

## **Interacción entre tratado y costumbre Aporte de los protocolos adicionales al desarrollo del derecho internacional humanitario**

Hortensia D.T. Gutierrez Posse\*

Introducción

1. Los Protocolos Adicionales I y II
2. Interacción entre tratado y costumbre

A modo de colofón

### **INTRODUCCION**

Cuando se considera la influencia en la evolución del derecho internacional de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, adoptados en 1977, cabe recordar que estos instrumentos tienen la naturaleza jurídica de tratados y que su objeto es contribuir a regular una de las ramas de este ordenamiento jurídico; esto es, el derecho internacional humanitario. En consecuencia, el derecho internacional humanitario participa de todas las características del derecho internacional. Así, los procesos válidos de creación de normas jurídicas son los mismos en uno y otro ordenamiento; en ambos casos no existe una jerarquía entre las distintas fuentes; en ocasiones las reglas jurídicas tienen contenidos idénticos aun cuando estén expresadas en un tratado y en una costumbre, y, por último, las normas así creadas pueden tener tanto una naturaleza dispositiva como imperativa.

En efecto, los procesos válidos de creación del derecho internacional –y por ende, del derecho internacional humanitario- son los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho. Los tratados, sean generales o particulares, en tanto que reglas expresamente reconocidas por los sujetos de este ordenamiento con capacidad suficiente para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones a través del acuerdo de voluntades. La costumbre, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, y los principios, cuando ellos son reconocidos por los sistemas jurídicos de los Estados y aplicables en las relaciones internacionales.

La jurisprudencia, lo mismo que la doctrina, sólo constituye en este ordenamiento un medio auxiliar para determinar las reglas de derecho y no comporta *per se* un proceso autónomo de creación. Sin embargo, esta vía de verificación cobra particular relevancia cuando frente a un caso de especie corresponde establecer el sentido y alcance de una particular norma jurídica; y aún, si se trata de una costumbre o de un principio general de derecho, su existencia misma. Así, en la determinación de la conciencia de obligatoriedad con la que se acepta una práctica o en la verificación del reconocimiento de un principio por los distintos sistemas jurídicos internos, las decisiones judiciales merecen ser consideradas con especial atención en razón de la reconocida competencia de los magistrados que integran los Tribunales internacionales. Y este valor de la jurisprudencia, en tanto que medio

---

\* Diploma de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Profesora titular de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora titular de Derecho Internacional humanitario del Master en Relaciones Internacionales de la Universidad de Buenos Aires y del Master de defensa de la Escuela de Defensa Nacional, República Argentina.

auxiliar para determinar las reglas de derecho, cobra toda trascendencia cuando al presente se intenta profundizar en la interpretación del sentido y alcance de normas que integran el derecho internacional humanitario. Si bien es cierto que en el ámbito internacional la jurisprudencia no tiene la fuerza obligatoria del precedente que le atribuyen los países del *common law*, ya que esta concepción presupone en alguna medida un sistema judicial jerarquizado que no existe en la comunidad internacional, la certeza, estabilidad y predictibilidad son siempre importantes. El precedente no es, entonces, una fuente autónoma de reglas jurídicas pero las decisiones judiciales son un verdadero medio auxiliar en la determinación del derecho vigente, su sentido y alcance.

En lo que hace a la no existencia de jerarquía entre las distintas fuentes – tratados, costumbre o principios generales de derecho- ella se explica en razón de que el sistema de creación de las normas jurídicas internacionales es en gran medida descentralizado. En este ordenamiento no existe un legislador internacional, al estilo del legislador de derecho interno, que cree la norma general vinculante para todos sino que, en general, la regla de derecho es fruto del acuerdo de voluntades soberanas.

Este proceso descentralizado y no jerarquizado es el que conduce a que sea posible que un determinado comportamiento pueda estar regulado al mismo tiempo, en modo idéntico y para los mismos sujetos, tanto por una norma convencional como por una norma consuetudinaria. Es decir que se puede producir una verdadera interacción entre estas dos fuentes de derecho. De este modo, una norma convencional, por el hecho de su aceptación generalizada, puede tener también el carácter de consuetudinaria a la par que un tratado puede codificar normas del derecho internacional general. Asimismo es posible que disposiciones de distintas ramas del derecho internacional concurren y se complementen para amparar determinados valores que se consideren esenciales.

Por último, ha de señalarse que normas del derecho internacional –y en consecuencia del derecho internacional humanitario- pueden tener tanto una naturaleza dispositiva como imperativa; esto es, ser normas que han sido reconocidas y aceptadas por la comunidad de Estados en su conjunto como reglas que no admiten acuerdo en contrario, amparando por esta vía esos valores que se consideran fundamentales y que no cabe dejar de lado si no se desea conmovir los cimientos mismos de la comunidad internacional.

A la luz de estas consideraciones, la primera parte de este trabajo estará dedicada a examinar los Protocolos I y II, Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, y en una segunda parte se analizará el modo en que la interacción entre estos tratados y el derecho internacional general concurre en el desarrollo del derecho internacional humanitario. A tal fin se intentarán verificar las afirmaciones que se formulan a través de normas del derecho internacional humanitario y de decisiones de los Tribunales Penales Internacionales para la ex – Yugoslavia y para Ruanda, establecidos por el Consejo de Seguridad, en tanto que antecedentes inmediatos de la Corte Penal Internacional cuyo Estatuto entró en vigor el 1º de julio de 2002.

## I. LOS PROTOCOLOS ADICIONALES I Y II

La interacción entre los tratados y la costumbre en el desarrollo del derecho internacional humanitario se torna por demás evidente a poco que se examine el contenido de los Protocolos Adicionales I y II adoptados en 1977.

En efecto, en primer lugar cabe señalar que ambos instrumentos completan los Convenios de Ginebra de 1949, concurriendo en brindar protección a las víctimas

de los conflictos armados, sean éstos internacionales o internos, y en poner límites a los métodos y medios de combate. Pero, a más, ha de destacarse que sus principios son el punto de partida para la generación de un derecho internacional consuetudinario que –verificado en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales– es recogido al presente en el texto de otro tratado internacional; esto es, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Veamos ahora, entonces, los aportes fundamentales de las normas convencionales de los Protocolos al desarrollo del derecho internacional humanitario, para considerar después su influencia <sup>1</sup> en la formación de la costumbre internacional y el alcance en que ésta se refleja en el Estatuto de la Corte.

El desarrollo de los métodos y medios de combate, la experiencia de los conflictos armados ocurridos después de la adopción de los Convenios y ciertos aspectos de sus textos que merecían integrarse a la luz de esa realidad, incluyendo la institución de la responsabilidad por su violación, impulsaron la conveniencia de elaborar los Protocolos Adicionales <sup>2</sup>.

En lo que hace al Protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, ha de tenerse en cuenta, entonces, que la conclusión de este tratado se debió en parte a la aparición de nuevos métodos de combate pero también ante la antigüedad de las normas existentes aplicables a la conducción de las hostilidades; por cierto, todo ello en miras a brindar una mejor protección de los efectos de los combates a la población civil.

Así, si bien en el texto se reitera una norma ya codificada en 1907 según la cual el derecho de las partes a elegir los métodos y medios de guerra no es ilimitado a la par que está prohibido emplear armas, proyectiles o todo otro dispositivo cuya índole pueda causar males innecesarios <sup>3</sup>, dos importantes aportes del tratado en este aspecto están referidos –en primer lugar– a la obligación de distinguir en todo momento entre la población civil y los combatientes y los bienes de carácter civil y objetivos militares <sup>4</sup> y, por ende y en segundo lugar, a la definición de objetivo legítimo en caso de ataque militar. De este modo, se precisa que los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida <sup>5</sup>, codificándose, así, el principio consuetudinario de proporcionalidad. Este principio se ve reflejado también en la prohibición de llevar a cabo ataques cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la

---

<sup>1</sup> 159 Estados son Parte al Protocolo I, en tanto que 151 Estados son Parte al Protocolo II, a junio de 2002

<sup>2</sup> Blischenko, Igor, *Derecho Humanitario Internacional*, tr. Victor Médnikov, Moscú, Ed. Progreso, 1987, pp. 196 y sigs.

<sup>3</sup> Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, Anexo a la Convención IV de la Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, arts. 22 y 23, reflejado y completado en el texto del Protocolo I, art. 35 según el cual “1. En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado. 2. Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios...” Si bien el Protocolo no menciona armas concretas, otros tratados internacionales se refieren a algunas de ellas, prohibiéndolas.

<sup>4</sup> Protocolo I, arts. 48 y 50

<sup>5</sup> *ibid.*, art. 52. 2. El párrafo 3 de esta norma establece que “en caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin”

población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista <sup>6</sup>.

La protección de la población civil constituye un elemento primordial de progreso en el Protocolo, completando las escasas normas convencionales vigentes hasta ese momento. Por cierto, el Convenio IV de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra constituye un paso importante, pero este tratado no contiene normas relativas a la conducción de las hostilidades. El Protocolo I, en cambio, articula estos dos aspectos de manera general a la par que desarrolla el derecho anterior. De allí la importancia de incorporar este principio de obligatoriedad de distinción permanente entre población civil y combatientes y bienes de carácter civil y objetivos militares. Si bien, la aplicación práctica del principio podría presentar problemas cuando se trate de áreas densamente pobladas en relación a eventuales daños colaterales, ello no resta valor a su incorporación en el texto convencional; máxime cuando –en definitiva- la proporcionalidad es también una regla del derecho consuetudinario <sup>7</sup>. Por otra parte, cabe tener en cuenta que su codificación carecería de eficacia si la definición de objetivo militar no estuviese referida a la ventaja militar y concreta que el uso o goce de un determinado bien brinda a la parte adversa en una concreta circunstancia. Así, un bien será un objetivo militar si y sólo si, por un lado, contribuye efectivamente a la acción militar y, a más, su destrucción, captura o neutralización ofrece una ventaja concreta. Ambos requisitos habrán de darse conjuntamente en la especie.

En ese sentido, se mencionan expresamente por primera vez en un tratado violaciones graves cometidas en la conducción de las hostilidades. Así, se prohíben los ataques indiscriminados <sup>8</sup> y los ataques o represalias contra la población civil o las personas civiles <sup>9</sup>; los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil <sup>10</sup>; los bienes culturales y los lugares de culto <sup>11</sup>; las obras y las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas <sup>12</sup> y el medio ambiente natural <sup>13</sup>, considerándose expresamente que estas prohibiciones –con excepción de los ataques contra el medio ambiente natural como represalias- constituyen crímenes de guerra <sup>14</sup>. A pesar de la excepción que se señala es interesante destacar que también por primera vez se puso de relieve la necesidad de proteger el medio ambiente aún en situación de conflicto armado <sup>15</sup>.

---

<sup>6</sup> *ibid.*, art. 51. 5 b)

<sup>7</sup> Con motivo de las acciones de la OTAN entre el 24-III-y el 9-VI- 1999, durante la crisis de Kosovo, el bombardeo de la estación de radio y televisión de Belgrado, entre otros hechos, dieron lugar a que la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional estableciese una comisión para determinar si los hechos denunciados constituían base suficiente para iniciar una investigación en el ámbito de su competencia. Al respecto la Comisión llegó a la conclusión de que el ataque a este tipo de objetivos es conforme a derecho si se entiende que tiene por fin interrumpir o desbaratar el sistema de comunicaciones de la parte adversa pero que tal legalidad sería dudosa si el objetivo es interrumpir la maquinaria de propaganda de la parte contraria, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review de NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, YCTY OTP, 8 June 2000, paragr. 71-79

<sup>8</sup> Protocolo I, art. 51. 4 y 5

<sup>9</sup> *ibid.*, art. 51. 6

<sup>10</sup> *ibid.*, art. 54

<sup>11</sup> *ibid.*, art. 53

<sup>12</sup> *ibid.*, art. 56

<sup>13</sup> *ibid.*, arts. 35. 3 y 55

<sup>14</sup> *ibid.*, art. 85

<sup>15</sup> considérese la relación de estas normas con la Convención de las Naciones Unidas sobre la prohibición del uso militar o cualquier otro uso hostil de técnicas de modificación ambiental

En consecuencia, el Protocolo I amplió la lista de conductas que ya se encontraban prohibidas en el Reglamento Anexo a la Convención relativa a las leyes y costumbre de la guerra terrestre de 1907<sup>16</sup> y en los Convenios de 1949<sup>17</sup> como infracciones graves al derecho internacional humanitario, precisando los alcances de la responsabilidad penal individual por la comisión de los crímenes de guerra que se comentan contra las personas amparadas por sus normas<sup>18</sup>.

La disposición del Protocolo I que prohíbe el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios<sup>19</sup>, amparando tanto a la población civil como a los combatientes, se revela particularmente importante en la protección de estos últimos en épocas de avances tecnológicos acelerados y de cambios en los comportamientos si se tiene en cuenta que –a más- se establece la obligación del Estado que estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios de guerra, de determinar si su empleo en ciertas condiciones o en todas las circunstancias estaría prohibido por cualquier norma del derecho internacional<sup>20</sup>, lo que contempla tanto normas convencionales como normas consuetudinarias.

Y, en ese sentido, ha de señalarse un cambio sustancial en el concepto de “combatiente”, vinculado a la realidad de los conflictos armados actuales. Esto es, los requisitos para que una persona tenga la condición jurídica de combatiente y que por ende al caer prisionero deba ser considerado un prisionero de guerra<sup>21</sup>. Así, dado que en razón de la índole de las hostilidades, un combatiente no siempre lleva su uniforme militar, es suficiente para que se distinga de la población civil que en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque lleve sus armas abiertamente durante todo el enfrentamiento militar y durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar. Esta norma ha merecido críticas por parte de algunos doctrinarios y, aún, ha sido objeto de declaraciones interpretativas formuladas por Estados al momento de expresar su consentimiento en obligarse por el tratado. En ese sentido se ha considerado que podría desdibujar el deber de distinguir en todo momento entre población civil y combatientes puesto que la primera no debe ser atacada, no debe atacar y de ella no cabe esperar un ataque en tanto que los segundos tienen el derecho de atacar, pueden ser atacados y de ellos cabe esperar un ataque. Sin embargo, ha de señalarse que la aplicación estricta de los requisitos fijados para atribuir la condición de combatiente no sólo a los miembros de las Fuerzas Armadas de un Estado a la par que la cabal comprensión del fundamento ético del principio de distinción entre la población civil y los combatientes por parte de éstos, no sólo ampara a la población civil sino que en definitiva también protege a quienes toman parte en las hostilidades, integrando un grupo armado organizado, bajo un mando responsable, que ha de respetar y hacer respetar las normas del derecho internacional humanitario<sup>22</sup>. Por otra parte, la incorporación del concepto de “combatiente” facilita la definición por exclusión de “persona civil” y “población civil”, que ha de ser

---

<sup>16</sup> Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 1907, arts. 23, 25 y 28

<sup>17</sup> Convenios, I/ 50; II/ 51; III/ 130 y IV/ 147

<sup>18</sup> Protocolo I, art. 85. 2

<sup>19</sup> *ibid.*, art. 35. 2

<sup>20</sup> *ibid.*, art. 36

<sup>21</sup> *ibid.*, arts. 43 y 44

<sup>22</sup> conf., Doermann, Knut, “1977 Additional Protocols: Their special relevance in today’s armed conflicts”, contribución del Consejero Legal del C.I.C.R.

protegida de los peligros procedentes de operaciones militares. Así, quien no es combatiente es persona civil, considerándose en caso de duda sobre su condición como civil <sup>23</sup>. La complementariedad de estas dos categorías –civiles y combatientes- es la base de la eficacia del derecho internacional humanitario ya que por esta vía cabe esperar que no haya quienes ataquen sin poder ser atacados y que no se ataque a aquéllos que no pueden defenderse.

En el Protocolo I se amplía la protección estipulada en los Convenios de Ginebra para el personal de las unidades y los medios de transporte sanitarios a todos ellos, sean civiles como militares <sup>24</sup>. Las enormes destrucciones causadas por la guerra moderna y la dependencia de los servicios y prestaciones del Estado indicaron la conveniencia de incluir en el texto del tratado normas especiales destinadas a proteger a la población civil en tiempos de conflicto armado y a ayudarla a recuperarse de sus efectos inmediatos así como a facilitar las condiciones necesarias para su supervivencia. Se establece, de este modo, la obligación de respetar y proteger a los organismos civiles de protección civil y a su personal <sup>25</sup>, previéndose una cierta garantía de las funciones y del funcionamiento, incluso el derecho a la identificación por medio del signo distintivo internacional <sup>26</sup>.

La obligación de las partes en el conflicto de buscar a las personas dadas por desaparecidas tan pronto como las circunstancias lo permitan y a más tardar desde el fin de las hostilidades activas <sup>27</sup> es una respuesta concreta a una cuestión que reiteradamente se ha presentado como secuela de los conflictos armados. Se trata, antes que todo, del derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros <sup>28</sup> puesto que las personas o están vivas o están muertas; y si están vivas, o son libres o están en poder de la parte adversa pero –en todo caso- separadas de los suyos por los enfrentamientos.

La asistencia humanitaria a brindar a la población civil contemplada en el Protocolo I refuerza las disposiciones del Convenio IV relativas al envío de medicamentos, víveres y ropa <sup>29</sup>, otorgando protección para tales actividades al personal de socorro y organismos de protección civil <sup>30</sup>. Al respecto se contemplan medidas especiales de protección de las mujeres y los niños que se encuentren en territorio de una parte adversa <sup>31</sup>, asegurándose un mínimo de garantías fundamentales para todos aquellos que estén en poder de una parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en razón de ser prisioneros de guerra, internados civiles, heridos, enfermos o náufragos. De este modo, se establece que han de ser tratados en toda circunstancia con humanidad, beneficiándose del goce de derechos humanos fundamentales que –eventualmente- en situación de conflicto armado pudiesen suspenderse o derogarse <sup>32</sup>.

Por último, en el Protocolo I se prevé la obligación de las partes en conflicto de adoptar todas las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que les

---

<sup>23</sup> Protocolo I, art. 50

<sup>24</sup> *ibid.*, arts. 12 y 15

<sup>25</sup> *ibid.*, arts. 61-67

<sup>26</sup> Anexo I al Protocolo I, Reglamento relativo a la identificación, art. 15, que establece como signo distintivo un triángulo equilátero azul sobre fondo naranja.

<sup>27</sup> Protocolo I, art. 33

<sup>28</sup> *ibid.*, art. 32

<sup>29</sup> Convenio IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, art. 23

<sup>30</sup> Protocolo I, arts. 70 y 71

<sup>31</sup> *ibid.*, arts. 76-78

<sup>32</sup> *ibid.*, art. 75

incumben, tanto en virtud del mismo Protocolo que de los Convenios<sup>33</sup>. La norma jurídica técnicamente más perfecta no sería efectiva si al mismo tiempo no contiene mecanismos para su ejecución. Por ello, corresponde en primer lugar a los Estados, conforme a sus derechos internos, implementar las obligaciones asumidas internacionalmente. Pero, a más, el Protocolo I incorpora un interesante mecanismo de control; esto es, la Comisión Internacional de Encuesta<sup>34</sup>. Esta Comisión –si bien de competencia voluntaria- es la encargada de investigar todo hecho denunciado como infracción grave o cualquier otra violación grave de los Convenios o del Protocolo I.

La obligación de respetar y hacer respetar las normas del Protocolo I en toda circunstancia<sup>35</sup> indica el carácter de obligaciones *erga omnes*; esto es, de obligaciones exigibles a todas las partes involucradas en un conflicto armado porque su cumplimiento interesa a la comunidad internacional. No se trata, entonces, de un tratado que genere derechos y obligaciones de carácter bilateral y a condición de reciprocidad; las obligaciones se tienen en razón del contenido de las normas y su violación no puede dar lugar a ser alegada por la parte adversa para intentar liberarse de las que sobre ella pesan. Los principios fundamentales de protección de la persona humana tienen el carácter de normas imperativas que amparan el orden público internacional. La vigencia del tratado no deroga las normas de derecho consuetudinario, sino que se suma a ellas, puesto que en todos los casos las personas civiles y los combatientes quedan –a más- bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública<sup>36</sup>.

Ahora bien, aun cuando las normas del Protocolo I comportan un avance importante en el desarrollo del derecho internacional humanitario, su contenido por sí solo no es suficiente para poner límite a todo tipo de violencia y amparar a las víctimas.

En efecto, la triste experiencia posterior a la Segunda Guerra Mundial demuestra que la mayoría de los conflictos armados surgen en el interior del territorio de un Estado y no tienen el carácter de internacionales. En ese sentido cabe recordar que la única disposición de los Convenios de Ginebra de 1949 aplicable a este tipo de conflictos es el artículo 3 común. Esta norma comporta el mínimo de protección a brindar a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que han dejado de participar en ellas. En consecuencia, en 1977 se revelaba insuficiente para resolver los graves problemas que plantean los conflictos internos en el plano humanitario. Esta realidad condujo a que, también bajo el impulso del Comité Internacional de la Cruz Roja, se adoptase el Protocolo II para la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Así, el Protocolo II, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3 común, desarrolla y completa lo allí previsto. Sus normas no restringen en nada el

---

<sup>33</sup> *ibid.*, art. 80; esta norma implica no sólo la obligación de adoptar todas las medidas administrativas o legales necesarias según el derecho interno para adecuarlas a las disposiciones de los Convenios y del Protocolo sino, también, la necesidad de prever una respuesta de naturaleza penal a las infracciones graves que eventualmente pudiesen cometerse en modo a que los imputados de crímenes de guerra sean juzgados o dados a juzgar

<sup>34</sup> *ibid.*, art. 90

<sup>35</sup> *ibid.*, art. 1

<sup>36</sup> *ibid.*, art. 1. 2 cuyo contenido reitera la llamada cláusula Martens, incluida en 1907 en el Preámbulo de la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, aún cuando este tratado expresamente contenía en el art. 2 la condición de reciprocidad en su aplicación, la que ha sido dejada de lado

derecho que tienen los Estados de mantener o restablecer el orden público en territorio nacional ni de los medios que disponen para ello. Por otra parte, el hecho de conformarse a las disposiciones del Protocolo II no implica el reconocimiento de ningún tipo de estatuto <sup>37</sup> a los grupos armados organizados que bajo un mando responsable, controlando parte del territorio del Estado, participan en las hostilidades y sobre los que también recae la obligación de respetar las normas del derecho internacional humanitario <sup>38</sup>.

El Protocolo II enuncia, entonces, las garantías fundamentales que protegen a todas las personas que no participan directamente en las hostilidades o que han dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad <sup>39</sup>; estableciéndose a más los derechos específicos de las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, ya sea que estén internadas o detenidas <sup>40</sup>, y las garantías judiciales del debido proceso <sup>41</sup>. Su objetivo, al igual que el del artículo 3 común, es preservar y hacer preservar la integridad física y mental de los que no están combatiendo, a lo que se añaden reglas mínimas sobre las condiciones de detención o de internamiento para asegurar una existencia decente a las personas privadas de libertad. Las garantías judiciales sólo reiteran las que se encuentran en las Normas Fundamentales de los sistemas jurídicos internos y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Todo un capítulo de este Protocolo tiene por objeto la protección de la población civil <sup>42</sup> y de los bienes indispensables para su supervivencia, prohibiéndose –como método de combate- hacer padecer hambre a las personas civiles <sup>43</sup> u obligárselas a desplazarse, abandonando su territorio, por razones relacionadas con el conflicto <sup>44</sup>. Se prohíben, a más, los ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas cuando pudiesen causar pérdidas importantes en la población civil <sup>45</sup> así como los actos hostiles contra los bienes culturales y los lugares de culto <sup>46</sup>. Estas normas referidas a la conducción de las hostilidades en los conflictos armados internos, aún cuando pudiesen considerarse insuficientes ante muchas de las realidades que nos toca vivir, comportan un importante avance en relación al contenido del artículo 3 común a los Convenios de 1949, el que –al menos explícitamente- no ampara a los civiles de los efectos de las hostilidades. Por otra parte, son la piedra fundamental del desarrollo del derecho internacional humanitario en el ámbito de los conflictos armados no internacionales, tanto consuetudinario como convencional.

En consecuencia, en el Protocolo II queda sentado el principio según el cual las personas civiles gozan de protección salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. Por otra parte, bueno es señalar que la prohibición de atacar obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, bienes culturales y lugares de culto interesa por igual a todas las partes involucradas en un

---

<sup>37</sup> Convenios, art. 3 común *in fine* “La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”

<sup>38</sup> Protocolo II, Ambito de aplicación material, art. 1

<sup>39</sup> *ibid.*, art. 4

<sup>40</sup> *ibid.*, art. 5

<sup>41</sup> *ibid.*, art. 6

<sup>42</sup> *ibid.*, Título IV, Población Civil, art. 13

<sup>43</sup> *ibid.*, art. 14

<sup>44</sup> *ibid.*, art. 17

<sup>45</sup> *ibid.*, art. 15

<sup>46</sup> *ibid.*, art. 16

conflicto interno puesto que su preservación es necesaria a la población como tal, independiente de quien pueda resultar victorioso.

El deber de proteger y asistir a los heridos, enfermos y náufragos, se extiende a todos ellos, hayan o no tomado parte en el conflicto armado<sup>47</sup>. Por ende, el personal sanitario y religioso, las unidades médicas y los transportes sanitarios autorizados a usar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra han de ser protegidos y respetados<sup>48</sup>. La organización de socorro en el territorio del Estado en conflicto puede ser llevada a cabo por las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja, por una sección de ellas, o aún por una organización de la Cruz Roja creada en el acto, en la parte del territorio ocupada por los rebeldes, sin reconocimiento jurídico previo. El elemento prioritario es la eficacia y la asistencia humanitaria<sup>49</sup>. Las actividades médicas merecen una protección general desde que no se castigará a nadie por haberlas ejercido, cualesquiera que hubieren sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad<sup>50</sup>.

Los Protocolos Adicionales I y II, completando los Convenios de Ginebra de 1949, sientan los principios fundamentales del derecho internacional humanitario; esto es, la distinción entre civiles y combatientes; la prohibición de atacar a aquellos que están fuera de combate; la prohibición de infligir sufrimientos innecesarios; el principio de necesidad y el de proporcionalidad. Por cierto, no está en su ámbito material prohibir el recurso a la fuerza o prohibir a una parte ser el enemigo, sólo se presupone que las partes involucradas en un conflicto armado actuarán con racionalidad y que, en consecuencia, serán las primeras interesadas en respetar y en que se respete este cuerpo de normas jurídicas.

Cabe señalar, por otra parte, que el derecho internacional humanitario, en el cumplimiento del objetivo de proteger a las víctimas de los conflictos armados, interactúa y se complementa con otra rama del derecho internacional; esto es, el derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II amparan –en substancia- derechos humanos básicos, tornándolos aplicables tanto en tiempo de conflictos armados como de paz. Del mismo modo, determinadas garantías fundamentales de la persona humana se encuentran consagradas tanto en el Protocolo I como en el Protocolo II, integrando normas reconocidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. En definitiva, estas reglas son una vía para que efectivamente el ser humano sea el último destinatario de todo derecho<sup>51</sup>.

Consideremos ahora, entonces, el modo en el que se produce la interacción entre estos tratados y la costumbre, concurriendo ambas fuentes de derechos y obligaciones en el desarrollo del derecho internacional humanitario.

## II. INTERACCION ENTRE TRATADO Y COSTUMBRE

---

<sup>47</sup> *ibid.*, art. 7

<sup>48</sup> *ibid.*, arts. 9, 11 y 12

<sup>49</sup> Junod, Sylvie, “Reseña del Protocolo II” en *Primer Seminario sobre Derecho Internacional Humanitario*, mayo 1981, Instituto de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, p. 35

<sup>50</sup> Protocolo II, art. 10

<sup>51</sup> la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados establece en el art. 60. 5 que la violación de las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario por una de las Partes no faculta a la otra Parte a alegarla como causal para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente

El primer antecedente de esta recíproca influencia de la costumbre en el contenido de los tratados internacionales y del contenido de éstos en el desarrollo de las reglas del derecho internacional general es posible encontrarlo en la labor llevada a cabo en las Conferencias de Paz celebradas en La Haya en 1899 y en 1907. En efecto, la mayor parte de los tratados adoptados en su ámbito regularon convencionalmente la guerra, codificando y desarrollando el derecho consuetudinario. Tal, en particular, el caso de la Convención IV de La Haya de 1907 sobre las leyes y usos de la guerra terrestre y su Reglamento Anexo<sup>52</sup>. Asimismo, el Preámbulo de este tratado contenía un párrafo particularmente relevante en el desarrollo ulterior del derecho. Esto es, la llamada cláusula Martens según la cual "...Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública". Es decir, que a la par que se codificaban leyes y usos de la guerra, ello no comportaba derogar principios del derecho consuetudinario –del Derecho de Gentes en el lenguaje del tratado- preconizados por los usos establecidos. La norma convencional y la costumbre concurrían, así, en regular las conductas en la guerra. Esta afirmación cobra todo su relieve si se considera que en el Tratado de Paz, firmado en Versalles en 1919, que puso término a la Primera Guerra Mundial, se disponía en el art. 227 que el Kaiser Guillermo II sería juzgado por un tribunal internacional como "culpable de ofensa suprema a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados", en implícita referencia –una vez más- al derecho consuetudinario y al convencional. Durante la Segunda Guerra Mundial varios Gobiernos aliados formularon declaraciones expresando el deseo de investigar, procesar y castigar no sólo a los criminales de guerra, en sentido estricto, sino también a los responsables de las atrocidades cometidas en el territorio de los países del Eje contra súbditos de países no aliados. De este modo, en octubre de 1943, adoptaron la Declaración de Moscú en la que expresaron su determinación de castigar a los criminales de guerra luego de la victoria y –si fuese del caso- exigir su extradición del Estado que les diese refugio. A consecuencia de ello, el 8-VIII-1945, Estados Unidos, Francia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas firmaron el Acuerdo de Londres al que se anexaron los Estatutos del Tribunal Militar Internacional para el procesamiento y el castigo de los mayores criminales de guerra del Eje europeo. El Comandante en Jefe de las tropas de ocupación en el Japón, el 19-I-1946, estableció el Tribunal de Tokio<sup>53</sup>. En virtud del artículo 6, el Tribunal tenía competencia para enjuiciar y castigar a quienes, actuando a título personal o como miembros de organizaciones en interés de los países del Eje europeo, hubiesen cometido..." crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad". Una vez más, el derecho a aplicar, vigente

---

<sup>52</sup> véase el texto de este tratado así como el Reglamento Anexo relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre en *Derecho Internacional relativo a la conducción de las hostilidades*, ed., CICR, Ginebra, 1990, pp.18 y sigs. así como en Sassoli, Marco et al., *How does Law Protect in War?*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1999, pp. 297 y sigs.

<sup>53</sup> los textos del Acuerdo de Londres, la Carta del Tribunal Militar Internacional, anexa al Acuerdo; la Proclamación del Comandante en Jefe de las Potencias Aliadas de Tokio y la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este pueden consultarse en M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 579-586 y 604-611

en aquel momento, era de fuente tanto convencional como consuetudinaria. En 1949, con el Comité Internacional de la Cruz Roja como promotor, se adoptaron los cuatro Convenios de Ginebra; el primero, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el segundo, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el tercero, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y el cuarto, relativo a la protección debida a las personas civiles. En 1977, también a instancias del Comité Internacional de la Cruz Roja, se adoptaron el Protocolo Adicional I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

La primer observación que cabe hacer en relación al texto de estos tratados es la de que al establecer su ámbito material de aplicación al empleo del término “guerra” –lucha armada entre dos o más Estados- se agrega el de “conflicto armado”. La razón de ello ha de encontrarse en la influencia de otro tratado internacional de vocación universal. Esto es, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas en la que –a diferencia de lo que los Estados habían estipulado en el Pacto de la Sociedad de las Naciones- se establece la centralización del uso de la fuerza armada en la organización y la consecuente obligación de los Estados de no usar ni amenazar con usar la fuerza no sólo contra cualquier Estado en una situación de guerra sino también en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas. Por ende, tanto los cuatro Convenios de 1949 como el Protocolo I –con excepción de lo normado en el artículo 3 común a los cuatro Convenios- por cierto se aplican a las situaciones de guerra en sentido estricto, pero también resultan pertinentes en la regulación de toda situación de conflicto armado internacional <sup>54</sup>. En lo que hace al artículo 3 común y al Protocolo II, como ya se ha visto, sus disposiciones son de aplicación en todo conflicto armado que no sea de índole internacional.

En segundo lugar ha de señalarse que los cuatro Convenios <sup>55</sup> y el Protocolo I <sup>56</sup> contienen una lista de lo que en estos tratados se denomina “infracciones graves”, estableciéndose en el Protocolo I que tales infracciones son “crímenes de guerra” <sup>57</sup>. Los actos que configuran crímenes de guerra en los Convenios comprenden, prácticamente, todos los enunciados en las listas de crímenes de guerra que

---

<sup>54</sup> El art. 2 común a los cuatro Convenios dispone que “...el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar...” El art. 1. del Protocolo I establece que “...3. El Presente Protocolo, que completa los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra, se aplicará en las situaciones previstas en el artículo 2 común a dichos Convenios. 4. Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la co-operación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.”

<sup>55</sup> Convenios, I/50; II/51; III/130; y IV/147

<sup>56</sup> Protocolo I, arts. 11 y 85

<sup>57</sup> *ibid.*, art. 85. 5.

constan en los instrumentos jurídicos que sirvieron de base al Tribunal de Nuremberg<sup>58</sup>.

La Corte Internacional de Justicia, en un caso llevado a su conocimiento, se preocupó en señalar que los principios contenidos en los Cuatro Convenios de Ginebra, por el hecho de su aceptación generalizada, reflejan normas de derecho internacional general oponibles a toda la comunidad internacional. Y agregó que las prohibiciones que figuran en el artículo 3 común de los Convenios se basan en “consideraciones elementales de humanidad” y no pueden contravenirse en un conflicto armado, sea de carácter internacional o interno<sup>59</sup>. Con esta verificación en su sentencia, el tribunal abrió el camino para afirmar no sólo la naturaleza tanto convencional como consuetudinaria de los principios contenidos en los Cuatro Convenios sino también el hecho de que las infracciones graves a sus normas constituyen crímenes de guerra –no sólo como se establece expresamente en el Protocolo I en relación a un conflicto armado internacional- sino también cuando el conflicto surge en el territorio de un Estado, al prolongarse la violencia, tomando parte grupos armados organizados bajo un mando responsable con un control territorial tal que les permita llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas.

Esta recíproca influencia entre tratado y costumbre se refleja, también, en las Resoluciones del Consejo de Seguridad por las que se establecieron los Tribunales Penales Internacionales para la ex – Yugoslavia<sup>60</sup> y para Ruanda<sup>61</sup>, en aplicación de las facultades que le atribuye el Capítulo VII de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. En efecto, entre las competencias atribuidas al primero de ellos está la facultad de conocer en las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949<sup>62</sup> y en la violación de las leyes o usos de la guerra<sup>63</sup>, en tanto que al segundo se le da –entre otras- la capacidad de entender en las violaciones al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II<sup>64</sup>. En un informe preparado por el Secretario General a solicitud del Consejo de Seguridad se precisó que no se otorgaba a estos tribunales la atribución de crear normas de derecho internacional ni de “legislar” respecto a ese derecho, sino que se encargarían únicamente de “aplicar el derecho internacional humanitario existente”, cuerpo legal que comprende a la vez derecho convencional y derecho consuetudinario<sup>65</sup>.

De la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en lo que hace a las violaciones de las leyes o usos de la guerra<sup>66</sup> emerge que los

<sup>58</sup> Yves Sandoz, “Penal aspects of International Humanitarian Law” in *International Criminal Law*, vol. I, *Crimes*, Cherif Bassiouni (de), Nueva York, 1986, pp. 209-232

<sup>59</sup> C.I.J., caso concernientes a *Las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, Nicaragua-Estados Unidos, *Rec.*, 1986, p. 114, véase Abi-Saab, Rosemary, “Les principes généraux du droit humanitaire selon la Cour Internationale de Justice”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, julio-agosto, 1987, n. 766. pp. 388-389.

<sup>60</sup> Consejo de Seguridad, Resolución 808 (1993)

<sup>61</sup> *ibid.*, Resolución 955 (1994)

<sup>62</sup> Estatuto, art. 2

<sup>63</sup> *ibid.*, art. 3

<sup>64</sup> Estatuto, art. 4

<sup>65</sup> *Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, S/25704*, en particular, paragr. 29, 33

<sup>66</sup> En el Estatuto, art. 3, se otorga competencia al Tribunal para conocer en las violaciones de las leyes o usos de la guerra. Esta norma dispone, *sin que la lista sea taxativa*, que tales violaciones las constituyen: “a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios; b) La destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no

crímenes de guerra pueden cometerse no sólo en el contexto de una guerra -en el sentido técnico-jurídico del término- sino también en el de un conflicto armado no internacional. Para llegar a esta conclusión el tribunal se basó en el derecho consuetudinario, recordando que en el momento de votarse en el Consejo de Seguridad el Estatuto del Tribunal <sup>67</sup> Estados Unidos había expresado la opinión -compartida por el Reino Unido y Francia y sin que mediaran objeciones- en el sentido de entender que este artículo cubría las obligaciones establecidas por el derecho internacional humanitario en vigor en el territorio de la ex Yugoslavia al momento en que se cometieron los actos, incluido el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de 1977 <sup>68</sup>. Por otra parte, reiteró la opinión en el sentido del carácter de derecho consuetudinario del contenido del artículo 3 común a los cuatro Convenios de 1949. Por ello, y basándose en la práctica de los Estados, sus manuales militares, sus legislaciones internas tendientes a implementar las obligaciones asumidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, la intención del Consejo de Seguridad al establecer el tribunal, lo que consideró la interpretación lógica de su Estatuto y del derecho consuetudinario, sostuvo que el derecho internacional general impone la responsabilidad penal individual también en caso de infracciones graves al artículo 3 común a los Convenios en los conflictos internos, sea por falta de protección debida a las víctimas, sea por violar reglas referidas a los métodos o medios de combate. En este decir, se refirió, a más, a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, a la del Tribunal Penal Internacional para Ruanda <sup>69</sup>, así como al ya mencionado informe del Secretario General al Consejo de Seguridad.

Ahora bien, al respecto cabe hacer una precisión que también emerge de la jurisprudencia internacional penal. Los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales establecen como ámbito de aplicación material los conflictos armados internacionales y los conflictos armados que no sean de índole internacional. Sin embargo, en tanto que el artículo 3 común a los Convenios se limita a disponer que las obligaciones allí contenidas se aplican al caso de un conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, el Protocolo II -que según se expresa en su texto desarrolla y completa el artículo 3 sin por ello modificar sus condiciones de aplicación- señala una serie de requisitos para que sus normas sean aplicables. Esto es, que tal conflicto ha de desarrollarse en el territorio de una Alta Parte contratante; que han de participar sus fuerzas armadas; que los grupos armados que se involucren en tal tipo de conflicto se encuentren organizados; que estos grupos estén bajo la dirección de un mando responsable; que ejerzan control sobre una parte del territorio; que este

---

justificada por necesidades militares; c) Los ataques o bombardeos, por cualquier medio, de pueblos, aldeas, viviendas o edificios indefensos; d) La apropiación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la beneficencia y la educación o las artes y las ciencias, monumentos históricos, u obras de arte y científicas, o los daños deliberados a éstos; e) El pillaje de bienes públicos o privados” (énfasis agregado); véase, Dinstein, Yoram y Tabory, Mala, *War Crimes in International Law*, The Hague/Boston/ London, Martinus Nijhoff Publishers, 1996

<sup>67</sup> Consejo de Seguridad, Resolución 827 (1993)

<sup>68</sup> *The Prosecutor v. Zejnir Delalic et al.*, Case N° IT-96-21, *Judgement*, 16-XI-1998

<sup>69</sup> El Tribunal Penal Internacional para Ruanda entendió que el artículo 3 común forma parte sin lugar a dudas del derecho internacional consuetudinario, por lo que al retomar el art. 4. 2 del Protocolo II dichas garantías, esta norma –así como otras numerosas disposiciones del Protocolo II- también tiene el carácter de consuetudinaria; *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Jugement*, paragr. 609-610 y *The Prosecutor v. Musema, Alfred*, ICTR-96-13-T, *Judgement and Sentence*, paragr. 240-242

control sea tal que les permita realizar operaciones militares; que estas operaciones sean sostenidas y concertadas; y que el control les habilite a aplicar las normas del propio Protocolo II <sup>70</sup>. Es decir que cabe interpretar que el artículo 3 común tiene un ámbito material de aplicación mucho más amplio que el Protocolo II, aun cuando los derechos y obligaciones que se establecen constituyan el mínimo –según allí se expresa- que cada parte involucrada en el conflicto ha de respetar.

A esta conclusión llegaron los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para Ruanda al entender que un conflicto armado existe cada vez que se recurra a la fuerza armada entre Estados o a la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en el territorio de un Estado. Esta última alternativa no está expresamente contemplada en el ámbito material de aplicación del Protocolo II, no obstante lo cual resulta obligatorio el respeto de lo dispuesto en el artículo 3 común a los cuatro Convenios <sup>71</sup>.

Así, la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales se basa en gran medida en la evolución del derecho internacional humanitario que se produce a partir de normas convencionales, interpretadas en prácticas de los Estados cumplidas con conciencia de obligatoriedad –sea a través de normas internas, sea a través de posiciones adoptadas en el ámbito internacional- dando lugar de este modo a un derecho consuetudinario que se desarrolla en modo a poner límites a los medios y métodos de combate y brindar la mejor protección posible a quienes no participan o han dejado de participar en las hostilidades.

A su vez, si bien el precedente no es vinculante en razón de no existir en el ámbito internacional un sistema judicial jerarquizado, las decisiones de estos tribunales internacionales son particularmente relevantes en el conocimiento del derecho vigente y comportan un valioso aporte para la codificación de las reglas de derecho que integran este ordenamiento; tal el caso de la emprendida por los Estados en la Conferencia de Roma al adoptar el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En efecto, los textos convencionales –en particular los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977- y los desarrollos del derecho consuetudinario a que dan lugar, señalados en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales se retoman en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En efecto, si bien este tratado –al referirse a los crímenes de guerra- dispone que sus disposiciones no son aplicables a situaciones de disturbios o tensiones internas, precisa que resultan pertinentes cuando en el conflicto que tiene lugar en el territorio de un Estado la violencia se prolonga, sea que participen o no las autoridades gubernamentales, si se enfrentan grupos armados organizados <sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 1

<sup>71</sup> pronunciamiento del Tribunal para la ex-Yugoslavia en el caso Tadic, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1-AR 72 y del Tribunal para Ruanda en el caso Akayesu, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, paragr. 601-602 en el que se precisó que en el derecho internacional humanitario debe hacerse una clara distinción, en cuanto al ámbito de aplicación, entre las situaciones de conflicto armado internacional en las que todas sus normas resultan pertinentes; situaciones de conflicto armado no internacional en las que se aplican el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II; y los conflictos armados no internacionales en los que sólo tienen pertinencia las disposiciones del artículo 3 común. En el caso *Musema*, siguiendo esta jurisprudencia, se entendió que para determinar la existencia de un conflicto armado no internacional es necesario evaluar la intensidad y la organización de las partes involucradas, *The Prosecutor v. Musema Alfred*, ICTR-96-13-T, *Judgement and Sentence*, paragr. 249-252

<sup>72</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 8, incs. d) y f)

Asimismo, bajo este título –crímenes de guerra- se dispone que en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves al artículo 3 común a los Cuatro Convenios de 1949 así como otras violaciones de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, constituyen crímenes de guerra <sup>73</sup>, recogándose en este tratado normas del Protocolo II referidas a la conducción de las hostilidades <sup>74</sup>

#### A MODO DE COLOFON

Los Protocolos Adicionales I y II, en razón del número de Estados que han expresado el consentimiento en obligarse por sus normas, comportan un importante avance en el desarrollo del derecho internacional humanitario convencional. Pero, a más, dado el número de Estados que sin ser parte aplican sus principios, han incidido en la formación de un derecho consuetudinario aplicable en toda situación de conflicto armado, poniendo límites a la violencia y amparando al ser humano. Esta evolución se refleja en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales y se ha recogido –en parte- en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En efecto, aún cuando la jurisprudencia no sea una fuente autónoma del derecho internacional, y por ende las decisiones de un Tribunal internacional no constituyan un precedente vinculante, sus sentencias han de apoyarse en el derecho vigente. A los jueces les corresponde, entonces, interpretar las normas jurídicas, precisando su sentido y alcance así como su existencia misma si se trata de una regla consuetudinaria o de un principio general de derecho.

Los Tribunales Penales Internacionales han verificado el carácter de derecho consuetudinario de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo II en lo que hace a las normas que desarrollan el artículo 3 común; la aplicación del artículo 3 común a toda situación de conflicto armado -entendiendo por tal toda situación en que se recurra a la fuerza armada entre Estados o en la que la violencia se prolonga entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en el territorio de un Estado-; y la posibilidad de que se cometan crímenes de guerra no sólo en los conflictos armados internacionales, sino en toda situación de conflicto armado en la que se cometan infracciones graves a las obligaciones contenidas en el artículo 3 común y en el Protocolo II, sea por falta de protección debida a las víctimas, sea por violar reglas referidas a la conducción de las hostilidades.

Esta verificación del derecho consuetudinario a través de la jurisprudencia, se codifica en las normas del Estatuto de la Corte Penal Internacional ya que al atribuirse competencia al tribunal para conocer en los crímenes de guerra no sólo se entiende que estos crímenes comportan las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo I sino también las violaciones graves al artículo 3 común y a las obligaciones contenidas en el Protocolo II cuando el conflicto armado en el territorio de un Estado se prolonga y éste tiene lugar entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

Ahora bien, la efectividad de las normas de los Protocolos para poner un límite al empleo de la fuerza, al igual que la de otras normas del derecho internacional consuetudinario o las disposiciones del Estatuto de la Corte Penal

---

<sup>73</sup> *ibid.*, art. 8 inc. c) y e)

<sup>74</sup> *ibid.*, art. 8. 2 e) i), ii), iv), v), vii), viii), xi)

Internacional, dependen en primer lugar de la voluntad de los Estados de cumplirlas y hacerlas cumplir y, en segundo lugar, de la buena fe de los combatientes en adecuar sus comportamientos a los principios de humanidad y a los dictados de la conciencia pública. Por ende, todo parecería indicar que antes de considerarse eventuales modificaciones a los textos, en razón del tiempo transcurrido desde su adopción y del hecho de surgir nuevas formas de violencia, sería deseable profundizar en el conocimiento y la difusión de su contenido, implementando en los ámbitos internos todas las medidas necesarias para su cabal respeto a fin de que sean preservados los valores fundamentales que han de ampararse en todo tiempo y en todo lugar.

Buenos Aires, junio de 2002