

DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
Y LA CONTINUA PERTINENCIA DE LA COSTUMBRE*
*DEVELOPMENT OF THE HUMANITARIAN INTERNATIONAL LAW
AND THE CONTINUOUS RELEVANCE OF CUSTOM*

Jean-Marie HENCKAERTS**

RESUMEN: Los tratados han sido ampliamente considerados como la principal fuente de derecho internacional, sin embargo, históricamente, la costumbre ha tenido a menudo una determinada precedencia sobre las convenciones. Este artículo presenta un análisis sobre la importancia del derecho internacional consuetudinario en materia de derecho humanitario. Mayormente basado en el estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja, este trabajo alcanza una profunda exploración a través del derecho internacional humanitario consuetudinario, y su papel en subsanar los vacíos y evadir los obstáculos de la efectividad del derecho internacional humanitario convencional.

Palabras clave: codificación, Comité Internacional de la Cruz Roja, derecho internacional consuetudinario, derecho internacional humanitario consuetudinario.

ABSTRACT: *Treaties have been widely regarded as the main source of International Law, nevertheless, historically, custom has often had certain precedence over conventions. This article presents an analysis about the importance of Customary International Law in the matter of Humanitarian Law. Mostly based on the study performed by the International Committee of the Red Cross, this work achieves a deep exploration through Customary Humanitarian International Law and its roll in fulfilling the vacuums and avoiding the obstacles of Conventional Humanitarian Law effectiveness.*

Descriptors: *codification, International Committee of the Red Cross, customary international law, customary humanitarian international law.*

RÉSUMÉ: *Les Traités internationaux ont été largement considérée comme la principale source du droit international, mais, historiquement, la pratique a souvent eu une certaine priorité sur les convention. Cet article présente une analyse de l'importance du droit international coutumier sur le droit humanitaire. Principalement sur la base d'une étude réalisée par le Comité international de la Croix-Rouge, ce travail est une exploration profonde du droit international humanitaire coutumier et de leur rôle pour remédier aux lacunes et éviter les obstacles à l'efficacité du droit international humanitaire.*

* Comentario recibido el 27 de mayo de 2009 y aceptado para su publicación el 21 de agosto de 2009. Este artículo es una versión adaptada y actualizada del artículo "The Development of International Humanitarian Law and the Continued Relevance of Custom", en Howard M., Hensel (red.), *The Legitimate Use of Military Force: The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2008, pp. 117-133. El autor agradece la traducción de Renée Cabrera-Chi. Las opiniones aquí expresadas son personales, y no reflejan necesariamente las del CICR.

** Asesor jurídico en la División Jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Ginebra, y jefe del Proyecto sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Impedimentos jurídicos para la aplicación del derecho internacional humanitario convencional*. III. *Aclaración del contenido del derecho internacional humanitario consuetudinario*. IV. *Pertinencia práctica del derecho internacional humanitario consuetudinario en la actualidad*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se exponen las fuentes del derecho internacional. En esta disposición se enumeran las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho como las principales fuentes del derecho internacional conforme a las cuales la Corte debe decidir las controversias que le sean sometidas. Reconoce además las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Aunque en las convenciones internacionales o tratados se establecen normas “expresamente reconocidas por los Estados litigantes”, la costumbre internacional se define en el artículo 38 como “prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. Aunque en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no se estipula una jerarquía entre las principales fuentes del derecho internacional, parece haber una creencia general de que los tratados son la fuente más importante de derecho internacional. Sin embargo, históricamente, el derecho consuetudinario internacional ha precedido, con frecuencia, al derecho convencional, y ha proporcionado un acervo de principios y conceptos que han servido de base para la codificación de un gran número de tratados.¹

La historia de la codificación del derecho internacional humanitario, que desembocó en una larga serie de tratados cuyo ámbito de aplicación es global, empezó en 1864 con la aprobación del primer Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña. Es cierto que, en los siglos anteriores a esta primera codificación, ya existían normas por las cuales se regían las guerras

1 Véase, por ejemplo, Weeramantry, C. G., “The Revival of Customary International Humanitarian Law”, en Maybee, Larry y Chakka, Benarji (eds.), *Custom as a Source of International Humanitarian Law*, Nueva Delhi, CICR, 2006, p. 25.

pero, hasta entonces, éstas se basaban fundamentalmente en la tradición y la costumbre. Cabría decir, pues, que el derecho humanitario empezó como un conjunto de normas consuetudinarias y así se mantuvo durante siglos, y que la codificación de estas normas es un fenómeno mucho más reciente.

Los principales hitos en la codificación del derecho humanitario son:²

1864: primer Convenio de Ginebra para la Protección de los Militares Heridos.

1907: Reglamento de La Haya sobre los Medios y Métodos Empleados en la Conducción de las Hostilidades.

1925: Protocolo de Ginebra relativo al Empleo de Gases.

1929: dos Convenios de Ginebra, en los que se actualiza la protección de los heridos y enfermos y se añaden nuevas normas relativas al trato debido a los prisioneros de guerra.

1949: cuatro Convenios de Ginebra, en los que se actualizan los Convenios de 1929 y se añaden nuevas normas relativas a la protección de los civiles y a los conflictos armados “que no [son] de índole internacional” (artículo 3 común).

1954: Convención y protocolos de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales y dos protocolos.

1972: Convención sobre Armas Biológicas.

1977: dos protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, en los que se actualizan las normas sobre la conducción de las hostilidades y la protección de las víctimas de las guerra; uno de los cuales es, además, el primer convenio internacional aplicable específicamente en los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo adicional II).

1980: Convención sobre Ciertas Armas Convencionales y cinco protocolos relativos a ciertas armas convencionales (minas terrestres, trampas explosivas, armas incendiarias y armas láser cegadoras).

1993: Convención sobre Armas Químicas.

2 Para un panorama más detallado, consúltese el sitio web: <http://www.icrc.org/ihl>.

1997: Convención de Ottawa sobre la Prohibición del Empleo de Minas Terrestres Antipersonal.

1998: Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el que se definen los crímenes de guerra en los conflictos armados internacionales y no internacionales.

2000: Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.

2005: Protocolo III adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (el “cristal rojo”, además de la cruz roja y la media luna roja).

2008: Convención de Oslo sobre la Prohibición de las Municiones en Racimo.

Ante las bases que proporciona este acervo de tratados en los que se codifica tan minuciosamente el derecho humanitario, se puede olvidar que, en realidad, el fundamento del derecho humanitario es el derecho consuetudinario, el cual sigue existiendo paralelamente a estos tratados. Una de las dificultades para basarse en la costumbre estriba en dar la prueba de ésta, aunque ello no menoscaba, en modo alguno, su pertinencia ni la continuidad de su existencia, incluso en un ámbito del derecho internacional tan prolífico en tratados como el derecho internacional humanitario.

II. IMPEDIMENTOS JURÍDICOS PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONVENCIONAL

No obstante el alto grado de codificación del derecho internacional humanitario, el derecho humanitario consuetudinario sigue siendo pertinente, dados los impedimentos que afectan actualmente a la aplicación del derecho convencional en la práctica. Estos impedimentos se pusieron de manifiesto durante los conflictos de Ruanda y de la antigua Yugoslavia, a principios del decenio de 1990, y explican por qué se encargó en esa época la realización de un estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario (véase *infra*).

Actualmente, los tres mayores impedimentos para la aplicación del derecho humanitario convencional son:

1) La falta de cobertura geográfica. El ámbito geográfico de aplicación de los tratados de derecho humanitario se circunscribe a los Estados que los han ratificado. Esto plantea numerosos problemas, ya que la mayor parte de los tratados de derecho humanitario no ha sido ratificada universalmente.

2) La distinta reglamentación para los conflictos armados internacionales y los no internacionales. La aplicación de dos grupos de tratados, uno para los conflictos internacionales y otro para los no internacionales puede ser problemática en la práctica, por ejemplo, en conflictos mixtos, que son de índole tanto internacional como no internacional.

3) La ausencia de contenido sustantivo con respecto a los conflictos armados no internacionales. Aunque la mayoría de los conflictos armados contemporáneos es de índole no internacional, el derecho convencional que los rige aún es rudimentario.

1. Falta de cobertura geográfica

La mayoría de los tratados de derecho humanitario no ha sido ratificada universalmente: por ejemplo, los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, de 1977, la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado y sus protocolos, y la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales y sus protocolos. Su alcance geográfico depende del número de ratificaciones de cada tratado. Este es un problema que ya no afecta a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, dado que hoy gozan de ratificación universal.³

A continuación, se expone el estado de ratificación de algunos de los principales tratados de derecho internacional humanitario hasta el 1 de septiembre de 2009, fecha en que se redacta el presente artículo. Los números que figuran entre paréntesis indican el número de ratificaciones

3 Tras su independencia, Montenegro fue el último Estado en ratificar los Convenios de Ginebra, el 2 de agosto de 2006. Seis meses después, cuando los Convenios de Ginebra entraron en vigor para Montenegro, el 2 de febrero de 2007, su aplicabilidad pasó a ser universal. Así, los Convenios son vinculantes para todos los Estados en tanto que derecho convencional, independientemente de si forman o no parte del derecho internacional consuetudinario.

registradas hasta el 1 de marzo de 2007, a fin de mostrar la evolución de los últimos dos años.⁴

- 1949: cuatro Convenios de Ginebra; 194 Estados partes
- 1954: Convención de La Haya; 123 (116) Estados partes
- 1954: Primer Protocolo; 100 (93) Estados partes
- 1999: Segundo Protocolo; 55 (44) Estados partes
- 1972: Convención sobre Armas Biológicas; 163 (155) Estados partes
- 1977: Protocolos adicionales
- 1977: Protocolo adicional I; 168 (167) Estados partes
- 1977: Protocolo adicional II; 164 (163) Estados partes
- 1980: Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; 110 (102) Estados partes
- 1980: Protocolo I; 108 (100) Estados partes
- 1980: Protocolo II; 92 (89) Estados partes
- 1996: Protocolo II enmendado; 93 (87) Estados partes
- 1980: Protocolo III; 104 (94) Estados partes
- 1995: Protocolo IV; 95 (85) Estados partes
- 2003: Protocolo V; 60 (31) Estados partes
- 1993: Convención sobre Armas Químicas; 188 (181) Estados partes
- 1997: Convención de Ottawa; 156 (153) Estados partes
- 1998: Estatuto de la Corte Penal Internacional; 110 (104) Estados partes
- 2000: Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de los Niños en los Conflictos Armados; 128 (113) Estados partes
- 2005: Protocolo adicional III; 47 (9) Estados partes
- 2008: Convención de Oslo sobre la Prohibición de las Municiones en Racimo; 17 Estados partes

La lista muestra, por ejemplo, que aunque, hasta la fecha, los protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra han sido ratificados por más de 160 Estados —lo cual constituye un número de ratificaciones extraordinario— todavía hay un número importante de Estados que se encuentra al margen del régimen de estos tratados. Esto implica que, de-

4 Para los últimos datos, consúltase el sitio web: <http://www.icrc.org/ihl>.

pendiendo del conflicto, se aplicarán distintos tratados, lo cual no es lo más conveniente desde el punto de vista de la debida protección jurídica para las víctimas de la guerra.

El hecho de que los distintos tratados tengan diferentes niveles de ratificación también afecta a los conflictos en los que participa una coalición si sus miembros no se han adherido a los mismos tratados. En estos casos, el derecho humanitario consuetudinario es el único que proporciona un conjunto de normas comunes aplicables a todos los miembros de la coalición. Así pues, aunque un Estado sea parte de un tratado, puede seguir siendo pertinente saber hasta qué punto dicho tratado constituye derecho consuetudinario, ya que, como tal, sería vinculante incluso para los miembros de la coalición que no lo hubieran ratificado.

2. Distinta reglamentación convencional para los conflictos armados internacionales y los no internacionales

En la mayoría de los tratados de derecho humanitario se distingue entre las normas aplicables en los conflictos armados internacionales y las aplicables en los no internacionales. El hecho de que un conflicto se caracterice como internacional o como no internacional determinará si se aplica únicamente el artículo 3 común o los cuatro Convenios de Ginebra, si se aplica el Protocolo adicional I o II, y cuáles infracciones graves y violaciones graves del derecho humanitario enumeradas en el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional son aplicables. Determinar si un conflicto es internacional o no puede ser problemático en algunos casos. Por ejemplo, los conflictos de la antigua Yugoslavia eran difíciles de calificar como de índole internacional o no internacional, ya que, en realidad, eran una mezcla de ambas. La superposición en la aplicación de las normas del derecho de los conflictos armados internacionales y las de los no internacionales a las distintas partes que intervienen en un conflicto armado mixto dificulta mucho la interpretación jurídica.

3. Los conflictos armados no internacionales se rigen por un derecho convencional rudimentario

El tercer y, claramente, mayor impedimento para la aplicación del derecho humanitario convencional es que éste sólo ofrece un marco rudimentario para reglamentar los conflictos armados no internacionales, en particular por lo que respecta a la conducción de las hostilidades. En el

artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, la única disposición de los Convenios aplicable formalmente a los conflictos armados no internacionales, no se reglamenta la conducción de las hostilidades. Además, en el Protocolo adicional II tampoco se trata debidamente ni de la conducción de las hostilidades ni de otras cuestiones. Por ejemplo, a diferencia del Protocolo adicional I, en el Protocolo II no se dispone la obligación de distinguir entre objetivos militares y bienes de carácter civil, por lo que no se dispone protección alguna para estos últimos, como tampoco se define lo que son bienes de carácter civil y objetivos militares. Ello plantea numerosos problemas en la práctica, ya que incluso en los conflictos armados no internacionales las fuerzas armadas (tanto las fuerzas armadas estatales como los grupos armados de oposición) deben limitar sus operaciones militares a los objetivos militares. El Protocolo adicional II carece también de otras disposiciones fundamentales relativas a la conducción de las hostilidades, como la prohibición y la definición de los ataques indiscriminados, y la obligación de tomar precauciones en el ataque y contra los efectos de este.

En el Protocolo adicional I hay disposiciones concretas sobre la conducción de las hostilidades, pero no, en el Protocolo II, a pesar de que también figuraban disposiciones sobre el particular en el proyecto de éste. Lo cierto es que eran muy similares⁵ los proyectos originales de ambos protocolos, tal y como se presentaron por el CICR a la Conferencia Diplomática que condujo a la aprobación de los protocolos adicionales. Incluso, durante la Conferencia Diplomática que indujo a la aprobación de los protocolos adicionales, el Comité III, que trabajó en el proyecto del Protocolo II, aceptó un gran número de las disposiciones provisionales presentadas por el CICR, a menudo por consenso, si bien algunas sufrieron pequeñas variaciones. Pero en las últimas semanas de una negociación que se había prolongado durante cuatro años, sencillamente se suprimieron muchas de las disposiciones del proyecto del Protocolo II. El motivo principal fue que durante la Conferencia Diplomática se decía que sólo se podría llegar a un acuerdo sobre un texto simplificado, y no sobre la versión elaborada por el Comité III, basada en el proyecto del

5 CICR, Proyectos de los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Ginebra, junio de 1973, publicados en las actas oficiales de la conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, Ginebra, vol. I, 1974-1977.

CICR. Este proceso de simplificación consistió, fundamentalmente, en suprimir o revisar todos los artículos que se referían a las “partes en conflicto”. Un buen ejemplo de esta maniobra diplomática es la disposición relativa a la difusión de los protocolos adicionales. Mientras que en el Protocolo adicional I se obliga a todas las “altas partes contratantes” a difundir los Convenios y el Protocolo lo más ampliamente posible;⁶ en el Protocolo adicional II se establece simplemente que “[e]l presente Protocolo deberá difundirse lo más ampliamente posible”, sin especificar a quién incumbe esa obligación.⁷ Por aquel entonces, algunos Estados se negaban a aceptar que los grupos armados como “partes en conflicto” tuvieran derechos y obligaciones concretas en virtud del derecho internacional, como la obligación de difundir el derecho humanitario.

Esta reticencia respondía sobre todo al razonamiento de los entonces nuevos Estados independientes, que sostenían que reconocer esos derechos y obligaciones y, en general, regular minuciosamente los conflictos armados internos alentaba a la rebelión y a la secesión, y amenazaba su frágil soberanía. Sin embargo, dicho razonamiento era erróneo, ya que los derechos y obligaciones de los grupos armados de oposición ya habían sido reconocidos por el derecho internacional al menos 30 años antes de la aprobación del Protocolo II. En efecto, en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra se impone una serie de obligaciones a “cada una de las partes en [un] conflicto” de carácter no internacional, e incluso alienta a las partes a que “[hagan] lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio”, por lo que apunta más lejos que el Protocolo adicional II. El artículo 3 común especifica, por lo demás, que su aplicación “no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto”, disposición que se repite en varios tratados posteriores aplicables a los conflictos armados no internacionales (véase *infra*).

Desafortunadamente, el proceso de simplificación del Protocolo adicional II le ha dejado una estructura dificultosa. Mientras que, por una

6 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, Ginebra, 8 de junio de 1977, artículo 83, apartado 1 [en adelante, Protocolo adicional I].

7 Véase el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados No Internacionales, Ginebra, 8 de junio de 1977, artículo 19 [en adelante, Protocolo adicional II].

parte, faltan las normas básicas relativas a la distinción entre objetivos militares y bienes de carácter civil y su definición, sí figura una relación detallada de las normas relativas a un determinado tipo de bienes, a saber, los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas y bienes culturales y lugares de culto.⁸ Estas deficiencias del derecho convencional se han rectificado en cierta medida en los tratados posteriores aplicables a los conflictos armados no internacionales, como pone en evidencia la siguiente relación cronológica de instrumentos de derecho convencional relativos a estos conflictos.

El primer tratado que extendía expresamente su aplicación respecto de los conflictos armados no internacionales, desde 1977, fue el Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II enmendado de la CCAC). A diferencia del Protocolo II original de la CCAC, el Protocolo II enmendado se hizo aplicable en situación de conflicto armado no internacional, y contiene una serie de normas básicas sobre la conducción de las hostilidades, entre ellas:

- la prohibición de atacar bienes de carácter civil;⁹
- la definición de objetivos militares;¹⁰
- la definición de bienes de carácter civil;¹¹
- la prohibición del empleo indiscriminado de las armas;¹²
- la definición del empleo indiscriminado de las armas;¹³

8 Véase el Protocolo adicional II, nota 7, artículo 14 (bienes indispensables para la supervivencia de la población civil), artículo 15 (obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas) y artículo 16 (bienes culturales y lugares de culto).

9 Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, Ginebra, 10 de octubre de 1980 [en adelante, CCAC], Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y otros Artefactos, según fue enmendado, Ginebra, 3 de mayo de 1996, artículo 3, párrafo 7 [en adelante, Protocolo II enmendado de la CCAC].

10 CCAC, Protocolo II enmendado, nota anterior, artículo 2, párrafo 6.

11 *Ibidem*, párrafo 7.

12 *Ibidem*, artículo 3, párrafo 8.

13 *Idem*.

el principio de proporcionalidad;¹⁴
la prohibición de los denominados “bombardeos de zona”;¹⁵
la obligación de tomar todas las precauciones factibles para proteger a la población civil;¹⁶ y
la obligación de dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces, salvo que las circunstancias lo impidan.¹⁷

Al igual que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, en el Protocolo II enmendado de la CCAC se dispone que su aplicación “a las partes en un conflicto, que no sean altas partes contratantes... no modificará su estatuto jurídico ni la condición jurídica de un territorio en disputa, ya sea expresa o implícitamente”.¹⁸

La adopción en 1998 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de la CPI) puso otro hito en el desarrollo del derecho convencional que regula los conflictos armados no internacionales. Aunque el Estatuto de la CPI constituye un enorme avance en el reconocimiento de la responsabilidad penal individual por la comisión de violaciones graves del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales, supuso sólo un tímido avance en el derecho sustantivo aplicable a dichos conflictos, ya que la lista de crímenes de guerra para los conflictos armados no internacionales es mucho más breve que la de los conflictos armados internacionales, y omite, por ejemplo, normas relacionadas con la conducción de las hostilidades, como los ataques contra bienes de carácter civil y los ataques que causen daños incidentales excesivos, pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes civiles.¹⁹ Ello resulta, si cabe, más sorprendente, si tenemos en cuenta que en la lista de crímenes de guerra para los conflictos armados no internacionales se considera crimen de guerra dirigir ataques

14 *Ibidem*, apartado c).

15 *Ibidem*, párrafo 9.

16 *Ibidem*, párrafo 10.

17 *Ibidem*, párrafo 11.

18 *Ibidem*, artículo 1, párrafo 6.

19 Estas violaciones figuran en la lista de crímenes de guerra en los conflictos armados internacionales, pero no así en los no internacionales. Véase el Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998, artículo 8, párrafo 2, apartado b), subapartados ii) y iv).

contra instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria “siempre que tengan derecho a la protección otorgada a... *bienes civiles* con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados”, reconociendo, por tanto, la protección de los bienes civiles en dichos conflictos.²⁰ Se podría argumentar que el crimen de guerra de destruir los bienes del enemigo a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo, abarcaría también los casos de ataques a bienes civiles.²¹ También resulta sorprendente el hecho de que los primeros avances del derecho sustantivo en los conflictos armados no internacionales estuvieran relacionados con el tema de las armas, como ya se ha explicado anteriormente, y que sin embargo en el Estatuto de la Corte Penal Internacional no se tipifique expresamente como delito el empleo de armas prohibidas en los conflictos armados no internacionales.

Un año más tarde, en 1999, el segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales se extendió a los conflictos armados no internacionales. Dicho Protocolo también contiene una serie de disposiciones relativas a la conducción de las hostilidades, entre ellas:

la prohibición de atacar bienes de carácter civil;²²

la definición de objetivos militares;²³

la obligación de tomar todas las precauciones factibles en el ataque;²⁴

la obligación de dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces siempre que las circunstancias lo permitan;²⁵ y

20 *Ibidem*, artículo 8, párrafo 2, apartado e), subapartado iii).

21 *Ibidem*, subapartado xii).

22 *Ibidem*, artículo 6, apartado a), i) (en sentido contrario).

23 Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, La Haya, 26 de marzo de 1999, artículo 1, apartado f).

24 *Ibidem*, artículo 7 (que contiene una lista pormenorizada de medidas preventivas similares a las que figuran en el párrafo 2 del artículo 57 del Protocolo adicional I).

25 *Ibidem*, artículo 6, apartado d).

la obligación de tomar todas las precauciones factibles contra los efectos de las hostilidades.²⁶

Finalmente, en diciembre de 2001, el artículo 1 de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (CCAC) se modificó para ampliar el ámbito de aplicación de todos sus protocolos existentes hasta entonces a los conflictos armados no internacionales, tal y como se definen en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Como ya se ha explicado anteriormente, hasta entonces, el único Protocolo que se aplicaba en situación de conflicto armado no internacional era el Protocolo II enmendado. A partir de esa fecha, todos los protocolos (I-IV) se hicieron aplicables en los conflictos armados no internacionales para los Estados que ratificaron la enmienda al artículo 1. Esto significa que las disposiciones de los protocolos que estaban relacionadas con la conducción de las hostilidades, y que hasta entonces se limitaban a los conflictos armados internacionales, se extendieron a los conflictos armados no internacionales, entre ellas:

- la prohibición de atacar bienes de carácter civil;²⁷
- la definición de objetivos militares;²⁸
- la definición de bienes de carácter civil;²⁹
- la prohibición del empleo indiscriminado de las armas;³⁰
- la definición de ataques indiscriminados;³¹
- el principio de proporcionalidad;³²

26 *Ibidem*, artículo 8 (que contiene una lista pormenorizada de medidas preventivas similares a las que figuran en los apartados a) y b) del artículo 58 del Protocolo adicional I).

27 CCAC, Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Armas Incendiarias, Ginebra, 10 de octubre de 1980, del artículo 2, párrafo 1 [en adelante Protocolo III].

28 CCAC, Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y otros Artefactos, Ginebra, 10 de octubre de 1980, artículo 2, párrafo 4 [en adelante, Protocolo II] y Protocolo III, nota 27, artículo 1, párrafo 3.

29 CCAC, Protocolo II, nota anterior, artículo 2, párrafo 5, y CCAC, Protocolo III, nota 27, artículo 1, párrafo 4.

30 CCAC, Protocolo II, nota 28, artículo 3, párrafo 3.

31 *Ibidem*, apartados a)-c).

32 *Ibidem*, apartado c).

la obligación de tomar todas las precauciones factibles para proteger a la población civil;³³ y
la obligación de dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces.³⁴

Todo apunta, pues, a que la ampliación en el decenio de 1990 del ámbito de aplicación del derecho convencional a los conflictos armados no internacionales fue posible gracias a la consolidación de muchos de los Estados que habían recobrado su independencia en el decenio de 1970.

Una notable excepción a esta situación fue la prohibición de atacar a la población civil, que se incluyó desde el comienzo en el Protocolo adicional II y en los tratados posteriores.³⁵ En el artículo 13 del Protocolo adicional II se dispone que “no serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles... salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”. Según el Estatuto de la Corte Penal Internacional “dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades” constituye un crimen de guerra en los conflictos armados no internacionales.³⁶ Sin embargo, a diferencia del Protocolo adicional I,³⁷ el Protocolo adicional II no contiene una definición específica de los términos “población civil” y “civil”, si bien dichos términos figuran en varias disposiciones.³⁸ Los tratados posteriores, aplicables en los conflictos armados no internacionales, también emplean los

33 *Ibidem*, párrafo 4; CCAC, Protocolo III, nota 27, artículo 2, párrafo 3, y CCAC, Protocolo sobre los Restos Explosivos de Guerra, Ginebra, 28 de noviembre de 2003, artículos 3-5.

34 CCAC, Protocolo II, nota 28, artículo 4, párrafo 2, apartado b), y artículo 5, párrafo 2.

35 Protocolo adicional II, nota 7, artículo 13; CCAC, Protocolo II, nota 28, artículo 3, párrafo 2; CCAC, Protocolo II enmendado, nota 9, artículo 3, párrafo 7; CCAC, Protocolo III, nota 27, artículo 2, párrafo 1, y Estatuto de la Corte Penal Internacional, nota 19, artículo 8, párrafo 2, apartado e), subapartado i).

36 Estatuto de la Corte Penal Internacional, nota 19, artículo 8, párrafo 2, apartado e), subapartado i).

37 Véase el Protocolo adicional I, nota 6, artículo 50.

38 Protocolo adicional II, nota 7, artículos 13-15 y 17-18.

términos “civil” y “población civil” sin definirlos.³⁹ En el documento de orientación interpretativa sobre la noción de “participación directa en las hostilidades” se define el término “población civil” a efectos del principio de distinción en los conflictos armados no internacionales como “toda persona que no forme parte de las fuerzas armadas de un Estado o de los grupos armados organizados de una de las partes en conflicto, y se especifica que, en los conflictos armados no internacionales, los grupos armados organizados constituyen las fuerzas armadas de una parte no estatal en conflicto, y están formadas exclusivamente por individuos cuya continua función es participar directamente en las hostilidades (‘función de combate continua’).”⁴⁰

III. ACLARACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO

Las cruentas guerras de la antigua Yugoslavia y Ruanda dieron lugar a momentos de profunda crisis en la credibilidad del derecho internacional humanitario. Incapaz de detenerlos y de hacer cumplir la ley, el mundo fue testigo de los horrores de estos conflictos. Con aparente impunidad, se violó reiterada y deliberadamente uno de los principios cardinales del derecho humanitario, a saber, la distinción entre personas civiles y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Había que hacer algo. Con este propósito, en enero de 1995, el Grupo Intergubernamental de Expertos para la Protección de las Víctimas de la Guerra se reunió en Ginebra y aprobó una serie de recomendaciones encaminadas a fomentar el respeto del derecho humanitario, en particular, a través de medidas preventivas que permitieran conocerlo y aplicarlo mejor. En la Recomendación II del Grupo Intergubernamental de Expertos se propone que:

39 Véase, por ejemplo, CCAC, Protocolo II enmendado, nota 9, artículo 3, párrafos 7-11; CCAC, Protocolo III, nota 27, artículo 2; preámbulo de la Convención de Ottawa sobre la Prohibición de las Minas Antipersonal; Estatuto de la Corte Penal Internacional, nota 19, artículo 8, párrafo 2, apartado e, subapartados i), iii) y viii).

40 ICRC, Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law [Documento del CICR de Orientación Interpretativa sobre la Noción de Participación Directa en las Hostilidades desde la Perspectiva del DIH], *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 872, diciembre de 2008, p. 991.

Se invite al CICR a elaborar, con la asistencia de expertos en derecho internacional humanitario que representen a diversas regiones geográficas y distintos sistemas jurídicos, y en consulta con expertos de gobiernos y organizaciones internacionales, un informe sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados internacionales y de otra índole, y a que distribuya este informe a los Estados y a los organismos internacionales competentes.⁴¹

En diciembre de 1995, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en la cual participan, con derecho a voto, todos los Estados partes en los Convenios de Ginebra, hizo suya esta recomendación y encomendó oficialmente al CICR que elaborara un informe sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales.⁴² El informe, conocido actualmente como el Estudio sobre Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario,⁴³ se publicó casi 10 años después, en 2005, tras haberse efectuado una exhaustiva investigación y consultas con un gran número de expertos.

La Conferencia encomendó este mandato al CICR, habida cuenta, sobre todo, del rudimentario derecho convencional aplicable en los conflictos armados no internacionales. Cabe destacar que tanto Yugoslavia como Ruanda habían ratificado el Protocolo adicional II cuando estallaron los respectivos conflictos armados; pero, como ya se ha explicado antes, dicho Protocolo contenía numerosos vacíos. Por eso, los Estados

41 Reunión del Grupo Intergubernamental de Expertos para la Protección de las Víctimas de la Guerra, Ginebra, 23-27 de enero de 1995, Recomendación II, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 133, 1996, anexo II.

42 XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 3-7 de diciembre de 1995, Resolución 1, derecho internacional humanitario: del derecho a la acción. Informe sobre el Seguimiento de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 133, 1996.

43 Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law [El derecho internacional humanitario consuetudinario]*, vol. I: *Rules* y vol. II: *Practice* (2 partes), Cambridge, Cambridge University Press, 2005. El volumen I está disponible en árabe (CICR, El Cairo, 2007), chino (China Law Press, Pekín, 2007), persa (Majd, Teherán, 2008), francés (Bruylant, Bruselas, 2006), ruso (CICR, Moscú, 2006), serbio (CICR, Belgrado, 2005), español (CICR, Buenos Aires, 2007), y próximamente se publicará en turco. Para más información, consúltese el sitio web: <http://www.icrc.org/spa/derecho-consuetudinario>.

querían saber hasta qué punto el derecho consuetudinario había logrado suplir esos vacíos. El mandato encomendaba al CICR el cometido de ayudar a los Estados en la difícil y larga tarea de aclarar el contenido del derecho internacional consuetudinario.

El estudio del CICR ha identificado 161 normas de derecho internacional humanitario consuetudinario, que abarcan una gran variedad de cuestiones. La mayoría de esas normas son aplicables tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. Aunque la identificación de estas normas refleja una evaluación integral de la práctica (el estudio duró aproximadamente 10 años), el Estudio no es exhaustivo. En efecto, existen más normas de derecho consuetudinario internacional, y puede que surjan nuevas normas en el futuro, dependiendo de cómo evolucione la práctica. Por eso, el CICR ha emprendido la realización de un proyecto, en asociación con la Cruz Roja Británica, en el Centro Lauterpacht de Derecho Internacional de la Universidad de Cambridge, para actualizar la práctica en la que se basa el Estudio y publicarla mediante Internet en el futuro.⁴⁴

El Estudio del CICR sobre el derecho humanitario consuetudinario revela la existencia de un acervo importante de derecho humanitario consuetudinario. Estas normas consuetudinarias son vinculantes para todos los Estados, independientemente de si han ratificado o no los tratados, así como para los grupos armados de oposición, en el caso de las normas aplicables a las partes en un conflicto armado no internacional. En el Estudio también se pone de manifiesto que la práctica de los Estados ha generado un número significativo de normas consuetudinarias que regulan los conflictos armados no internacionales. De hecho, de las 161 normas identificadas en el Estudio, 148 son aplicables en los conflictos armados no internacionales. Estas normas consuetudinarias suplen la mayoría de los vacíos existentes en el derecho convencional, por lo que atañe a los conflictos armados no internacionales.

Por último, el Estudio demuestra que muchas de las normas consuetudinarias aplicables en los conflictos armados no internacionales son las mismas que las aplicables en los conflictos armados internacionales. Es el caso de la mayoría de las normas relativas a la conducción de las hostilidades, los métodos de hacer la guerra, las armas, y el trato debido a las

44 Para más información, consúltese el sitio web: http://www.icil.cam.ac.uk/projects/cihl_project.php.

personas civiles y a las personas que se encuentran fuera de combate y están en poder de una parte en conflicto. La descripción de estas normas consuetudinarias en el Estudio constituye, pues, un gran avance para reducir la brecha que existe entre la reglamentación de los conflictos armados internacionales y los conflictos armados no internacionales, brecha aún existente en el derecho convencional. Esto no significa que el derecho de los conflictos armados internacionales y el de los no internacionales sea el mismo, sigue habiendo importantes diferencias entre ambos, que aparecen reflejadas en el Estudio.⁴⁵

IV. PERTINENCIA PRÁCTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO EN LA ACTUALIDAD

A la luz de los impedimentos a la aplicación del derecho humanitario convencional, el derecho humanitario consuetudinario sigue manteniendo su pertinencia práctica de varias maneras. A continuación, figuran algunos ejemplos recientes de dependencia del derecho humanitario consuetudinario, y de ámbitos del derecho humanitario en los que el derecho consuetudinario sigue siendo pertinente.

1. *Operaciones militares*

El derecho humanitario consuetudinario sigue proporcionando un importante marco jurídico para la conducción de las hostilidades en conflictos recientes y actuales. Fue el caso, por ejemplo, de la invasión, por parte de Estados Unidos, de Afganistán en 2001 y de Irak en 2003, ya que ni Afganistán, ni Irak, ni Estados Unidos son partes en el Protocolo adicional I. Una situación similar ocurrió durante el conflicto de 2006 entre Israel y Líbano, particularmente contra las fuerzas de Hezbolá, así como durante la intervención de fuerzas etíopes y estadounidenses en Somalia, a principios de 2007. Más recientemente, la pertinencia del derecho humanitario consuetudinario se volvió a poner de manifiesto durante la guerra entre Israel y las fuerzas de Hamás, en la franja de Gaza.

45 Para más información, véase Henckaerts, Jean-Marie, "Estudio sobre derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, 2007, pp. 513-563.

Por lo demás, la guerra que estalló entre Rusia y Georgia en el verano de 2008 se rigió por los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I, y, por ende, el derecho humanitario consuetudinario no fue tan pertinente en ese caso.

Por lo que atañe a los conflictos armados no internacionales, el derecho humanitario consuetudinario proporciona un marco jurídico importante en conflictos tanto en Estados que no son partes en el Protocolo adicional II como en Estados que sí lo son. Para el primer caso, como Sri Lanka, donde la principal (o única) disposición del derecho convencional aplicable es el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, el derecho humanitario consuetudinario proporciona la mayoría de las normas aplicables. Para el segundo, como Colombia, el derecho humanitario consuetudinario completa convenientemente el marco jurídico del Protocolo adicional II.⁴⁶

Tanto las fuerzas armadas estatales como, en caso de conflictos armados no internacionales, los grupos armados no estatales, están obligados a respetar las normas correspondientes del derecho humanitario consuetudinario. Dichas normas constituyen también un parámetro jurídico importante que puede ser utilizado por la sociedad civil de esos Estados, así como por otros Estados y organizaciones internacionales en el ejercicio de su obligación de hacer respetar el derecho humanitario.

Por último, en las guerras libradas por una coalición, como por ejemplo en las operaciones militares llevadas a cabo por Estados Unidos y sus socios de la coalición en Irak, o en las operaciones de los Estados miembros de la OTAN en Afganistán, como parte de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF), el derecho humanitario consuetudinario proporciona las normas comunes aplicables a todos los socios de la coalición, en contraste con las obligaciones dimanantes del derecho convencional, que varían en gran medida entre cada miembro. Así pues, las operaciones conjuntas deben atenerse a las normas consuetudinarias comunes, lo cual no exime a cada uno de los miembros de la coalición de

46 Véase, por ejemplo, Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *op. cit.*, nota 43, vol. I: *Normas*; normas 7-24, relativas a la conducción de las hostilidades; normas 31-32, relativas al personal y los bienes de socorro humanitario; norma 34, relativa a los periodistas; normas 43-45, relativas al medio ambiente natural; normas 115-116, relativas a las personas fallecidas; norma 117, relativa a las personas desaparecidas; y norma 123, relativa a las personas privadas de libertad; que son adicionales a las normas convencionales del Protocolo adicional II.

cumplir con las obligaciones del derecho convencional que les impongan los tratados que hayan ratificado respectivamente.

2. *Investigación*

Dado que el derecho internacional consuetudinario continúa siendo el principal marco jurídico en muchos conflictos armados, es normal que las misiones de investigación relacionadas con esos conflictos también se basen en este marco. Un ejemplo es la labor de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur en 2004-2005.⁴⁷ Como la Comisión examinó hechos relacionados con el conflicto de Darfur, Sudán, cuando Sudán aún no era parte en el Protocolo adicional II, el derecho internacional humanitario consuetudinario aplicable a los conflictos armados no internacionales fue especialmente pertinente para la labor de la Comisión. El informe de la Comisión sirvió de base para la decisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de remitir la situación de Darfur al fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI) de conformidad con el apartado b) del artículo 13 del Estatuto de la CPI.⁴⁸ En el momento de redactar este documento, la Corte ha emitido una orden de arresto para Omar Al Bashir, en la que se le imputa responsabilidad penal individual por cinco cargos por crímenes contra la humanidad y otros dos por crímenes de guerra.⁴⁹ Esto demuestra que, aunque esos cargos se basen hoy en el Estatuto

47 Véase el Informe al Secretario General de las Naciones Unidas de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur, de conformidad con la resolución 1564 del Consejo de Seguridad, del 18 de septiembre de 2004, Ginebra, 25 de enero de 2005.

48 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, resolución 1593, 31 de marzo de 2005.

49 Sala I de Cuestiones Preliminares, en el caso de El fiscal vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”), Orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009. Los cinco cargos por crímenes contra la humanidad que se le imputan son: asesinato —artículo 7, párrafo 1, apartado a)—, exterminio —artículo 7, párrafo 1, apartado b)—, deportación forzosa —artículo 7, párrafo 1, apartado d)—, tortura —artículo 7, párrafo 1, apartado f)—, y violación —artículo 7, párrafo 1, apartado g)—. Los dos cargos por crímenes de guerra son: dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participan directamente en las hostilidades —artículo 8, párrafo 2, apartado e), subapartado i)— y el saqueo —artículo 8, párrafo 2), apartado e), subapartado v)—. Véase también *id.*, Decisión sobre la petición del fiscal de emitir una orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009.

de la Corte, dimanando del principio de responsabilidad penal del derecho internacional consuetudinario.

Otros ejemplos incluyen el informe de varios relatores especiales del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y el del representante del secretario general de la ONU sobre los desplazados internos en su misión a Líbano e Israel, tras el conflicto de 2006.⁵⁰ Más recientemente, un informe conjunto de varios titulares de mandatos de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y del representante especial del secretario general para la cuestión de los niños en los conflictos armados se basó en gran medida en el derecho humanitario consuetudinario.⁵¹

3. Acciones judiciales y arbitraje

A. Acciones judiciales en el plano nacional

En muchos Estados, el derecho internacional consuetudinario se puede invocar directamente ante los tribunales nacionales. Es el caso de Israel, donde la Corte Suprema se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la naturaleza consuetudinaria de las normas del derecho huma-

50 Informe del relator especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston; el relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt; el representante especial del secretario general sobre derechos humanos de los desplazados internos, Walter Kälin; y el relator especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari, Misión a Líbano e Israel (7-14 de septiembre de 2006), Documento de Naciones Unidas A/HRC/2/7, 2 de octubre de 2006, párr. 22 y sucesivos.

51 Situación de los Derechos Humanos en Palestina y otros Territorios Árabes Ocupados, informe conjunto del relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, el representante especial del secretario general para la cuestión de los niños en los conflictos armados, el relator especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, el representante del secretario general sobre los derechos humanos de los desplazados internos, el relator especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto, el relator especial sobre el derecho a la alimentación, el relator especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, el relator especial sobre el derecho a la educación, y el experto independiente sobre los derechos humanos y la extrema pobreza, Documento de Naciones Unidas A/HRC/10/22, 20 de marzo de 2009.

nitario.⁵² Recientemente lo ha hecho en referencia al estudio del CICR sobre esta materia. Por ejemplo, en una sentencia de diciembre de 2005, relativa al procedimiento denominado “recurso al vecino”, empleado por las fuerzas de defensa israelíes para capturar a individuos, la Corte Suprema israelí aludía con aprobación a las conclusiones del Estudio relativas a la naturaleza consuetudinaria de la precaución de dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces (norma 20) y de alejar a las personas civiles de la proximidad de los objetivos militares (norma 24), así como la prohibición de emplear escudos humanos (norma 97).⁵³ Asimismo, en su decisión de diciembre de 2006 sobre la política de asesinatos selectivos, la Corte Suprema israelí remitía con aprobación a las conclusiones del Estudio relativas al principio de distinción entre civiles y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares (normas 1 y 7), al principio de que las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación (norma 6), a la prohibición de los ataques indiscriminados (norma 11), y a la prohibición de causar incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos (norma 14).⁵⁴ Más recientemente, en una sentencia de enero de 2008, relativa a la disminución del suministro de combustible y electricidad a Gaza por parte de Israel, la Corte remitía al derecho internacional humanitario consuetudinario y al Estudio del CICR al declarar que “cada parte en conflicto deberá abstenerse de interrumpir el paso de la ayuda humanitaria esencial a las poblaciones

52 Véase, por ejemplo, Israel, la Corte Suprema reunida como Tribunal Superior de Justicia, *Affo y otros vs. el comandante de las Fuerzas de Defensa de Israel en Cisjordania*, 10 de diciembre de 1988, HCJ 785/87, HCJ 845/87, HCJ 27/88, 29 *ILM* 139, 1990 (relativo al carácter consuetudinario del artículo 49 del IV Convenio de Ginebra).

53 Israel, La Corte Suprema reunida como Tribunal Superior de Justicia, *Adalah y otros vs. el mayor general del Mando Central de las Fuerzas de Defensa de Israel y otros*, 23 de junio de 2005, HCJ 3799/02, párrs. 20, 21 y 24.

54 Israel, La Corte Suprema reunida como Tribunal Superior de Justicia, *El Comité Público contra la Tortura en Israel y otros vs. el Gobierno de Israel y otros*, 13 de diciembre de 2006, HCJ 769/02, párrs. 23, 29-30 y 41-42; véanse también las referencias al comentario del estudio en los párr. 33-34, 40 y 46.

que la necesitan en las zonas que se encuentren bajo su control”, si bien consideró que Israel no había violado esta obligación.⁵⁵

B. Acciones judiciales internacionales

En el plano internacional, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) se basa cada vez más en el artículo 3 de su Estatuto, que otorga al tribunal jurisdicción sobre “violaciones de las leyes o prácticas de guerra”. Toda condena que se base en el artículo 3 del Estatuto exige la prueba de que el delito en cuestión está contemplado en el derecho internacional consuetudinario, ya que, de lo contrario, se estaría violando el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege previa*).⁵⁶ Por ejemplo, en *El fiscal vs. Hadžihasanović*, la sala de apelaciones del tribunal dictaminó que la prohibición de la destrucción sin motivo de ciudades, el pillaje de bienes públicos o privados, los ataques contra los bienes culturales y, en general, los ataques a bienes de carácter civil eran normas consuetudinarias cuya violación, incluso en los conflictos armados no internacionales, entrañaba responsabilidad penal individual con arreglo al derecho internacional consuetudinario. En su dictamen, el tribunal citaba la práctica recogida en el volumen II del Estudio del CICR sobre derecho humanitario consuetudinario, en lugar de las normas recopiladas en el volumen I.⁵⁷ Previamente, la sala de apelaciones había tenido que dictaminar si podía aplicar el principio de la responsabilidad del mando a los crímenes de guerra cometidos en un conflicto no internacional. Dado que en el Protocolo adicional II no se dice nada al respecto, la sala de apelaciones tuvo que examinar si la responsabilidad del mando se aplicaba a los conflictos armados no internacionales en el derecho internacional consuetudinario, concluyendo que

55 Israel, La Corte Suprema reunida como Tribunal Superior de Justicia, *Jaber Al-Bassiouni Ahmed y otros vs. el primer ministro y el ministro de Defensa*, 30 de enero de 2008, HCJ 9132/07, párrs. 14 y sucesivos.

56 Véase Meron, Theodor, “The Revival of Customary Humanitarian Law”, *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, p. 817.

57 TPIY, Sala de Apelaciones, *El fiscal vs. Hadžihasanović y Kubura*, fallo sobre la solicitud de la defensa de interponer recurso interlocutorio contra el fallo de la Sala de Primera Instancia sobre las peticiones de absolución con arreglo a la norma 98 bis, IT-01-47-AR73.3, 11 de marzo de 2005, párrs. 29-30, 38 y 45-46.

así era.⁵⁸ Esta conclusión confirma un hallazgo similar en el Estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario.⁵⁹

Otro ejemplo de recurso al derecho humanitario consuetudinario se puede encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona, que consideraba crimen de guerra con arreglo al derecho internacional consuetudinario el reclutamiento de niños soldados, incluso en los conflictos armados no internacionales.⁶⁰

C. Arbitraje internacional

Un claro ejemplo de la pertinencia del derecho humanitario consuetudinario en los procedimientos de arbitraje es el trabajo de la Comisión de Reclamaciones entre Etiopía y Eritrea, establecida tras el fin del conflicto armado entre ambos países en 2000 para:

Decidir, mediante arbitraje vinculante, acerca de todas las reclamaciones por pérdida, daños o lesiones causados por un Gobierno contra el otro, así como por los nacionales (lo que incluye a las personas naturales y jurídicas) de una parte contra el Gobierno de la otra parte o entidades de propiedad o sujetas al control de la otra parte que a) estén asociados con el conflicto que fue objeto del Acuerdo Marco, las modalidades para su aplicación y el Acuerdo de Cesación de Hostilidades, y b) resulten de violaciones del derecho internacional humanitario, incluidos los Convenios de Ginebra de 1949, u otras violaciones del derecho internacional.⁶¹

La pertinencia del derecho humanitario consuetudinario para la labor de la Comisión es evidente, ya que ni los Convenios de Ginebra ni el Protocolo adicional I eran formalmente aplicables durante el conflicto, dado que, hasta entonces, Eritrea no había ratificado ninguno de estos tratados. La Comisión decidió trabajar partiendo de la base de que los

58 *Ibidem*, fallo sobre la responsabilidad del mando, IT-01-47-AR72, 16 de julio de 2003, párr. 31.

59 Véase Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *op. cit.*, nota 43, vol. I: *Normas*, norma 153.

60 Tribunal especial para Sierra Leona, sala de apelaciones, *El fiscal vs. Sam Hinga Norman*, Sentencia sobre la petición preliminar basada en la falta de jurisdicción (reclutamiento infantil), caso núm. SCSL-2004-14-AR72(E), 31 de mayo de 2004.

61 Acuerdo entre el Gobierno del Estado de Eritrea y el Gobierno de la República Democrática Federal de Etiopía, Argel, 12 de diciembre de 2000, artículo 5, párrafo 1.

Convenios de Ginebra, además del Protocolo adicional I, constituían derecho internacional consuetudinario. No obstante, si una de las partes en el procedimiento de arbitraje deseara recurrir este supuesto en relación con los Convenios de Ginebra, la carga de la prueba recaería en esa parte, mientras que si lo hiciera en relación con el Protocolo adicional I, la carga de la prueba recaería sobre la Comisión.⁶²

Así, en un laudo parcial del 19 de diciembre de 2005, relativo a cuestiones relacionadas con la conducción de las hostilidades, la Comisión confirmó el estatuto consuetudinario de varias disposiciones del Protocolo adicional I.⁶³ La Comisión concluyó, por ejemplo, que se podía basar en el párrafo 2 del artículo 54 del Protocolo adicional I (relativo a los ataques contra bienes indispensables para la supervivencia de la población civil) para determinar la licitud de un bombardeo aéreo de una planta depuradora de agua situada cerca de Asmara, por parte de las fuerzas aéreas etíopes, dado que dicha disposición del Protocolo adicional I constituía derecho internacional consuetudinario.⁶⁴

4. Examen de armas, medios o métodos de guerra nuevos

Según el artículo 36 del Protocolo adicional I:

Cuando una alta parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa alta parte contratante.

62 Véase la Comisión de Reclamaciones entre Etiopía y Eritrea, Laudo parcial, *Prisoners of War, Eritrea's Claim 17*, 1 de julio de 2003, párr. 41, y Laudo parcial, *Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4*, párr. 32 (relativo a los Convenios de Ginebra); Comisión de Reclamaciones entre Etiopía y Eritrea, Laudo parcial, *Central Front, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22*, 28 de abril de 2004, párr. 23, y Laudo parcial, *Central Front, Ethiopia's Claim 2*, párr. 17 (relativo al Protocolo adicional I).

63 Comisión de Reclamaciones entre Etiopía y Eritrea, Laudo parcial, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, 19 de diciembre de 2005, párr. 95 (que consideraba consuetudinarios el artículo 48, los párrs. 2, 4 y 5 del artículo 51, y los artículos 52, 57 y 58 del Protocolo adicional I).

64 Comisión de Reclamaciones entre Etiopía y Eritrea, Laudo parcial, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, 19 de diciembre de 2005, párrs. 104-105 (que consideraba consuetudinario el párrafo 2 del artículo 54 del Protocolo adicional I).

Esta disposición implica que los Estados tienen que verificar la licitud de las nuevas armas, medios o métodos de guerra, en cumplimiento del Protocolo y de las obligaciones que les impone el derecho convencional y el derecho humanitario consuetudinario. Por ello, en la Guía para el Examen Jurídico de las Armas, los Medios y los Métodos de Guerra Nuevos, publicada por el CICR en 2006, se proponía que el marco jurídico de las normas aplicables a las nuevas armas, medios y métodos de guerra incluyera prohibiciones o restricciones de armas específicas, y prohibiciones o restricciones de carácter más general de las armas, medios y métodos de guerra en el derecho humanitario consuetudinario.⁶⁵ Algunas de las prohibiciones y restricciones más importantes que se deben tener en cuenta están recogidas en el Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario.⁶⁶

La obligación de examinar la licitud de las armas, medios o métodos de guerra nuevos dispuesta en el Protocolo adicional I incumbe a todos los Estados. Efectivamente, todo Estado que desee cumplir las obligaciones que le imponga el derecho humanitario debe proceder a dicho examen, ya que, de lo contrario, no podría garantizar el respeto del derecho humanitario por parte de sus fuerzas armadas. Por desgracia, en la actualidad, la mayoría de los Estados, sean o no partes en el Protocolo adicional I, carecen de un mecanismo que examine la licitud de las armas, medios o métodos de guerra nuevos.⁶⁷

5. Legislación nacional

De conformidad con el derecho consuetudinario internacional, los Estados tienen la obligación de investigar los crímenes de guerra presun-

65 Véase Guía para el Examen Jurídico de las Armas, los Medios y los Métodos de Guerra Nuevos: Medidas para Aplicar el Artículo 36 del Protocolo Adicional I de 1977, CICR, enero de 2006, y revisada en noviembre de 2006, pp. 13, 14 y 16.

66 Véase Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *op. cit.*, nota 43, vol. I: *Normas*, normas 12-14, 44-45 y 70-86.

67 Los Estados que han establecido este mecanismo son Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Alemania, Países Bajos, Noruega, Suecia, Reino Unido y Estados Unidos. Véase Daoust, Isabelle *et al.*, “¿Nuevas guerras, nuevas armas? La obligación de los Estados de examinar la licitud de los medios y métodos de hacer la guerra”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 846, 2002, p. 345; McClelland, Justin, “El examen de las armas de conformidad con el artículo 36 del Protocolo adicional I”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 850, 2003, p. 397.

tamente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, o aquellos cometidos en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados.⁶⁸ Para cumplir con esta obligación, los Estados necesitan un marco legislativo adecuado en lo que atañe a los crímenes de guerra, independientemente de si son o no partes en los tratados que exigen la adopción de legislación en materia de crímenes de guerra, como los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I.⁶⁹

Además, en virtud del derecho internacional consuetudinario, los Estados pueden conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra.⁷⁰ Así, si un Estado desea valerse del derecho a ejercer la jurisdicción universal sobre un presunto criminal de guerra, por ejemplo, que trate de refugiarse en su país, debe especificarlo en su legislación. Dado el significativo número de Estados que han conferido a sus tribunales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra, convendría que los Estados adoptaran una legislación adecuada en esta materia, en la cual se contemplen aquellas situaciones en las que uno de sus ciudadanos hubiera sido encausado en el extranjero (por un Estado que estuviera ejerciendo la jurisdicción universal) y deseara solicitar su extradición para juzgarlo ante los tribunales nacionales.

Por último, conforme al principio de complementariedad, la CPI sólo podrá enjuiciar a un sospechoso si el Estado de que se trata no puede o no está dispuesto hacerlo.⁷¹ Para que un Estado pueda procesar a un presunto criminal de guerra, deberá disponer de una legislación adecuada en materia de crímenes de guerra. El hecho de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas pueda remitir casos a la CPI,⁷² aun cuando el Estado no sea parte en el Estatuto de la Corte, implica que todos los Estados pueden verse afectados eventualmente por la jurisdicción de la CPI. Así pues, todos los Estados deberían plantearse adoptar una legisla-

68 Véase Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *op. cit.*, nota 43, vol. I: *Normas*, norma 158.

69 Véase el artículo 49 del I Convenio de Ginebra; el artículo 50 del II Convenio de Ginebra; el artículo 129 del III Convenio de Ginebra; el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra, y el artículo 85 del Protocolo adicional I.

70 Véase Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *op. cit.*, nota 43, vol. I: *Normas*, norma 157.

71 Estatuto de la Corte Penal Internacional, nota 19, artículo 17.

72 *Ibidem*, artículo 13, apartado b).

ción nacional en materia de crímenes de guerra, independientemente de si son o no partes en el Estatuto de la CPI.

V. CONCLUSIÓN

La codificación, cada vez mayor, del derecho humanitario, que comenzó en 1864 y continúa hasta la fecha, significa que esta rama del derecho internacional goza ya de un alto grado de codificación. No obstante, teniendo en cuenta la dilatada historia de la humanidad y de las guerras, esta codificación se revela aún como un fenómeno incipiente. Siglos antes de que comenzara esta oleada de codificaciones, las guerras ya se regían por normas consuetudinarias, y así sigue siendo hoy en día. Los impedimentos a la aplicación del prolífico acervo de derecho humanitario convencional han contribuido al “resurgimiento” del derecho humanitario consuetudinario.⁷³ De ahí que, cualquier descripción o análisis del derecho humanitario que no dedique un lugar privilegiado al derecho humanitario consuetudinario será deficiente y, a la larga, de poco valor práctico en el mundo actual.

73 Término tomado de Meron, Theodor, *op. cit.*, nota 56.