanitario admite o no la existencia de una ocupación militar que se prolongue durante años en un determinado territorio? ¿Por qué?
3. ¿Cuál es el marco jurídico internacional aplicable a la situación que se origina con una ocupación militar prolongada? ¿Podrían ser aplicables en esta situación, además de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos? ¿Por qué?
4. ¿Cuáles son los derechos que asisten a las personas que habitan un territorio ocupado?

5. ¿Quiénes son las autoridades que están obligadas a garantizar los derechos de las personas que habitan el territorio ocupado?
6. ¿Cuáles son las principales obligaciones que se originan para las fuerzas ocupantes en la ocupación militar que se ha prolongado durante varios años?
7. ¿Cuáles serían los mecanismos necesarios que deberían implementarse a partir del Derecho Internacional, en cuanto a ocupaciones militares prolongadas? ¿Por qué?
8. Su criterio acerca de la ocupación militar prolongada ¿está conforme? ¿Por qué?