

# 3

## **ESTUDIO DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO**

**Memorias del evento de presentación  
Bogotá - Colombia, marzo 7 de 2008**



**CICR**

Estas ponencias fueron compiladas por los Departamentos Jurídicos del CICR México y CICR Bogotá.

Los conceptos emitidos por sus autores no reflejan necesariamente la opinión del CICR.

Edición: Romaric Ferraro - Asesor Jurídico

Diagramación: Andrea Bohórquez - Asesora de Comunicación

CICR Bogotá - Colombia

Agosto de 2009

---

## CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b>	5
Anton Camen - Asesor Jurídico CICR	
<b>DISCURSO DE APERTURA</b>	7
Doctora Barbara Hintermann Jefa de la delegación del CICR en Colombia 2006 - 2008	
<b>LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA COMO INTÉRPRETE DE LAS COSTUMBRES INTERNACIONALES</b>	13
Doctor Alejandro Ramelli - Universidad Externado de Colombia	
<b>REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO. A PROPÓSITO DEL LIBRO "EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO"</b>	21
Doctor Manuel Becerra Ramírez - Universidad Nacional Autónoma de México	
<b>ESTUDIO DEL CICR SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO: FINALIDAD, CARACTERÍSTICAS, CONCLUSIONES Y PERTINENCIA</b>	31
Jean Marie Henckaerts- Asesor Jurídico - CICR Ginebra	
<b>INTERPRETACIÓN Y APLICABILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS</b>	63
Doctor Leonardo Franco - Corte Interamericana de DDHH	
<b>COMENTARIO AL ESTUDIO DE DERECHO CONSUECUDINARIO</b>	83
Doctor Hernán Salinas Burgos - Chile	
<b>IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO EN LA CONDUCCIÓN DE HOSTILIDADES "OBJETIVOS MILITARES"</b>	89
Teniente Coronel Juan Carlos Gómez- Director de DDHH y DIH Ministerio de Defensa Nacional de Colombia	
<b>IMPACTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO EN LA CONDUCCIÓN DE LAS HOSTILIDADES: OBJETIVOS MILITARES, ATAQUES INDISCRIMINADOS NORMAS N° 11, N°12 Y N° 13</b>	97
Capitán de Fragata C.J. Víctor Gonzáles Jáuregui Fiscal de de la Sala de Guerra - Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú	
<b>EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO ESTUDIO DEL COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA COMENTARIOS SOBRE LA REGLA 117 'PERSONAS DESAPARECIDAS'</b>	105
Doctora Elizabeth Santalla- Experta en DDHH y DIH Bolivia	
<b>EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDIANARIO Y EL DESPLAZAMIENTO FORZADO</b>	113
Doctor Ramiro Ávila- Subsecretario de coordinación judicial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador	

**ANEXO I**

Lista de las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario

**ANEXO II**

Programa presentación de la versión en español de el estudio de derecho internacional humanitario consuetudinario

---

## INTRODUCCIÓN

El día 7 de marzo de 2008, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) organizó en la ciudad de Bogotá, Colombia, un evento para presentar al público de habla hispana la traducción en español del estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, cuya versión original fue publicado en inglés en el 2005, luego de un extenso proceso de investigación de la práctica de más de 150 Estados. Este trabajo se llevó a cabo con base en un mandato que le había encomendado al CICR la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en Ginebra, Suiza, del 3 al 7 de diciembre de 1995.

En el lanzamiento del estudio en español en Bogotá asistieron representantes de gobiernos, de fuerzas armadas y de la academia provenientes de 12 Estados de América Latina. Examinaron desde diferentes experiencias el alcance de las normas consuetudinarias que protegen a las personas en los conflictos armados. El CICR desea muy particularmente agradecer a los expertos y participantes sus generosos aportes, su entusiasmo y sus ideas constructivas que hicieron que el evento lograra cabalmente sus objetivos.

A pesar de los numerosos y detallados tratados de derecho internacional humanitario hoy vigentes, incumbe a las normas consuetudinarias un papel que es crítico para mitigar las consecuencias de los conflictos armados en la salud, la integridad y la dignidad de las personas. No es tanto que los tratados tengan en sí deficiencias, pero su aplicación tropieza, casi inevitablemente, con una serie de dificultades inherentes a la misma naturaleza de los instrumentos internacionales, sujetos a negociaciones y una aceptación formal por parte de los Estados. Es por ello que el derecho convencional no siempre permite responder a las necesidades humanitarias sufridas por las personas, como ocurre, por ejemplo, en los conflictos armados no internacionales. La ausencia de normas convencionales o su no aplicabilidad no quiere decir que las personas se encuentran desamparadas. Quedan más bien protegidas por las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario, las cuales vinculan a todas las partes en conflicto.

Es precisamente en esta perspectiva que la presente publicación pretende recoger las reflexiones de los expertos que intervinieron en el evento y cuyos aportes resultaron tan enriquecedores para el debate. Así se espera compartir con un público más amplio los trabajos realizados y de esta manera contribuir a una mejor comprensión del derecho internacional humanitario consuetudinario en América Latina. Esta comprensión forma indudablemente parte de una visión más grande aún que es la de tratar que los hombres, mujeres y niños, cuyas vidas son destrozadas por los horrores de la guerra reciban la protección y la asistencia que precisan.

Anton Camen  
Asesor Jurídico - Comité Internacional de la Cruz Roja



---

## **PRESENTACIÓN DEL ESTUDIO DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUETUDINARIO**

**Discurso de apertura  
Evento de lanzamiento de la versión en español**

**Barbara Hintermann  
Jefa de la delegación del CICR en Colombia 2006 - 2008**

Señoras y señores.

Nos encontramos reunidos el día de hoy para celebrar el lanzamiento de la versión en español del Estudio sobre Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, adelantado por el Comité Internacional de la Cruz Roja. En el espíritu del compromiso realizado por muchos gobernantes en relación con el respeto del derecho internacional humanitario, se reafirma su apoyo al cuerpo normativo que tiene como objetivo brindar un espacio de humanidad en la niebla de las batallas.

Los recientes y graves eventos de violencia en Chad, Kenia, Pakistán, y República Centroafricana, la continuación de los conflictos armados en Iraq, Afganistán, Sudán, Somalia, Filipinas, Congo, Colombia y otros países, señalan la vigencia del derecho internacional humanitario y abren la discusión acerca del camino adecuado para proteger a la población civil y atender a las víctimas durante las diferentes manifestaciones de violencia.

Para el CICR este estudio es fundamental. Si nos remitimos a la historia, el derecho consuetudinario fue la primera forma tomada por el derecho internacional humanitario y por el derecho internacional en general. El proceso de codificar el derecho internacional humanitario comenzó hacia la mitad del siglo XIX y se desarrolló de manera significativa a lo largo del siglo XX. Hoy en día, existen numerosas convenciones y protocolos que codifican una parte muy extensa del derecho internacional humanitario. Sin embargo, la importancia del derecho consuetudinario no puede ser pasada por alto.

Las reglas de derecho consuetudinario son, con frecuencia, la fuente principal para regular los conflictos que tienen lugar hoy en día, la mayoría de los cuales son conflictos no internacionales. Es claro, la normatividad codificada aplicable a conflictos armados no internacionales es poca, magra en relación con aquella aplicable a los conflictos armados internacionales, e incluye, entre otros, el Protocolo II Adicional de 1977, la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales de 1980, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Convención de Ottawa. La situación se torna aún más compleja en los casos en los cuales el Estado, en cuyo territorio se desarrollan las hostilidades, no ha ratificado ni el Protocolo II Adicional, ni el artículo 1 (enmendado) de la Convención de 1980, situación que nos lleva a que la única norma aplicable sea el Artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

Si se tiene como objetivo que el derecho internacional humanitario sea adecuadamente promocionado y respetado, especialmente durante el desarrollo de los conflictos armados no internacionales, su contenido debe ser bastante claro. Esto es lo más importante para muchos países en el mundo en los cuales, infortunadamente, se desarrollan numerosos conflictos armados no internacionales.

Sin embargo, asegurar el respeto del derecho internacional humanitario en estos conflictos, es uno de los más apremiantes desafíos que enfrentan los gobiernos concernidos, para lo cual es ineludible la necesidad de clarificar las reglas aplicables en estas situaciones.

Esta claridad es necesaria para establecer límites a las armas usadas en el campo de batalla y conocer qué constituye una violación al derecho internacional humanitario. Es necesario para los comandantes, líderes y gobernantes dar a conocer las instrucciones apropiadas y asegurar su cumplimiento a través de las sanciones pertinentes. También es necesario para el CICR, en el desarrollo de nuestro trabajo, desarrollar un diálogo confidencial acerca del respeto, y con mucha frecuencia, de la falta de respeto, del derecho internacional humanitario por parte de los responsables militares y comandantes, tanto miembros de los gobiernos, como líderes de los grupos de oposición. Es por ello que el diálogo, así como la claridad acerca del contenido de la ley, son esenciales.

Durante esta presentación les daremos unas pocas indicaciones acerca de cómo ha sido desarrollado el estudio y compartir con ustedes tres de los principales hallazgos:

En diciembre de 1995, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja ordenó oficialmente al CICR, preparar un informe acerca de las reglas consuetudinarias del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos armados no internacionales.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia define el derecho internacional consuetudinario como “una práctica generalmente aceptada como derecho”. Esta práctica debe ser “extendida, representativa y virtualmente uniforme”, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

El derecho consuetudinario requiere dos elementos esenciales, la práctica estatal (usus) y la creencia de que esa práctica se exige, se prohíbe o se permite, según la índole de la norma. La importancia práctica del derecho internacional humanitario está en su carácter vinculante, su exigibilidad tanto a Estados como a grupos armados no estatales y el hecho de ser aplicado, de manera sistemática, por tribunales y cortes nacionales e internacionales.

El estudio revisa la práctica estatal, tanto las materiales o de obra como las verbales o de palabra, con el fin de determinar las reglas de derecho internacional humanitario que son aplicadas de manera amplia

---

y uniforme, y que reflejan la opinión legal. Esta revisión permitirá establecer qué prácticas hacen parte del derecho consuetudinario.

Debido a que una práctica extendida es requisito y condición para crear el derecho consuetudinario, el estudio tuvo que cubrir la práctica de los Estados alrededor del mundo, incluidos aquellos que se han visto envueltos, de manera recurrente o reciente, en conflictos armados internacionales, lo que implicó un enorme esfuerzo de investigación.

El volumen II contiene más de 4.000 páginas de resumen de la práctica de los Estados de todas las regiones del mundo. Para lograr esto, el CICR contó con la asistencia de 47 relatores quienes examinaron las fuentes nacionales de práctica en un grupo de países representativo geográficamente.

Para América Latina, por ejemplo, los relatores tenían como misión estudiar los manuales militares, las legislaciones internas, el comportamiento de las tropas en los campos de batalla, la jurisprudencia, pronunciamientos oficiales y los reportes. Estas tareas fueron adelantadas en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, El Salvador, Nicaragua, Perú y Uruguay.

Adicionalmente, los relatores examinaron fuentes internacionales de la práctica, incluida la proveniente de organizaciones regionales, como la Organización de Estados Americanos, así como tratados relacionados con el sistema interamericano. El ejercicio incluyó la revisión de jurisprudencia judicial del orden regional, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las providencias provenientes de instancias cuasijudiciales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. No puedo nombrarlas todas, pero deseo, en nombre del CICR, expresar mi gratitud y especial consideración por la enorme labor realizada por los expertos y sus grupos de trabajo.

Al considerar este trabajo inicialmente como un ejercicio erudito, el CICR respetó la libertad académica de los autores, quienes fueron acompañados por un Comité Directivo conformado por doce eminentes profesores de derecho. Este fue consultado inicialmente y antes de terminarse el estudio se realizaron otras consultas, adicionalmente, con 35 expertos académicos y gubernamentales de todo el mundo, incluidos cinco de Latinoamérica.

Es por eso que me siento bastante orgullosa de presentar este estudio a tan prestante audiencia el día de hoy. El estudio ha identificado 161 reglas que cumplen con las condiciones para ser consideradas derecho consuetudinario, las cuales son listadas y explicadas en el primer volumen. Como lo acabo de mencionar, el volumen II, contiene más de 4.000 páginas de prácticas referidas a los Estados en las cuales están basadas las reglas listadas.

Este es el resultado del más abarcante y minucioso estudio de este tipo adelantado hasta la fecha, y busca proveer una foto de la costumbre, tan aguda como ha sido posible y, basada en los hechos. Sin embargo, el estudio no puede ser entendido como la última palabra, no lo pretende, pues no es exhaustivo en la medida en que no todas las áreas del derecho humanitario fueron cubiertas y porque, además, la formación del derecho consuetudinario es un proceso dinámico.

Permítanme subrayar las tres principales conclusiones que pueden ser extractadas de este estudio.

1. Primero, el estudio muestra que el acuerdo y la coincidencia en las reglas y principios de derecho internacional humanitario son más extendidos de lo que la ratificación de tratados muestra.

Los Convenios de Ginebra han sido ratificados universalmente, pero otros tratados no lo han sido. Estos últimos contienen, sin embargo, un gran número de reglas y principios que no han recibido un respaldo tan extendido en la comunidad internacional. Por consiguiente, existe un extenso cuerpo normativo común a todos los Estados, y este es un conjunto de reglas que los Estados han aceptado y que constituye el derecho internacional humanitario.

Esto significa, por ejemplo, que los Estados que aún no han ratificado el Protocolo II Adicional de 1977 están, sin embargo, limitados por las normas y principios allí contenidos, porque estas normas y principios son consuetudinarios.

2. En Segundo lugar, el marco normativo para los conflictos armados no internacionales se ha desarrollado y se ha visto fortalecido.

Mientras que el derecho convencional que rige los conflictos armados internacionales está bien desarrollado, no sucede lo mismo con el derecho convencional relativo a los conflictos armados no internacionales. La práctica estatal, sin embargo, ha llenado gran parte de este vacío y ha creado reglas consuetudinarias que rigen los conflictos armados no internacionales, más allá de lo consagrado en el derecho convencional. Como ejemplos pueden citarse las reglas relacionadas con los ataques a bienes civiles, la prohibición de llevar a cabo ataques indiscriminados, la búsqueda de desaparecidos, la entrega de asistencia humanitaria o la protección de periodistas. Estos tópicos no son tratados de manera detallada en el Protocolo II Adicional, pero son abordados por el derecho internacional humanitario consuetudinario. Como lo mencioné con anterioridad, esta conclusión es de máxima importancia para muchos países, en la medida en que la mayor parte de los conflictos de hoy en día en el mundo son conflictos armados no internacionales.

3. En tercer lugar, el estudio muestra que muchas de las reglas aplicables a los conflictos armados internacionales lo son también a los conflictos armados no internacionales.

---

Este es el caso para muchas reglas relacionadas con la conducción de hostilidades, el uso de armas y el tratamiento acordado a los civiles o a las personas fuera de combate. Es así como la calificación legal de un conflicto, como internacional o no internacional, pierde mucha de su relevancia para la aplicación del derecho internacional humanitario consuetudinario: Las mismas reglas tienen que ser respetadas en cualquier conflicto. Dado que el derecho internacional humanitario tiene como objetivo ofrecer garantías a los seres humanos en medio del horror, uno puede sentirse contento de que un mínimo de protección para los civiles, mujeres, niños, prisioneros, portadores de armas heridos sea ofrecido, sin distinción, basado en el tipo de conflicto que tiene lugar.

El CICR cree que el estudio presenta una aguda foto del estado actual de este cuerpo normativo. A partir de este momento, se tomarán en cuenta, en el trabajo diario, los hallazgos del estudio sin por ello perder de vista, al mismo tiempo, que la creación de derecho consuetudinario continúa. Esperamos que este estudio sea ampliamente usado y pruebe ser una referencia estandarizada de trabajo para todos aquellos que tratan con el derecho internacional humanitario, como por ejemplo las cortes y tribunales nacionales e internacionales, representantes de gobierno, legisladores y fuerzas armadas, por ejemplo, cuando éstas revisen manuales militares y códigos penales militares, o cuando ellos estén adoptando una posición en las conferencias internacionales o en organizaciones internacionales.

Como dijo el profesor Jean Pictet, “vamos a mostrar que es posible refrenar la violencia, mitigar los sufrimientos y evitar la muerte inútil.”



---

## LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA COMO INTÉRPRETE DE LAS COSTUMBRES INTERNACIONALES

Alejandro Ramelli Arteaga<sup>1</sup>

SUMARIO: I. Introducción; II. Incorporación de las normas consuetudinarias; III. Una línea jurisprudencial constante: la figura del bloque de constitucionalidad; IV. El difícil proceso de creación de ciertas subreglas constitucionales; V. Proceso de profundización y ampliación de ciertas reglas judiciales; VI. Conclusiones

### I. Introducción

A partir de la Constitución de 1991 se ha operado un proceso de ósmosis entre el derecho internacional humanitario (en adelante, DIH) y el derecho constitucional colombiano, merced a una interpretación sistemática que nuestros jueces constitucionales han realizado de los artículos 9, 93 y 214.2 del Texto Fundamental<sup>2</sup>. En adelante, las normas convencionales y consuetudinarias del DIH, amén de los principios generales que integran e informan esta disciplina jurídica, hacen parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, reviviéndose así el espíritu del artículo 91 de la Constitución de Rionegro de 1863, a cuyo tenor *“El derecho de gentes hace parte de la legislación nacional”* y, por lo demás, ajustándose a la conocida sentencia de Blackstone: *“International law is part of the law of the land”*.

Pues bien, si el DIH forma parte de la Carta Política de 1991, es preciso determinar la manera como el juez constitucional ha entendido el fenómeno de la incorporación de las normas consuetudinarias al ordenamiento jurídico colombiano, y acto seguido, establecer la manera como aquél ha interpretado y aplicado tales componentes de la legalidad internacional, es decir, si ha aplicado los tradicionales métodos de interpretación señalados en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, o si, por el contrario, ha llevado a cabo esta labor hermenéutica orientado más por la técnica propia de la interpretación constitucional.

Cabe precisar que para efectos del presente estudio, siguiendo las enseñanzas de Alonso García, adoptaremos un concepto amplio de interpretación constitucional, en tanto que proceso de creación de subreglas constitucionales derivadas del juez del texto de la Carta Política *“bien expresa, bien implícitamente”*<sup>3</sup>, desechando por tanto la clásica y limitada noción de interpretación, en palabras de Hesse, en tanto que instrumento lógico encaminado *“a revelar la voluntad objetiva de la norma o la voluntad subjetiva del legislador mediante el análisis del texto, de su proceso de creación, de sus conexiones sistémicas, de sus antecedentes... así como su*

---

<sup>1</sup> Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional. Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

<sup>2</sup> Ramelli, A, La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 367.

<sup>3</sup> García, A, La interpretación de la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 4.

*finalidad* <sup>4</sup> y mucho menos la simple búsqueda de la norma aplicable al caso concreto (subsunción).

En este orden de ideas, trataremos de demostrar que la Corte Constitucional, partiendo de la incorporación automática de las normas consuetudinarias del DIH, ha derivado de interpretaciones armónicas entre éstas y las disposiciones constitucionales pertinentes, verdaderas reglas judiciales, las cuales, en determinados casos, se han erigido en sólidos precedentes judiciales; en otros, la elaboración de aquéllas ha sido mucho más accidentada siendo difícil hablar de precedentes en la materia sino de una *“jurisprudencia ad hoc”*. Por último, se constatará que, con el correr de los años, ciertas subreglas han conocido un proceso de ampliación y profundización en sus contenidos y alcances.

## II. INCORPORACIÓN DE LAS NORMAS CONSUETUDINARIAS

Un examen atento de derecho comparado evidencia que resulta inusual que las Constituciones aludan al derecho consuetudinario; mucho menos que aclaren o precisen la manera como las normas consuetudinarias se incorporan al ordenamiento jurídico interno; situación completamente distinta a la que sucede con las disposiciones convencionales, por cuanto, en este caso, se suelen establecer, con cierto detalle, competencias y procedimientos políticos y judiciales.

En el caso colombiano, el artículo 214.2 Superior, referente a la regulación del estado de excepción, precisa que *“en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”*, con lo cual se opera una incorporación automática de las mismas al ordenamiento jurídico colombiano.

En igual sentido, la Corte Constitucional en sentencia C- 225 de 1995 estimó que *“en Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el ius cogens.”*

Posteriormente, la Corte en sentencia C-1189 de 2000 indicó: *“la Corte debe precisar que las obligaciones internacionales del Estado colombiano, tienen su fuente tanto en los tratados públicos que ha ratificado, como en la costumbre internacional y en los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas [Es de notar que la enumeración del artículo 38 en cuestión no es exhaustiva, y que junto con las fuentes que allí se consagran, existen otras, como los actos unilaterales de los Estados y las Organizaciones Internacionales, bajo ciertas circunstancias]. Estas fuentes han sido reconocidas tradicionalmente por la comunidad internacional, y como tales fueron incluidas en el catálogo del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tratado que vincula a Colombia por formar parte integral de la Carta de las Naciones Unidas, que fue ratificada mediante ley 13 de 1945, y cuyo artículo 93*

4 Hesse, K, Escritos de derecho constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 36.

*dispone: “Todos los Miembros de las Naciones Unidas son ipso facto partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”. Dicha enumeración también es obligatoria para el Estado colombiano en la medida en que éste aceptó expresamente someterse a la jurisdicción de la Corte Internacional, mediante instrumento depositado el 30 de octubre de 1937 [Si bien la declaración colombiana está referida a la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional, por virtud del artículo 36-6 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dicha declaración vale para someter al Estado colombiano a la jurisdicción de este último tribunal], sin haber opuesto hasta ahora reservas a la aplicación de las fuentes que se enumeran en su Estatuto.”*

Más recientemente, en sentencia C- 291 de 2007, y a manera de síntesis, el juez constitucional señaló que *“En términos generales, la Corte Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia el valor vinculante de la costumbre internacional para el Estado colombiano en tanto fuente primaria de obligaciones internacionales y su prevalencia normativa en el orden interno a la par de los tratados internacionales, así como la incorporación de las normas consuetudinarias que reconocen derechos humanos al bloque de constitucionalidad”*.

En suma, hoy por hoy, no cabe duda de que las normas internacionales consuetudinarias se incorporan automáticamente al ordenamiento jurídico colombiano, sin que sea necesario un acto jurídico de recepción de la misma.

### **III. UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL CONSTANTE: LA FIGURA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**

Para Hesse, únicamente puede hablarse de interpretación cuando debe darse una respuesta a una pregunta de derecho constitucional que, a la luz del texto fundamental, no ofrece una respuesta clara. Este es, precisamente, el caso de la jerarquía normativa del DIH en el sistema de fuentes colombiano.

En efecto, la Carta Política, en dos de sus artículos (93 y 214.2) se inclina, sin duda, por la tesis de la supremacía de los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos que prohíban su limitación durante Estados de excepción, con lo cual se incluirían aquellos derechos que aparecen consagrados en los artículos 27 del Pacto del San José y 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como las normas convencionales y consuetudinarias del DIH. A decir verdad, y siguiendo la clásica tipología de Carreau, nos encontraríamos en presencia de un paradigma constitucional favorable a la garantía del derecho internacional sobre el interno.

Sin embargo, la Carta Política de 1991, en su artículo 4º, consagra el principio de supremacía constitucional, con lo cual el enfrentamiento entre este último y el principio de prevalencia del orden internacional es evidente. Frente a tal estado de cosas, la Corte Constitucional optó por derivar de los artículos 4º y 93 Superiores, la siguiente subregla: las normas convencionales y

consuetudinarias aplicables bajo Estados de anormalidad se encuentran en la misma posición jerárquica que las normas constitucionales, conformando entre unas y otras un *“bloque de constitucionalidad”*. En consecuencia, unas y otras producen los mismos efectos jurídicos, es decir, (i) vinculan positiva y negativamente al legislador; (ii) reconocen derechos subjetivos invocables por las personas ante los jueces y la administración pública, por todas las vías procesales existentes; (iii) orientan la interpretación de la ley; y (iv) constituyen valiosos insumos para el diseño, ejecución y control de las políticas públicas (vgr. políticas públicas en materia de salud, de paz, de educación, etcétera).

La técnica del bloque de constitucionalidad fue introducida, *expressis verbis*, en Colombia en la sentencia C- 225 de 1995, providencia mediante la cual la Corte controló la constitucionalidad del Protocolo II de Ginebra de 1977 y su correspondiente ley aprobatoria. A lo largo del mencionado fallo se alude con frecuencia al caso francés, país en el cual la doctrina constitucionalista, hacia mediados de la década de los sesentas, ideó la expresión *“bloc de constitutionnalité”*; a efectos de explicar la postura que venía asumiendo el Consejo Constitucional Francés, en el sentido de controlar la constitucionalidad de los proyectos de ley sometidos a él, no sólo en relación con la Constitución, sino igualmente en lo atinente al Preámbulo de la Carta Política de 1958, el cual remite, a su vez, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como al Preámbulo de la Constitución de 1946, el cual reenvía hacia unos *“principes à valeur constitutionnelle”* consagrados en ciertas leyes de la III República Francesa.

En otros términos, nuestros jueces constitucionales encontraron en la técnica jurídica del bloque de constitucionalidad francés un mecanismo apto para resolver la antinomia que presenta la Constitución de 1991 entre la supremacía constitucional (art.4) y la prevalencia de determinados tratados internacionales y normas consuetudinarias (arts. 93.1 y 214.2).

A partir de entonces, la figura del bloque de constitucionalidad se ha venido consolidando en el derecho público colombiano, con la ventaja de que, en materia de DIH, sus normas convencionales y consuetudinarias hacen parte de la Carta Política, es decir, se encuentran en la cúspide del sistema de fuentes, lo que significa que, todas las autoridades públicas deben respetarlas y aplicarlas en todo tiempo. Este esquema contrasta con la mayoría de países en donde aquéllas tienen sólo fuerza supralegal o legal.

Por último, es preciso señalar que recientemente en sentencia C- 291 de 2007, la Corte Constitucional reconoció que *“Específicamente en relación con el Derecho Internacional Humanitario, la Corte ha reconocido que las normas consuetudinarias que lo integran, se vean o no codificadas en disposiciones convencionales, forman parte del corpus jurídico que se integra al bloque de constitucionalidad por mandato de los artículos 93, 94 y 44 Superiores.”*

#### IV. EL DIFÍCIL PROCESO DE CREACIÓN DE CIERTAS SUBREGLAS CONSTITUCIONALES

A diferencia de la continuidad, ampliación, sistematización y permanencia que han caracterizado a la figura del bloque de constitucionalidad en Colombia, en la mayoría de los casos, el proceso de derivar reglas judiciales de la interpretación sistemática entre, de una parte, normas convencionales y consuetudinarias del DIH, y por la otra, disposiciones constitucionales, ha sido caracterizado por incertidumbres, así como claros y oscuros. En tal sentido, no resulta sencillo encontrar precisas y constantes líneas jurisprudenciales en la materia; no siempre se han respetado los precedentes horizontales por cuanto supuestos de hecho semejantes han sido tratados de manera desigual por las diversas Salas de Revisión de la Corte Constitucional. De allí que sea usual encontrarse con una jurisprudencia constitucional *“ad hoc”*, caracterizada por soluciones *“para el caso concreto”*, inspiradas, además, por altas dosis de pragmatismo, más acordes, quizá, con las características del conflicto armado colombiano.

No obstante lo anterior, hemos de destacar el aporte que presentan ciertos principios sentados por la Corte al momento de interpretar las normas convencionales y consuetudinarias del DIH; la originalidad que caracteriza a determinadas subreglas en la materia; los aportes realizados en la difícil labor de proteger los derechos humanos durante situaciones de anormalidad; las exhortaciones dirigidas al Congreso de la República a efectos de que tipifique de manera adecuada los crímenes de guerra; amén de la valiosa labor de pedagogía constitucional adelantada en ciertos fallos.

A nuestro juicio, diversas y complementarias son las causas de tal estado de cosas. En primer lugar, la Constitución de 1991, fue pensada como instrumento normativo aplicable en situaciones de normalidad, y no de conflicto armado interno. Así por ejemplo, la acción de tutela fue consagrada para la defensa de los derechos fundamentales y no el DIH; no obstante, con el correr de los años, el amparo constitucional ha sido el instrumento procesal más socorrido para intentar proteger a la población frente a determinadas amenazas que se cierne sobre ella. De igual manera, nuestros jueces no están familiarizados con los principios, valores y reglas que integran el DIH lo cual, a no dudarlo, entorpece el proceso de interpretación y aplicación del mismo. Aunado a lo anterior, no es sencilla la labor de ponderar los derechos fundamentales con los deberes de solidaridad consignados en el artículo 95 Superior. Sin lugar a dudas, la incertidumbre y la ausencia de reglas judiciales lo suficientemente precisas y decantadas, sentadas por la Corte en materia de DIH, se deba a lo complejo que resulta establecer un equilibrio entre la protección de los derechos individuales durante situaciones de anormalidad, y el cumplimiento de ciertos deberes constitucionales, como aquel de colaborar con las autoridades públicas. En efecto, el cumplimiento de ciertos deberes constitucionales se hace mucho más gravoso para los ciudadanos durante situaciones de conflicto armado interno, y al mismo tiempo, la defensa del interés general parecería imponerle a la persona una más alta dosis de sacrificio. Piénsese, por ejemplo, en la colisión que se presenta entre el principio de neutralidad de la población

civil ( norma convencional y consuetudinaria del DIH) y la obligación que tienen los ciudadanos de apoyar la labor de la fuerza pública en defensa las instituciones democráticas (art. 95 constitucional), o también en los conflictos que se presentan cuando los ciudadanos son designados como jurados de votación en zonas de conflicto armado, la ocupación temporal de bienes inmuebles por la fuerza pública, la reubicación de profesores amenazados o la presencia de cuarteles de policía en ciertas áreas pobladas. En todos estos casos, se presentan colisiones entre derechos fundamentales y deberes constitucionales, o entre los primeros y determinados bienes jurídicos (vgr. la defensa de la democracia, el mantenimiento del orden público, la necesidad de contar con profesores en todo el territorio nacional, etcétera).

Más allá de las críticas puntuales que podamos hacer a determinadas decisiones de la Corte Constitucional mediante las cuales se han abordado los señalados temas, es preciso señalar que, de manera global, en algunos de estos fallos no se han aplicado correctamente los métodos de interpretación señalados en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Lo anterior resulta grave, en especial, cuando la Corte Constitucional pierde de vista el objetivo y el fin de los tratados internacionales sobre DIH.

## **V. PROCESO DE PROFUNDIZACIÓN Y AMPLIACIÓN DE CIERTAS REGLAS JUDICIALES**

En ocasiones, la Corte Constitucional, al momento de interpretar las normas del DIH, ha sentado algunos principios de carácter limitado, pero con el transcurso de los tiempos han conocido unos importantes desarrollos teóricos, así como no pocas dificultades prácticas de aplicación. Se trata, por tanto, de reglas judiciales que en sus orígenes fueron un tanto tímidas en cuanto a sus alcances; sin embargo, conforme se intensificaron las hostilidades internas y sus perversos efectos, aquéllas se convirtieron en catalizadores de políticas públicas en materia de atención a víctimas del conflicto armado interno, en especial, los desplazados. Así, en sentencia del 27 de noviembre de 2000, referente a la toma de un grupo de desplazados de la sede del CICR en Bogotá, la Corte abordó esta problemática, aunque de manera limitada y puntual, acordando soluciones al caso concreto. Por el contrario, pocos años después, en sentencia T- 025 de 2004, el juez constitucional interpretó armónicamente las normas convencionales y consuetudinarias del DIH con la Constitución de 1991, labor que culminó no sólo con la adopción de diversas subreglas judiciales en la materia, sino con un conjunto de órdenes dirigidas a las autoridades públicas tendentes a superar una dramática situación de desamparo y desatención de cientos de víctimas. En otras palabras, se intentó dar una respuesta general y global a un problema estructural, sin limitarse a las especificidades del caso concreto. En otros términos, se profundizaron y ampliaron diversas subreglas judiciales referentes a la aplicación de reglas y principios, convencionales y consuetudinarios de DIH.

## VI. CONCLUSIONES

Primera. Resulta inusual que los jueces internos acudan a las costumbres internacionales al momento de resolver un caso concreto, sea que se trate de asuntos penales o administrativos, a pesar de las ventajas que aquello comportaría. Probablemente, tal situación se explica por las incertidumbres y desconfianza que genera esta fuente del derecho entre operadores jurídicos que tradicionalmente han acudido al derecho legislado. Se trata, sin lugar a dudas, de un rezago de la modernidad, por cuanto, recordemos que el Estado surgió precisamente de la mano del monopolio del Príncipe sobre la producción normativa, quedando ubicada en un segundo plano la costumbre, tan empleada y evolutiva en la Edad Media.

Tal estado de cosas, responde asimismo al vertiginoso avance que en las últimas décadas ha conocido el derecho internacional convencional. En efecto, la multiplicación de tratados en la vida internacional ha conducido a pensar, equivocadamente, que la costumbre internacional ha perdido la importancia que durante siglos tuvo en el derecho internacional público.

Segunda. Devolverle a la costumbre internacional su lugar de preeminencia resulta fundamental dados los espacios no cubiertos, las zonas grises, que presenta el derecho internacional convencional, tanto más en materia de derecho internacional humanitario, a efectos de aproximar la regulación de los conflictos armados internos a aquella de los internacionales. A decir verdad, el derecho consuetudinario ofrece la enorme ventaja de ser más dinámico y de más sencilla elaboración que el derecho internacional convencional, en donde las formas y los procedimientos abundan.

Tercera. Teniendo en cuenta el temor que aqueja a los jueces internos al momento de aplicar la costumbre internacional, resulta de la mayor importancia que los Tribunales Constitucionales, en tanto que órganos de cierre del sistema judicial, den el primer paso. En esa dirección ha avanzado la Corte Constitucional colombiana, no sin dificultades, por cuanto no basta con proclamar la validez de la costumbre en el sistema de fuentes internos, sino que es preciso aplicarla en casos concretos.

Cuarta. Uno de los principales factores que explican la trascendencia de las normas consuetudinarias del DIH para los conflictos armados internos contemporáneos –tales como el colombiano–, es que éstas regulan con mucho mayor detalle el desarrollo de las hostilidades y la protección de sus víctimas que los distintos tratados aplicables a este tipo de conflictos.



---

## REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO. A PROPÓSITO DEL LIBRO “EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO”

Manuel Becerra Ramírez<sup>1</sup>

SUMARIO: I. Introducción; II. El Derecho Humanitario Internacional, parte del orden público internacional; III. La recepción de la costumbre internacional; IV. La recepción del derecho consuetudinario en las constituciones del mundo. Una aproximación; V. El caso de México; VI. La normatividad del derecho humanitario internacional y su origen consuetudinario; VII. La codificación de la normatividad consuetudinaria en materia de Derecho Humanitario Internacional. El trabajo del Comité Internacional de la Cruz Roja.

### I. INTRODUCCIÓN

En el año de 1995, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la media Luna encargó al Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR) un informe sobre las normas consuetudinarias. Diez años, después se publicaron los resultados de una investigación impresionante, en la cual se identificaron normas consuetudinarias del Derecho Humanitario Internacional (DHI) contemporáneo. El colosal trabajo fue publicado en el idioma inglés bajo el nombre de *Customary International Humanitarian Law*<sup>2</sup> y en él participaron un gran número de juristas de todo el mundo, bajo la dirección de Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck.

En el año de 2007, se publicó una versión en español (“El derecho internacional humanitario consuetudinario”), con lo que es previsible que su divulgación se verá aumentada por ser accesible a un mayor número de lectores de habla hispana.

En este trabajo y a propósito de la versión de la publicación de “El derecho internacional humanitario consuetudinario”, hemos preparado una serie de reflexiones en torno a la importancia y hasta cierto punto complejidad del derecho consuetudinario, partiendo de la base del carácter especial del DHI que es parte del orden público internacional. Para después analizar la recepción del derecho consuetudinario y en especial, en materia de DHI.

### II. EL DERECHO HUMANITARIO INTERNACIONAL, PARTE DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Las normas del derecho internacional de los derechos humanos y de los derechos humanos tienen una categoría única que en parte comparten con la normatividad de derechos humanos y del derecho internacional penal, estas características son:

- No comparten el carácter sinalagmático del derecho convencional común; los tratados en materia de derecho humanitario establecen

---

<sup>1</sup> Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Director del Anuario Mexicano de Derecho Internacional.

<sup>2</sup> Cambridge University Press, 2005.

obligaciones no solo para los Estados partes, sino para los individuos que forma parte de la jurisdicción de aquellos. Este concepto está expresado en la conocida Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de fecha 1951:

*En este tipo de tratados los Estados contratantes no tienen intereses propios, solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que constituyen la razón de ser de la Convención. Consecuentemente, en una convención de este tipo no puede hablarse del mantenimiento de un perfecto equilibrio contractual entre derechos y obligaciones<sup>3</sup>;*

- No es posible denunciar un tratado de este tipo mientras la parte que pretende renunciar se encuentre en un conflicto armado. En efecto, las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 sobre derecho humanitario internacional contiene una norma común que así lo expresa:

*...la denuncia notificada cuando la potencia denunciante esté implicada en un conflicto no surtirá efecto alguno mientras no se hayan concertado la paz y, en todo caso, mientras no hayan terminado las operaciones de liberación y de repatriación de las personas protegidas por el presente Convenio.<sup>4</sup>*

- No aplicación de la cláusula de reciprocidad en los tratados de derecho humanitario internacional; como sabemos el derecho de Viena 69 establece la facultad del incumplimiento de un tratado internacional cuando la otra u otras partes hayan incumplido. Pero Viena 69 establece una excepción en caso de tratados en materia de derecho humanitario:

*No se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.<sup>5</sup>*

- Las normas del derecho humanitario internacional son normas de carácter erga omnes ya que los Estados tienen una doble obligación, por un lado están obligados a respetar y hacer respetar sus normas.

*Una obligación (la de respetar) se asume en el marco del ordenamiento interno de cada Estado y la otra (la de hacer respetar), frente a todos los Estados y a la comunidad internacional.<sup>6</sup>*

3 Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951 sobre la validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del Delito de Genocidio CIJ, *Recueil*, 1951, pp. 23 y 24.

4 Artículos 63, 62, 142, 158 de los Cuatro Convenios de Ginebra respectivamente.

5 Artículo 60.5 de la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados.

6 Salmón, Elizabeth, *Introducción al derecho internacional humanitario*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), CICR, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2004, p. 35.

- Algunas de ellas son normas de *jus cogens*, por ejemplo la prohibición de la tortura, la esclavitud, el respeto a la vida, etcétera, forman un núcleo duro de normas que son imperativas, y no se puede convenir en contrario;
- Son irrenunciables por las personas a quien protege, ya que ellas "no podrán en ningún caso, renunciar parcial ni totalmente a los derechos que les confiere"<sup>7</sup>.
- En la interpretación y aplicación de las normas del derecho humanitario internacional se aplicará el principio *pro homine*, es decir en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional.

Estas características hacen del DHI un sistema especial, que conjuntamente con las normas provenientes de los derechos humanos y las normas del derecho internacional penal, que cuentan con una serie de normas de carácter subjetivo, crean un orden público internacional, una especie de segundo piso que complementa al derecho interno y que va en contra de la impunidad y la deshumanización de los conflictos armados.

## II. LA RECEPCIÓN DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Uno de los fenómenos notorios en algunas constituciones estatales es precisamente la ausencia de referencia a la costumbre internacional. Como sabemos, la costumbre internacional se compone de dos elementos (*la inveterata consuetudo* y *la opinio iuris*) el primero elemento objetivo y el otro psicológico, ambos elementos difíciles de medir, de cuantificar, en general de identificar, y más si estamos en un país de codificación, que no conoce más que la ley escrita. De esta manera, el asunto de la recepción de la costumbre internacional no es un asunto fácil de resolver y así lo reconoce la doctrina internacional ya que, por ejemplo, si pensáramos que el poder legislativo tiene la obligación de confirmar explícitamente todos los cambios, modificaciones y creaciones de normas y principios de derecho internacional, sería una labor verdaderamente colosal. Por eso en los sistemas del *common law* se utiliza desde el siglo XVII la fórmula simple y general "*international law is part of the law of the land*" de acuerdo con la cual las cortes nacionales deben aplicar automática y directamente la costumbre y los principios generales de derecho internacional.

Sin embargo esta fórmula no termina la posible discusión sobre la jerarquía del derecho internacional frente al derecho interno, lo cual es muy trascendente ya que tiene que ver con los siguientes puntos:

- la colisión entre normas de derecho consuetudinario internacional y derecho interno; mucho se ha escrito en los últimos años sobre la problemática planteada por la contradicción que se puede encontrar en una norma del derecho internacional convencional y otra norma

<sup>7</sup> Artículos 7, 7, 7 y 8 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente

del derecho interno, pero ¿qué pasa cuando existe una norma interna del Estado y otra norma consuetudinaria internacional que se le opone? Aquí nos encontramos ante la añeja discusión entre las escuelas del pensamiento jurídico que se refieren a la relación entre derecho internacional público y el interno; es decir las escuelas monistas y dualistas, a la que la literatura de derecho internacional sigue dedicándole mucho espacio. Desde una perspectiva del derecho internacional público y más tratándose del derecho internacional humanitario, que como recordamos en este trabajo, sus normas son parte del orden público internacional, no hay duda de que prima en su aplicación el derecho humanitario internacional.

- la incorporación del primero en el segundo; este es un asunto que también ya está explorado, tanto en la teoría como en la práctica, y sin embargo no hay una práctica homogénea en los diferentes Estados, quizás la doctrina pueda aportar algo poniéndole más atención refiriéndose a la fenomenología alrededor.
- la cuestión de la responsabilidad por incumplimiento de las normas consuetudinarias; este es un tema que está íntimamente ligado con el tema de la responsabilidad internacional, así dicho sin rodeos. Pero, lo que no está explorado es la responsabilidad del Estado por no aplicar o ignorar en el ámbito interno la normatividad derivada de la costumbre internacional, por lo que este tema también se convierte en un asunto de especial importancia.
- la terminación de obligaciones internacionales y sus efectos internos; ese otro asunto de especial importancia ¿cuándo tal o cual obligación internacional llega a su fin? Como el derecho internacional no es un sistema centralizado, no se tiene una claridad de cuándo una obligación internacional de origen consuetudinario llega a su fin y en consecuencia el efecto que esto ejerza en los Estados.
- la obligación de los individuos; indudablemente los individuos están obligados, en algunos casos, por la normatividad consuetudinaria. Pero, nuevamente esto no está reconocido por los Estados, por sus poderes internos (legislativo, ejecutivo y judicial).

### III. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO EN LAS CONSTITUCIONES DEL MUNDO: UNA APROXIMACIÓN

En algunas constituciones se hace mención a la costumbre con la expresión "*standards and principles of general or common international law*". Algunas otras constituciones, como la estadounidense, se refieren en términos generales al derecho internacional lo cual teóricamente comprende al derecho consuetudinario y por si no fuera poco, la jurisprudencia se ha encargado de confirmar esta aseveración cuando se afirma en el conocido fallo de Paquete Habana, que "El derecho internacional es parte de nuestro derecho y debe ser determinado y aplicado por los tribunales competentes

cada vez que, en debida forma, se solicita, ante ellos cuestiones de derecho para su decisión"<sup>8</sup>.

Aunque hay que decir, que al contrario de su postura de apertura a los mercados, los Estados Unidos, en lo interno es un Estado bastante conservador en cuanto a la aceptación del derecho internacional, como lo vimos anteriormente, y más aún, la costumbre no se considera como fuente interna del derecho internacional<sup>9</sup>.

A manera de análisis comparado, podemos identificar que en las constituciones de algunos Estados las normas generales del derecho internacional público son parte integrantes del derecho federal y fuente directa de derecho y obligaciones para sus habitantes. Tal situación ocurre en las constituciones de Alemania;<sup>10</sup> Austria;<sup>11</sup> Grecia;<sup>12</sup> Portugal;<sup>13</sup> Rusia.<sup>14</sup> En el caso de España, la recepción es inmediata, aunque se requiere de la publicación en el Diario Oficial de España.

En forma más detenida podemos ver que la práctica europea tiene varios ejemplos de constituciones en las cuales la costumbre internacional tiene un lugar en el orden jurídico interno, por ejemplo tenemos las constituciones alemana e italiana. Sin embargo, la mayoría de los países de Europa Occidental, no contienen provisiones que estipulen el rango del derecho internacional. Pero, veamos la situación de la costumbre en las constituciones europeas, en donde podemos observar que se dividen en dos claros grupos: aquellas constituciones que hacen una referencia explícita a la costumbre internacional y las que no la hacen.<sup>15</sup> Dentro de las constituciones que hacen referencia a la costumbre están la Constitución de Weimar de 1919, que es la primera, en Europa Occidental, que prevé la observancia de la costumbre internacional; en su artículo 4 mencionaba: "las reglas de derecho internacional, generalmente reconocidas, están consideradas como parte del derecho alemán federal y son obligatorias".

Ahora bien, de acuerdo a la interpretación que prevalece en cuanto a lo anterior, sólo las partes de la costumbre internacional que han sido aceptadas por el derecho alemán y por la mayoría de los otros Estados se consideran aplicables automáticamente.

Actualmente, el artículo 25 de la ley fundamental, es el que tiene una provisión más favorable a la costumbre internacional: "las reglas generales de derecho internacional deben ser parte integrante del derecho federal.

8 Restatement of the law tirad. The foreign relation law of the United States Law Institute, vol. I, 1986, p. 40.

9 Ver Becerra Ramírez Manuel, La recepción del derecho internacional en derecho interno, UNAM, México, 2006.

10 Constitución de 1949, artículo 25.8.1

11 Artículo 9

12 Artículo 28-1

13 Artículo 8.1

14 Artículo 15-4 "Los principios generales y las normas del derecho internacional y los tratados internacionales de la Federación Rusa son parte de su sistema jurídico. En el caso de que los tratados internacionales de la Federación Rusa establezcan reglas contrarias a las contenidas en las leyes entonces se aplican las leyes de los tratados internacionales".

15 Al respecto véase Wildhaber, Luzius y Breitenmoser, Stephan, "The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg Journal of International law, 1988, pp. 179-206.

Elas deben preceder a las leyes y crear directamente derechos para los habitantes del territorio federal”.

Actualmente en Alemania, de acuerdo a la práctica de la Corte Federal Constitucional y de la doctrina predominante, las reglas generales del derecho internacional son las normas que son reconocidas y adoptadas por una predominante mayoría de países. Los tratados, al contrario, adquieren validez interna solo después de una ley especial de transformación.

En general, la jurisprudencia alemana trata de conciliar y en lo posible evitar colisiones entre el derecho internacional y el derecho interno.

Por su parte, Italia es otro país en la corriente de reconocer la costumbre internacional. El artículo 10(1), de la constitución Italiana de 1948 estipula que: “El sistema legal de Italia se conforma de los principios generalmente reconocidos de derecho internacional”.

En el mismo sentido de la Constitución de Weimar, está la Constitución austriaca. El artículo 9 de la Constitución Federal Austriaca reproduce el artículo 4 de la Constitución de Weimar e indica: “El reconocimiento general de los principios de derecho internacional son partes validas del derecho federal”. De acuerdo a la doctrina y práctica austriaca, “una regla de derecho internacional, no tiene que ser reconocida unánimemente por todos los Estados para ser considerada una “regla generalmente reconocida de derecho internacional. El artículo 145 de la Constitución faculta a la corte constitucional para decidir sobre violaciones de derecho internacional de acuerdo con una ley federal especial”. Sin embargo, esta provisión es considerada letra muerta.

Por otra parte, en la Constitución griega de 1975 (en su artículo 25) encontramos la misma regla, mediante la cual se reconocen las normas generalmente reconocidas como parte del derecho interno, aunque deben ser reconocidas internamente y convertirse en operativas.

En Francia una formulación casi idéntica al artículo 10 de la Constitución italiana, figura en el párrafo 14 del preámbulo de la Constitución de la cuarta república de octubre de 1946: “La república Francesa, fiel a su tradición, se atiene a las reglas del derecho internacional”. En muchas decisiones, la Corte Suprema Administrativa (Conseil d’Etat) aplicó principios generales de derecho internacional como una manera de interpretar este preámbulo. Podemos decir que, en general, los tribunales franceses han considerado las reglas de la costumbre internacional como directamente aplicables siempre que ellas sean relevantes a la solución de una cuestión bajo su jurisdicción. Aunque la Constitución de 1958 no tiene exactamente la misma referencia, la Corte y la doctrina concluyen que la aplicación de la costumbre internacional por los tribunales es conforme a su práctica tradicional.

Ahora bien, el artículo 55 de la Constitución francesa reconoce una posición monista; pero el principio no se aplica automáticamente en relación a

la costumbre internacional y a los principios de derecho internacional, casos en los que las cortes administrativas son reacias a concederles prevalencia sobre las leyes.<sup>16</sup>

Por otra parte, el artículo 8 (1) de la Constitución portuguesa indica: los "estándares y principios de derecho común general, internacional son una parte integrante del derecho portugués". Lo cual es muy elocuente.

En lo que toca a las constituciones europeas que no hacen una referencia explícita a la costumbre internacional tenemos a las constituciones de Suiza, de Holanda, Bélgica y España. Pero eso no significa que no se reconozca a la costumbre internacional, siendo los tribunales los encargados de su reconocimiento, como es el caso de Suiza.

Por otra parte, el Reino Unido, en principio, acepta el derecho internacional consuetudinario como una parte de su derecho interno nacional. En algunos países de la Commonwealth requieren la incorporación del derecho consuetudinario.

En el año de 1999, en Escocia, la *Appeal Court of the High Court of Judiciary* en dos casos penales en donde se acusaba personas de "sabotaje contra las armas nucleares británicas", los acusados se defendieron, alegando una "razonable excusa" de su conducta en virtud de la ilegalidad internacional de la posesión de este tipo de armas. La Corte decidió que "una regla de la costumbre internacional es una regla del derecho escocés".<sup>17</sup>

Sin embargo, la postura de la Corte escocesa, no era tan simple, pues junto con la decisión había que resolver varias cuestiones importantes. Primero, si la posesión de armas nucleares era ilegal en las relaciones internacionales, punto importante que fue evitado por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva en el caso de *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, después si los individuos, en virtud de la supuesta ilegalidad estaban o están autorizados a actuar en contra del gobierno. De la respuesta a estas preguntas dependía la culpabilidad de los acusados, que en realidad eran activistas en contra de las armas nucleares. Pero aquí surge el siguiente cuestionamiento: ¿las Cortes internas pueden pronunciarse sobre la legalidad internacional? La respuesta inmediata es: si la normatividad de que se trata se aplica al Estado que la cuestiona, por supuesto que si.

En términos generales se puede concluir que en Europa hay una clara tendencia hacia la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno y que para determinar el rango de la costumbre internacional, la mayoría de los países dan prioridad al derecho internacional sobre el derecho interno y que las cortes regularmente tratan de alcanzar una armonización entre obligaciones internacionales y derecho interno.

16 Véase de Eisemann, Pierre Michael y Rivier Raphaële, "National Treaty Law and Practice: France", National Treaty Law and Practice, p. 268.

17 Cases of John V. Donnelly and Lord Advocate's Referente n. 1, 2000, 2001 S. L. T. 507 (Greenock antinuclear activists, described in Neff, 2002).

## **V. EL CASO DE MÉXICO**

El sistema jurídico mexicano se inscribe entre los Estados que no mencionan el derecho internacional consuetudinario. El artículo 133 constitucional que es el punto de referencia para la recepción del derecho internacional, no menciona a la costumbre internacional, se refiere a los tratados, omitiendo la referencia a toda otra fuente del DIP. Aunque en la práctica eso no significa que en la historia del sistema jurídico mexicano no se haya recurrido a la costumbre (Javier Dondé). En un caso concreto sobre los usos horarios, la Suprema Corte de Justicia de la Nación recurrió a la costumbre internacional y en el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte también se recurre a la costumbre internacional que se refiere a las inversiones extranjeras (La recepción de derecho internacional en derecho interno) . Pero, en términos generales, estos ejemplos son mínimos hay una clara tendencia no solo a no invocar sino, me temo, que a ignorar la costumbre internacional (ver el caso de los halcones).

## **VI. LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO HUMANITARIO INTERNACIONAL Y SU ORIGEN CONSUECUDINARIO**

Sabemos que muchas de las ramas del derecho internacional público encuentran su origen clara e indiscutible en el derecho consuetudinario (el derecho diplomático, el derecho de los tratados, etcétera, ramas de derecho internacional público antiguo) y es el caso también del DIH, sus normas tienen una relación con el derecho consuetudinario y es posible afirmar que su evolución progresiva no hubiera sido posible sin dichas normas consuetudinarias. Es más, actualmente hay una sana coexistencia entre el derecho convencional y consuetudinario. De ahí que para la doctrina de derecho internacional sea importante seguir trabajando en la identificación y divulgación de tales normas.

## **VII. LA CODIFICACIÓN DE LA NORMATIVIDAD CONSUECUDINARIA EN MATERIA DE DERECHO HUMANITARIO INTERNACIONAL. EL TRABAJO DEL COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA**

Como sabemos la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de Naciones Unidas a lo largo de su historia ha realizado trabajos excepcionales de codificación que desembocan en tratados internacionales y muchos de ellos se quedan ahí, como una expresión de la normatividad consuetudinaria, sin que se conviertan en normas convencionales, como sucedió con los trabajos tan minuciosas y de alto nivel técnico sobre la responsabilidad internacional de los Estados. Pero estamos hablando de un órgano de Naciones Unidas, que no es el caso del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), el cual se dio a la tarea de codificar la normatividad consuetudinaria internacional. No hay ningún impedimento para hacerlo, es un esfuerzo de una institución con gran prestigio, que no tendrá como objeto derivar en un tratado internacional,

pero si es un punto de referencia para la actividad de los Estados, y sobre todo un punto de referencia altamente calificado pues está hecho por el CICR, quien además, está poniendo el ejemplo de lo que se debe hacer en otras áreas o materias del derecho internacional.

En su versión en español, el libro "El derecho internacional humanitario consuetudinario" (el libro) coordinado por el Comité Internacional de la Cruz Roja es un trabajo que sin duda podemos calificar de colosal. Gestado en la conferencia internacional para la protección de las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra, del 30 de agosto al 1º de septiembre de 1993; retomado el proyecto en la reunión de Ginebra del grupo intergubernamental de expertos para la protección de las víctimas de guerra de 1995; no fue sino hasta diez años después en el año del 2005 que se publicó en su versión en inglés. La obra es un esfuerzo impresionante pues participan juristas especialistas en derecho humanitario internacional de casi todo el mundo.

La obra tiene por objeto la identificación de las normas consuetudinarias en materia de derecho humanitario internacional. Tiene varias partes, la primera es un estudio teórico que si bien es conocido por los especialistas en derecho internacional, es vital recuento de lo que es la costumbre internacional: sus elementos, los requisitos para su creación, la manera de identificarla y su relación con el derecho convencional.

Como hemos visto con anticipación y a pesar de que el derecho consuetudinario internacional es la fuente del derecho internacional más antigua y podemos decir que sigue siendo la más importante, por su carácter general; todavía sigue siendo una fuente del derecho poco conocida en el foro interno sobre todo en los países, como los latinoamericanos que compartimos una cultura jurídica de derecho codificado en donde los jueces y en general los operadores del derecho recurren a los códigos, a sus leyes escritas; entonces la costumbre internacional les puede parecer algo esotérico.

Es por eso que este esfuerzo realizado por el CICR nos parece de una extraordinaria utilidad. Por ejemplo, en los sistemas de recepción interna del derecho internacional que lo permitan se puede invocar ante los tribunales o, en su caso, estos lo deben de tomar en consideración; o bien, cuando el sistema de recepción no permita una aplicación inmediata o directa es "pertinente" una incorporación de la norma general en el derecho interno; cuando decimos pertinente estamos hablando de que es obligatorio su cumplimiento si no queremos que se produzca una responsabilidad internacional.

Por otra parte, el libro también provoca una serie de reflexiones, por ejemplo será interesante desarrollar tanto en la teoría como identificar la práctica de los Estados sobre el reconocimiento de beligerancia que es algo que ha dado mucho que decir y que técnicamente es necesario de una aclaración.

En efecto, en momentos en que el fantasma del terrorismo, sobre todo después del 11 de septiembre de 2001, vaga por todo el mundo es necesario dilucidar cuando estamos hablando de terroristas cuyo comportamiento cae en el derecho internacional penal y cuando estamos ante partes beligerantes que es el campo del DIH. Aquí traemos a colación la institución mexicana del siglo pasado denominada Doctrina Estrada que rechaza el “reconocimiento” por considerar, de acuerdo a infames agresiones a México, que está politizado. Independientemente de que esto podrá suscitar una reflexión más amplia y profunda, consideramos que se debería tomar en cuenta la teoría declaratoria en el reconocimiento de beligerancia. Es decir, lo que hace el reconocimiento es sólo constatar; es decir, el reconocimiento no constituye el fenómeno de estado de beligerancia.

Ya en lo que corresponde a las normas consuetudinarias que contiene el libro, llama la atención algunas de ellas, sobre todo por la actualidad y dramatismo de los acontecimientos del ataque armado de Colombia a una base guerrillera localizada en territorio de Ecuador. En el libro a las normas de la 66 a la 69 relativo a la “comunicación con el enemigo”. La costumbre internacional aquí hace hincapié en la comunicación con el enemigo y se reconoce la inviolabilidad de los parlamentarios (norma 67). Pero, ¿qué pasa si el parlamentario, en este caso de la guerrilla es asesinado?

Más adelante cuando se trata de crímenes de guerra llama la atención que, cuando en el mundo hay un retroceso en el reconocimiento de la jurisdicción universal, una norma de derecho consuetudinario<sup>18</sup> reconoce como derecho de los Estados la posibilidad de conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal. En realidad esta es una tendencia clara, pero también hay que tomar en cuenta la presión de algunos Estados fuertes como los Estados Unidos, para que no sea reconocida la jurisdicción universal. En un mundo dominado por la impunidad, la jurisdicción universal es un avance que la humanidad ha logrado a partir de la segunda mitad del siglo pasado.

En suma, la importancia del libro es evidente y es necesario que jueces, legisladores y operadores del derecho conozcan tan importante trabajo, para eso su difusión en las universidades es de suma importancia.

18 La norma 157 que establece: “los Estados tienen derecho a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra”.

---

## ESTUDIO DEL CICR SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO: FINALIDAD, CARACTERÍSTICAS, CONCLUSIONES Y PERTINENCIA\*

Jean-Marie Henckaerts<sup>1</sup>

SUMARIO: I. Introducción; II. Finalidad del Estudio; III. Resumen de las conclusiones; IV. Pertinencia actual del derecho internacional humanitario consuetudinario; V. Conclusión

### I. INTRODUCCIÓN

En los más de cincuenta años transcurridos desde la aprobación de los Convenios de Ginebra de 1949, la Humanidad ha sido testigo de una proliferación alarmante de los conflictos armados, que han afectado prácticamente a todos los continentes. Durante ese tiempo, los cuatro Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos adicionales de 1977 han proporcionado protección jurídica a las personas que no participan o han dejado de participar directamente en las hostilidades (los heridos, los enfermos y los náufragos, así como a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado y la población civil). Aun así, se han cometido numerosas violaciones de esos tratados, que ocasionaron muertes y sufrimientos que se podrían haber evitado si se hubiera respetado en mayor medida el derecho internacional humanitario.

La opinión general es que las violaciones del derecho internacional humanitario no se deben a la inadecuación de sus normas, sino más bien a la escasa voluntad de respetarlas, a la falta de medios para hacerlas cumplir, a la inseguridad sobre su aplicación en algunas circunstancias y a su desconocimiento por parte de los dirigentes políticos, los jefes militares, los combatientes y el público en general.

En la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, celebrada en Ginebra en agosto y septiembre de 1993, se debatieron en particular los medios y las maneras de afrontar las violaciones del derecho internacional humanitario, pero no se propuso la aprobación de nuevas disposiciones convencionales. En cambio, en la Declaración Final, aprobada por consenso, la Conferencia reafirmó “la necesidad de

---

\* Ésta contribución se basa en el artículo “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho en los conflictos armados” del mismo autor, publicado en la *Revista Internacional de la Cruz Roja* (RICR), n.º 857, 2005, pp. 175 a 212. Las consideraciones expuestas en el presente artículo reflejan las opiniones del autor, y no necesariamente las del Comité Internacional de la Cruz Roja. El autor desea agradecer a Pierre-Olivier Marcoux sus comentarios y sugerencias.

<sup>1</sup> Jean-Marie Henckaerts es asesor jurídico en la División Jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y jefe del proyecto de la Institución sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario.

reforzar la eficacia de la aplicación del derecho internacional humanitario” y solicitó al Gobierno suizo que reuniera “un grupo intergubernamental de expertos de composición no limitada encargado de dar con los medios prácticos para promover el pleno respeto de este derecho y la aplicación de sus normas, así como de preparar un informe para los Estados y para la próxima Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”<sup>2</sup>.

Este Grupo Intergubernamental de Expertos para la Protección de las Víctimas de la Guerra se reunió en Ginebra, en enero de 1995, y adoptó una serie de recomendaciones destinadas a reforzar el respeto del derecho internacional humanitario, en particular mediante medidas preventivas para mejorar su conocimiento y hacer más eficaz su aplicación. En la Recomendación II, el Grupo Intergubernamental de Expertos propuso que:

“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”<sup>3</sup>.

En diciembre de 1995, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja refrendó esta recomendación y encargó oficialmente al CICR que preparara un informe sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales<sup>4</sup>. Casi diez años después, en 2005, tras una minuciosa investigación y numerosas consultas a expertos, se ha publicado este informe, conocido como Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario (en adelante, el “Estudio”)<sup>5</sup>.

## II. FINALIDAD DEL ESTUDIO

La finalidad del Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario era superar algunos de los problemas que plantea la aplicación del derecho internacional humanitario convencional. Este derecho, que está bien desarrollado y cubre numerosos aspectos de la guerra, brinda protección a diversas categorías de personas en tiempo de conflicto armado y limita los medios y métodos bélicos permitidos.

2 Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, Ginebra, del 30 de agosto al 1 de septiembre de 1993, Declaración Final, RICR, n.º 133, 1996, pp. 57 a 137.

3 Reunión del Grupo Intergubernamental de Expertos para la Protección de las Víctimas de la Guerra, Ginebra, del 23 al 27 de enero de 1995, Recomendación II, RICR, n.º 133, 1996. Disponible en: [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa), sección “Recursos Informativos”, subsección “Revista Internacional”.

4 XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, del 3 al 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, RICR, n.º 133, 1996. Disponible en: [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa), sección “Recursos Informativos”, subsección “Revista Internacional”.

5 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules, Volume II: Practice*, Cambridge University Press, 2005. La traducción en español del Volumen I se ha publicado como Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas*, CICR, Buenos Aires, 2007.

Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales contienen una amplia normativa para la protección de las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades. La regulación de los medios y métodos de guerra en el derecho convencional se remonta a la Declaración de San Petersburgo de 1868, a los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907 y al Protocolo de Ginebra de 1925 sobre Gases Asfixiantes. Más tarde, se desarrolló esta cuestión en la Convención de 1972 sobre Armas Biológicas, los Protocolos adicionales de 1977, la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales y sus cinco Protocolos, la Convención de 1993 sobre Armas Químicas y la Convención de Ottawa de 1997 sobre la prohibición de las minas antipersonal. Por su parte, la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado está regulada por la Convención de La Haya de 1954 y sus dos Protocolos. Por último, el Estatuto de 1998 de la Corte Penal Internacional contiene, entre otras cosas, una lista de crímenes de guerra sometidos a su jurisdicción.

Ahora bien, la aplicación de esos tratados en los conflictos armados actuales tropieza con tres graves impedimentos que explican la necesidad y la conveniencia de un estudio sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario: el hecho de que la mayoría de los tratados de derecho humanitario no se haya ratificado de manera universal, la necesidad de calificar un conflicto armado como internacional, no internacional o mixto para saber cuáles son las normas convencionales aplicables y, por último, el estado rudimentario del derecho convencional que rige los conflictos armados no internacionales.

## 1. Ratificación de los tratados

En primer lugar, los tratados se aplican solamente a los Estados que los han ratificado, lo que significa que los distintos tratados de derecho internacional humanitario se aplican a los diferentes conflictos armados según qué tratados hayan suscrito los Estados implicados. Si bien la ratificación de los cuatro Convenios de Ginebra es universal, no puede decirse lo mismo de otros instrumentos de derecho humanitario, como son sus Protocolos adicionales. A pesar de que el Protocolo adicional I ha sido ratificado por más de 160 Estados, tiene hoy una eficacia limitada, puesto que varios Estados que han estado implicados en conflictos armados internacionales no son Partes en él. Del mismo modo, aunque unos 160 Estados han ratificado el Protocolo adicional II, varios Estados en cuyo territorio se libran conflictos armados no internacionales no lo han hecho. A menudo, la única disposición del derecho humanitario convencional aplicable en este tipo de conflictos es el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Así pues, la primera finalidad del Estudio era determinar qué normas del derecho internacional humanitario forman parte del derecho internacional consuetudinario y, por ende, son aplicables a todas las partes en un conflicto, hayan ratificado o no los tratados que contienen esas normas u otras similares.

## 2. Calificación de los conflictos

En segundo lugar, varios tratados de derecho humanitario exigen que se califiquen los conflictos armados como internacionales o no internacionales para saber cuáles son las normas de derecho convencional aplicables. Con respecto a los Convenios de Ginebra, por ejemplo, la calificación determina si se aplica la totalidad de los Convenios (en caso de conflicto armado internacional) o sólo el artículo 3 común (en caso de conflicto armado no internacional). Lo mismo sucede con los Protocolos adicionales: el Protocolo I se aplica en caso de conflicto armado internacional y el Protocolo II en caso de conflicto armado no internacional. Ahora bien, en muchas situaciones, los conflictos son mixtos, es decir, son conflictos internos con un elemento internacional o al contrario. Además, cuando se desencadena un conflicto, las partes involucradas no siempre están de acuerdo en su caracterización. Por ejemplo, al inicio del conflicto en la antigua Yugoslavia, cuando Eslovenia se declaró independiente consideró que el conflicto con Yugoslavia era internacional, mientras que para Yugoslavia se trataba de un conflicto interno, ya que Eslovenia se separaba de ella. Y cuando se produjo el conflicto en Bosnia-Herzegovina, todos lo consideraban interno. Sin embargo, años más tarde, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia determinó que se trataba de un conflicto internacional. Por lo tanto, no siempre resulta fácil definir enseguida la naturaleza de un conflicto, aunque, a veces, los problemas de calificación pueden resolverse si existen normas de derecho consuetudinario idénticas para los conflictos armados internacionales y los conflictos armados no internacionales. Por ejemplo, en relación con la prohibición del saqueo, del recurso a la violencia sexual o de los ataques contra las personas civiles o los bienes de carácter civil, lo importante no es saber si el conflicto es internacional o no, ya que las normas son las mismas y esos actos están prohibidos en todos los casos. Ello simplifica también la aplicación del derecho humanitario a los conflictos mixtos, internacionales y no internacionales a la vez, ya que se aplican las mismas normas a todas las partes en los distintos conflictos.

## 3. El derecho de los conflictos armados no internacionales

En tercer lugar, el derecho humanitario convencional no regula con suficiente detalle gran parte de los conflictos armados actuales, es decir, los conflictos armados no internacionales, porque estos conflictos están sujetos a muchas menos normas convencionales que los conflictos internacionales. Sólo un número limitado de tratados son aplicables a los conflictos armados no internacionales, a saber: la Convención (enmendada) sobre Ciertas Armas Convencionales, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la Convención de Ottawa sobre la prohibición de las minas antipersonal, la Convención sobre Armas Químicas, la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales y su Protocolo II y, como acabamos de señalar, el Protocolo adicional II y el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Aunque el artículo 3 común tiene una importancia fundamental, sólo proporciona un marco rudimentario de exigencias mínimas. El Protocolo adicional II es un complemento útil del artículo 3 común, pero es menos detallado que las normas que rigen los conflictos armados internacionales contenidas en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo adicional I.

El Protocolo adicional II apenas contiene 15 artículos sustantivos, mientras que el Protocolo adicional I tiene más de 80. Aunque las meras cifras no lo dicen todo, revelan una diferencia significativa en cómo el derecho convencional regula los conflictos armados internacionales y los no internacionales, sobre todo por lo que respecta a las normas detalladas y las definiciones. Por ejemplo, por lo que respecta a la conducción de las hostilidades, el Protocolo II no incluye una definición de objetivo militar ni el principio mismo de distinción entre objetivos militares y bienes de carácter civil, como tampoco la prohibición y la definición de ataques indiscriminados, el principio de proporcionalidad en el ataque y la obligación, sumamente importante para la protección de la población civil, de tomar todas las precauciones necesarias durante los ataques y contra los efectos de éstos. Otro ejemplo es la protección de los periodistas, que no se menciona específicamente en el Protocolo II, a diferencia del Protocolo I<sup>6</sup>. En cuanto a la asistencia humanitaria, la norma que la menciona en el Protocolo II<sup>7</sup> es muy rudimentaria, sobre todo en comparación con la norma equivalente en el Protocolo I. La misma diferencia existe en los concerniente a la difusión del derecho humanitario: el Protocolo I contiene normas detalladas sobre la obligación de los Estados de divulgar esta rama del Derecho entre sus fuerzas armadas y la población civil y la de contar con asesores jurídicos en sus fuerzas armadas<sup>8</sup>. El Protocolo II solo contiene una norma muy sucinta: "El presente Protocolo deberá difundirse lo más ampliamente posible"<sup>9</sup>. Esta diferencia sorprende, ya que son muchas las normas convencionales que rigen los conflictos armados internacionales, pocos por fortuna, mientras que los conflictos armados no internacionales son frecuentes, pero las normas convencionales que los rigen son escasas. La tercera finalidad era, pues, determinar si el derecho internacional consuetudinario regula los conflictos armados no internacionales de manera más detallada que el derecho convencional y, en caso afirmativo, en qué medida.

## II. CARACTERÍSTICAS DEL ESTUDIO

### 1. Mandato internacional

Como se ha dicho, el Estudio se realizó cuando la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja de 1995 encomendó al CICR su elaboración<sup>10</sup>. Por aquel entonces, las graves violaciones del derecho humanitario cometidas en los conflictos armados de Ruanda y la antigua Yugoslavia implicaban un fracaso total de la aplicación del derecho humanitario. A pesar de la existencia de numerosas normas de derecho humanitario, se observó que, sobre el terreno, las personas civiles eran utilizadas como objetivo y atacadas indiscriminadamente, y que la comunidad internacional no disponía de los medios necesarios para poner

<sup>6</sup> V. Protocolo adicional I, art. 79.

<sup>7</sup> V. Protocolo adicional I, arts. 70 y 71; Protocolo adicional II, art. 18, párr. 2.

<sup>8</sup> V. Protocolo adicional I, arts. 82 y 83.

<sup>9</sup> V. Protocolo adicional II, art. 19.

<sup>10</sup> V. la nota 3 *supra* y el texto relativo a la misma.

fin a las violaciones y castigar a los responsables. En enero de 1995, como reacción a ese fracaso, un grupo de expertos gubernamentales, el Grupo Intergubernamental de Expertos para la Protección de las Víctimas de la Guerra, se reunió en Ginebra y elaboró varias propuestas con el fin de mejorar el respeto y la aplicación del derecho internacional humanitario. Se trataba, en particular, de crear servicios consultivos en el CICR encargados de asesorar a los Estados en relación con la aplicación a nivel nacional (promulgación de legislación sobre los crímenes de guerra, por ejemplo), publicar un modelo de manual militar y extender la divulgación del derecho humanitario entre las fuerzas armadas. Entre esas propuestas figuraba también el mandato conferido al CICR de realizar un estudio sobre las normas consuetudinarias del derecho humanitario. A fines de ese mismo año, en diciembre de 1995, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja aprobó las recomendaciones del Grupo Intergubernamental y encomendó oficialmente al CICR la realización del estudio. Por consiguiente, cabe subrayar que este estudio no es una iniciativa del CICR, sino de los Estados, ya que todos los Estados Partes en los Convenios de Ginebra participaron en la Conferencia Internacional. Por lo tanto, los Estados mismos pidieron al CICR que les ayudase a aclarar el contenido del derecho humanitario consuetudinario. De ahí que el Estudio deba considerarse como un instrumento puesto a disposición de los Estados cuando necesiten hacer referencia a las normas consuetudinarias del derecho humanitario, en particular en las situaciones descritas anteriormente, en las que pueden existir obstáculos a la aplicación del derecho convencional.

## 2. Investigaciones y consultas amplias

Para determinar la mejor manera de cumplir el encargo que le habían encomendado, el CICR consultó a un grupo de juristas expertos en derecho internacional humanitario, que formaron el Comité Directivo del estudio<sup>11</sup>. Este Comité aprobó un Plan de Acción en junio de 1996, y las investigaciones comenzaron en octubre de ese mismo año. Para llevarlas a cabo se utilizaron tanto fuentes nacionales como internacionales en las que estaba consignada la práctica de los Estados. El examen de esas fuentes se centró en las seis partes del estudio establecidas en el Plan de Acción:

- el principio de distinción;
- personas y bienes especialmente protegidos;
- métodos específicos de guerra;
- armas;
- trato debido a las personas civiles y a las personas fuera de combate, y
- aplicación.

Puesto que las fuentes nacionales son más fácilmente accesibles en el correspondiente país, se decidió solicitar la cooperación de investigadores nacionales. Para ello se seleccionaron unos 50 países (9 en África, 11 en

<sup>11</sup> El Comité Directivo estaba integrado por los profesores Georges Abi-Saab, Salah El-Din Amer, Ove Bring, Eric David, John Dugard, Florentino Feliciano, Horst Fischer, Françoise Hampson, Theodor Meron, Djamchid Momtaz, Milan Sahovic y Raúl Emilio Vinuesa.

América, 15 en Asia, 1 en Oceanía y 11 en Europa) y, en cada uno de ellos, se encargó a un investigador o grupo de investigadores que elaborara un informe sobre la práctica del Estado respectivo<sup>12</sup>. Estos países se escogieron en función de la representación geográfica, así como de recientes experiencias en diversos tipos de conflictos bélicos en los que se habían usado distintos métodos de guerra.

También se investigaron y recopilaron los manuales militares y la legislación nacional de los países no cubiertos por los informes sobre la práctica estatal. Facilitó esta tarea la red de delegaciones del CICR en todo el mundo y la amplia colección de leyes nacionales recopilada por el Servicio de Asesoramiento en derecho internacional humanitario de la Institución.

Los datos sobre la práctica de los Estados obtenidos de las fuentes internacionales los recopilaron seis equipos, cada uno de los cuales se concentró en una parte del estudio<sup>13</sup>. Estos equipos indagaron la práctica de los Estados en el marco de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales, en particular la Unión Africana (antes Organización de la Unidad Africana), el Consejo de Europa, el Consejo de Cooperación del Golfo, la Unión Europea, la Liga de los Países Árabes, la Organización de los Estados Americanos, la Organización de la Conferencia Islámica y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa. También se recopiló derecho internacional jurisprudencial, en la medida en que prueba la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario.

Para completar la investigación de las fuentes nacionales e internacionales, el CICR examinó la documentación de sus propios archivos, relativos a cerca de 40 conflictos armados recientes (21 en África, dos en América, ocho en Asia y ocho en Europa)<sup>14</sup>. Estos conflictos se escogieron, en general, de manera que ni ellos ni los países implicados hubieran sido antes objeto de un informe sobre la práctica de los Estados.

El resultado de este procedimiento ternario—investigación de las fuentes nacionales, internacionales y del CICR— es que en el Estudio se tienen en cuenta prácticas de todas las regiones del mundo. En total, el Estudio se basa en la práctica de más de 150 países. Es una investigación única que hace que las conclusiones se basen en la realidad del terreno, es decir, en la práctica de los Estados. Las conclusiones no son,

12 África: Angola, Argelia, Botsuana, Egipto, Etiopía, Nigeria, Ruanda, Sudáfrica y Zimbabue; América: Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Cuba, EE.UU., El Salvador, Nicaragua, Perú y Uruguay; Asia: China, Filipinas, India, Indonesia, Irak, Irán, Israel, Japón, Jordania, Kuwait, Líbano, Malasia, Pakistán, República de Corea y Siria; Oceanía: Australia; Europa: Alemania, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Croacia, España, Federación de Rusia, Francia, Italia, Países Bajos, Reino Unido y Yugoslavia.

13 El principio de distinción: profesor Georges Abi-Saab (relator) y Jean-François Quéguiner (investigador); Personas y bienes especialmente protegidos: profesor Horst Fischer (relator) y Gregor Schotten y Heike Spieker (investigadores); Métodos específicos de guerra: profesor Theodor Meron (relator) y Richard Desgagné (investigador); Armas: profesor Ove Bring (relator) y Gustaf Lind (investigador); Trato debido a las personas civiles o fuera de combate: Françoise Hampson (relatora) y Camille Giffard (investigadora); Aplicación: Eric David (relator) y Richard Desgagné (investigador).

14 África: Angola, Burundi, Chad, Chad-Libia, República Democrática del Congo, Eritrea-Yemen, Etiopía (1973-1994), Liberia, Mozambique, Namibia, Nigeria-Camerún, Ruanda, Sáhara Occidental; Senegal, Senegal-Mauritania, Sierra Leona, Somalia, Somalia-Etiopía, Sudán, Uganda y Yibuti; América: Guatemala y México; Asia: Afganistán, Camboya, India (Jammu y Cachemira), Papúa-Nueva Guinea, Sri Lanka, Tayikistán, Yemen y Yemen-Eritrea (también bajo África); Europa: Armenia-Azerbaiyán (Alto Karabaj), Chipre, ex Yugoslavia (conflicto en Yugoslavia 1991-1992), conflicto en Bosnia-Herzegovina (1992-1996), conflicto en Croacia (Krajina) (1992-1995), Federación de Rusia (Chechenia), Georgia (Abjasia) y Turquía.

pues, simples reflejos de lo que quisiéramos que fuese el derecho consuetudinario, sino más bien lo que la práctica nos demuestra que es derecho consuetudinario. En la primera tanda de consultas, el CICR invitó a los equipos internacionales de investigación a elaborar un “resumen analítico” con una evaluación preliminar del derecho internacional humanitario consuetudinario basada en las prácticas recopiladas. Estos resúmenes se debatieron en el Comité Directivo durante tres reuniones celebradas en Ginebra el año 1998. En el marco de una segunda tanda de consultas, esos resúmenes analíticos se remitieron a un Grupo de Expertos Universitarios y Gubernamentales de todas las zonas del mundo, invitados por el CICR, a título personal, a dos reuniones con el Comité Directivo en Ginebra, el año 1999. Durante esas reuniones, los expertos ayudaron a evaluar las prácticas recopiladas e indicaron las que consideraban que faltaban<sup>15</sup>. La evaluación del Comité Directivo, revisada por el Grupo de Expertos Universitarios y Gubernamentales, sirvió de base para redactar el informe final. Los autores del estudio reexaminaron las prácticas, evaluaron de nuevo la existencia de una costumbre, revisaron la formulación y el orden de las normas y redactaron los comentarios. Se sometieron luego estos borradores al Comité Directivo, al Grupo de Expertos Universitarios y Gubernamentales y a la División Jurídica del CICR, para que los comentaran. El texto se actualizó nuevamente y se ultimó luego, teniendo en cuenta los comentarios recibidos.

### Metodología inductiva

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia define el derecho consuetudinario como “una práctica generalmente aceptada como derecho”<sup>16</sup>. Se acepta, en general, que la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario requiere la presencia de dos elementos, a saber, la práctica estatal (*usus*) y la creencia de que esa práctica se exige, se prohíbe o se permite, según la índole de la norma, como derecho (*opinio juris sive necessitatis*). Como la Corte Internacional de Justicia afirmó en el asunto *Continental Shelf*, “es naturalmente axiomático que la materia del derecho internacional consuetudinario hay que buscarla ante todo en la práctica efectiva y en la *opinio juris* de los Estados”<sup>17</sup>. El significado exacto y el contenido de estos dos elementos han sido objeto de muchos escritos eruditos. El modo de proceder seguido en este Estudio para determinar si existe una norma de derecho internacional consuetudinario general responde a un planteamiento clásico, expuesto por la Corte Internacional de Justicia en varias causas, en particular en los asuntos *North Sea*

15 Participaron, a título personal, en esta consulta los siguientes expertos universitarios y gubernamentales: Abdallah Ad-Douri (Irak), Paul Berman (Reino Unido), Sadi Çaycı (Turquía), Michael Cowling (Sudáfrica), Edward Cummings (EE.UU.), Antonio de Icaza (México), Yoram Dinstein (Israel), Jean-Michel Favre (Francia), William Fenrick (Canadá), Dieter Fleck (Alemania), Juan Carlos Gómez Ramírez (Colombia), Jamshed A. Hamid (Pakistán), Arturo Hernández-Basave (México), Ibrahim Idriss (Etiopía), Hassan Kassem Jouni (Líbano), Kenneth Keith (Nueva Zelanda), Githu Muigai (Kenia), Rein Müllerson (Estonia), Bara Niang (Senegal), Mohamed Olwan (Jordania), Raul C. Pangalangan (Filipinas), Stelios Perrakis (Grecia), Paulo Sergio Pinheiro (Brasil), Arpád Prandler (Hungría), Pemmaraju Sreenivasa Rao (India), Camilo Reyes Rodríguez (Colombia), Itse E. Sagay (Nigeria), Harold Sandoval (Colombia), Somboon Sangianbut (Tailandia), Marat A. Sarsembayev (Kazajistán), Muhammad Aziz Shukri (Siria), Parlaungan Sihombing (Indonesia), Geoffrey James Skillen (Australia), Guoshun Sun (China), Bakhtyar Tuzmukhamedov (Rusia) y Karol Wolfke (Polonia).

16 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), art. 38 (1) (b).

17 CIJ, *Continental Shelf case (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, fallo, 3 de junio de 1985, ICJ Reports 1985, pp. 29 y 30, párr. 27.

*Continental Shelf*<sup>18</sup>. Por lo tanto, fue necesario reunir la práctica (presentada en el Volumen II del Estudio) para deducir inductivamente las conclusiones, es decir, las normas (presentadas en el Volumen I del Estudio). El Volumen I no constituye, pues, más que el tejado de un edificio mucho más grande.

### A. La práctica de los Estados

La práctica de los Estados debe contemplarse desde dos puntos de vista: en primer lugar, para determinar qué práctica contribuye a la creación de derecho internacional consuetudinario (i. selección de la práctica estatal) y, en segundo lugar, para examinar si establece una norma de ese derecho (ii. evaluación de la práctica estatal).

#### i. Selección de la práctica de los Estados

Las actuaciones de los Estados, tanto las materiales o de obra como las verbales o de palabra, contribuyen a la creación de derecho internacional consuetudinario. Las actuaciones materiales comprenden, por ejemplo, el comportamiento en el campo de batalla, el empleo de ciertas armas y el trato dispensado a distintas categorías de personas. Las actuaciones verbales incluyen los manuales militares, las leyes internas, la jurisprudencia nacional, las instrucciones a las fuerzas armadas y de seguridad, los comunicados militares durante una guerra, las notas diplomáticas de protesta, las opiniones de asesores jurídicos oficiales, los comentarios de los gobiernos sobre proyectos de tratados, las decisiones y los reglamentos ejecutivos, los alegatos ante tribunales internacionales, las declaraciones en organismos y conferencias internacionales y las tomas de posición de los gobiernos en relación con resoluciones de organizaciones internacionales. Esta lista muestra que la práctica de los organismos ejecutivos, legislativos y judiciales de un Estado puede contribuir a la creación de derecho internacional consuetudinario.

La negociación y la aprobación de resoluciones por organizaciones o por conferencias internacionales, junto con las explicaciones de los votos, son actuaciones que implican a los Estados. Se reconoce, con pocas excepciones, que las resoluciones no son normalmente vinculantes en sí mismas y, por ende, el valor que se concede a cada resolución en particular depende de su contenido, de su grado de aceptación y de la coherencia con la restante práctica del Estado<sup>19</sup>. Cuanto mayor sea el apoyo a la resolución, más importancia hay que darle.

Aunque las decisiones de los tribunales internacionales son fuentes subsidiarias de derecho internacional<sup>20</sup>, no constituyen práctica de los Estados, puesto que dichas instancias, a diferencia de los tribunales nacionales, no son órganos estatales. No obstante, sus decisiones se han incluido en el estudio, porque el fallo de un tribunal internacional en el

18 CIJ, *North Sea Continental Shelf cases*, fallo, 20 de febrero de 1969, *ICJ Reports 1969*, p. 3.

19 La CIJ resaltó la importancia de estas condiciones en el *Nuclear Weapons case*, opinión consultiva, 8 de julio de 1996, *ICJ Reports 1996*, pp. 254 y 255, párrs. 70 a 73.

20 Estatuto de la CIJ, art. 38 (1) (d).

sentido de que existe una norma de derecho internacional consuetudinario constituye una prueba convincente al respecto. Además, debido al valor jurisprudencial de sus decisiones, los tribunales internacionales pueden también contribuir a la aparición de normas de derecho internacional consuetudinario, influenciando así la práctica subsiguiente de los Estados y las organizaciones internacionales.

La práctica de los grupos armados de oposición, tales como códigos de conducta, compromisos adquiridos de observar ciertas normas del derecho internacional humanitario y otras declaraciones, no constituyen, en sí, práctica estatal. Aunque esas prácticas pueden contener pruebas de la aceptación de ciertas normas en los conflictos armados no internacionales, su significación jurídica no está clara, por lo cual no pueden considerarse como prueba de la existencia de derecho internacional consuetudinario. En la sección "Otras prácticas" del Volumen II del Estudio se cita una serie de ejemplos a este respecto.

#### ii. Evaluación de la práctica estatal

Para determinar si la práctica de los Estados es lo suficientemente "densa" como para crear una norma de derecho internacional consuetudinario, hay que analizarla<sup>21</sup>. Para establecer una norma de derecho internacional consuetudinario, la práctica estatal ha de ser prácticamente uniforme, extensa y representativa<sup>22</sup>. Pero veamos más detenidamente lo que esto significa.

El primer requisito para que la práctica de los Estados cree una norma de derecho internacional consuetudinario es que sea prácticamente uniforme. Diferentes Estados no tienen que haberse comportado de manera sustancialmente distinta. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia muestra que una práctica contraria, que a primera vista parece minar dicha uniformidad, no impide la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario, siempre que esa práctica contraria la condenen otros Estados o la rechace el propio Gobierno. Tales condenas o rechazos confirman de hecho la norma en cuestión<sup>23</sup>.

Esto es particularmente pertinente para una serie de normas de derecho internacional humanitario en las que, junto a la abrumadora evidencia de que la práctica verbal de los Estados las respalda, hay reiteradas pruebas de violaciones de esas normas. Cuando estas infracciones han ido acompañadas de excusas o justificaciones de los actores o de condenas de otros Estados, no son de tal índole que pongan en duda la existencia de la norma en cuestión. Los Estados que deseen cambiar una norma de derecho internacional consuetudinario vigente han de hacerlo mediante su práctica oficial y declarar que están actuando de derecho.

21 El término "densa" en este contexto procede de Sir Humphrey Waldock, *General Course on Public International Law*, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 106, 1962, p. 44.

22 CIJ, *North Sea Continental Shelf cases*, nota 7 supra, p. 43, párr. 74.

23 V. CIJ, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, fondo, fallo, 27 de junio de 1986, ICJ Reports 1986, p. 98, párr. 186.

El segundo requisito para que se establezca una norma de derecho internacional consuetudinario general es que la práctica estatal concernida sea extensa y representativa. No necesita, en cambio, ser universal; es suficiente una práctica "general"<sup>24</sup>. Para demostrar la existencia de una norma de derecho consuetudinario, no es, pues, necesario que cada Estado haya contribuido de manera activa a la elaboración de dicha norma. De hecho, algunos Estados están más interesados que otros en un tema concreto. Por ejemplo, para demostrar que debe respetarse la bandera blanca, no es necesario demostrar que todos los Estados disponen de manuales militares en los que se enuncia esa regla, porque habrá Estados que no tengan manuales militares o Estados que no hayan expresado nunca su posición acerca de la protección que confiere la bandera blanca. Más que una práctica universal, se trata de una práctica extendida y uniforme. No se requiere un número o porcentaje exacto de Estados. Una de las razones por las que es imposible precisar la participación requerida es que la densidad de la práctica depende del tema. La práctica concerniente a algunos temas es más extensa; esos temas se debaten más a menudo y con mayor detenimiento que otros. No existe una fórmula matemática; se trata, más bien, de reunir tanta información como sea posible sobre la práctica y comprobar si es uniforme o no. En relación con la bandera blanca, siguiendo con el mismo ejemplo, lo que se observa en las legislaciones, las declaraciones y los manuales militares es que todo apunta en el mismo sentido: la bandera blanca es un signo protector y debe respetarse. Por consiguiente, esta protección forma parte del derecho humanitario consuetudinario.

### B. *Opinio juris*

El segundo requisito para la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario, la *opinio juris*, se relaciona con la necesidad de que la práctica se lleve a cabo "de derecho". Este criterio permite distinguir entre, por un lado, las prácticas generales, como el hecho de enviar una carta de pésame cuando fallece un jefe de Estado, práctica que no constituye una norma de derecho, y, por otro lado, las prácticas que constituyen una norma de derecho, como la prohibición de la violencia sexual. El envío de cartas de pésame es, sin duda una práctica general, pero nadie la interpretará como una norma de derecho, ya que los Estados que las envían lo hacen por cortesía u otras razones. En cambio, la norma que prohíbe la violencia sexual y que figura en los manuales militares, las legislaciones nacionales, etc., es una norma de derecho y no una norma política, de cortesía, de conveniencia, de práctica militar o de otra índole.

Durante la realización del estudio, resultó muy difícil, y en gran medida un empeño teórico, separar estrictamente los elementos de la práctica y la convicción jurídica. Lo más frecuente es que la misma actuación plasme la práctica y la convicción jurídica. Como ha señalado la Asociación de Derecho Internacional, la Corte Internacional de Justicia "no ha dicho de

<sup>24</sup> ILA, Informe final del Comité para la Formación de Derecho Internacional Consuetudinario (General), Declaración de principios aplicables a la formación del derecho internacional consuetudinario general, *Report of the Sixty-Ninth Conference, Londres, 2000*, principio 14, pp. 734 (en adelante, "ILA Report").

manera explícita que, porque hay (presuntamente) distintos elementos en el derecho consuetudinario, el mismo comportamiento no puede manifestar ambas cosas. De hecho es a menudo difícil, si no imposible, desenredar los dos elementos<sup>25</sup>. Eso es, en particular, así porque las actuaciones verbales se consideran como práctica de los Estados, que suelen reflejar, al mismo tiempo, la convicción jurídica del Estado concernido.

Cuando hay una práctica suficientemente densa, ésta contiene en general una *opinio juris*, por lo cual no suele ser necesario demostrar separadamente su existencia. En cambio, cuando la práctica es ambigua, la *opinio juris* desempeña, en todo caso, un importante papel a la hora de decidir si ha de tenerse o no en cuenta para la formación de la costumbre. Así ocurre a menudo con las omisiones, cuando los Estados se abstienen de actuar o reaccionar, sin que esté claro por qué. Es en tales casos en los que tanto la Corte Internacional de Justicia como su predecesor, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, han intentado establecer separadamente la existencia de una *opinio juris*, a fin de determinar si esa práctica ambigua debía tenerse efectivamente en cuenta para tipificar normas de derecho internacional consuetudinario<sup>26</sup>.

En el ámbito del derecho internacional humanitario, en el que muchas normas requieren abstenerse de ciertos comportamientos, las omisiones plantean un problema particular en la tarea de determinar la *opinio juris*, ya que ha de probarse que la abstención no es una coincidencia, sino que está basada en una expectativa legítima. Cuando esa exigencia de abstenerse se indica en instrumentos internacionales y en declaraciones oficiales, generalmente puede probarse la existencia de un requisito legal de abstenerse del comportamiento en cuestión. Además, tales abstenciones pueden también producirse después de que ese comportamiento haya provocado cierta controversia, lo que contribuye asimismo a probar que la abstención no era una coincidencia, aunque no siempre sea fácil concluir que se ha producido por el sentido del deber legal.

### C. Influencia del derecho convencional

Los tratados también son pertinentes en la determinación de la existencia del derecho internacional consuetudinario, porque ayudan a evaluar qué opinan los Estados de ciertas normas del derecho internacional. Por eso, se han incluido en el Estudio la ratificación, la interpretación y la aplicación de los tratados, así como las reservas y las declaraciones de interpretación efectuadas antes de ratificarlos. En las causas de la *North Sea Continental Shelf*, la Corte Internacional de Justicia señaló claramente

25 Ibid., p. 718, párr. 10 (c). Para un análisis más a fondo de esta cuestión, v. Peter Hagggenmacher, "La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale", *Revue générale de droit international public*, vol. 90, 1986, p. 5.

26 V. v. g. el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, *Lotus case (France v. Turkey)*, fallo, 7 de septiembre de 1927, PCIJ Ser. A., n.º 10, p. 28 (el Tribunal concluyó que los Estados no se habían abstenido de enjuiciar los comportamientos ilícitos cometidos a bordo de los navíos porque creían que les estaba prohibido hacerlo); CIJ, *North Sea Continental Shelf cases*, v. la nota 7 supra, pp. 43 y 44, párrs. 76 y 77 (la Corte estimó que los Estados que habían delimitado su plataforma continental basándose en el principio de equidistancia no lo habían hecho porque se creyeran obligados a hacerlo); *ILA Report*, nota 23 supra, principio 17 (iv) y comentario.

que el grado de ratificación de un tratado es importante para evaluar el derecho consuetudinario. En ese caso, la Corte declaró que “el número de ratificaciones y adhesiones alcanzado hasta ahora [39], aunque sea respetable, apenas es suficiente”, especialmente en un contexto en el que la práctica no sujeta al tratado es contradictoria<sup>27</sup>. Y a la inversa, en el asunto Nicaragua, la Corte, al evaluar el estatuto consuetudinario de la norma de no intervención, otorgó mucha importancia al hecho de que casi todos los países habían ratificado la Carta de las Naciones Unidas<sup>28</sup>. Puede incluso darse el caso de que una disposición convencional refleje el derecho consuetudinario, aunque el tratado aún no esté en vigor, con tal de que haya una práctica similar suficiente, en particular de los Estados especialmente afectados, de manera que la probabilidad de que haya una oposición significativa a la norma en cuestión sea escasa<sup>29</sup>.

En la práctica, la redacción de normas convencionales contribuye a formular la opinión jurídica mundial y tiene una influencia innegable en el ulterior comportamiento y en la convicción jurídica de los Estados. Esta realidad la reconoció la Corte Internacional de Justicia en el fallo de la causa *Continental Shelf*, en el que afirmó que “los convenios multilaterales pueden desempeñar un importante papel en la tarea de registrar y definir las normas que se derivan de la costumbre, o de desarrollarlas de hecho”<sup>30</sup>. La Corte reconoció, pues, que los tratados pueden codificar un derecho internacional consuetudinario preexistente, pero que también pueden sentar las bases para el desarrollo de nuevas costumbres fundadas en las normas contenidas en esos tratados. La Corte llegó a afirmar incluso que “puede ocurrir que (...) una participación muy amplia y representativa en [un] convenio sea suficiente por sí misma, siempre que incluya a los Estados cuyos intereses estén especialmente afectados”<sup>31</sup>.

En este Estudio, se sigue el cauto proceder de tomar una amplia ratificación sólo como una indicación, que ha de evaluarse respecto de otros elementos de la práctica, en particular de la práctica de los Estados que no son Parte en el tratado en cuestión. Una práctica concordante de los Estados que no son Partes se ha considerado como una importante prueba positiva, mientras que una práctica contraria se ha estimado como una importante prueba negativa. Especialmente pertinente es asimismo la práctica de los Estados Partes en relación con otros Estados que no son Partes en el tratado.

Así pues, este Estudio no se ha circunscrito a la práctica de los Estados que no son Partes en los tratados pertinentes de derecho internacional humanitario. Limitarlo a analizar únicamente la práctica de los treinta Estados y pico que

27 CIJ, *North Sea Continental Shelf cases*, v. la nota 17 supra, p. 43, párr. 73.

28 CIJ, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, v. la nota 22 supra, pp. 99 y 100, párr. 188. Otro importante factor para que la Corte tomara esta decisión fue que las resoluciones pertinentes de la Asamblea General de la ONU habían sido ampliamente aprobadas, en particular la Resolución 2625 (XXV) sobre las relaciones amistosas entre los Estados, que se aprobó sin votación.

29 CIJ, *Continental Shelf case*, v. la nota 16 supra, p. 33, párr. 34. (La Corte consideró que la noción de zona económica exclusiva ya era parte del derecho internacional consuetudinario, aunque la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar aún no había entrado en vigor, porque el número de reivindicaciones de una zona económica exclusiva se había elevado a 56, incluidos algunos Estados especialmente afectados.)

30 CIJ, *Continental Shelf case*, v. la nota 16 supra, pp. 29 y 30, párr. 27.

31 CIJ, *North Sea Continental Shelf cases*, v. la nota 17 supra, p. 42, párr. 73; v. también *ILA Report*, v. la nota 23 supra, principios 20, 21, 24, 26 y 27, pp. 754 a 765.

no han ratificado los Protocolos adicionales, por ejemplo, no cumpliría el requisito de que el derecho internacional consuetudinario se base en una práctica difundida y representativa. En la evaluación de la existencia de derecho internacional consuetudinario se ha tenido en cuenta, por tanto, el hecho de que, cuando se publicó el estudio, 162 Estados habían ratificado el Protocolo adicional I y 157 el Protocolo adicional II.

Cabe destacar que, en este Estudio, no se ha intentado determinar la índole consuetudinaria de cada norma convencional de derecho internacional humanitario y, en consecuencia, no se ha seguido necesariamente la estructura de los tratados existentes. Se ha procurado más bien examinar las cuestiones con el fin de establecer qué normas de derecho internacional consuetudinario pueden hallarse por inducción, basándose en la práctica de los Estados en relación con esos temas. Puesto que el proceder elegido no consistió en analizar cada disposición convencional con miras a establecer si es o no consuetudinaria, no puede concluirse que una determinada norma convencional no es consuetudinaria por el mero hecho de que no figura como tal en este Estudio.

### III. RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

Se considera que la amplia mayoría de las disposiciones que figuran en los Convenios de Ginebra, incluido el artículo 3 común, forma parte del derecho internacional consuetudinario<sup>32</sup>. Por otro lado, dado que actualmente 192 Estados son Partes en los Convenios de Ginebra, éstos son vinculantes para casi todos los Estados como derecho convencional. Por consiguiente, el objeto propiamente dicho del Estudio no era la índole consuetudinaria de las disposiciones de los Convenios, sino más bien el examen de ciertas cuestiones reguladas por tratados que aún no han sido ratificados universalmente, en particular los Protocolos adicionales, la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales y algunas convenciones específicas que regulan el empleo de las armas.

En la descripción que se hace más adelante de las normas del derecho internacional consuetudinario no se trata de explicar por qué esas normas son consuetudinarias, ni tampoco de exponer la práctica en la que se basa esa conclusión. La explicación de por qué una norma se considera consuetudinaria se detalla en el Volumen I del Estudio, mientras que la práctica correspondiente se reseña en el Volumen II.

#### 1. Conflictos armados internacionales

El Protocolo adicional I codificó normas preexistentes del derecho internacional consuetudinario, pero también sentó las bases para la creación de nuevas normas consuetudinarias. La práctica recopilada en el Estudio demuestra el profundo efecto que ha tenido el Protocolo adicional I

<sup>32</sup> CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, v. la nota 18 supra, pp. 257 y 258, párrs. 79 y 82 (a la luz de los Convenios de Ginebra) y *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, v. la nota 22 supra, p. 114, párr. 218 (a la luz del art. 3 común).

en la práctica de los Estados, no sólo en conflictos armados internacionales, sino también en los no internacionales (véase más adelante). El Estudio ha evidenciado, en particular, que los principios básicos del Protocolo adicional I han sido ampliamente aceptados, más ampliamente de lo que hace suponer el número de ratificaciones de ese instrumento.

Aunque el estudio no tenía por objeto determinar la índole consuetudinaria de algunas disposiciones convencionales en particular, se evidenció, a su término, que muchas normas consuetudinarias son idénticas o similares a las que figuran en el derecho convencional. Ejemplos de normas catalogadas como consuetudinarias que tienen disposiciones correspondientes en el Protocolo adicional I son: el principio de distinción entre civiles y combatientes y entre bienes de carácter civil y objetivos militares<sup>33</sup>; la prohibición de los ataques indiscriminados<sup>34</sup>; el principio de proporcionalidad en el ataque<sup>35</sup>; la obligación de tomar las precauciones que sean factibles en el ataque y contra los efectos de los ataques<sup>36</sup>; la obligación de respetar y proteger al personal sanitario y religioso, las unidades y los medios de transporte sanitarios<sup>37</sup>, al personal y los bienes de las organizaciones de ayuda humanitaria<sup>38</sup> y a los periodistas civiles<sup>39</sup>, la obligación de proteger a la misión médica<sup>40</sup>; la prohibición de atacar localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas<sup>41</sup>; la obligación de dar cuartel y salvaguardar al enemigo fuera de combate<sup>42</sup>; la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra<sup>43</sup>; la prohibición de atacar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil<sup>44</sup>; la prohibición del uso inapropiado de los emblemas y de la perfidia<sup>45</sup>; la obligación de respetar las garantías fundamentales de las personas civiles y fuera de combate<sup>46</sup>; la obligación de buscar a las personas desaparecidas<sup>47</sup>; y las protecciones específicas conferidas a las mujeres y los niños<sup>48</sup>.

## 2. Conflictos armados no internacionales

En los últimos decenios, una parte considerable de la práctica ha insistido en la protección que brinda el derecho internacional humanitario en este tipo de conflictos. Esa práctica ha tenido una influencia significativa en la formación de derecho consuetudinario aplicable en los conflictos armados no internacionales. Al igual que el Protocolo adicional I, el Protocolo adicional II ha tenido amplias repercusiones en esta práctica y, en consecuencia, muchas de sus disposiciones se consideran ahora como parte

33 V. El derecho internacional consuetudinario, Volumen I: Normas, nota 4 supra, normas 1 y 7.

34 V. *ibíd.*, normas 11 a 13.

35 V. *ibíd.*, norma 14.

36 V. *ibíd.*, normas 15 a 24.

37 V. *ibíd.*, normas 25 y 27 a 30.

38 V. *ibíd.*, normas 31 y 32.

39 V. *ibíd.*, norma 34.

40 V. *ibíd.*, norma 26.

41 V. *ibíd.*, normas 36 y 37.

42 V. *ibíd.*, normas 46 a 48.

43 V. *ibíd.*, norma 53.

44 V. *ibíd.*, norma 54.

45 V. *ibíd.*, normas 57 a 65.

46 V. *ibíd.*, normas 87 a 105.

47 V. *ibíd.*, norma 117.

48 V. *ibíd.*, normas 134 a 137.

del derecho internacional consuetudinario. Ejemplos de normas que se consideran consuetudinarias y que tienen disposiciones correspondientes en el Protocolo adicional II son: la prohibición de los ataques contra la población civil<sup>49</sup>; la obligación de respetar y proteger al personal sanitario y religioso, las unidades y los medios de transporte sanitarios<sup>50</sup>; la obligación de proteger a la misión médica<sup>51</sup>; la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra<sup>52</sup>; la prohibición de los ataques contra los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil<sup>53</sup>; la obligación de respetar las garantías fundamentales de las personas civiles y fuera de combate<sup>54</sup>; la obligación de buscar, respetar y proteger a los heridos, los enfermos y los náufragos<sup>55</sup>; la obligación de buscar y proteger a las personas fallecidas<sup>56</sup>; la obligación de proteger a las personas privadas de libertad<sup>57</sup>; la prohibición de los desplazamientos forzados de la población civil<sup>58</sup>; y las protecciones específicas conferidas a las mujeres y los niños<sup>59</sup>.

Sin embargo, la contribución más significativa del derecho internacional consuetudinario a la regulación de los conflictos armados internos es que va más allá de las disposiciones del Protocolo adicional II. En efecto, la práctica ha creado un número considerable de normas consuetudinarias que son más detalladas que las a menudo rudimentarias disposiciones del Protocolo adicional II y, por consiguiente, ha llenado importantes lagunas en la regulación de los conflictos internos.

Por ejemplo, el Protocolo adicional II sólo regula de manera rudimentaria la conducción de las hostilidades. El artículo 13 dispone que “[n]o 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”. A diferencia del Protocolo adicional I, el Protocolo adicional II no contiene normas y definiciones específicas sobre los principios de distinción y de proporcionalidad.

Sin embargo, las lagunas en la regulación de la conducción de las hostilidades que establece el Protocolo adicional II las ha colmado, en gran medida, la práctica de los Estados, que ha dado lugar a la creación de normas paralelas a las del Protocolo adicional I pero que son aplicables, como derecho consuetudinario, a los conflictos armados no internacionales. Esta preceptiva abarca los principios fundamentales referentes a la conducción de las hostilidades e incluye normas sobre personas y bienes expresamente protegidos y métodos bélicos específicos<sup>60</sup>.

49 V. *ibíd.*, norma 1.

50 V. *ibíd.*, normas 25 y 27 a 30.

51 V. *ibíd.*, norma 26.

52 V. *ibíd.*, norma 53.

53 V. *ibíd.*, norma 54.

54 V. *ibíd.*, normas 87 a 105.

55 V. *ibíd.*, normas 109 a 111.

56 V. *ibíd.*, normas 112 y 113.

57 V. *ibíd.*, normas 118, 119, 121 y 125

58 V. *ibíd.*, norma 129.

59 V. *ibíd.*, normas 134 a 137.

60 V. v. g. *ibíd.*, normas 7 a 10 (distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares), normas 11 a 13 (ataques indiscriminados), norma 14 (proporcionalidad en el ataque), normas 15 a 21 (precauciones en el

Análogamente, el Protocolo adicional II sólo contiene una disposición muy general sobre la ayuda humanitaria a la población civil necesitada. En el artículo 18 (2), se estipula que “[c]uando la población civil esté padeciendo privaciones extremadas por la falta de abastecimientos indispensables para su supervivencia (...), se emprenderán (...) acciones de socorro en favor de la población civil, de carácter exclusivamente humanitario e imparcial y realizadas sin distinción alguna de carácter desfavorable”. A diferencia del Protocolo adicional I, el Protocolo adicional II no contiene disposiciones específicas que exijan que se respete y proteja al personal y los bienes de las organizaciones que prestan ayuda humanitaria, que obliguen a las partes en conflicto a permitir y facilitar el paso rápido y sin trabas del socorro humanitario en favor de la población civil necesitada y que garanticen la libertad de movimiento del personal humanitario autorizado, aunque puede argüirse que tales exigencias están implícitas en el artículo 18 (2) del Protocolo. Estos requisitos han cristalizado, de todos modos, en el derecho internacional consuetudinario aplicable tanto a los conflictos armados internacionales como a los no internacionales como resultado de una práctica extensa, representativa y poco menos que uniforme al respecto.

En este sentido, cabe señalar que mientras los Protocolos adicionales I y II exigen el consentimiento de las partes en conflicto para que se lleven a cabo las acciones de socorro<sup>61</sup>, en la mayor parte de la práctica recopilada no se menciona este requisito. De todos modos, es evidente que una organización humanitaria no puede actuar sin el consentimiento de las partes concernidas, el cual, por otro lado, no puede denegarse arbitrariamente. Si se sabe que se está haciendo padecer hambre a una población civil y que una organización humanitaria que presta socorro de manera imparcial y no discriminatoria puede remediar esa situación, las partes están obligadas a dar su consentimiento<sup>62</sup>. Si bien es cierto que el consentimiento no puede denegarse por razones arbitrarias, la práctica reconoce que la parte concernida puede controlar la acción de socorro y que el personal humanitario debe respetar la legislación nacional en vigor sobre el acceso al territorio y los requisitos de seguridad.

### 3. Cuestiones que deben aclararse

El Estudio también reveló numerosos ámbitos en que la práctica aún no está clara. Por ejemplo, si bien los términos “combatientes” y “personas civiles” están claramente definidos en los conflictos armados internacionales<sup>63</sup>, en los conflictos no internacionales la práctica es ambigua en lo que respecta

ataque), normas 22 a 24 (precauciones contra los efectos de los ataques), normas 31 y 32 (personal y bienes de organizaciones de ayuda humanitaria), norma 34 (periodistas civiles), normas 35 a 37 (zonas protegidas), normas 46 a 48 (no dar cuartel), normas 55 y 56 (acceso de la ayuda humanitaria) y normas 57 a 65 (engaño).

61 V. Protocolo adicional I, artículo 70 (1) y Protocolo adicional II, artículo 18 (2).

62 V. Sylvie-Stoyanka Junod et al., Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), CICR - Plaza & Janés Editores, Santa Fe de Bogotá, 1998, párr. 4885; v. también párr. 2805 en Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), CICR - Plaza & Janés Editores, Santa Fe de Bogotá, 2001.

63 V. El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas, nota 4 supra, norma 3 (combatientes), norma 4 (fuerzas armadas) y norma 5 (personas civiles).

a si, para los efectos de la conducción de las hostilidades, los miembros de los grupos armados de oposición se consideran miembros de las fuerzas armadas o personas civiles. En particular, no está claro si los miembros de grupos armados de oposición son civiles que pierden su protección contra los ataques cuando participan directamente en las hostilidades o si pueden ser atacados como tales. Esta falta de claridad también se halla en el derecho convencional. El Protocolo adicional II, por ejemplo, no contiene una definición de personas civiles o de población civil, aunque estos términos se utilizan en varias disposiciones<sup>64</sup>. En tratados posteriores, aplicables en conflictos armados no internacionales, también se emplean los términos de “personas civiles” y “población civil” sin definirlos<sup>65</sup>.

Otro aspecto de incertidumbre que afecta la regulación de los conflictos armados, tanto internacionales como no internacionales, es la ausencia de una definición precisa de la expresión “participación directa en las hostilidades”. Es indiscutible que la protección contra los ataques se pierde cuando una persona civil emplea armas y otros medios para cometer actos de violencia contra las fuerzas humanas o materiales del enemigo. Pero también existe una práctica considerable que da escasa o ninguna orientación sobre la interpretación de la expresión “participación directa”, al establecer, por ejemplo, que debe hacerse una evaluación caso por caso, o al repetir simplemente la norma general de que la participación directa en las hostilidades hace que las personas civiles pierdan la protección contra los ataques. Una cuestión asociada a ésta es la de cómo calificar a una persona en caso de duda. Habida cuenta de estas incertidumbres, el CICR está procurando aclarar la noción de participación directa por medio de una serie de reuniones de expertos, que comenzaron en 2003<sup>66</sup>.

Otra cuestión aún pendiente es el alcance exacto y el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad en el ataque. A pesar de que el Estudio demostró que este principio cuenta con un respaldo generalizado, no aclara más que lo hace el derecho convencional acerca de cómo hacer compatible la ventaja militar y las pérdidas civiles incidentales.

#### **4. Cuestiones seleccionadas sobre la conducción de las hostilidades**

Los Protocolos adicionales I y II introdujeron una nueva norma de prohibición de los ataques contra las obras y las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de dichas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes entre la población civil<sup>67</sup>. A pesar de que no queda claro si esas normas específicas forman parte del derecho consuetudinario, la práctica muestra que los Estados son conscientes del alto riesgo de los graves

64 Protocolo adicional II, arts. 13 a 15, 17 y 18.

65 V. v. g. el Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, arts. 3 (7) – (11); Protocolo III de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, art. 2; Convención de Ottawa sobre la prohibición de las minas antipersonal, preámbulo; Estatuto de la CPI, art. 8 (2) (e), (iii) y (viii).

66 V. v. g. Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario, informe preparado por el CICR, Ginebra, septiembre de 2003, disponible en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa).

67 Protocolo adicional I, art. 56 (1) (seguido, sin embargo, por excepciones en el apdo. (2)) y Protocolo adicional II, art. 15 (sin excepciones).

estragos incidentales que pueden causar los ataques contra esas obras e instalaciones cuando son objetivos militares. Por consiguiente, reconocen que, en cualquier conflicto armado, se ha de poner mucho cuidado, en caso de ataque, para evitar la liberación de fuerzas peligrosas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes entre la población civil. El estudio llega a la conclusión de que este requisito forma parte del derecho internacional consuetudinario aplicable en cualquier conflicto armado.

Otra norma introducida en el Protocolo adicional I es la prohibición de emplear medios y métodos bélicos que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. Desde la adopción del Protocolo adicional I, esta prohibición ha recibido tanto apoyo en la práctica de los Estados que ha cristalizado en derecho consuetudinario, aunque algunos Estados han sostenido, con insistencia, que la norma no se aplica a las armas nucleares y que, por ende, puede no ser vinculante por lo que respecta a las armas nucleares<sup>68</sup>. Más allá de esta norma específica, el Estudio halló que el medio ambiente natural se considera un bien civil y, como tal, está protegido por los mismos principios y normas que protegen a otros bienes de carácter civil, en particular por los principios de distinción y proporcionalidad y por el requisito de tomar precauciones en el ataque. Esto significa que ningún elemento del medio ambiente natural puede ser objeto de ataque, a menos que sea un objetivo militar, y que están prohibidos los ataques contra un objetivo militar de los que se pueda prever que causen daños incidentales al medio ambiente que sean excesivos en relación con la ventaja militar directa prevista. En su opinión consultiva sobre el *Nuclear Weapons case*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia afirmó que “los Estados deben tomar en consideración las cuestiones ambientales cuando evalúen qué es necesario y proporcional en la búsqueda de objetivos militares legítimos”<sup>69</sup>. Además, se exige que las partes en conflicto tomen todas las precauciones que sean factibles en la conducción de las hostilidades a fin de evitar o reducir a un mínimo los daños incidentales al medio ambiente. La falta de certeza científica acerca de los efectos que puedan tener en el medio ambiente algunas operaciones militares no exime a una parte en conflicto de tomar esas precauciones<sup>70</sup>.

Hay asimismo otras cuestiones que no están tratadas debidamente en los Protocolos adicionales. Por ejemplo, los Protocolos adicionales no contienen disposición específica alguna sobre la protección del personal y los bienes empleados en las misiones de mantenimiento de la paz. Sin embargo, en la práctica, ese personal y esos bienes han recibido la misma protección contra los ataques que las personas civiles y los bienes de carácter civil, respectivamente. En consecuencia, se ha incluido en la práctica de los Estados y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional una norma que prohíbe los ataques contra el personal y los bienes de las misiones de mantenimiento de la paz de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a recibir la protección que el derecho

68 V. El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas, nota 4 supra, norma 45.

69 CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, v. la nota 8 supra, párr. 30.

70 V. El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas, nota 4 supra, norma 44.

internacional humanitario confiere a las personas civiles y los bienes de carácter civil. Esa norma forma ahora parte del derecho internacional consuetudinario aplicable en cualquier tipo de conflicto armado<sup>71</sup>.

Numerosas cuestiones relacionadas con la conducción de las hostilidades están reguladas por el Reglamento de La Haya. Si desde hace mucho tiempo se considera este reglamento como consuetudinario en los conflictos armados internacionales<sup>72</sup>, ahora también se aceptan algunas de sus normas como consuetudinarias en los conflictos armados no internacionales. Por ejemplo, las antiguas normas de derecho internacional consuetudinario que prohíben (1) la destrucción o la apropiación de los bienes del enemigo, a menos que lo exija la necesidad militar, así como (2) el pillaje, se aplican también a los conflictos armados no internacionales. Se entiende por pillaje la apropiación forzosa de bienes privados del enemigo para un uso personal o privado<sup>73</sup>. Ninguna de estas dos prohibiciones afecta a la práctica consuetudinaria de adueñarse, como botín de guerra, del material militar perteneciente al adversario.

Según el derecho internacional consuetudinario, los jefes militares pueden entrar en tratos no hostiles valiéndose de cualquier medio de comunicación, pero ese contacto debe basarse en la buena fe. La práctica indica que la comunicación puede realizarse por intermediarios conocidos como parlamentarios, pero también por otros medios, como el teléfono o la radio. Un parlamentario es una persona perteneciente a una parte en conflicto que ha sido autorizada a entablar conversaciones con otra parte en conflicto y que goza, por ello, de inviolabilidad. Se ha concluido que sigue siendo válido el método tradicional para que un parlamentario se dé a conocer como tal, a saber, avanzar enarbolando una bandera blanca. Además, otra práctica reconocida es que las partes recurran a una tercera parte para que facilite la comunicación, por ejemplo, una potencia protectora o una organización humanitaria imparcial y neutral que actúe como sustituto, en particular el CICR, pero también una organización internacional o una fuerza de mantenimiento de la paz. La práctica recopilada muestra que varias instituciones y organizaciones han actuado como intermediarios de negociaciones en conflictos armados internacionales y no internacionales, y que esa mediación es generalmente aceptada. Las normas que rigen el papel de los parlamentarios se remontan al Reglamento de La Haya y están consideradas desde hace mucho tiempo como consuetudinarias en los conflictos armados internacionales. Habida cuenta de la práctica de los últimos cincuenta años aproximadamente, se han convertido en consuetudinarias también en los conflictos armados no internacionales<sup>74</sup>.

La práctica pone de manifiesto dos corrientes en el derecho que protege los bienes culturales. Una primera corriente se remonta al Reglamento de La Haya y exige que, en las operaciones militares, se ponga especial cuidado en

71 V. *ibid.*, norma 33.

72 Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, *Case of the Major War Criminals*, fallo, 1 de octubre de 1946, Official Documents, vol. I, pp. 253 y 254.

73 V. Elementos de los crímenes, Corte Penal Internacional, Crímenes de guerra: saquear (art. 8 (2) (b) (xvi) y (e) (v) del Estatuto de la CPI).

74 V. El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas, nota 4 supra, normas 67 a 69.

evitar dañar los edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias, la educación o la beneficencia, así como los monumentos históricos, siempre que no sean objetivos militares. También prohíbe destruir, tomar o dañar intencionadamente esos edificios y monumentos. Estas normas, que se consideraban consuetudinarias en conflictos armados internacionales desde hacía mucho tiempo, también se aceptan ahora como tales en los conflictos armados no internacionales.

Una segunda corriente se basa en las disposiciones específicas de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales, que protege el patrimonio cultural que “presenta una gran importancia para todos los pueblos del mundo” e introduce el empleo de un signo distintivo específico para identificar esos bienes. El derecho consuetudinario exige hoy que no se ataque ni se utilicen esos bienes para fines que puedan exponerlos a la destrucción o el deterioro, a no ser que lo exija imperativamente la necesidad militar. Prohíbe asimismo toda forma de robo, pillaje o apropiación indebida de esos bienes, así como cualquier acto de vandalismo en su contra. Estas prohibiciones, que corresponden a disposiciones establecidas en la Convención de La Haya, demuestran la influencia que la Convención ha tenido en la práctica de los Estados relativa a la protección de bienes culturales importantes.

## 5. Armas

Se llegó a la conclusión, en el Estudio, de que los principios generales por los que se prohíbe el empleo de armas que causan males superfluos o sufrimientos innecesarios, así como de armas de efectos indiscriminados, son consuetudinarios en todo conflicto armado. Además, y basándose principalmente en estos principios, la práctica de los Estados ha prohibido el empleo (o ciertos tipos de empleos), en virtud del derecho internacional consuetudinario, de diversas de armas específicas, a saber: las toxinas o armas tóxicas; las armas biológicas; las armas químicas, las sustancias antidisturbios como método de guerra; los herbicidas como método de guerra<sup>75</sup>; las balas que se ensanchan o se aplastan fácilmente en el cuerpo humano; las balas que explotan en el cuerpo humano; las balas cuyo efecto principal sea lesionar mediante fragmentos no localizables por rayos X en el cuerpo humano; las armas trampa vinculadas o asociadas de algún modo a objetos o personas especialmente protegidos por el derecho internacional humanitario o que pueden atraer a las personas civiles; y las armas láser específicamente concebidas, como única o una más de sus funciones de combate, para causar ceguera permanente a la vista no amplificada.

<sup>75</sup> Esta norma contiene una referencia a otras normas de derecho internacional consuetudinario, en particular a la prohibición del empleo de armas biológicas y químicas; la prohibición de los ataques contra la vegetación que no sea un objetivo militar; la prohibición de los ataques que podrían causar la muerte incidental de personas civiles, lesiones a personas civiles y daños a bienes de carácter civil, o una combinación de estos, cuando sea de prever que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista; y la prohibición de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. V. *ibíd.*, norma 76.

Algunas armas que no están prohibidas como tales por el derecho consuetudinario están, de todos modos, sujetas a restricciones, como son las minas antipersonal y las armas incendiarias.

Deben realizarse especiales esfuerzos para reducir al mínimo los efectos indiscriminados de las minas antipersonal. Esto incluye, por ejemplo, el principio de que una parte en conflicto que emplea minas antipersonal debe registrar su ubicación, en la medida de lo posible. Además, cuando cesen las hostilidades activas, una parte en conflicto que haya empleado minas antipersonal debe retirarlas, hacerlas inofensivas para la población civil o facilitar su remoción.

Dado que la Convención de Ottawa ha sido ratificada por más de 150 Estados, y otros están en camino de hacerlo, la mayor parte de los Estados se ha obligado por ese instrumento a no emplear, producir, almacenar ni transferir minas antipersonal. A pesar de que está prohibición no forma actualmente parte del derecho internacional consuetudinario debido a una práctica contraria significativa de Estados que no son Partes en la Convención, casi todos los Estados, incluidos los que no son Partes en la Convención de Ottawa y no están en favor de la prohibición inmediata de las minas terrestres, han reconocido la necesidad de esforzarse por la plena eliminación de esas armas.

El empleo antipersonal de armas incendiarias está prohibido, salvo si no es factible emplear un arma menos dañina para poner a una persona fuera de combate. Por otra parte, si se emplean, hay que procurar evitar, o reducir en todo caso al mínimo, la muerte incidental de personas civiles, las lesiones a personas civiles y los daños a bienes de carácter civil.

La mayor parte de estas normas corresponden a disposiciones convencionales que sólo son aplicables, en principio, en conflictos armados internacionales. Esa tendencia se ha invertido paulatinamente gracias, por ejemplo, a la enmienda aprobada en 1996 del Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, que también se aplica ahora a los conflictos armados no internacionales y, más recientemente, a la enmienda aprobada en 2001 de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, a fin de ampliar el ámbito de aplicación de todos sus Protocolos a los conflictos armados no internacionales. Las prohibiciones y restricciones consuetudinarias antes mencionadas se aplican, pues, en todo conflicto armado.

Cuando se encomendó al CICR la realización de un estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, la Corte Internacional de Justicia estaba examinando la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, en respuesta a una solicitud de una opinión consultiva al respecto que le había dirigido la Asamblea General de la ONU. El CICR decidió entonces no efectuar su propio análisis de esta cuestión. En su opinión consultiva, la Corte Internacional de Justicia sostuvo unánimemente que "una amenaza o el empleo de armas nucleares también debería ser compatible con las exigencias del derecho internacional aplicable en los

conflictos armados, particularmente las de los principios y las normas del derecho internacional humanitario<sup>76</sup>. Esta decisión es significativa, puesto que varios Estados iniciaron la negociación del Protocolo adicional I a condición de que el Protocolo no se aplicara al empleo de armas nucleares. La opinión de la Corte, sin embargo, significa que las normas sobre la conducción de las hostilidades y los principios generales sobre el uso de las armas se aplican al empleo de armas nucleares. En virtud de esos principios y normas, la Corte concluyó que “la amenaza o el uso de armas nucleares sería, en general, contrario a las normas del derecho internacional aplicable en los conflictos armados y, en particular, a los principios y las normas del derecho humanitario”<sup>77</sup>.

## 6. Garantías fundamentales

Las garantías fundamentales se aplican a todos los civiles en poder de una parte en conflicto que no participan o han dejado de participar activamente en las hostilidades, así como a todas las personas fuera de combate. Dado que las garantías fundamentales son normas primordiales que se aplican a todas las personas, en el Estudio no se subdividieron en normas específicas según diferentes categorías de personas.

Todas estas garantías fundamentales tienen una base sólida en el derecho internacional humanitario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. En el Estudio, la mayor parte de las normas relativas a las garantías fundamentales están redactadas en el lenguaje del derecho humanitario tradicional, porque éste expresa mejor la sustancia de la norma consuetudinaria correspondiente<sup>78</sup>. Sin embargo, algunas normas se han enunciado de modo que plasmen la esencia de una serie de disposiciones detalladas relativas a un tema determinado, en particular las normas que prohíben los trabajos forzados abusivos y no remunerados, las desapariciones forzadas y las detenciones arbitrarias, así como la norma que exige que se respete la vida familiar<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, v. la nota 8 supra, p. 226.

<sup>77</sup> *Ibid.*; v. también Asamblea General de la ONU, quincuagésimo primer período de sesiones, Primera Comisión, Declaración del Comité Internacional de la Cruz Roja, UN Doc. A/C. 1/51/PV.8, 18 de octubre de 1996, p. 10, reproducida en RICR, n.º 139, pp. 125 y 126, disponible en [www.cicr.org/spa](http://www.cicr.org/spa) (“es difícil para el CICR plantearse cómo un empleo de armas nucleares podría avenirse con las normas del derecho internacional humanitario”).

<sup>78</sup> Esas normas incluyen las garantías fundamentales de que las personas civiles y las personas fuera de combate sean tratadas con humanidad y sin distinción de índole desfavorable; la prohibición del homicidio; la prohibición de la tortura, los tratos crueles e inhumanos y los atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes; la prohibición de los castigos corporales; la prohibición de las mutilaciones, de los experimentos médicos o científicos; la prohibición de los abusos sexuales y de otras formas de violencia sexual; la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas; la prohibición de la toma de rehenes; la prohibición del empleo de escudos humanos; las garantías de un proceso equitativo; la prohibición de los castigos colectivos; y el requisito de que se respeten las convicciones y las prácticas religiosas de las personas fuera de combate. V. El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas, nota 4 supra, normas 87 a 94, 96 a 97 y 100 a 104.

<sup>79</sup> V. *ibid.*, normas 95, 98, 99 y 105.

Cuando se estimó pertinente, se incluyó en el Estudio la práctica concerniente al derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en el capítulo sobre las garantías fundamentales. Esto se hizo porque el derecho internacional de los derechos humanos continúa aplicándose durante los conflictos armados, como se declara expresamente en los propios tratados de derechos humanos, aunque algunas disposiciones puedan suspenderse, bajo ciertas condiciones, en caso de emergencia pública. La aplicabilidad ininterrumpida del derecho de los derechos humanos durante los conflictos armados la han confirmado, en numerosas ocasiones, tanto la práctica de los Estados como los organismos de defensa de los derechos humanos y la Corte Internacional de Justicia<sup>80</sup>. Recientemente, la Corte, en su opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados, confirmó que “la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado” y que, si bien “algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional”<sup>81</sup>. A pesar de que el Estudio no se propone hacer una evaluación del derecho consuetudinario de los derechos humanos, se incluyó la práctica con arreglo al derecho de los derechos humanos a fin de respaldar, reforzar y aclarar principios análogos del derecho internacional humanitario.

## 7. Aplicación

Numerosas normas sobre la aplicación del derecho internacional humanitario forman ahora parte del derecho internacional consuetudinario. En particular, cada parte en conflicto debe respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario por sus fuerzas armadas y otras personas o grupos que actúen de hecho bajo sus instrucciones, su dirección o su control. Por consiguiente, todas las partes en conflicto, incluidos los grupos armados de oposición, deben instruir a sus fuerzas armadas en derecho internacional humanitario. Más allá de estas obligaciones generales, no queda tan claro en qué medida otros mecanismos de aplicación específicos que son obligatorios para los Estados vinculan también a los grupos armados de oposición. Por ejemplo, la obligación de dar órdenes e instrucciones a las fuerzas armadas para que velen por el respeto del derecho internacional humanitario está claramente establecida en el derecho internacional para los Estados, pero no para los grupos armados de oposición. Análogamente, los Estados están obligados a poner a disposición, si es necesario, asesores jurídicos para que aconsejen a los jefes militares, en el nivel adecuado, sobre la aplicación del derecho internacional humanitario, obligación que no existe para los grupos armados de oposición.

80 V. *ibíd.*, Introducción al capítulo 32, Garantías Fundamentales.

81 CIJ, Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, opinión consultiva, 9 de julio de 2004, párr. 106 (disponible en [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)).

Además, un Estado es responsable de las violaciones del derecho internacional humanitario que le sean imputables y debe reparar cabalmente las pérdidas o las lesiones causadas por tales violaciones. No se ha establecido con claridad si los grupos armados de oposición tienen una responsabilidad equivalente por violaciones cometidas por sus miembros y cuáles serían las consecuencias de esa responsabilidad. Teniendo en cuenta que, como se ha señalado antes, los grupos armados de oposición deben respetar el derecho internacional humanitario y actuar bajo las órdenes de un “mando responsable”<sup>82</sup>, podría aducirse que esos grupos son responsables de los actos cometidos por sus miembros. No obstante, las consecuencias de esta responsabilidad no están claras, en particular, no se ha establecido en qué medida tienen la obligación de reparar plenamente las pérdidas o lesiones causadas, aunque en muchos países las víctimas pueden entablar un proceso civil por daños contra los infractores.

Por lo que respecta a la responsabilidad civil, el derecho internacional humanitario consuetudinario atribuye una responsabilidad penal a todas las personas que cometen u ordenan cometer un crimen de guerra, o que son de alguna otra manera responsables, como jefes o superiores, de la comisión de crímenes de guerra. La aplicación de la normativa referente a los crímenes de guerra, es decir, la investigación de los crímenes de guerra y el enjuiciamiento de los presuntos responsables, es una obligación que incumbe a los Estados. Los Estados pueden cumplir esta obligación instaurando un tribunal internacional o tribunales mixtos para tales fines.

#### **IV. PERTINENCIA ACTUAL DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUETUDINARIO**

La aplicación del derecho humanitario convencional tropieza con obstáculos, por lo que el derecho internacional humanitario consuetudinario conserva toda su pertinencia práctica en muchos sentidos. Los ejemplos que se citan a continuación ilustran en qué ámbitos de la aplicación del derecho humanitario es fundamental el derecho consuetudinario y se describen algunos casos recientes en los que se ha aplicado el derecho humanitario consuetudinario.

##### **1. Operaciones militares**

El derecho humanitario consuetudinario sigue siendo una referencia importante para la conducción de las hostilidades, en particular en los conflictos armados muy recientes o en curso. Se aplicó, por ejemplo, durante la invasión de Afganistán por Estados Unidos en 2001 y en la de Irak en 2003, ya que ninguno de esos tres países es Parte en el Protocolo adicional I. La situación fue similar durante el conflicto armado de 2006 entre Israel y el Líbano, en particular contra las fuerzas de Hezbolá, así como durante la intervención de las fuerzas etíopes y estadounidenses en Somalia a principios de 2007.

<sup>82</sup> Protocolo adicional II, art. 1 (1).

En los conflictos armados no internacionales, el derecho humanitario consuetudinario constituye un marco jurídico importante en los Estados Partes en el Protocolo adicional II, como Colombia y, a fortiori, en los que no son parte en él, como Sri Lanka.

En este tipo de conflictos, las fuerzas armadas del Estado y, cuando procede, los grupos armados no estatales tienen la obligación de respetar el derecho humanitario consuetudinario. La sociedad civil de los Estados concernidos, los terceros Estados y las organizaciones internacionales utilizarán ese derecho como referencia en el marco de su obligación de garantizar el respeto del derecho humanitario.

Por último, en las guerras libradas por una coalición, el derecho humanitario consuetudinario sirve de base común aplicable a todos los miembros de la coalición: cabe citar, como ejemplo, las operaciones militares que realizan actualmente los Estados Unidos y sus aliados en Irak y las efectuadas por los Estados miembros de la OTAN en Afganistán, en el marco de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (FIAS). Las obligaciones dimanantes de tratados pueden, en cambio, variar mucho según los miembros de una coalición. Las operaciones conjuntas deben, pues, respetar las reglas comunes, aunque los Estados individuales estén sometidos a obligaciones más amplias que emanen de los tratados que han ratificado.

## 2. Determinación de los hechos

El derecho internacional consuetudinario sigue constituyendo uno de los principales marcos jurídicos en numerosos conflictos armados. No sorprende, pues, que las misiones de determinación de los hechos en relación con esos conflictos se basen también en ese derecho. La labor de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur en 2004-2005 es un ejemplo de ello<sup>83</sup>: el derecho humanitario consuetudinario aplicable en los conflictos armados no internacionales ha tenido especial relevancia en el trabajo de esa Comisión por lo que atañe al examen de los hechos del conflicto en Darfur cuando Sudán no era aún Parte en el Protocolo adicional II. Otro ejemplo más reciente es el informe de varios relatores especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y del representante del Secretario General sobre los desplazados internos acerca de su misión en el Líbano y en Israel, a raíz del conflicto de 2006<sup>84</sup>.

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

84 Informe del Relator especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Sr. Philip Alston, del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt, del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Sr. Walter Kälin, y del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuada, Sr. Miloon Kothari – Misión al Líbano y a Israel (7 a 14 de septiembre de 2006), A/HRC/2/7, 2 de octubre de 2006, párrs. 22 y siguientes.

### 3. Procedimientos judiciales y arbitrales

#### A. Procedimientos judiciales nacionales

En numerosos Estados, puede invocarse el derecho internacional consuetudinario directamente ante los tribunales nacionales. Tal es el caso de Israel, donde el Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el carácter consuetudinario de las normas de derecho humanitario<sup>85</sup>. También lo ha hecho recientemente refiriéndose al Estudio del CICR. Concretamente, en una sentencia de diciembre de 2005 sobre la técnica del «recurso al vecino», utilizada por las Fuerzas de Defensa de Israel (FDI) para llevar a cabo detenciones, el Tribunal Supremo de Israel retomó como suyas las conclusiones del Estudio sobre el carácter consuetudinario de la obligación de dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces (norma 20) y de alejar a las personas civiles de la proximidad de objetivos militares (norma 24), así como la prohibición de utilizar escudos humanos (norma 97)<sup>86</sup>. Asimismo, en su sentencia de diciembre de 2006 sobre la política de los “asesinatos selectivos”, el Tribunal Supremo israelí hizo suyas las conclusiones del Estudio en relación con los siguientes principios: distinción entre civiles y combatientes y entre bienes de carácter civil y objetivos militares (normas 1 y 7), protección de las personas civiles contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure esa participación (norma 6), prohibición de los ataques indiscriminados (norma 11) y 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)<sup>87</sup>.

#### B. Procedimiento judiciales internacionales

A nivel internacional, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se apoya, cada vez más, en el artículo 3 de su Estatuto, que lo declara competente en caso de “violaciones de las leyes o prácticas de guerra”. Toda condena fundada en el artículo 3 del Estatuto exige una prueba de que el delito queda dentro del ámbito del derecho internacional consuetudinario, ya que de otro modo se violaría el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege previa*)<sup>88</sup>. Por ejemplo, en el asunto de Hadzihanovic y Kubura, la Sala de Apelaciones del Tribunal decidió que la prohibición de destruir ciudades sin motivo, el saqueo de bienes de carácter público o privado, los ataques contra bienes culturales y, de manera más amplia, la prohibición de atacar bienes de carácter civil, eran normas de derecho consuetudinario y que su violación, en particular en un conflicto armado no internacional, suscitaba la responsabilidad penal

85 V., por ejemplo, Israel, Tribunal Supremo en tanto que Tribunal Superior de Justicia, fallo, *Affo et al. v. The Commander of IDF Forces in the West Bank*, 10 de diciembre de 1988, HCJ 785/87, HCJ 845/87, HCJ 27/88, 29 ILM 139 (1990) (con respecto al carácter consuetudinario del art. 49 del IV Convenio de Ginebra).

86 Israel, Tribunal Supremo en tanto que Tribunal Superior de Justicia, fallo, *Adalah et al. v. GOC Central Command, IDF et al.*, 23 de junio de 2005, HCJ 3799/02, párrs. 20, 21 y 24.

87 Israel, Tribunal Supremo en tanto que Tribunal Superior de Justicia, fallo *The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.*, 13 de diciembre de 2006, HCJ 769/02, párrs. 23, 29, 30, 41 y 42; v., asimismo, las referencias a los comentarios del estudio, párrs. 33, 34, 40 y 46.

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

individual según el derecho internacional consuetudinario. La Sala de Apelaciones citó, a ese respecto, la práctica expuesta en el Volumen II del Estudio, en lugar de las normas formuladas en el Volumen I<sup>89</sup>. En ese mismo asunto, la Sala de Apelaciones tuvo que determinar si podía aplicar los principios de la responsabilidad del superior jerárquico a los crímenes de guerra cometidos en el ámbito de un conflicto no internacional. Dado que el Protocolo adicional II no indica nada sobre la cuestión de la responsabilidad del superior jerárquico, la Sala de Apelaciones se preguntó si era aplicable en un conflicto armado no internacional en base al derecho internacional consuetudinario y respondió de forma afirmativa<sup>90</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona se basa también en el derecho humanitario consuetudinario: dicho Tribunal decidió, por ejemplo, que el reclutamiento de niños soldados constituía un crimen de guerra según el derecho internacional consuetudinario, incluso en los conflictos armados no internacionales<sup>91</sup>.

### C. Arbitraje internacional

El trabajo de la Comisión de Reclamaciones de Eritrea y Etiopía ilustra bien la pertinencia del derecho humanitario consuetudinario en los procedimientos de arbitraje. Dicha Comisión se creó en 2000, tras el cese del conflicto armado entre Etiopía y Eritrea, con el fin de:

“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”<sup>92</sup>.

La pertinencia del derecho humanitario consuetudinario para el trabajo de esa Comisión es evidente dado que ni los Convenios de Ginebra ni el Protocolo adicional I eran aplicables durante el conflicto, ya que Eritrea todavía no había ratificado ninguno de esos tratados. Así pues, la Comisión decidió rápidamente que partiría de la idea de que los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I reflejan el derecho internacional consuetudinario.

89 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Hadzihasanovic and Kubura case, decisión relativa a la apelación conjunta presentada por la defensa contra la decisión interlocutoria de la Sala de Primera Instancia relativa a las solicitudes de absolución formuladas en virtud del artículo 98 bis del Reglamento, IT-01-47-AR73.3, 11 de marzo de 2005, párrs. 29, 30, 38, 45 y 46.

90 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Hadzihasanovic and Kubura case, decisión sobre la responsabilidad del superior jerárquico, IT-01-47-AR72, 16 de julio de 2003, párr. 31.

91 Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, Sam Hinga Norman case, fallo sobre la excepción preliminar basada en la falta de competencia (reclutamiento de niños), asunto n.º SCSL-2004-14-AR72(E), 31 de mayo de 2004.

92 Acuerdo entre el Gobierno del Estado de Eritrea y el Gobierno de la República Democrática Federal de Etiopía, Argel, 12 de diciembre de 2000, art. 5 (1), disponible en doc. ONU S/2000/1183.

Si una de las partes en el procedimiento arbitral deseaba cuestionar este supuesto, le correspondería la carga de la prueba con respecto a los Convenios de Ginebra; en cambio, la carga de la prueba incumbiría a la Comisión por lo que respecta al Protocolo adicional I<sup>93</sup>.

De ese modo, en un laudo parcial del 19 de diciembre de 2005 sobre cuestiones relacionadas con la conducción de las hostilidades, la Comisión confirmó el carácter consuetudinario de varias disposiciones del Protocolo adicional I<sup>94</sup>. La Comisión decidió, por ejemplo, que podía invocar el párrafo 2 del artículo 54 del Protocolo I (que trata de los ataques contra bienes indispensables para la supervivencia de la población civil) para examinar la legalidad del bombardeo, por las fuerzas aéreas etíopes, de una estación depuradora de aguas cerca de Asmara, ya que esta disposición reflejaba el derecho internacional consuetudinario<sup>95</sup>.

#### 4. Examen de armas y métodos o medios de hacer la guerra nuevos

El artículo 36 del Protocolo adicional I estipula que:

“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”.

Esta disposición obliga a los Estados a verificar la legalidad de las armas y de los medios o métodos de guerra nuevos en relación con el Protocolo y otras obligaciones convencionales de los Estados, así como en relación con sus obligaciones dimanantes del derecho humanitario consuetudinario. Es por ello que en la *Guía para el examen jurídico de las armas*, los medios y los métodos de guerra nuevos, publicada en 2006 por el CICR, se proponía que el marco jurídico de las normas aplicables a las armas, los métodos y los medios de guerra nuevos incluyese prohibiciones o restricciones de armas específicas y prohibiciones o restricciones generales derivadas del derecho internacional consuetudinario<sup>96</sup>. A ese respecto, las prohibiciones y restricciones aplicables se exponen en el Estudio<sup>97</sup>.

93 V. Comisión de Reclamaciones de Eritrea y Etiopía, 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 (en relación con los Convenios de Ginebra); Comisión de Reclamaciones de Eritrea y Etiopía, 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 Claims 2*, párr. 17 (en relación con el Protocolo adicional I).

94 Comisión de Reclamaciones de Eritrea y Etiopía, laudo parcial, *Western Front, Aerial Bombardments and Related Claims*, 19 de diciembre de 2005, párr. 95 (en el que se declara que los arts. 48, 51 (2), 51 (4) y (5), 52, 57 y 58 del Protocolo adicional I son derecho consuetudinario).

95 Comisión de Reclamaciones de Eritrea y Etiopía, laudo parcial, *Western Front, Aerial Bombardments and Related Claims*, 19 de diciembre de 2005, párrs. 104 y 105 (en los que se declara que el art. 54, párr. 2, del Protocolo adicional I es derecho consuetudinario).

96 V. 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, revisado en noviembre de 2006, pp. 13 a 17.

97 V. El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas, nota 4 supra, normas 12 a 14, 44, 45 y 70 a 86.

Aunque la obligación de verificar la legalidad de las nuevas armas y los nuevos medios o métodos de guerra sólo se mencionen expresamente en el Protocolo adicional I, esa obligación no incumbe únicamente a los Estados Partes en él. Es evidente que cualquier Estado que quiera respetar sus obligaciones en materia de derecho humanitario deberá realizar dicha verificación, sin la cual no puede garantizar que sus fuerzas armadas respeten el derecho humanitario. Sin embargo, la mayoría de los Estados, sean Parte o no en el Protocolo adicional I, no disponen desafortunadamente en la actualidad de mecanismos de verificación de la legalidad de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos.

## 5. Legislación nacional

De conformidad con el derecho internacional consuetudinario, los Estados deben investigar los crímenes de guerra que posiblemente hayan cometido sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, o que podrían haberse cometido en su territorio y, en caso oportuno, enjuiciar a los presuntos responsables<sup>98</sup>. Para respetar esta obligación, los Estados deben poseer un marco legislativo adecuado sobre los crímenes de guerra, sean o no Parte en los tratados que exigen la promulgación de legislación contra los crímenes de guerra, como los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I<sup>99</sup>.

Además, según el derecho internacional consuetudinario, los Estados tienen derecho a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra<sup>100</sup>. Así pues, si un Estado no desea que sus ciudadanos sean enjuiciados en el extranjero y solicita su extradición para juzgarlos en su propio país, tendrá que demostrar que posee una legislación adecuada en materia de crímenes de guerra.

Por último, de conformidad con el principio de complementariedad, la Corte Penal Internacional juzgará a un sospechoso solamente si el Estado afectado no puede o no quiere hacerlo<sup>101</sup>. Por lo tanto, un Estado que quiera mostrar que es capaz de enjuiciar a los presuntos autores de crímenes de guerra deberá disponer de una legislación interna sobre ese tema. Dado que el Consejo de Seguridad puede someter a la Corte asuntos que afecten a Estados no parte en el Estatuto de la Corte, los ciudadanos de todos los países pueden, potencialmente, ser sometidos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Todos los Estados deberían, pues, dotarse de una legislación nacional adecuada en materia de crímenes de guerra, independientemente de si son parte o no en tratados específicos, en particular en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

98 V. *ibid.*, norma 158

99 V. I Convenio de Ginebra, art. 49; II Convenio de Ginebra, art. 50; III Convenio de Ginebra, art. 129; IV Convenio de Ginebra, art. 146; Protocolo adicional I, art. 85.

100 V. El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas, nota 4 *supra*, norma 157.

101 Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 17.

## V. CONCLUSIÓN

La creciente codificación del derecho humanitario se inició en 1864. En la actualidad, esta rama del derecho internacional está muy codificada. Sin embargo, en comparación con la historia de la humanidad y de la guerra, esta codificación es un fenómeno relativamente reciente. Las disposiciones de derecho consuetudinario han regulado la guerra durante siglos antes de su primera codificación, y siguen regulándola. Los obstáculos a la aplicación de los numerosos tratados existentes han favorecido el “regreso” del derecho humanitario consuetudinario. Así pues, toda descripción o todo análisis del derecho humanitario que no contenga un capítulo sustancial sobre el derecho humanitario consuetudinario tendría lagunas y una utilidad práctica limitada en el mundo actual.

La finalidad del Estudio del CICR no era determinar la índole consuetudinaria de cada norma convencional del derecho internacional humanitario, sino intentar analizar diversas cuestiones a fin de determinar qué normas de derecho internacional consuetudinario pueden hallarse por inducción basándose en la práctica de los Estados relacionada con esas cuestiones. No obstante, un breve examen de algunos de los resultados del Estudio muestra que los principios y las normas contenidos en el derecho convencional han tenido amplia aceptación en la práctica y han influido en gran medida en la formación del derecho internacional consuetudinario. Muchos de esos principios y normas forman parte ahora del derecho internacional consuetudinario y son, por ello, vinculantes para todos los Estados, independientemente de los tratados que hayan ratificado, así como para los grupos armados de oposición en el caso de las normas aplicables a todas las partes en un conflicto no internacional.

El Estudio pone asimismo de manifiesto que numerosas normas del derecho internacional consuetudinario son aplicables tanto en conflictos armados internacionales como en los no internacionales, y muestra en qué medida la práctica de los Estados ha ido más allá del derecho convencional existente y ha ampliado las normas aplicables en los conflictos armados no internacionales. Así pues, la regulación de la conducción de las hostilidades y el trato debido a las personas en los conflictos armados internos es más detallada y completa que la que brinda el derecho convencional. Aún queda por aclarar hasta qué punto, desde un punto de vista humanitario y militar, esta regulación más detallada y completa es suficiente y si son necesarios nuevos desarrollos del derecho.

Al igual que para el derecho convencional, la aplicación efectiva de las normas de derecho internacional consuetudinario requiere una labor de difusión y formación, así como la adopción de medidas de ejecución. Esas normas deberían incorporarse en los manuales militares y la legislación nacional, si aún no figuran en éstos.

El Estudio pone también al descubierto ámbitos en los que el derecho no es claro, así como cuestiones que requieren mayor clarificación o acuerdo, como la definición de personas civiles en los conflictos armados no

internacionales, el concepto de participación directa en las hostilidades y el alcance y la aplicación del principio de proporcionalidad.

A la luz de los logros alcanzados hasta la fecha y del trabajo que aún queda por hacer, el estudio no debería considerarse como el punto final, sino como el comienzo de un nuevo proceso destinado a mejorar la comprensión y el acuerdo sobre los principios y las normas del derecho internacional humanitario. En ese proceso, el Estudio puede servir de base de un debate y un diálogo enriquecedores sobre la aplicación, la clarificación y el posible desarrollo del derecho.

---

# INTERPRETACIÓN Y APLICABILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Leonardo A. Franco<sup>1</sup>

Sumario: Introducción; II. Aplicación por la Corte IDH de la costumbre internacional como fuente de derecho internacional; III. Derecho Internacional Humanitario – tratamiento por la Corte IDH; VI. Conclusión

## I. INTRODUCCIÓN

Es para mí un honor y un placer acompañar al Comité Internacional de la Cruz Roja, por medio de este artículo, en el lanzamiento de la versión en español del “Estudio de Derecho Consuetudinario”, luego de haber celebrado una importante reunión en la histórica ciudad de Bogotá al respecto.

Me han invitado a hacer algunas referencias a la interpretación y aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en el Sistema Interamericano.

Mi exposición consistirá en revisar aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) en la materia. Además, dado que el libro versa sobre el derecho consuetudinario, estimo oportuno revisar la aplicación que ha hecho la Corte IDH de la costumbre como fuente de derecho internacional<sup>2</sup>. Con tal fin me referiré incluso a casos o materias que no se relacionan con las categorías del Derecho Internacional Humanitario (DIH), pues es claro que estas abarcan mucho más amplios que su carácter de costumbre internacional. Esto permitirá considerar si determinadas normas o prácticas del DIH han sido o pueden ser aplicadas o utilizadas como norma o fuente de interpretación, inclusive como costumbre internacional, en el ejercicio de la jurisdicción de la Corte IDH, para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados aplicables en el Sistema.

---

<sup>1</sup> Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El autor desea agradecer la invaluable participación en este trabajo de Olger Ignacio González Espinoza, abogado coordinador en la Secretaría de la Corte.

<sup>2</sup> No me refiero a casos en que la Corte ha tenido en consideración las costumbres, usos y valores de determinados individuos o grupos para la determinación de los alcances del contenido de un derecho reconocido por la Convención que se alega violado, o la correspondiente reparación, por ejemplo en casos de grupos ancestrales, pueblos y comunidades indígenas. Me refiero únicamente a la costumbre internacional, como la fuente del Derecho Internacional que comporta la *opinio juris communis* y la práctica de los Estados.

## II. APLICACIÓN POR EL SISTEMA INTERAMERICANO DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL COMO FUENTE DE DERECHO INTERNACIONAL

En la jurisprudencia interamericana se pueden identificar varias circunstancias en que la Corte IDH ha hecho referencia a la costumbre internacional como fuente de derecho. A continuación hago referencia a ejemplos sobresalientes y que abarcan diferentes expresiones de la jurisdicción y competencia del Tribunal.

### 1. Respeto de la obligación de reparar recogida en el artículo 63.1 de la Convención Americana

En su más reiterada jurisprudencia, la Corte refiere el contenido de esta provisión al derecho internacional consuetudinario. Desde el caso *Aloeboetoe vs. Suriname*, la Corte señaló que el artículo 63.1 de la Convención Americana<sup>3</sup> recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados: al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación. La Corte basa esta concepción en su propia jurisprudencia y en la de otros tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia<sup>4</sup>.

### 2. Respeto a la obligación de adecuar las normas de derecho interno con base en el Artículo 2 de la Convención Americana

La Corte ha identificado una norma consuetudinaria de derecho internacional recogida en el artículo 2 de la Convención Americana, que establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados<sup>5</sup>, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*)<sup>6</sup>. Desde el caso *Garrido y Baigorria Vs. Argentina* la Corte ha sostenido que:

[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe

3 “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

4 Corte IDH. Caso *Aloeboetoe y otros Vs. Suriname*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 43; Corte IDH. Caso *Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 71; Caso *Velásquez Rodríguez*, Indemnización Compensatoria, supra 28, párr. 25; Caso *Godínez Cruz*, Indemnización Compensatoria, supra 27, párr. 23) y la jurisprudencia de otros tribunales (cfr. *Usine de Chorzów, compétence, arrêt N° 8, 1927, C.P.J.I., Série A, N° 9, p. 21; Usine de Chorzów, fond, arrêt N° 13, 1928, C.P.J.I., Série A, N° 17, p. 29; Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, avis consultatif, C.I.J., Recueil 1950, p. 228*).

5 Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87. Ver también Caso *La Cantuta*, supra nota 7, párr. 171, y Caso *Almonacid Arellano y otros*, supra nota 14, párr. 117.

6 Cfr. Caso *Ivcher Bronstein*. Competencia. Sentencia de 24 de Septiembre de 1999, párr. 37; Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros), supra nota 38, párr. 87. Ver también Caso *La Cantuta*, supra nota 7, párr. 171, y Caso “Instituto de Reeducción del Menor”. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 205.

que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“*principe allant de soi*”; *Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20*)<sup>7</sup>.

Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que las requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías<sup>8</sup>. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico<sup>9</sup> y, por ende, se satisface con la modificación<sup>10</sup>, la derogación, o de algún modo anulación<sup>11</sup>, o la reforma<sup>12</sup> de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda<sup>13</sup>.

### 3. Respeto de la competencia de la Corte para dar seguimiento al cumplimiento de sus fallos

En una resolución sobre competencia dictada en el caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*<sup>14</sup>, en que el Estado había cuestionado la facultad de la Corte para supervisar el cumplimiento de sus fallos, la costumbre internacional aparece como uno de los fundamentos de la Corte para justificar y dar alcance a esta facultad. Además, el Tribunal definió algunos elementos de esa opinión *juris communis* y la práctica constante para configurar una costumbre:

102. [...] la facultad de la Corte para supervisar el cumplimiento de sus sentencias y el procedimiento adoptado para ello también encuentra su fundamento en la práctica constante y uniforme de la Corte y en la resultante opinión *juris communis* de los Estados Partes en la Convención,

7 Cfr. *Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 26, párr. 68. Ver también Caso La Cantuta. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 170, y Caso Almonacid Arellano y otros. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C. No. 154, párr. 117.*

8 Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207. Ver también Caso La Cantuta, supra nota 7, párr. 172, y Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 14, párr. 118.*

9 Cfr. *Caso La Última Tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros), supra nota 38, párr. 88. Ver también *Caso La Cantuta*, supra nota 7, párr. 172.

10 Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párrs. 113 y 212. Ver también Caso Fermín Ramírez. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párrs. 97 y 130.*

11 Cfr. *Caso Caesar. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrs. 94 y 132. Ver también Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 254.*

12 Cfr. *Caso Raxcacó Reyes. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párrs. 87 y 125.*

13 Cfr. *Caso La Cantuta*, supra nota 7, párr. 172.

14 *Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104.*

respecto de los cuales la Corte ha emitido diversas resoluciones sobre cumplimiento de sentencia. La *opinio juris communis* significa la manifestación de la conciencia jurídica universal a través de la observancia, por la generalidad de los miembros de la comunidad internacional, de una determinada práctica como obligatoria. La referida *opinio juris communis* se ha manifestado en que dichos Estados han mostrado una actitud generalizada y reiterada de aceptación de la función supervisora de la Corte, lo cual se ha visto clara y ampliamente demostrado con la presentación por parte de éstos de los informes que la Corte les ha solicitado, así como con la observancia de lo resuelto por el Tribunal al impartirles instrucciones o dilucidar aspectos sobre los cuales existía controversia entre las partes, relativos al cumplimiento de las reparaciones.

103. Asimismo, en todos los casos ante la Corte, la Comisión Interamericana y las víctimas o sus representantes legales han aceptado la función supervisora de ésta, han remitido al Tribunal sus observaciones a los informes presentados por los Estados y se han ceñido a lo determinado por la Corte en sus decisiones sobre cumplimiento de sentencia. De esta manera, la actividad de la Corte y los comportamientos tanto de los Estados como de la Comisión Interamericana y las víctimas o sus representantes legales han sido complementarios en relación con la supervisión del cumplimiento de las sentencias, en virtud de que el Tribunal ha ejercitado la función de realizar tal supervisión y a su vez los Estados, la Comisión Interamericana y las víctimas o sus representantes legales han respetado las decisiones emitidas por la Corte en el ejercicio de tal función supervisora.

104. Al contrario de lo afirmado por Panamá (supra párr. 54.e), en lo que atañe al período de tiempo para considerar que se está ante una práctica constante, este Tribunal considera que lo importante es que la práctica sea observada de manera ininterrumpida y constante, y que no es esencial que la conducta sea practicada durante un determinado período. Así lo han entendido la jurisprudencia y doctrina internacionales. Inclusive, la jurisprudencia internacional ha reconocido la existencia de normas consuetudinarias que se formaron en períodos muy breves.  
(...)

137. La conducta del Estado panameño implica un reconocimiento de la facultad que tiene la Corte de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y es improcedente la objeción que el Estado ahora interpone a esa facultad, en detrimento del principio general de la seguridad jurídica. Aún más, los Estados Partes en la Convención respecto de los cuales la Corte ha emitido resoluciones sobre cumplimiento de sentencia han conformado una *opinio juris communis* al mostrar una actitud generalizada y reiterada de aceptación de la función supervisora de la Corte (supra párr. 102).

#### 4. Respeto de las obligaciones derivadas del Derecho Internacional en materia de extradición en relación con casos de graves violaciones de derechos humanos

En el caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*<sup>15</sup>, relativo a las desapariciones forzadas de varias personas durante la época de dictadura, la ausencia de dos de los principales procesados, el ex dictador Alfredo Stroessner Matiauda y el ex Ministro del Interior Sabino Augusto Montanaro, asilados en Brasil y Honduras, respectivamente, sumada a la falta de concreción de una solicitud de extradición respecto del primero de aquéllos, determinaban en parte importante la impunidad de los hechos. La Corte determinó que bajo múltiples normas del derecho internacional, entre esas normas de derecho internacional consuetudinario y convencional, existe la obligación interestatal de perseguir y sancionar a los responsables de este tipo de crímenes, en los siguientes términos:

128. Según fue señalado anteriormente (supra párr. 93), los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (*jus cogens*), en particular las prohibiciones de la tortura y de las desapariciones forzadas de personas. Estas prohibiciones son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad. Es así como, ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos –constituyendo ambos crímenes contra la humanidad– lo que genera para los Estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores.

129. Una vez establecido el amplio alcance de las obligaciones internacionales *erga omnes* contra la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos, la Corte reitera que en los términos del artículo 1.1 de la Convención Americana los Estados están obligados a investigar las violaciones de derechos humanos y a juzgar y sancionar a los responsables.

130. La plena realización de la justicia en este tipo de casos se imponía para el Paraguay como un deber inexcusable de haber solicitado, con la debida diligencia y oportunidad, la extradición de los procesados. Por ende, según la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el Paraguay debe adoptar todas las medidas necesarias, de carácter judicial y diplomático, para

<sup>15</sup> Corte IDH. Caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

juzgar y sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas, inclusive impulsando por todos los medios a su alcance las solicitudes de extradición que correspondan. La inexistencia de tratados de extradición no constituye una base o justificación suficiente para dejar de impulsar una solicitud en ese sentido.

131. De manera consecuente con lo anterior, ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos. La impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales –del Estado- y particulares –penales de sus agentes o particulares-, complementarias entre sí. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo.

132. En tales términos, la extradición se presenta como un importante instrumento para estos fines por lo que la Corte considera pertinente declarar que los Estados Partes en la Convención deben colaborar entre sí para erradicar la impunidad de las violaciones cometidas en este caso, mediante el juzgamiento y, en su caso, sanción de sus responsables. Además, en virtud de los principios mencionados, un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes contra los derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes. En consecuencia, el mecanismo de garantía colectiva establecido bajo la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales<sup>16</sup> y universales<sup>17</sup> en la materia, vinculan a los Estados de

16 Cfr. Carta de la Organización de Estados Americanos, Preámbulo y artículo 3.e; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y Resolución N° 1/03 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre juzgamiento de crímenes internacionales.

17 Cfr. Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945, Preámbulo y artículo 1.3; Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos de las Naciones Unidas, resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de 16 de diciembre de 1966; Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos; Convenio sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa humanidad, resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de 26 de noviembre de 1968; Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, resolución 260 A (III) de la Asamblea General de 9 de diciembre de 1948; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, resolución 39/46 de la Asamblea General de 10 de diciembre de 1984; Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada, G.A. Res. 47/133, 47 U.N. GAOR Supp. (no. 49) at 207, U.N. Doc. A/47/49 (1992), artículo 14; Principios de las Naciones Unidas sobre la efectiva prevención e investigación de ejecuciones extra-legales, arbitrarias y sumarias, E.S.C. Res. 1989/65, U.N. Doc. E/1989/89 para. 18 (24 de mayo de 1989); Principios de las Naciones Unidas de Cooperación Internacional en la Detección, Arresto, Extradición y Sanción de Personas Culpables de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, G.A. Res. 3074, U.N. Doc. A/9030 (1973); Resolución sobre la cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, G.A. Res. 2840, U.N. Doc. A/Res/2840 (1971); Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de 1996; Proyecto de Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1er periodo de sesiones, tema 4 del programa, A/HRC/1/L.2, 22 de junio de 2006; Declaración sobre el Asilo Territorial, adoptada por la

la región a colaborar de buena fe en ese sentido, ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de los responsables de los hechos del presente caso.

## 5. Sobre la determinación de crímenes de lesa humanidad y su naturaleza

En el Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*<sup>18</sup>, existía un obstáculo *ratione temporis* para que la Corte se pronunciara respecto del derecho a la vida, en relación con el asesinato del señor Almonacid, dado que este había sido cometido antes de la ratificación de la Convención y aceptación de la jurisdicción de la Corte por parte del Estado. Este obstáculo fue superado, al menos respecto de la obligación de investigar los hechos y el análisis de la ley de amnistía, mediante la calificación de dicho asesinato como un crimen de lesa humanidad. Al observar la evolución normativa del crimen de lesa humanidad, la Corte observó que, en su momento, el Tribunal Militar Internacional para el Juzgamiento de los Principales Criminales de Guerra (“el Tribunal de Nuremberg”), reconoció la existencia de una costumbre internacional, como una expresión del derecho internacional, que proscribía esos crímenes. La Corte encontró amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional:

93. En esta sección la Corte analizará si el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano podría constituir o no un crimen de lesa humanidad. En este sentido, la Corte debe analizar si para el 17 de septiembre de 1973, fecha en que murió el señor Almonacid Arellano, el asesinato constituía un crimen de lesa humanidad, y en qué circunstancias.

94. El desarrollo de la noción de crimen de lesa humanidad se produjo en los inicios del siglo pasado. En el preámbulo del Convenio de la Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 (Convenio núm. IV) las potencias contratantes establecieron que “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”. Asimismo, el término “crímenes contra la humanidad y la civilización” fue usado por los gobiernos de Francia, Reino Unido y Rusia el 28 de mayo de 1915 para denunciar la masacre de armenios en Turquía .

Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 2312 (XXII) de 14 de diciembre de 1967, y Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, 189 U.N.T.S. 150, adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950.

18 Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154

95. El asesinato como crimen de lesa humanidad fue codificado por primera vez en el artículo 6.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el cual fue anexado al Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje Europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 (el "Acuerdo de Londres"). Poco después, el 20 de diciembre de 1945, la Ley del Consejo de Control No. 10 también consagró al asesinato como un crimen de lesa humanidad en su artículo II.c. De forma similar, el delito de asesinato fue codificado en el artículo 5.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra del Lejano Oriente (Estatuto de Tokyo), adoptada el 19 de enero de 1946.

96. La Corte, además, reconoce que la Estatuto de Nuremberg jugó un papel significativo en el establecimiento de los elementos que caracterizan a un crimen como de lesa humanidad. Este Estatuto proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa, que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra. En base a ello, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. En este sentido se pronunció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Dusko Tadic*, al considerar que "un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable". Todos estos elementos ya estaban definidos jurídicamente cuando el señor Almonacid Arellano fue ejecutado.

97. Por su parte, el Tribunal Militar Internacional para el Juzgamiento de los Principales Criminales de Guerra (en adelante "el Tribunal de Nuremberg"), el cual tenía jurisdicción para juzgar los crímenes establecidos en el Acuerdo de Londres, indicó que la Estatuto de Nuremberg "es la expresión de derecho internacional existente en el momento de su creación; y en esa extensión es en sí mismo una contribución al derecho internacional". Con ello reconoció la existencia de una costumbre internacional, como una expresión del derecho internacional, que proscribía esos crímenes.

98. La prohibición de crímenes contra la humanidad, incluido el asesinato, fue además corroborada por las Naciones Unidas. El 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General confirmó "los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal". Asimismo, en 1947 la Asamblea General encargó a la Comisión de Derecho Internacional que

“formul[ara] los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg”. Estos principios fueron adoptados en 1950. Entre ellos, el Principio VI.c califica al asesinato como un crimen contra la humanidad. De igual forma, la Corte resalta que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, de los cuales Chile es parte desde 1950, también prohíbe el “homicidio en todas sus formas” de personas que no participan directamente en las hostilidades.

99. Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.<sup>19</sup>

## **6. Sobre la obligación internacional de dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte IDH dentro del marco de medidas provisionales conforme al principio *pacta sunt servanda***

En el marco de medidas provisionales de protección que no estaban siendo efectivamente implementadas, la Corte reiteró que la obligación de cumplir con lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida. Aún cuando Venezuela alegó no ser parte de la Convención de Viena, la obligación internacional del *pacta sunt servanda*, es norma de derecho consuetudinario de obligatorio cumplimiento.<sup>20</sup>

## **III. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO – TRATAMIENTO POR LA CORTE IDH**

### **1. La Corte IDH y la responsabilidad de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que emanan del DIH**

La Corte Interamericana, como órgano de supervisión de la Convención y de otros tratados que le otorguen jurisdicción, no ha declarado violaciones a convenios de Derecho Internacional Humanitario, en sentido estricto.

<sup>19</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154

<sup>20</sup> Corte IDH. Asuntos Lilitiana Ortega y otras, Luisiana Ríos y otros, Luis Uzcátegui, Marta Colomina y Lilitiana Velázquez respecto Venezuela. Resolución de 4 de mayo de 2004, Considerando 7.

Lo anterior quedó particularmente plasmado en el **Caso Las Palmeras vs. Colombia**<sup>21</sup>, cuyos hechos se remontan a enero de 1991, cuando miembros de la Policía Nacional llevaron a cabo una operación armada en la localidad de Las Palmeras, Departamento de Putumayo. La Policía Nacional ejecutó extrajudicialmente a siete personas, cuyos cadáveres presentó como pertenecientes a subversivos muertos en un presunto enfrentamiento, entre otras obstaculizaciones a la investigación.

En la demanda presentada por la Comisión, ésta solicitó a la Corte que “concluya y declare que el Estado ha violado el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la Convención y el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949...”. Ante esta petición, el Estado opuso, entre otras, dos excepciones preliminares sosteniendo que la Corte y la Comisión “carecen de competencia para aplicar el derecho internacional humanitario y otros tratados internacionales”. La Corte aceptó las dos excepciones con base, *inter alia*, en que:

La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad. [...] Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con la Convención Americana. Esta última sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención, y no con los Convenios de Ginebra de 1949.

Sin embargo, y esto es fundamental, el Tribunal dejó en claro que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomadas en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana.

En efecto, lo decidido en Las Palmeras no significa que la Corte no pueda dar aplicación a la normativa del Derecho Internacional Humanitario para interpretar y dar aplicación a los tratados que le otorgan jurisdicción y competencia.

\*

Esto ha sido sucesivamente establecido en posterior jurisprudencia de la Corte desde el *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*<sup>22</sup>. Durante el conflicto armado interno en Guatemala, Efraín Bámaca Velásquez, conocido como “Comandante Everardo”, formaba parte de uno de los grupos guerrilleros que formaban la URNG. Fue apresado vivo por las fuerzas armadas

21 Corte I.D.H., Caso Las Palmeras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67; Corte I.D.H., Caso Las Palmeras. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90.

22 Corte I.D.H., Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

guatemaltecas, luego de un enfrentamiento entre el Ejército y la guerrilla en una aldea en Retalhuleu, al oeste de Guatemala, torturado y desaparecido en marzo de 1992.

En la Sentencia de fondo, la Corte consideró demostrado que, al momento de los hechos del caso, se desarrollaba en Guatemala un conflicto armado interno. Este hecho, en vez de exonerar al Estado de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas, lo obligaban a actuar en manera concordante con dichas obligaciones. Así, y según lo establece el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, el Estado enfrentado a un conflicto armado de carácter no internacional debe brindar a las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón, un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable. En particular, la Corte resaltó que hay efectivamente equivalencia entre el contenido de aquella norma de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes).

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

\*

Posteriormente, en el *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*<sup>23</sup>, la Corte hizo un comprensivo acercamiento al Derecho Internacional Humanitario, tanto en la determinación de la estructura de la responsabilidad internacional del Estado en ese caso, como en el análisis de varios derechos violados en el contexto del caso.

La Corte analizó, en un capítulo separado que llamó “Responsabilidad Internacional del Estado”, varios alegatos presentados por Colombia con posterioridad a su reconocimiento parcial de responsabilidad. En sus alegatos finales el Estado había señalado que su responsabilidad se derivaba de la actuación irregular de sus agentes, pero no obedecía a una política del Estado o de sus instituciones ni aceptaba la atribución de los actos de los grupos paramilitares de autodefensa como si éstos fueran sus agentes.

Luego de recordar el origen de la responsabilidad internacional del Estado bajo la Convención, la Corte expresó que, al proceder a determinar la responsabilidad internacional del Estado en ese caso, no podía obviar la

<sup>23</sup> Corte I.D.H., Caso de la “Masacre de Mapiripán”. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

existencia de deberes generales y especiales de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del Derecho Internacional Humanitario, en particular del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y las normas del Protocolo II. La Corte señaló que el respeto debido a las personas protegidas implica obligaciones de carácter pasivo (no matar, no violar la integridad física, etc), mientras que la protección debida implica obligaciones positivas de impedir que terceros perpetren violaciones contra dichas personas. La observancia de dichas obligaciones resultaba de relevancia en el caso, en la medida en que la masacre fue cometida en una situación de evidente desprotección de civiles en un conflicto armado de carácter no internacional.

Es interesante que la Corte citó, respecto de dichas normas y el principio de distinción, a la Corte Constitucional de Colombia<sup>24</sup>, que las había declarado como normas de jus cogens, que forman parte del “bloque de constitucionalidad” colombiano y obligatorias para los Estados y para todos los actores armados. Además, dado que esas normas estaban vigentes para Colombia al momento de los hechos, como normativa internacional de la que el Estado es parte y como derecho interno, la Corte especificó que las obligaciones derivadas de dicha normativa internacional debían ser tomadas en cuenta en el caso, según lo dispuesto en el artículo 29.b) de la Convención, pues quienes se hallan protegidos por el régimen de dicho instrumento no pierden por ello los derechos o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran, sino se complementan o integran para precisar su alcance o determinar su contenido.

La Corte determinó que, si bien los hechos ocurridos en julio de 1997 en Mapiripán fueron cometidos por miembros de grupos paramilitares, la preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en varias acciones y omisiones, de miembros de las Fuerzas Armadas del Estado. La responsabilidad internacional del Estado se había generado por un conjunto de acciones y omisiones de agentes estatales y de particulares realizadas en forma coordinada, paralela o concatenada con el propósito de perpetrar la masacre.

## **2. Convergencia y complementariedad entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario**

Los casos anteriores demuestran la convergencia y complementariedad entre ambas ramas del Derecho Internacional, así como la aplicabilidad del primero tanto en tiempos de paz como durante un conflicto armado interno o internacional.

El expreso desarrollo de esta concepción quedó plasmado con particular énfasis en la sentencia de excepciones preliminares dictada en el *caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*<sup>25</sup>.

24 Cfr. sentencia C-225/95 de 18 de mayo de 1995, emitida por la Corte Constitucional, párrs. 35 y 30.

25 Cfr. Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de

En este caso, el Estado opuso una excepción preliminar de incompetencia *ratione materiae*, en la que solicitó a la Corte que se declarara incompetente “por constituir los hechos del caso materia de Derecho Internacional Humanitario”. El Estado había alegado que “[e]l Derecho Internacional Humanitario es un Derecho de excepción, de emergencia, que tiene que intervenir en caso de ruptura del orden internacional o del orden interno, [como sucedió durante el conflicto armado no internacional en El Salvador desde 1979 a 1992], mientras que los Derechos Humanos se aplican en tiempo de paz” y que los hechos de este caso “deb[ía]n de examinarse de conformidad [con] la ley especial aplicable, la cual es el Derecho Internacional Humanitario, que no es de competencia de la Corte”.

Ante esto, la Corte reiteró su concepción acerca de la referida complementariedad, destacando que toda persona, durante un conflicto armado interno o internacional, se encuentra protegida tanto por las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como por ejemplo la Convención Americana, como por las normas específicas del Derecho Internacional Humanitario, por lo cual se produce una convergencia de normas internacionales que amparan a las personas que se encuentran en dicha situación.

Asimismo, la Corte destacó esa convergencia y complementariedad a partir de normas específicas: el artículo 27 de la Convención Americana (Suspensión de Garantías)<sup>26</sup>; el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949<sup>27</sup>; el preámbulo del Protocolo II los Convenios de Ginebra<sup>28</sup>; artículo 75 del Protocolo I<sup>29</sup> y el artículo 4 del Protocolo II<sup>30</sup>.

Es interesante que la Corte destacara esta convergencia incluso en el informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador, que se refería a esto al definir la normativa que debía observar al cumplir su mandato<sup>31</sup>.

A su vez, la Corte enfatizó en los parámetros que le permiten utilizar las normas del Derecho Internacional Humanitario, ratificadas por el Estado demandado, para dar contenido y alcance a las normas de la Convención Americana: claramente el Tribunal tiene la facultad de interpretar las normas de la Convención Americana a luz de otros tratados internacionales para dar contenido y alcance a la normativa de la Convención. En este sentido, el Tribunal en su jurisprudencia constante ha resuelto que “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos

2004. Serie C No. 118

26 (el tratado continúa operando en casos de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado Parte)

27 (la obligación que tiene un Estado en situación de conflicto armado de carácter no internacional, de brindar un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable a las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón)

28 (“[...] los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”)

29 (las garantías fundamentales de todas las personas que estén en poder de una parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los referidos Convenios o de dicho Protocolo)

30 (garantías fundamentales de todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, las que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privados de libertad)

31 Cfr. Naciones Unidas, Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador, “De la locura a la esperanza: la guerra de 12 años en El Salvador”, San Salvador, New York, 1992-1993, pág. 10.

e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)". Esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección.

### 3. Situaciones de desplazamiento forzado

En el caso de la *Comunidad Moiwana vs. Suriname*<sup>32</sup>, el Tribunal estimó que la libertad de circulación y de residencia de los miembros de la comunidad Moiwana que habían sido desplazados se encontraba limitada por una restricción de facto originada en el miedo que sentían por su seguridad y por el hecho de que el Estado no había efectuado una investigación penal, que los alejaba de su territorio ancestral. La Corte señaló que el Estado no había establecido las condiciones ni provisto los medios que permitieran a los miembros de la comunidad regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales. Ese conjunto de hechos privó a los miembros de la comunidad que habían sido desplazados dentro del Estado, así como de aquéllos que todavía se encontraban exiliados en la Guyana Francesa, de sus derechos de circulación y residencia, por lo que la Corte declaró al Estado responsable por la violación del artículo 22 de la Convención en perjuicio de los miembros de esa comunidad.

De particular relevancia resultaron en ese caso los Principios Rectores emitidos en 1998 por el Representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los desplazados internos<sup>33</sup>, los cuales se basan en la normativa internacional de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. La Corte consideró que varias de estas directrices iluminan el contenido y alcance del artículo 22 de la Convención en el contexto de desplazamiento interno, entre los cuales enfatizó en los principios 1.1, 5, 8, 9 14.1 y 28.1.

\*

Además, en el *caso de la Masacre de Mapiripán* (supra) la Corte observó que la situación del desplazamiento forzado interno de familiares de las víctimas la misma no podía ser desvinculada de las otras violaciones declaradas en la Sentencia; además, que las circunstancias del caso y la especial y compleja situación de vulnerabilidad que afecta a dichas personas, incluyen pero trascienden el contenido de la protección debida por los Estados en el marco del artículo 22 de la Convención. El Tribunal estimó que más allá del contenido normativo de esa disposición, la situación de desplazamiento analizada también había afectado el derecho de los familiares de las víctimas a una vida digna. De ahí que, mediante una interpretación evolutiva de la Convención, la Corte consideró que el artículo 22.1 de la Convención protege el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado Parte en la misma y declaró la violación de esa norma, en relación con los

32 Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124

33 O.N.U., Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, E/CN.4/1998/53/Add.2 de 11 de febrero de 1998.

artículos 1.1, 4.1 y 5.1 de la Convención. Para llegar a esas conclusiones, el Tribunal tuvo en cuenta los Principios Rectores sobre Desplazamiento Interno señalados; las regulaciones sobre desplazamiento contenidas en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 17) y una sentencia de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia acerca de la situación generalizada de desplazamiento forzado interno causada por el conflicto armado.

\*

Además, es interesante que en el *Caso de las Masacres de Ituango* (La Granja y El Aro) vs. Colombia<sup>34</sup>, al analizar los alcances del artículo 21 de la Convención (derecho a la propiedad), el Tribunal considerara útil y apropiado utilizar el Protocolo II para la interpretación de esa disposición, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional Humanitario. Así, tuvo en cuenta lo dispuesto en los artículos 13 (Protección de la población civil) y 14 (Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil) del Protocolo II, dado que la incursión paramilitar en El Aro, así como la sustracción de ganado, sucedió con la aquiescencia o tolerancia de miembros del Ejército colombiano.

#### 4. Protección de otros grupos vulnerables: niños

En el caso de la *Masacre de Mapiripán*, al determinar la violación del artículo 19 de la Convención en perjuicio de los niños que habían sufrido las brutalidades de la masacre, la desprotección y el desplazamiento, el Tribunal señaló que el contenido y alcances de aquella disposición deben ser precisados, en casos como ese, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular de sus artículos 6, 37, 38 y 39, y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar.

#### 5. Uso de la fuerza y suspensión de garantías

En el *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*<sup>35</sup>, la Corte analizó la controversia entre las partes respecto de las circunstancias en que las víctimas habían sido privadas de su vida. En este caso, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional realizaron un operativo conjunto en una zona suburbana de Guayaquil, enmarcado en un estado de emergencia declarado por decreto seis meses antes. Durante el operativo, planificado con tres meses de anticipación y que contó con la participación de 1.200 agentes, miembros de las Fuerzas Armadas utilizaron explosivos para abrir las puertas de las casas e ingresar a los domicilios de las tres víctimas, quienes fueron privados de su vida por disparos de agentes estatales.

34 Corte I.D.H., Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148

35 Corte I.D.H., Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párrs. 73, 74 y 75.

Según manifestó el propio Estado, “el propósito principal del operativo era la captura de delincuentes, narcotraficantes y terroristas” y las Fuerzas Armadas habían afirmado que actuaron basados en la Ley de Seguridad Nacional y en informaciones de inteligencia militar. La Corte observó que el decreto de estado de emergencia no fijó un límite espacial definido -por el contrario, dispuso “la intervención de las Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional-; no determinó un límite temporal para la intervención militar, ni estableció los derechos que serían suspendidos, es decir, el alcance material de la suspensión.

La Corte hizo numerosas consideraciones respecto de los Estados de emergencia y los límites a la suspensión de garantías (artículo 27), situaciones que tienen estrecha relación con el DIH. Por ejemplo, el Tribunal hizo notar que en determinados Estados de emergencia o en situaciones de alteración del orden público, los Estados suelen utilizar las Fuerzas Armadas para controlar la situación. Al respecto, la Corte estimó absolutamente necesario enfatizar en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común. El deslinde de las funciones militares y de policía debe guiar el estricto cumplimiento del deber de prevención y protección de los derechos en riesgo, a cargo de las autoridades internas. En este sentido, destacó como avances la declaración de “Normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción” (“Normas de Turku”<sup>36</sup>), que reafirma y desarrolla principios que deben regir el comportamiento de todas las personas, grupos y autoridades en casos de violencia interna, conflictos étnicos, religiosos y nacionales, disturbios, tensiones y en situaciones excepcionales, así como el carácter inderogable de determinadas normas en esas situaciones.

Por otro lado, la Corte reforzó su jurisprudencia acerca de los criterios que determinan el uso legítimo de la fuerza por parte de miembros de cuerpos de seguridad del Estado:

- a) Excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad:
- b) Existencia de un marco normativo que regule el uso de la fuerza
- c) Planificación del uso de la fuerza (Capacitación y entrenamiento a los miembros de los cuerpos armados y organismos de seguridad estatales)
- d) Control adecuado y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza

Así, la Corte observó que la amenaza “delincuencial”, “subversiva” o “terrorista” -invocada por el Estado como justificación de las acciones desarrolladas- puede ciertamente constituir una razón legítima para

36 “Normas humanitarias mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción” (“Normas de Turku”), Aprobada por una reunión de expertos organizada por el Instituto de Derechos Humanos, Universidad Abo Akademi en Turku/Abo (Finlandia) del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 1990 y revisada después de una reunión del Instituto Noruego de Derechos Humanos celebrada en Oslo (Noruega) el 29 y el 30 de septiembre de 1994. Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 51º período de sesiones, Tema 19 del programa provisional, Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías sobre su 46º período de sesiones.

que un Estado despliegue sus fuerzas de seguridad en casos concretos. Sin embargo, enfatizó que la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción. Las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado.

## 6. Protección a través de medidas provisionales

Asimismo, la Corte ha ordenado la protección de miembros de comunidades a través de la adopción de medidas provisionales de protección (art. 63.1 de la Convención), “a la luz de lo dispuesto en la Convención Americana y en el Derecho Internacional Humanitario”, dado que se encontraban en una situación de extrema gravedad y urgencia en el marco de un conflicto armado, tal como se refleja en los asuntos de la Comunidad indígena Kankuamo; Comunidad de Paz de San José de Apartadó y Comunidades del Jiguamiandó y Curbaradó (respecto de Colombia)<sup>37</sup>.

## 7. El DIH en las reparaciones ordenadas por la Corte IDH

En la Sentencia de reparaciones del *caso Bámaca Velásquez*, la Corte ordenó al Estado que adoptara las medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico guatemalteco a las normas internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana.

En el referido caso de la *Masacre de Mapiripán*, en cuanto a otras formas de reparación (garantías de no repetición), la Corte ordenó al Estado que adoptara medidas tendientes a formar y capacitar a los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y sobre los límites a los que debe estar sometido, para lo cual debía implementar programas de educación permanentes dentro de las fuerzas armadas colombianas, en todos los niveles jerárquicos.

Esto fue reiterado en posteriores casos como en el *caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia* y, en similar sentido, en el *caso Mack Chang vs. Guatemala* y en el *caso del Caracazo vs. Venezuela*.

<sup>37</sup> Cfr. Caso Pueblo Indígena de Kankuamo. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de julio de 2004, considerando undécimo; Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de marzo de 2003, considerando undécimo; y Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, considerando undécimo.

#### IV. CONCLUSIONES

1. Luego de analizar la jurisprudencia de la Corte IDH, es necesario concluir que la referencia a la costumbre internacional es usual y legítima en el marco del Sistema Interamericano. La Corte ha hecho uso frecuente de la costumbre internacional, ciertamente en la determinación de la responsabilidad internacional de los Estados bajo las disposiciones de la Convención Americana y la determinación de sus propias competencias.
2. A su vez, la jurisprudencia destacada permiten advertir amplias referencias a normas del Derecho Internacional Humanitario, las cuales se ubican en un plano de convergencia y complementariedad con el derecho internacional de los derechos humanos, en situaciones de conflicto armado interno o internacional, Estados de emergencia y suspensión de garantías, acciones contra el terrorismo, y otras situaciones.
3. Puedo coincidir así con el ex Juez de la Corte IDH, Antonio A. Cançado Trindade, quien ha insistido en esta idea en numerosas publicaciones y Votos Razonados. Por ejemplo, en su Voto a la sentencia del caso Hermanas Serrano Cruz, el Juez Cançado destaca:

[...] Las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados, - que, [...] se manifiestan en los planos tanto normativo como hermenéutico y operativo, - han maximizado la protección de los seres humanos en toda y cualquier circunstancia, aún más tratándose de normas pertenecientes al dominio del jus cogens.

4. Los Estados no pueden cuestionar la plena vigencia de la normativa de protección de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, con fundamento en la existencia de un conflicto armado.
5. El preciado libro "Estudio de Derecho Consuetudinario", ya acogido con beneplácito en diversos foros, constituye una oportunidad y un reto para, al menos, dos aspectos:
  1. Enriquecer la práctica de la Corte Interamericana con una importante herramienta de referencia para la interpretación de la Convención Americana y otros tratados, en el tipo de casos como los referidos, que aún llegan al sistema de protección internacional en nuestro continente.
  2. Servir de guía y fuente de consulta a las autoridades y tribunales nacionales. Ciertamente la mayor conciencia sobre el sistema interamericano, así como el cambio de circunstancias políticas en los Estados de la región, han provocado mayor presencia de

---

los órganos del Sistema en los contextos políticos, institucionales y judiciales de nuestros Estados. Sin embargo, uno de los fundamentos de la Convención Americana es precisamente el principio de subsidiariedad y complementariedad, según el cual el respeto, garantía, promoción y protección de los derechos humanos es tarea primaria y primordial de los Estados y sólo subsidiaria y complementariamente de los órganos de supervisión interamericanos. Bajo esta concepción, la Corte IDH ha desarrollado el concepto de “control de convencionalidad”, según el cual cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces y funcionarios también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de aquélla no se vea mermado o anulado por la aplicación de normas internas contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. Así, la publicación que estamos agasajando con estos artículos debería servir de guía y fuente de consulta a las autoridades y tribunales nacionales que deben ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, pues corresponde primariamente a aquéllos la incorporación de esos estándares internacionales humanitarios a sus decisiones y prácticas.



**Profesor Hernán Salinas Burgos<sup>1</sup>**

La obra que estamos comentando, "El derecho internacional humanitario consuetudinario" significa la respuesta a uno de los grandes retos doctrinales y prácticos en materia de Derecho Internacional Humanitario y, en particular del Comité Internacional de la Cruz Roja, como custodio y principal impulsor de esta rama del Derecho Internacional.

No debemos olvidar que el Derecho Internacional Humanitario tiene sus raíces más profundas en el derecho consuetudinario. Los usos y costumbres de la guerra fueron la fuente originaria del denominado Derecho de la Guerra, a través de la costumbre internacional y como antecedente principal del derecho convencional para convertirse en normas jurídicas de obligado cumplimiento en los conflictos armados. De esta manera, debe destacarse el valor decisivo de la costumbre internacional en el ámbito de las normas protectoras de las víctimas de los conflictos armados y de la humanización de la guerra a través de reglas en materia de conducción de hostilidades.

He aquí, que debe mencionarse el preámbulo del IV Convenio de La Haya de 1907, en el sentido de que la idea que preside el denominado Derecho de La Haya es la de revisar "las leyes y costumbres de la guerra" y, en defecto de regulación convencional, tanto la población civil como los combatientes están protegidos por los principios del Derecho de las Naciones "tal como resulta de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública" (Cláusula de Martens).

Pero no sólo la costumbre internacional está en los orígenes del Derecho Internacional Humanitario, sino que como fluye del Estudio que comentamos, ha tenido un rol determinante en su desarrollo y lo seguirá teniendo en un proceso que es dinámico y constante.

Ahora bien, iniciando propiamente tal mis comentarios respecto del Estudio, del cual tuve la oportunidad y honor de participar mediante el estudio de la práctica de mi país Chile, quiero, en primer lugar, felicitar al Comité Internacional de la Cruz Roja y los autores de la referida publicación Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck. Felicitaciones por un esfuerzo monumental y un estudio que tendrá, sin duda, una influencia decisiva en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a nivel de legislación nacional, difusión y jurisprudencia de los tribunales de justicia nacionales e internacionales.

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Internacional, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile

Esfuerzo monumental, ya que no constituye tarea fácil recopilar y evaluar la práctica de los Estados, incluyendo sus Manuales Militares, la legislación de los diversos países y sus posiciones en las Conferencias Internacionales, las declaraciones interpretativas o reservas de los Tratados, la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales, las resoluciones de organizaciones internacionales y los documentos existentes en los archivos del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Por otra parte, la obra que se presenta tiene además el mérito de no constituir un ejercicio meramente académico, sino que responde a un esfuerzo con un resultado práctico destinado a mejorar el conocimiento y hacer más eficaz la aplicación del Derecho Internacional Humanitario. En ello, responde, su primordial utilidad y necesidad.

Debe recordarse, que constituye una opinión general que las violaciones del derecho internacional humanitario no se debe a la inadecuación de sus normas, sino que entre otras causas a la inseguridad sobre su aplicación en algunas circunstancias y a su desconocimiento por parte de los dirigentes políticos, jefes militares, combatientes y público en general

Lo expuesto, nos lleva a resaltar la necesidad de que las normas aplicables sean claras y comprensibles por los agentes estatales en toda clase de conflictos armados, ya sean internacionales o internos. En efecto, es evidente que el cumplimiento de las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario guarda evidente proporción con la existencia de reglas claras, racionales, inteligibles, que difundidas adecuadamente, sean susceptibles de ser interiorizadas por los combatientes en los difíciles momentos de la decisión que debe adoptarse en el curso de una guerra.

Pues bien, el estudio que hoy día se nos presenta, indudablemente está destinado a cumplir ese objetivo fundamental.

En segundo lugar, quiero destacar la rigurosidad del trabajo que comentamos, rigurosidad que tanto en lo conceptual como en lo metodológico, el estudio da a la costumbre como fuente del Derecho Internacional.

En lo conceptual, el estudio adopta una definición del Derecho Internacional Consuetudinario basado firmemente en la práctica efectiva y en la opinión juris de los Estados, siguiendo un método para la determinación de la existencia del derecho internacional consuetudinario concordante con lo ya expuesto en varias sentencias de la Corte Internacional de Justicia y, en particular, en el "Asunto de la Plataforma Continental del Norte".

En efecto, en el estudio se ha procurado analizar las distintas cuestiones que abarca el Derecho Internacional Humanitario con el fin de establecer qué normas de la costumbre internacional pueden hallarse por inducción, basándose en la práctica de los Estados en relación con esos temas.

Práctica de los Estados que, por tanto, debe inferirse fundamentalmente,

de su conducta en los conflictos armados, su posición en relación con las normas humanitarias manifestada por todas las vías propias de acción del Estado (manuales militares, legislación, declaraciones oficiales, informes sobre operaciones, etc.) y, por último de las decisiones de los tribunales nacionales. También ayudan a la prueba de la costumbre, la jurisprudencia internacional, los tratados internacionales y las resoluciones de organizaciones internacionales, cumpliéndose, en este último caso, ciertos requisitos.

Como lo ha señalado el Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, en el Asunto "Tadic", al valorar la formación de normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario, debe confiarse sobre todo de elementos tales como las declaraciones oficiales de los Estados, los manuales militares y las decisiones judiciales.

En cuanto a la valoración de la práctica, el estudio ha considerado que debe tratarse de una práctica "densa", virtualmente uniforme, relevante, extensa, representativa y general, aunque no necesariamente universal. Pero además, aparece como un requisito especialmente relevante el de la concurrencia de los Estados especialmente interesados en dicha práctica.

Asimismo, el Estudio reafirma que la *opinio iuris* se infiere de la práctica de los Estados.

Con ello, el estudio rechaza el recurso a planteamientos conceptuales que, si bien pueden parecer novedosos no reflejan el estado del Derecho Internacional en la materia. Me refiero a teorías como el que reivindica la existencia de una costumbre instantánea u que otorgan una primacía a la *opinio iuris* sobre el comportamiento real de los Estados, a fin de sustentar la existencia de una costumbre internacional en resoluciones de organizaciones internacionales sin que ellas sean concordantes con la práctica efectiva de los Estados.

En tercer lugar, quisiera destacar la contribución que el estudio ha aportado a la clarificación y, en este proceso, al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, en particular, en áreas donde el derecho convencional aparece claramente superado por la evolución del Derecho Internacional Consuetudinario.

Lo expuesto, es particularmente significativo en relación a los conflictos armados internos. El informe comprende la práctica de los Estados sin tener en cuenta el hecho de haber o no ratificado los instrumentos del Derecho Internacional Humanitario o la de los grupos armados de oposición en los conflictos armados internos. Asimismo, el estudio nos demuestra como la práctica de los Estados ha colmado, en particular, las lagunas del Protocolo Adicional II de 1977, aplicable a los conflictos armados sin carácter internacional, en materia de conducción de las hostilidades. Ello ha implicado en la materia, la creación de normas similares a las del Protocolo Adicional I de 1977, relativo a los conflictos armados internacionales, pero aplicables, como derecho consuetudinario, a los conflictos armados

internos. En efecto, uno de los mayores méritos del estudio es la extensión a los conflictos armados no internacionales de las normas propias de los conflictos armados internacionales, particularmente las reglas sobre la conducción de las hostilidades, en temas como objetivos militares, ataques indiscriminados, proporcionalidad y precaución durante el ataque, y también en materia de protección de las víctimas de la guerra en lo que se refiere al trato debido a las personas en poder de la Parte adversa.

El estudio nos refleja una tendencia clara, fundamentado en el principio pro homine, de hacer cada vez más irrelevante la distinción entre conflictos armados internacionales e internos, en beneficio de una mejor protección de la persona humana. Significativo aparece que de las 161 Reglas de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario identificadas por el Estudio, 159 se aplican en los conflictos armados internacionales y 148 en los conflictos armados internos, siendo la gran mayoría de carácter común. Así, sólo 13 normas son sólo aplicables en los conflictos armados internacionales y 2 sólo aplicables en los conflictos armados no internacionales.

También, es significativo el aporte que constituye el estudio que comentamos, al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, en materia de la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados, otro tema en que las normas convencionales aparecen también superadas por el derecho consuetudinario.

En efecto, más allá de la norma introducida en el Protocolo adicional I que establece la prohibición de emplear medios y métodos bélicos que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, el Estudio identifica como una norma del Derecho Internacional Humanitario, aquella que considera al medio ambiente natural como un bien civil. De esta manera, el medio ambiente natural estaría protegido por los mismos principios y normas que protegen a otros bienes de carácter civil, en particular por los principios de distinción y proporcionalidad y por el requisito de tomar precauciones en el ataque. Por tanto, ningún elemento del medio ambiente natural puede ser objeto de ataque, a menos que sea un objetivo militar, y que están prohibidos los ataques contra un objetivo militar de los que se pueda prever que causen daños incidentales al medio ambiente que sean excesivos en relación con la ventaja militar directa prevista.

También merece destacarse que en la presentación del Estudio se haya reconocido la existencia de áreas donde el derecho no aparece claro y concurren puntos de vista que merecen un debate más exhaustivo, tales como la definición de las personas civiles en los conflictos armados internos, el concepto de participación directa en las hostilidades y el ámbito del principio de proporcionalidad.

Me parece que más allá de dichas áreas existen otras que también, a mi juicio, merecerían un debate más exhaustivo y cuya valoración por el Estudio se puede discrepar por considerarlas determinaciones más de *lex ferenda* que de *lex lata*, es decir, determinaciones que, a mi parecer, son discutibles que ellas respondan al derecho vigente, sino más bien a una aspiración de derecho.

Me refiero, en general, a las normas en materia de crímenes de guerra y, en particular, a los temas relativos a la jurisdicción universal, amnistía y prescripción en los conflictos armados internos. Como ya se ha señalado, la distinción entre el Derecho Internacional Humanitario relativo a los conflictos armados internacionales y conflictos armados internos está desapareciendo, pero no puede considerarse que ha desaparecido.

Sin perjuicio de ello, es indudable que un esfuerzo tan serio y riguroso, deberá impactar en el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario a nivel de legislación nacional y jurisprudencia de los tribunales internacionales y nacionales y, en la práctica de los Estados, acelerando de esta manera el proceso de cristalización de normas consuetudinarias en formación.

Por último, coincido con lo manifestado por el autor Henckaerts, en que el trabajo pese a todos sus logros tan destacados y meritorios, no es el fin de una etapa, sino un nuevo desafío traducido en el comienzo de un proceso dirigido a mejorar el conocimiento de los principios y reglas del Derecho Internacional, a partir de las 161 reglas consuetudinarias indicadas. Asimismo, como el Estudio lo indica, deberá profundizarse en el estudio de la relación entre la costumbre internacional y temas como la Cláusula de Martens, la identificación de las personas y los bienes expresamente protegidos, así como la protección civil.

En efecto, a partir de este estudio, debe desarrollarse, debiendo a mi juicio el Comité Internacional de la Cruz Roja, como custodio y principal impulsor del Derecho Internacional Humanitario, desempeñar nuevamente un rol fundamental, un difundido diálogo para la implementación, clarificación y posible desarrollo del derecho. Como lo afirmó Yves Sandoz, en el prólogo del libro, el estudio del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario más que el registro de un meritorio proyecto, es ante todo un reto para el futuro.

Reflexión, diálogo, discusión y difusión en que nosotros académicos podemos jugar un rol importante desde la cátedra, la investigación y extensión universitaria.

En fin un desafío, de que a partir de este estudio, se clarifique el significado y trascendencia de las diversas reglas del Derecho Internacional Humanitario y así asegurar una mayor protección a las víctimas de la guerra.



---

## IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO EN LA CONDUCCIÓN DE HOSTILIDADES “OBJETIVOS MILITARES”

Teniente Coronel Juan Carlos Gómez Ramírez<sup>1</sup>

Reconocimiento: Felicitar de manera muy especial al Comité Internacional de la Cruz Roja y al señor Jean Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck por la elaboración de este estudio. Agradecimiento sincero a la Dra Barbara Hinterman Jefe de la Delegación del CICR en Colombia, por su decidido y desinteresado apoyo a las Fuerzas Militares y de Policía de Colombia en el proceso de estudio, análisis e interiorización del derecho internacional humanitario. Gracias a este esfuerzo, quienes trabajamos en el ámbito humanitario a nivel de la Fuerza Pública, vemos como hoy, más que nunca, se reconoce el valor y la importancia de la estricta aplicación del DIH en el proceso de consolidación de la Política de Seguridad Democrática y de tránsito a la normalidad que vive Colombia.

El estudio sobre Derecho Internacional Humanitario parte por reconocer lo profundo y contundente que es el DIH a nivel convencional. Infortunadamente, su desarrollo no ha tenido la misma dinámica, pues es notorio, que la adhesión a los protocolos del 77 y las normas posteriores, no es tan amplia como lo fue con los convenios de finales de siglo XIX y comienzos del XX.

Es aquí donde surge la importancia del derecho internacional humanitario consuetudinario. El derecho de la guerra conocidos por algunos, o derecho humanitario como se le dice generalmente, nació de la costumbre; mucho antes de que se firmara cualquier convención. Quienes participaban en las confrontaciones armadas, fueron los encargados de establecer códigos de honor y de ética, que limitaron el sufrimiento de quienes habiendo participado en la disputa dejaban de hacerlo, impidiendo, o al menos limitando, los daños y los ataques contra quienes no participaban en las hostilidades. Hoy aún lo creo y lo sostengo, las guerras de por sí son crueles y feroces, a quienes hay que sensibilizar y convencer de no exceder las acciones más allá de lo que exige la imperiosa necesidad es a los Jefes y Comandantes, pues es en cabeza de estos donde se pueden colocar y exigir límites.

Las normas convencionales no son lo suficientemente contundentes y prohibitivas como desearían algunos, pero eso tiene una lógica: si fueran excesivamente restrictivas, muy pocos países la firmarían, por cuanto limitaría su posibilidad de acción y de defensa en el caso de una confrontación armada, y si por el contrario fueran demasiado laxas, sería inocua su utilización, por lo tanto no valdría la pena su firma ni ratificación.

A diferencia de los Conflictos Armados Internacionales en donde la normativa es relativamente amplia, en los conflictos de carácter no internacional la regla convencional es apenas la básica, y de allí la

---

<sup>1</sup> Oficial Navegante de la Fuerza Aérea Colombiana. Abogado administrativista con Maestría en Seguridad Nacional y Relaciones Civiles Militares. Especialista en DDHH y DIH, con cursos en Lund, Upsala y San Remo. En la actualidad se desempeña como Director de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Defensa.

importancia de ahondar e interpretar las normas previstas en los otros convenios y protocolos que tratan la materia. La norma humanitaria surge de las lecciones del pasado, es decir que se desarrolla con una, o dos guerras de atraso. Prueba de ello, son los protocolos de Ginebra del 1977; así como los protocolos que limitan y prohíben el uso de ciertas armas de 1980; la convención de Ottawa del 1997 y la Corte Penal Internacional del 1998. Normas que todavía distan de tener los niveles de adhesión esperados y deseados.

Con base en la realidad mundial en cuanto a conflictos se refiere, vale la pena analizar el impacto que ha tenido el derecho internacional humanitario consuetudinario en la conducción de hostilidades y la valoración que del concepto de objetivo militar se ha hecho, tratando de desarrollar la noción establecida por el protocolo I de 1977. Para ello comencemos por determinar cuando se aplican o no, las normas humanitarias, que son las que estipulan la existencia o no, de objetivos militares.

### **Aplicación o no del Derecho Internacional Humanitario (DIH)**

En el caso Colombiano, y desde el punto de vista de la Fuerza Pública, resulta claro que, independiente de las discusiones políticas frente a la existencia o no de un conflicto armado, la aplicación del DIH es un hecho. Colombia ha firmado y ratificado los convenios y protocolos que regulan la materia, los delitos que constituyen infracciones al DIH hacen parte del ordenamiento legal interno, y la agresión que representan los grupos que subvierten el orden democrático en el país, muy a pesar de su debilitamiento, aún reúnen las características descritas por la normativa internacional, que exigen y permiten su cabal aplicación.

De otra parte, y con el propósito de despejar cualquier duda que persista sobre la aplicación o no del DIH en determinadas situaciones, el CICR que es la autoridad en la materia, de manera oficial en su Publicación Revista Internacional de la Cruz Roja, habla de la aplicación y desarrollo del DIH en tiempo de conflicto y en otras **situaciones de violencia armada**, contribuyendo a prevenir violaciones de las normas que protegen los derechos y los valores fundamentales<sup>2</sup>. Una vez claro el concepto frente a la aplicación del DIH, estudiemos la forma en que se designan y establecen los objetivos militares.

### **Personas y bienes susceptibles de ataque: Objetivos Militares**

Aunque algunos tratadistas consideren que los Objetivos Militares se limitan a los bienes materiales, es claro que el Protocolo I de Ginebra cuando define la figura, la divide en dos. Personas (Fuerzas Armadas) y Bienes. En el Estatuto del Combatiente Sección II, el artículo 43 menciona las fuerzas armadas y habla del derecho que tienen sus integrantes de participar en las hostilidades y por ende, ser objeto de ataque<sup>3</sup>. Posteriormente en el artículo 52 cuando en relación a los bienes, el párrafo segundo plantea, que los ataques se limitarán a los objetivos militares y, textualmente reza: "...**En lo que respecta a**

<sup>2</sup> Revista Internacional de la Cruz Roja. Separata. Derecho Consuetudinario. Volumen 87 Número 857 Marzo de 2005.

<sup>3</sup> Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949. Comité Internacional de la Cruz Roja. Edición revisada en 1996. Ginebra. Página 31

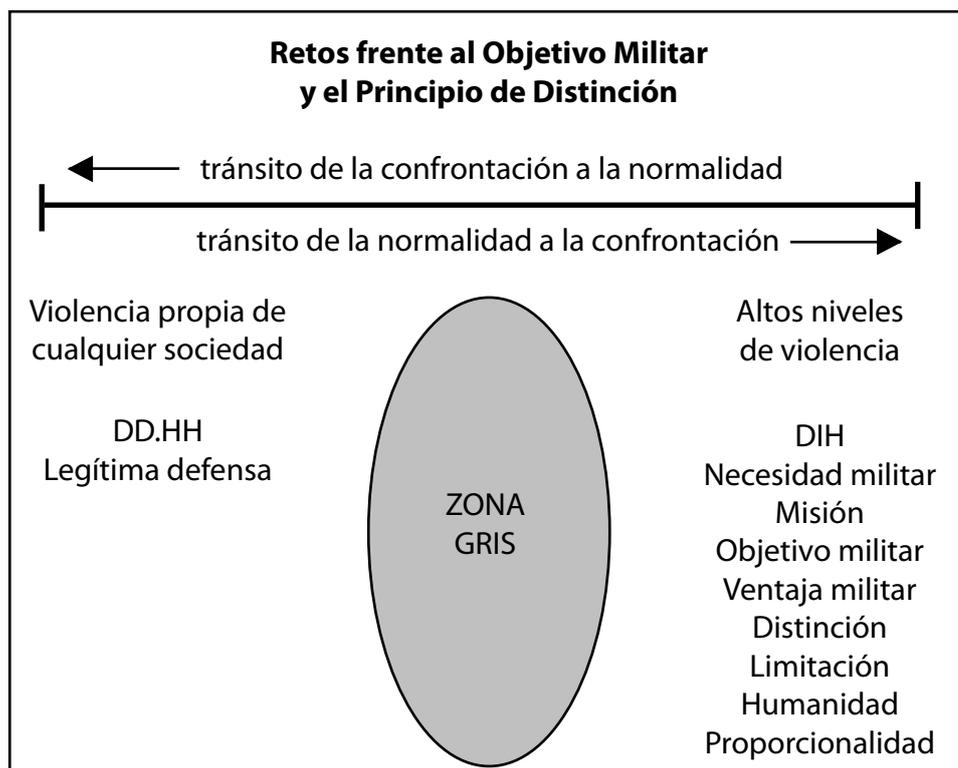
**Los bienes**, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar...”. Es obvio que la introducción de este párrafo amplía la definición de objetivo militar más allá de los bienes, es decir, a las personas que pueden ser susceptibles de ataque. Para el caso de conflictos de carácter no internacional, el Protocolo II define los intervinientes en las hostilidades como: las fuerzas armadas, las fuerzas armadas disidentes y/o los grupos armados organizados. El Título II<sup>4</sup>, Trato Humano prevé las garantías fundamentales de que gozarán quienes no participen de manera directa en las hostilidades o hayan dejado de participar. Así las cosas y en relación al concepto de objetivo militar, el DIH no excluye, ni a los combatientes, ni a los integrantes de los grupos armados organizados, ni a quienes de manera directa participan en las hostilidades. Una vez clara la interpretación de objetivo militar, miremos el papel que juega el Principio de Distinción en la selección de Objetivos Militares en Colombia.

### **Distinción entre quienes participan de manera directa en las hostilidades y quienes no lo hacen: Selección de Objetivos Militares**

En los últimos años y como resultado de ofensiva prevista en la política de seguridad del Estado, **los grupos armados organizados** poco a poco se han ido debilitando y cambiando su accionar bélico. De grandes componentes militares, bien armados, equipados y uniformados, se han obligado a migrar a pequeños grupos, muchas veces sin uniformes, con armas cortas o no convencionales y utilizando métodos propios de organizaciones terroristas. Esta realidad, ha llevado a la Fuerza Pública colombiana a adoptar las medidas tendientes para aplicar de manera mucho más juiciosa y detallada el **principio de distinción** en la selección de objetivos militares.

Es notorio que el debilitamiento militar del enemigo en cualquier confrontación, plantea cambios sensibles en las herramientas que se deben utilizar para enfrentarlo, no solo en el plano de las operaciones militares sino en el campo jurídico. La selección de objetivos militares en donde los grupos armados se diluyen y mezclan entre la población civil, es una tarea difícil, pero imprescindible. El DIH tiene unas condiciones mínimas de aplicación, las cuales no se dan en todas las situaciones o amenazas que enfrentan la Fuerzas de seguridad estatales, menos aún cuando se está haciendo tránsito a la normalidad. En condiciones de no confrontación armada y donde la amenaza adquiere la connotación puramente criminal, el marco jurídico de aplicación es el de los derechos humanos (DDHH) y en este marco, no se concibe la existencia de objetivos militares. Aparece aquí un fenómeno complejo para dilucidar si actuamos en el marco de los DDHH o del DIH. Este fenómeno se convierte en uno de nuestros principales retos y lo hemos denominado -La Zona Gris-.

<sup>4</sup> Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949. Comité Internacional de la Cruz Roja. Edición revisada en 1996. Ginebra. Página 93



Cuadro 1<sup>5</sup>

### Derecho Internacional Humanitario o Derechos Humanos. ¿Qué norma aplicar?

Tal cual aparece en la línea superior de la gráfica (cuadro1), la aplicación del DIH se va diluyendo en la medida que los niveles de violencia y las características de las organizaciones que se enfrentan cambian o se debilitan (Transito de la confrontación a la normalidad). Mientras resulta absolutamente claro el marco jurídico de aplicación del DIH, cuando los niveles de violencia son altos y la conformación del adversario tiene determinadas características, como se reflejan en la parte derecha del gráfico. Por otra parte y si los niveles de violencia son bajos, no hay presencia de grupos armados organizados, con cierto control territorial y las situaciones que se presentan son meramente criminales, las normas que rigen la conducta de la Fuerza Pública, son los DDHH, tal cual aparece en la parte izquierda del gráfico.

### La Zona Gris

Es aquel espacio amplio y difícil de definir claramente, en el que actúan los actores armados ilegales, que no permiten a la Fuerza Pública dilucidar de manera nítida, la aplicación del DIH o los DDHH. Ideal sería, que en lugar de situaciones de incertidumbre en cuanto a la norma a aplicar y

<sup>5</sup> Cuadro demostrativo diseñado y elaborado por el autor JCGR. Marzo 2008

que en la gráfica están representadas como la zona gris, hubiera una línea claramente definida que permitiera sin vacilación, determinar la norma a aplicar dependiendo de la situación particular. Infortunadamente no es así, y es aquí donde el derecho internacional humanitario consuetudinario toma singular importancia, toda vez que la interpretación adecuada de las normas convencionales, no solo permiten humanizar a los Jefes y Comandantes, sino que le da las herramientas para aplicar la fuerza mínima necesaria y cumplir su misión.

### **Interpretación del Principio de Proporcionalidad en el marco del DIH y su diferencia con los DDHH.**

Actuar dentro de la normativa de mínimos prevista por el DIH para permitir que el actor agredido (El Estado) cumpla con los fines militares, de alcance a los términos de su misión y extinga la amenaza, requiere de un profesionalismo y conocimiento amplio de las normas. Se exige en el marco del DIH, que los daños sobre las personas y bienes protegidos sean proporcionales a la ventaja militar que se obtenga al atacar objetivos militares. En el marco de los DDHH o normativa de máximos, el uso de la fuerza letal solo se concibe en legítima defensa y como última opción. Es decir, que una acción se considera justificada cuando se reacciona de manera proporcional a la amenaza que se sufre. Ante un ataque real o inminente, se podrá hacer uso de las armas oficiales, de lo contrario, el uso de la fuerza letal no se concibe en este ámbito jurídico.

### **¿Qué hacer para superar los retos que representa la zona gris que dificulta identificar el ámbito jurídico de actuación?**

La obligación de los Estados de enfrentar agresiones que como en el caso de Colombia buscan afectar la estabilidad democrática, los lleva de manera creativa a buscar alternativas de defensa legales y legítimas en un ambiente nacional e internacional garantista y que no tolera ningún tipo de excesos en cuanto a restricciones o vulneraciones de derechos fundamentales. Es así, como resulta de singular importancia conocer y utilizar de manera certera y generalizada algunas herramientas que permiten reducir la incertidumbre que genera la zona gris:

**Los Asesores Jurídicos Operacionales (AJO)** contemplados por el artículo 82 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra<sup>6</sup> se convierten en una de las herramientas primordiales de los Comandantes para determinar el ámbito material y jurídico de aplicación del derecho internacional humanitario. La participación de los abogados en el proceso de planeación, ejecución y evaluación de las operaciones militares y policiales contribuye a que los comandantes reduzcan el nivel de incertidumbre al momento de tomar una decisión.

6 Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, artículo 82. Comité Internacional de la Cruz Roja. Edición revisada en 1996. Ginebra. Página 64

**Las Reglas de Enfrentamiento (RDE)** proporcionan un marco que abarca las políticas de gobierno, los requerimientos de la misión y la ley aplicable.<sup>7</sup> Estas instrucciones sencillas que regulan el accionar de la Fuerza Pública, se convierten sin lugar a dudas en un instrumento clave para limitar el uso de la fuerza, sobre todo, en aquellas misiones en donde el tipo de amenaza no permite fácilmente dilucidar, si se está actuando en el marco del DIH o de los DDHH.

**Ejercicios de Lecciones Aprendidas (LA)**, aprender del pasado es uno de los mejores métodos que puede utilizar una organización armada para repetir aquellas acciones o procedimientos que mostraron sus bondades, o por el contrario no volver a cometer los errores del pasado. La Doctrina militar y policial se debe construir con base en las experiencias que poco a poco se van obteniendo y aprendiendo de enfrentar las nuevas y crecientes amenazas. El siglo XXI exige que las fuerzas regulares de los Estados sean mucho más quirúrgicas y cuidadosas en el cumplimiento de la misión. Los conflictos y confrontaciones modernas se dan generalmente en medio de la población civil y es por ello, que la normativa convencional se queda corta en brindar los mecanismos para atender la problemática y paralelamente proteger a la población. El desarrollo del derecho internacional humanitario consuetudinario, y el aprendizaje constante permiten enfrentar las amenazas y cumplir con los parámetros de protección.

**Grupos de Entrenamiento por Escenarios Regionales. (GEPER)** Esta es una figura nueva planteada en la Política Integral de Derechos Humanos del Ministerio de Defensa Nacional de Colombia. El GEPER, tiene como misión la dirección y puesta en práctica de ejercicios operacionales para el entrenamiento y reentrenamiento de tropas y cuadros que vayan a cumplir misiones tácticas. Se prepara a la tropa para evitar violaciones a los DDHH y/o infracciones al DIH según la problemática a nivel regional y a la vez se entrenan en técnicas, tácticas y procedimientos operacionales para la aplicación correcta de reglas de enfrentamiento<sup>8</sup>.

## Conclusión

Considera el autor, que la normativa convencional existente en materia de DIH, es amplia y suficiente tanto en materia humanitaria como en métodos y medios para el desarrollo de las hostilidades. En mi concepto el problema no es, ni será de tipo normativo. Si hay voluntad de quienes tienen la obligación de utilizar el DIH, el mismo tiene las normas necesarias para cumplir sus fines.

En el ámbito de los conflictos armados de carácter no internacional, o en aquellos países con niveles de violencia altos que reúnen las características que permiten la utilización del DIH, la falta de normativa objetiva, no es óbice para que se dejen de adoptar por analogía, las normas diseñadas para

7 Standing Rules of Engagement: International and Operational Law Department. Operational Law Handbook. Agosto de 2007. Página 83: "ROE provide a framework that encompasses national policy goals, mission requirements and the rule of law."

8 Política Integral de DDHH y DIH Ministerio de Defensa Nacional. Enero 2008. Se puede consultar en la Página web del Ministerio de Defensa Nacional. Archivo PDF página 34. [www.mindefensa.gov.co](http://www.mindefensa.gov.co)

---

conflictos internacionales en materia de distinción. Un ejemplo de ello es la forma como en Colombia muy a pesar de no estar definido a nivel político la existencia o no de un conflicto armado, la aplicación del DIH por parte de la Fuerza Pública es expedita y transparente.

Los DDHH cada vez inciden y limitan más la autonomía de los Estados para enfrentar las distintas amenazas y por ende, los obliga a ser mucho más cuidadosos y quirúrgicos en la utilización de la fuerza para enfrentar la violencia.

Las RDE, los AJOS, las Lecciones Aprendidas son algunas de las herramientas clave con que hoy cuentan los Estados, para la adecuada selección y neutralización de los objetivos militares aplicando el principio de distinción.

Las zonas grises, se constituyen en el principal reto que deben enfrentar quienes tienen la obligación de confrontar las nacientes amenazas que distan de las formas tradicionales y regulares de guerra de los siglos pasados. Los conflictos y confrontaciones actuales en medio de la población, ligados a la nula tolerancia Universal a las violaciones e infracciones a los derechos fundamentales, retan a los Estados y a organizaciones como el CICR a buscar estrategias y mecanismos que permitan atender y neutralizar la amenaza dentro de un marco legal y aceptable a nivel de la opinión pública.

Agresiones y amenazas de distintos tipos continuarán apareciendo y el derecho legítimo de los Estados por subsistir y proteger a las mayorías, bastará para justificar el uso de la fuerza. Por esta cruda pero inevitable realidad, el derecho internacional humanitario consuetudinario debe continuar desarrollándose por el bien de las generaciones actuales y venideras.



---

**IMPACTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO  
EN LA CONDUCCIÓN DE LAS HOSTILIDADES:  
OBJETIVOS MILITARES, ATAQUES INDISCRIMINADOS  
NORMAS Nº 11, Nº12 Y Nº 13.**

Capitán de Fragata CJ  
Víctor Jesús Gonzáles Jáuregui <sup>1</sup>

Sumario: Introducción; I. El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario y la conducción de las hostilidades; II. Aplicación efectiva de las normas reconocidas como parte del derecho internacional humanitario consuetudinario; III. América Latina: Constituciones y fuentes consuetudinarias del Derecho Internacional; IV. Jurisprudencia con fuentes consuetudinarias y convencionales; V. Vacíos del Derecho Internacional Humanitario en relación a los conflictos armados no Internacionales; VI. Conclusiones

## **INTRODUCCIÓN**

Sean mis primeras palabras para agradecer a la Delegación del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en Colombia, la invitación para participar en el lanzamiento de la versión en español del Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, realizada en esta cálida y cordial ciudad de Bogotá, integrando el panel sobre el Impacto del Derecho Consuetudinario en la conducción de las hostilidades: Objetivos Militares.

El citado Estudio fue publicado en el año 2005, tras casi diez años de investigación, por el CICR, habiendo sido lanzado en distintas ciudades y difundido en idiomas diferentes al español, desde entonces ha sido materia de consulta en aspectos referidos a la aplicación de normas consuetudinarias que forman parte del Derecho Internacional Humanitario, la principal coincidencia que pude advertir de las participaciones realizadas durante el evento, estuvo referida a explicar que la necesidad de haber realizado el estudio en mención era para superar algunos de los problemas que plantea la aplicación del Derecho Internacional Humanitario convencional, en primer lugar porque los tratados sólo se aplican a los Estados que los han ratificado y en segundo lugar porque el Derecho Internacional Humanitario convencional no regula con suficiente detalle gran parte de los conflictos armados actuales, es decir los conflictos armados no internacionales o internos, a pesar de la aprobación de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos Adicionales de 1977, estas normas convencionales han servido con poca eficacia para evitar el sufrimiento innecesario de las personas protegidas y tampoco han servido en gran medida para limitar

---

<sup>1</sup> Oficial del Cuerpo Jurídico de la Marina de Guerra del Perú, actualmente ocupa el cargo de Fiscal de la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar Policial, Lima - Perú.

los métodos y medios de hacer la guerra, este hecho fue ratificado por el invitado principal y coautor del Estudio el Sr. Jean-Marie HENCKAERTS, asesor jurídico de la División Jurídica del CICR.

Ante esta situación las finalidades del Estudio estuvieron dedicadas a determinar dos temas exclusivos; primero, que normas del Derecho Internacional Humanitario forman parte del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario y en consecuencia son aplicables a todas las partes en un conflicto, hayan o no ratificado los tratados que contienen esas normas y, en segundo lugar determinar si el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario regula los conflictos armados no internacionales de manera más detallada que el Derecho Internacional Humanitario convencional; estos objetivos a mi criterio fueron alcanzados plenamente, sin que ello signifique que el trabajo se encuentre terminado.

El conocimiento y difusión de las CIENTO SESENTA Y UNA (161) normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario resultantes del estudio realizado, son de suma importancia, ya que existe una diferencia fundamental según el origen de la norma aplicable por el Derecho Internacional Humanitario, las convencionales por su naturaleza no auto ejecutiva tienen primero que ser incorporadas como parte de la legislación interna de cada Estado, en cambio, respecto a las consuetudinarias cabría la posibilidad de ser aplicadas directamente en forma complementaria por los magistrados jurisdiccionales en la expedición de sentencias; si bien, en las Fuerzas Armadas de la República del Perú las normas convencionales son materia de estudio y forman parte de las diversas currículas de los centros de instrucción, es necesario que se reciba adiestramiento sobre las normas consuetudinarias, evitando de ese modo incurrir en violaciones a las prohibiciones prescritas por el Derecho Internacional Humanitario, más aún, si tenemos en cuenta que diversas normas originadas en la costumbre se encuentran también tipificadas en el artículo 8º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional como crímenes de guerra.

## **I. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUETUDINARIO Y LA CONDUCCIÓN DE LAS HOSTILIDADES**

La presentación, en sí, trató sobre las normas ubicadas en el Estudio dentro del Principio de Distinción, y específicamente referidas a la realización de ataques indiscriminados por parte de quienes participan en un conflicto, estas son las normas Nº 11, Nº 12 y Nº 13, el Estudio ha señalado que la práctica de los Estados las establece como normas de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales, sustentando por separado cada una de ellas.

### **Norma 11**

*“Quedan prohibidos los ataques indiscriminados”*

Para el Conflicto Armado Internacional se demuestra su prohibición a través

de:

- La presencia del elemento material y espiritual, ello las hace parte del Derecho Internacional consuetudinario y por lo tanto aplicable a los Estados.
- El Párrafo 4 artículo 51° del Protocolo Adicional I (PA I)
- La prohibición se encuentra incluida en muchos manuales militares.
- Existe múltiple legislación interna que la tipifica como delito.
- Las declaraciones oficiales y la práctica refrendan esta prohibición.

En caso de Conflicto Armado No Internacional se prueba a través de lo siguiente:

- No está incluida en el Protocolo Adicional II (PA II), pero se puede deducir del Párrafo 2 del art. 13°
- Si ha sido incluida la prohibición en el Protocolo II (P II) enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales.(1996)
- Los Manuales militares las prohíben.
- Existe abundante legislación que la sanciona penalmente.
- Se han presentado alegatos ante la Corte Internacional de Justicia a través de los cuales se rechaza esta actitud y las Naciones Unidas la condenan.
- No existe práctica oficial estatal, más bien ha sido condenada.
- La Jurisprudencia del TIPY la reafirma.
- La Cruz Roja (Conferencia Internacional XXV) la deplora y recuerda que es un deber no perpetrarlos, igualmente el CICR ha recordado a las partes en conflicto no perpetrarlos.

### **Norma 12**

*"Son indiscriminados los ataques:*

- a) que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;*
- b) en los que se emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o*
- c) en los que se emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar como exige el derecho internacional humanitario; y que, en consecuencia puedan alcanzar indistintamente, en cualquiera de tales casos, tanto a objetivos militares como a personas civiles o bienes de carácter civil"*

Para el Conflicto Armado Internacional se demuestra a través de:

- La presencia del elemento material y espiritual las hace parte del Derecho Internacional consuetudinario y por lo tanto aplicable a los Estados.
- Párrafo 4 artículo 51° del PAI
- Su prohibición está incluida en muchos manuales militares.
- Existe múltiple legislación interna que la tipifica como delito.
- Hay declaraciones oficiales y la práctica refrenda esta prohibición.
- La práctica de Estados que no son parte del PAI.

En caso de Conflicto Armado No Internacional se reafirma a través de:

- Su deducción del párrafo 2º del artículo 13º en el PAII, si bien no está incluida una definición en el citado Protocolo.
- Se ha incluido en el PII enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales (1996), con excepción del apartado c) de la norma 12 del Estudio.
- Los manuales militares las contienen total o parcialmente.
- Hay jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y del TIPY que prueba que la definición de ataque indiscriminado es consuetudinaria.
- La Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre armas nucleares prohíbe el uso de armas que no distinguen.
- No se ha propuesto otra definición y no existe práctica oficial contraria.
- La Cruz Roja (Conferencia Internacional XXIV) insto no utilizar medios ni métodos que no puedan ser dirigidos contra objetivos militares y cuyos efectos no puedan limitarse y el CICR ha recordado a las partes no perpetrar estos ataques.

### **Norma 13**

*“Quedan prohibidos los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como un objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados, situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en la que haya una concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil”*

En un Conflicto Armado Internacional está demostrado con:

- La presencia del elemento material y espiritual las hace parte del Derecho Internacional consuetudinario y por lo tanto aplicable a los Estados
- Están prohibidos en el párrafo 5 artículo 51º del PAI
- Su prohibición está incluida en muchos manuales militares.
- Las declaraciones oficiales y la práctica refrendan esta prohibición.
- La práctica de Estados que no son parte del PAI.

En caso de Conflicto Armado No Internacional se demuestra la prohibición con:

- Su deducción del párrafo 2º del artículo 13º, aunque no este incluida expresamente la prohibición en el PAII.
- Se ha incluido en el PII enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales (1996).
- Los manuales militares contienen prohibición de “bombardeos en zona”
- No existe práctica oficial contraria.

## **II. APLICACIÓN EFECTIVA DE LAS NORMAS RECONOCIDAS COMO PARTE DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO**

Para que las normas analizadas sean de aplicación efectiva por parte de los Estados es necesario que esbozcamos algunas respuestas para preguntas que nos parecen de carácter obligatorio, entre ellas se deberá determinar que organismo estatal va a aplicar la sanción de las violaciones y transgresiones de estas normas? ¿Qué mecanismos se podrán utilizar para hacer efectiva la sanción? ¿Las Constituciones de América Latina permiten de algún modo la aplicación de sanciones a las violaciones de estas normas? ¿Cómo concretar jurídicamente el impacto del derecho consuetudinario en la conducción de las hostilidades?

## **III. AMÉRICA LATINA: CONSTITUCIONES Y FUENTES CONSUECUDINARIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL**

La profesora Elizabeth Salmón , señala que ha detectado en América Latina cuatro tendencias constitucionales en relación con la fuente consuetudinaria del Derecho internacional, en este caso como se reciben las normas de Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, la primera trata de las constituciones que guardan silencio, la segunda son las constituciones que reconocen o declaran la obligatoriedad del Derecho internacional general, la tercera son las constituciones que adoptan automáticamente el Derecho internacional general pero solo una vez que ha sido aceptado y aprobado como tal por el Estado; y la cuarta son las que se refieren a normas específicas de Derecho Internacional Consuetudinario.

En el Perú, la Constitución Política de 1993, es de las que guardan silencio constitucional frente a la costumbre internacional, ello sin embargo no debe interpretarse como un rechazo u hostilidad al Derecho internacional general; eso lo observaremos más adelante cuando hagamos el comentario sobre la sentencia recaída en el caso Lucanamarca; debiendo ratificarse que las normas consuetudinarias se encuentran en el mismo plano que las convencionales, salvo disposición contraria, el reconocimiento de este principio significaría un gran avance para lograr una aplicación efectiva de las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario.

## **IV. JURISPRUDENCIA CON FUENTES CONSUECUDINARIAS Y CONVENCIONALES**

Siguiendo la línea del comentario en el Perú la Sala Penal Nacional, que juzga casos de delitos de Terrorismo, con fecha 13 de octubre del año 2006, ha expedido una aleccionadora sentencia en el caso Lucanamarca, mediante la cual condeno al líder del movimiento subversivo Sendero luminoso Abimael Guzmán Reynoso y a otros 22 miembros de la cúpula senderista.

La citada sentencia no sólo reconoció que en el Perú se había dado un Conflicto Armado No Internacional, situación que había sido determinada anteriormente, pero sin carácter legal ni vinculante, en su informe por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, sino que además reafirmó que el derecho aplicable al conflicto peruano estaba constituido por una norma imperativa o de *ius cogens* como es el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y que por otro lado también resultaban aplicables algunas disposiciones (del Protocolo Adicional II) que han alcanzado el carácter de normas consuetudinarias o reflejan principios de alcance universal, que deban aplicarse a cualquier situación de conflicto armado más allá de su característica jurídica .

Lo más rescatable es que afirma la aplicabilidad de normas consuetudinarias internacionales; es decir, normas que resultan de la práctica estatal y no de tratados que adquieren, por esta vía, carácter obligatorio incluso para aquellos que no sean parte de ellos, esto significa un avance importantísimo que a mi criterio reafirma la importancia que tienen los órganos jurisdiccionales para hacer efectivas las normas que son parte del Estudio.

La Sala Penal Nacional al igual que la Comisión de la Verdad y Reconciliación formuló que no era aplicable el Protocolo Adicional II, porque a su criterio no se daba la existencia de un mando responsable en Sendero Luminoso capaz de hacer cumplir el Derecho Internacional Humanitario, sin embargo no excluyó la aplicación de algunas normas del Protocolo Adicional II, no por su origen convencional que las hacía imperativas, sino que esas normas habían alcanzado el status de normas consuetudinarias siendo por tanto capaces de ser aplicadas a conflictos, aunque estos no cumplieren formalmente con los requisitos señalados en el Protocolo Adicional II.

La sentencia se encuentra en etapa de ejecución y no ha sido cuestionada desde el punto de vista constitucional a pesar de cómo señaláramos anteriormente la Constitución peruana guarda silencio respecto a la recepción de normas de carácter consuetudinario, entonces es posible la aplicación a través de la vía jurisdiccional de estas normas.

## **V. VACÍOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN RELACIÓN A LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES**

Justamente las falencias del Derecho Internacional Humanitario convencional expresadas en su falta de rigurosidad para el tratamiento de los Conflictos Armados internos, mencionadas en la parte introductoria de este artículo, fue lo que quizás impulsó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Isayeva, Yusupova y Bazayeva versus Rusia*, a resolver un tema de conducción de hostilidades en el marco del enfrentamiento ruso – checheno, bajo la óptica de los Derechos Humanos.

El tribunal Europeo decidió dejar de lado el principio establecido por la Corte Internacional de Justicia respecto a la relación de *lex specialis* entre el

---

derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

La difusión y aplicación del Estudio en lanzamiento servirá para superar estos vacíos que se presentan en los Conflictos Armados internos. Hasta hace poco la especialista Elizabeth Salmón se preguntaba qué normas del Protocolo Adicional II han alcanzado el status de normas consuetudinarias, ahora ya tenemos la respuesta, a través del Estudio se han determinado cuales son esas normas de Derecho Internacional Humanitario que tienen origen consuetudinario pero que los Estados se encuentran obligados a respetar.

## VI. CONCLUSIONES

Las Fuerzas Armadas en el específico ámbito latinoamericano tienen claro que frente a las ventajas militares que pudieran obtener de los enfrentamientos armados, prima el respeto de las normas N° 11, N° 12 y N° 13 sobre ataques indiscriminados, sin interesar la calificación jurídica del conflicto como internacional o no internacional, y si esta situación, la de conflicto, haya sido reconocida o no por el Estado involucrado.

La aplicación de las normas consuetudinarias provenientes del Estudio servirá para terminar con la poca especificidad del Derecho Internacional Humanitario respecto a los casos de Conflictos Armados Internos, evitando que se siga quebrantando el principio de *lex specialis derogat lex generali*, con la aplicación de normas de los derechos humanos en desmedro del Derecho Internacional Humanitario.

Los magistrados de los órganos jurisdiccionales a nivel nacional e internacional, al emitir sus sentencias, tienen un papel vital para lograr la eficacia en la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario.

Los Estados y los organismos internacionales, a veces sin ser conscientes de ello, a través de la práctica estatal y la *opinio juris* van impulsando el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario.



---

# EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUETUDINARIO ESTUDIO DEL COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA

## COMENTARIOS SOBRE LA REGLA 117 “PERSONAS DESAPARECIDAS”

Elizabeth Santalla Vargas<sup>1</sup>

SUMARIO: I. Introducción; II. Sobre los elementos y el racional de la Regla 117; III. ¿Cuál es la relevancia de la determinación del carácter consuetudinario de la Regla 117?; IV. ¿Cómo llega el estudio a la conclusión del carácter consuetudinario de la regla 117?; V. Conclusiones

### I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional Humanitario (de aquí en adelante: ‘DIH’) es uno de los ámbitos del derecho internacional cuyo desarrollo y aplicación han sido fuertemente influenciados por el Derecho Internacional Consuetudinario. Testimonio de ello constituyen, por ejemplo, las decisiones de los Tribunales Penales Internacionales *ad-hoc*, las mismas que desde *Tadić*<sup>2</sup>, pasando por *Galić*<sup>3</sup> y otros desarrollos recientes<sup>4</sup>, encontraron en la costumbre internacional el fundamento de la responsabilidad penal individual por crímenes del derecho internacional. Pero la influencia de la costumbre internacional en el desarrollo del DIH ciertamente ha trascendido el ámbito del derecho penal internacional, repercutiendo también en el contexto de la responsabilidad internacional y así también en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Es en mérito a tal influencia que un profundo análisis sobre el contenido y alcance de la costumbre

- 
- 1 Profesora de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional del Asilo: Universidad Privada Boliviana, Universidad Católica Boliviana, Universidad Andina Simón Bolívar, Curso Andino sobre Derecho Penal Internacional de la Comisión Andina de Juristas.
  - 2 La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia confirmó la competencia del Tribunal con relación a los actos denunciados en la acusación, considerando irrelevante la determinación de si ocurrieron en un conflicto armado internacional o no internacional, en base, *inter alia*, al derecho consuetudinario. Así, dio paso al primer juzgamiento del Tribunal. *Fiscal v. Dusko Tadić alias “Dule”*, Decisión Relativa a la Apelación de la Defensa Concerniente a la Excepción Prejudicial de Incompetencia, de 2 de octubre de 1995. Para una traducción al español y comentarios, véase R. Prieto Sanjuán, *Tadić – Internacionalización de Conflictos Internos y Responsabilidad Individual*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2005.
  - 3 En *Prosecutor v. Galić*, la Sala de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia determinó que las prohibiciones de cometer actos o amenazas de terror de los arts. 51(2) del PAI y 13(2) del PAII constituían “una prohibición específica dentro de la prohibición general (consuetudinaria) de ataque a civiles”. (Caso Nº IT-98-29-T, Sentencia de 5 de diciembre de 2003, párr. 97). En apelación, a efectos jurisdiccionales, la Sala de Apelaciones consideró que la prohibición de cometer actos de terror de los artículos citados, era parte del derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, cabe notar que el Juez Schomburg disintió en que dichas prohibiciones acarrearán responsabilidad penal individual bajo el derecho consuetudinario. (Caso Nº IT-98-29T- Sala de Apelaciones, Sentencia de 30 de noviembre de 2006, párr. 87). Para un análisis sobre las implicaciones del caso, véase S. Jodoin, ‘Terrorism as a War Crime’, *International Criminal Law Review* 7 (2007).
  - 4 Por ejemplo el caso *Lubanga* de la Corte Penal Internacional sobre la armonización de la tipificación del tipo de reclutamiento de niños menores de 15 años con relación al conflicto armado internacional y no internacional. Al respecto véase, e.g., E. Santalla Vargas, ‘Convergencias y Divergencias: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional con Relación al Conflicto Armado’, en *Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario*, OEA y CICR, Washington D.C., 2007.

internacional en el ámbito del DIH cobra relevancia. En ese marco, el estudio El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del CICR<sup>5</sup> (de aquí en adelante: 'Estudio') representa un valioso aporte en la discusión de tan complejo, importante y necesario análisis al poner en la palestra del debate la práctica de un sinnúmero de Estados; práctica que por barreras idiomáticas, por preponderancia político-económica, o por varias otras más, ha pasado por lo general inadvertida con relación a Estados de menor visibilidad o, por qué no decirlo, de menor influencia en el sistema de las relaciones internacionales.

La problemática de las personas desaparecidas y las respuestas ante dicho dilema son, precisamente, una manifestación elocuente de la práctica de los Estados latinoamericanos y un reflejo de la intrínseca relación entre los derechos humanos y el DIH y de cómo dicha relación puede influenciar la formación de costumbre internacional en el ámbito del DIH.

El Estudio recoge en la Regla 117 el caso de las personas desaparecidas en los siguientes términos:

*Las partes en conflicto tomarán todas las medidas factibles para averiguar lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto armado y transmitirán a los familiares de éstas toda la información de que dispongan al respecto.*

(La regla es aplicable tanto al ámbito del conflicto armado internacional como no internacional y concordante con la prohibición de las desapariciones forzadas, la obligación de respetar la vida familiar y la obligación de registrar toda la información disponible antes de inhumar a los muertos: Reglas 98, 105 y 116 del Estudio, respectivamente).

Los comentarios que tuve el honor de presentar sobre la Regla 117 del Estudio, con ocasión del lanzamiento de la versión en español, son esbozados en los puntos que siguen a continuación.

## II. SOBRE LOS ELEMENTOS Y EL RACIONAL DE LA REGLA 117

Dos obligaciones principales para las partes en conflicto subyacen en la Regla 117, a saber: (i) la obligación de averiguar lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas; y (ii) la obligación de transmitir a los familiares *toda* la información de que dispongan con relación a (i). La primera, como apunta el Estudio, es una *obligación de conducta*<sup>6</sup>; la segunda es más bien una *obligación de resultado*<sup>7</sup>. El Estudio considera que la práctica analizada apunta a catalogar el registro de los fallecidos y las personas privadas de libertad, así como la exhumación como métodos adecuados para satisfacer la primera obligación. Así también el establecimiento de comisiones

5 J. Henckaerts y L. Doswald-Beck: El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. CICR, 2007, Vol. I: Normas. Traducción de M. Serrano García.

6 Estudio, p. 482.

7 Estudio, p. 483.

especiales (u otros mecanismos de búsqueda)<sup>8</sup>. Dicha obligación surge '[...]' a más tardar, después de que la parte adversa notifique la desaparición.<sup>9</sup>

El racional de las obligaciones que emanan de la Regla en cuestión podría derivarse también del desarrollo de otras áreas del derecho internacional, a saber: los derechos humanos y la justicia de transición. En efecto, en el contexto de los derechos humanos el *derecho a la verdad* ha sido reconocido como un derecho esencial en la respuesta jurídica a la problemática de la desaparición forzada de personas. En el ámbito del Sistema Interamericano de derechos humanos la línea jurisprudencial ha enfocado el derecho a la verdad como un derecho de carácter colectivo y privado

[...] que conlleva el derecho de la sociedad a "tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos", y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con su ser querido, lo que permite una forma de reparación<sup>10</sup>.

Pero la primera vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de aquí en adelante: 'CIDH') se refirió explícitamente al derecho a la verdad, invocado por la Comisión,<sup>11</sup> fue en *Bámaca Velásquez*<sup>12</sup> que involucró el caso de una desaparición forzada de persona en el contexto de un conflicto armado no internacional (acaecido en Guatemala). Si bien la CIDH consideró que el derecho a la verdad se encontraba subsumido en los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente), al obtenerse del Estado '[...] el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes [...]'<sup>13</sup>, el Juez Trindade remarcó que la búsqueda de la verdad en este tipo de casos '[...] constituye el punto de partida para la liber[a]ción así como la protección del ser humano; sin la verdad (por más ins[o]portable que ésta venga a ser) no es posible liberarse del tormento de la incertidumbre, y tampoco es posible ejercer los derechos protegidos'<sup>14</sup>.

La concepción del derecho a la verdad también como un derecho colectivo, que '[...] acoge una exigencia legítima de la sociedad a saber lo sucedido [...]'<sup>15</sup>, tiene especial relevancia vis-à-vis etapas dominadas por el autoritarismo<sup>16</sup>, en las que es iluso pensar en un adecuado acceso a la información y reacción pública. En ese marco, el derecho a la verdad cala en la razón de ser de la justicia de transición. Vale decir, en el '[...] ámbito de los procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad para afrontar un legado de abusos [graves violaciones a los derechos humanos] a gran escala del pasado, para asegurar responsabilidad, rendir justicia

8 Estudio, p. 482-483.

9 Estudio, p. 483.

10 CIDH Caso Barrios Altos v. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 197.

11 S. García Ramírez, Voto Razonado, párr. 22. CIDH, nota infra.

12 CIDH Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

13 CIDH, ibid, párr. 201.

14 C. Trindade, Voto Razonado, párr. 29. CIDH, ibid.

15 García Ramírez, nota supra 10, párr. 19.

16 García Ramírez, ibid.

y lograr reconciliación<sup>17</sup>. Sin embargo, cabe precisar que la justicia de transición no se limita a la mutación de la dictadura a la democracia – siendo éste uno de sus escenarios más frecuentes – sino también a procesos de paz dentro de un conflicto armado en curso y/o de una democracia formal<sup>18</sup>. Las reacciones ante tales situaciones usualmente comprenden soluciones de carácter penal, extra-penal y/o pseudo-penales. Entre los mecanismos alternativos al derecho penal, resalta la creación de las llamadas ‘comisiones de la verdad y reparación’.

En el caso latinoamericano, la primera Comisión de la Verdad – y la única que no produjo un informe final – fue la ‘Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos Forzados’ de Bolivia<sup>19</sup>, constituida como la primera medida para afrontar el pasado conflictivo a tiempo de la reinstauración de la democracia (1982). Pese a que las violaciones a los derechos humanos cometidas durante los regímenes de facto (1964–1982) se perpetraron de distintas maneras, el mandato de la Comisión se limitó al análisis, investigación y determinación de la situación de los desaparecidos<sup>20</sup>. Tal reacción contrasta también con la inexistencia de la criminalización de la desaparición forzada de personas en el ordenamiento jurídico boliviano, que se concretara recién el 2006<sup>21</sup>, es decir más de dos décadas después de la creación de la Comisión.

Posteriormente, varias otras comisiones de la verdad se suscitaron en Latinoamérica, a saber: la Comisión Nacional sobre las Personas Desaparecidas<sup>22</sup>, que investigó las violaciones a los derechos humanos acaecidas durante la dictadura militar argentina (1976-1983). En noviembre de 1984, la Comisión publicó su informe titulado ‘Nunca más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas’, el mismo que reveló hechos relacionados a la desaparición de 8,960 personas<sup>23</sup>. En Chile, a la caída de la dictadura de Pinochet, se creó la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación<sup>24</sup>. La Comisión investigó, inter alia, las muertes y desapariciones ocurridas entre 1973 y 1990. Entre las recomendaciones de carácter legal y administrativo que emanaron de la Comisión, llama la atención aquí la recomendación sobre procedimientos expeditos para declarar la presunción de muerte en los casos de personas desaparecidas, así como la criminalización de la conducta de ocultar o retener información sobre la ubicación de restos ilegalmente enterrados<sup>25</sup>. En El Salvador, la Comisión de la Verdad<sup>26</sup> investigó los abusos cometidos durante el conflicto armado (1980-1992), los mismos que fueron reportados en el

17 K. Ambos: *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Bogotá: Temis, 2008, p. 7.

18 Ambos, *ibid*, p. 8.

19 Creada mediante Decreto Supremo N° 19241, de 28 de octubre de 1982.

20 Para un análisis de la justicia de transición y en particular de la Comisión, véase E. Santalla Vargas, ‘Justicia de Transición en el Caso boliviano’ en, K. Ambos et al (a publicarse). *Stricto sensu se trató más bien de una comisión de investigación, más que de una de verdad y reconciliación.*

21 Al respecto, E. Santalla Vargas: ‘Informe Bolivia’, en Ambos, et al (eds.) *Cooperación y Asistencia Judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, p. 70.

22 Creada mediante Decreto Ley N° 187/83 de 15 de diciembre de 1983.

23 E. Salmón, ‘Reflections on International Humanitarian Law and Transitional Justice: Lessons to be Learnt from the Latin American Experience’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 88 (862), 2006, p. 344.

24 Creada mediante Decreto Supremo N° 355 de 24 de abril de 1990.

25 Salmón, nota *supra* 22, p. 346.

26 Creada como parte de los Acuerdos de Paz negociados entre el gobierno y el Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional. Salmón, nota *supra* 22, p. 347.

informe titulado 'De la Locura a la Esperanza: la Guerra de 12 Años en El Salvador'. Otra comisión de la verdad constituida para establecer los hechos y las causas de las violaciones a los derechos humanos cometidas en un conflicto armado no internacional fue la Histórica Comisión de Clarificación de Guatemala<sup>27</sup>. Dos años después, se constituyó la Comisión de la Verdad y Justicia del Ecuador<sup>28</sup>. Su mandato incluyó la investigación de las desapariciones forzadas cometidas durante gobiernos 'democráticos'<sup>29</sup>. Asimismo, la Comisión de la Verdad de Panamá<sup>30</sup> se focalizó de manera particular en el caso de la desaparición forzada de personas cometida durante las dos décadas del régimen militar (1968-1988). Por último, la Comisión para la Verdad y Reconciliación del Perú<sup>31</sup> investigó también, inter alia, la desaparición forzada de personas acaecida en el marco del conflicto armado no internacional (1980-2000).

Como puede advertirse, el caso de la desaparición forzada de personas repercutió de manera particular en el mandato – explícito o no - de las Comisiones de la Verdad latinoamericanas; constituyendo, en gran parte de los casos, el principal centro de investigación y el núcleo de los informes producidos por las Comisiones, tanto en el marco de conflictos armados no internacionales, como fuera de ellos. Dicha práctica estatal denota el valor que los Estados latinoamericanos, en el marco de sus procesos de transición, han atribuido al llamado derecho a la verdad, en particular, con relación a la problemática de las personas desaparecidas.

El hecho que casi todas las Comisiones emitieran un informe (público) a la conclusión de su mandato y las recomendaciones que varias de ellas formularon, son manifestaciones concretas de la conciencia de dichos Estados en cuanto a la obligación de averiguar lo sucedido con las personas desaparecidas y brindar información al respecto a los familiares, aspectos que recoge la Regla 117.

### III. ¿CUÁL ES LA RELEVANCIA DE LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER CONSUECUDINARIO DE LA REGLA 117?

Las fuentes convencionales de los elementos de la Regla 117, se encuentran principalmente en las siguientes disposiciones, enunciadas en el Estudio: la obligación de cada parte en conflicto de buscar a las personas dadas por desaparecidas por la parte adversa (art. 33 PAI); el establecimiento de oficinas de centralización de información relativa a los prisioneros de guerra y a las personas civiles de la parte adversa, la transmisión de dicha información a esa parte y la investigación de la suerte de las personas desaparecidas (art. 122 III CG); la obligación de las partes en conflicto de facilitar las investigaciones de quienes buscan a miembros de las familias dispersas a causa del conflicto (art. 26 IV CG). Por su parte, el derecho de los familiares a conocer la suerte de los desaparecidos, queda recogido en el PAI (art. 32).

27 Creada en virtud al Acuerdo de Oslo de 23 de junio de 1994.

28 Creada mediante Decisión Ministerial de 17 de septiembre de 1996.

29 Salmón, nota supra 22, p. 346.

30 Decreto Ejecutivo N° 2, de 18 de enero de 2001.

31 Creada mediante Decreto Supremo 065-2001-PCM, de 2 de junio de 2001.

Dichas disposiciones corresponden al marco regulador del conflicto armado internacional. Por consiguiente, en ausencia de disposiciones similares en el Protocolo Adicional II (y en el artículo 3 común), la norma consuetudinaria cumplimenta en este caso dicho vacío normativo con relación al conflicto armado no internacional.

Siendo que la mayor parte de la normativa convencional cimiento del DIH se concibió para el ámbito del conflicto armado internacional, la Regla 117 constituye un claro ejemplo de la importancia que la extensión de dicho marco regulador al ámbito del conflicto armado no internacional desde el derecho consuetudinario puede tener en la protección jurídica de, en el caso en cuestión, el derecho a la verdad en cualquier tipo de conflicto armado.

La obligatoriedad que imprime el derecho consuetudinario plasmado en la Regla 117 también en el ámbito del conflicto armado no internacional, queda ampliamente sustentado por la evidencia de práctica estatal. En el contexto latinoamericano, dicha práctica puede reputarse constante y uniforme, teniéndose en cuenta, inter alia, que la constitución de Comisiones de la Verdad, varias de las cuales investigaron la situación de las personas desaparecidas con relación a conflictos armados no internacionales, fue uno de los mecanismos de la justicia de transición más popular.

#### **IV. ¿CÓMO LLEGA EL ESTUDIO A LA CONCLUSIÓN DEL CARÁCTER CONSUEUDINARIO DE LA REGLA 117?**

La evidencia que el Estudio aporta con relación al primer elemento de la Regla 117, i.e. la obligación de averiguar lo acaecido a las personas desaparecidas, se refiere en principio a una serie de acuerdos concluidos entre las partes, tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales, que de manera específica reconocen dicha obligación. Asimismo, esta obligación se encuentra en una serie de manuales militares y en legislación nacional, distinguiéndose la normativa penal y disciplinaria del Movimiento y Ejército de Liberación del Pueblo Sudanés, al tratarse de normativa que obliga en el sentido de la Regla 117 a agentes no estatales. Por otro lado, el Estudio aduce la práctica que sustenta la Regla de Estados que no son parte del Protocolo Adicional I, o que no lo eran a tiempo de la materialización de la práctica en cuestión. Las solicitudes específicas de Estados y de organizaciones internacionales respecto a la búsqueda del paradero de las personas desaparecidas a consecuencia de los conflictos armados acaecidos en Bosnia y Herzegovina, Chipre, Guatemala, Kosovo, Timor Oriental, y la antigua Yugoslavia en general son también consideradas por el Estudio. Además de las resoluciones concernientes a países concretos, el Estudio hace referencia a Resoluciones específicas sobre la obligación en cuestión de la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>32</sup> y de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>33</sup> que fueron aprobadas sin ningún voto negativo. En el último caso se resalta que a tiempo de la aprobación de

32 Resolución 3220 (XXIX) (aprobada con 95 votos a favor, ninguno en contra y 32 abstenciones).

33 Resolución 2002/60 (aprobada sin votación).

la resolución, India, Indonesia, Japón, Malasia, Pakistán, Sudán y Tailandia no eran Estados parte de los Protocolos Adicionales.

Con relación al segundo elemento de la Regla 117, i.e. la obligación de transmitir a los familiares toda la información de que dispongan las partes en conflicto, el Estudio menciona la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en 1995 y el Plan de acción 2000-2003, aprobado por la XXVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Asimismo, varias otras resoluciones aprobadas por organizaciones y conferencias internacionales.

El Estudio también incluye la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, que '[...] confirma que está prohibido denegar deliberadamente información a los familiares sobre sus parientes desaparecidos'.<sup>34</sup>

Respecto a práctica negativa, el Estudio resalta el caso alemán que a tiempo de la ratificación de los Protocolos Adicionales efectuó una declaración interpretativa del art. 32 del Protocolo Adicional I,<sup>35</sup> en el sentido que éste '[...] no confiere el derecho subjetivo a los parientes de una persona desaparecida para obtener información [...]'.<sup>36</sup>

De manera complementaria, el Estudio resalta de la práctica analizada la exhumación como un método idóneo para establecer la suerte que han corrido las personas desaparecidas, así como también la constitución de comisiones especiales.

En síntesis, el Estudio señala que la práctica apunta a que esta obligación deviene del derecho de los familiares a conocer la suerte que han corrido sus parientes desaparecidos, implícito en el art. 26 del IV CG. Por su parte, el Protocolo Adicional I establece explícitamente que en aplicación de la Sección sobre Personas Desaparecidas y Fallecidas, los Estados parte, las partes en conflicto y las organizaciones humanitarias internacionales '[...] deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros' (art. 32). El Estudio subraya que una interpretación literal ordinaria de esta oración y de contexto apunta a que este derecho existía ya antes de la aprobación del Protocolo Adicional I. Adicionalmente, indica que las disposiciones del Protocolo Adicional I con relación a la búsqueda de las personas desaparecidas y al trato otorgado a los restos de las personas fallecidas (arts. 33 y 34, respectivamente), emanan de ese derecho.

<sup>34</sup> Estudio, p. 461.

<sup>35</sup> Alemania: Memorando Explicativo sobre los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra.

<sup>36</sup> Estudio, pp. 480-481.

## V. CONCLUSIONES

El caso de las personas desaparecidas vislumbra la trascendencia que la intrínseca relación entre los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional puede ejercer en la verificación de una norma de derecho consuetudinario. En efecto, la consideración que el derecho a la verdad, vis-à-vis la problemática de la desaparición forzada de personas, ha tenido en el ámbito del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y en el contexto de la justicia de transición refuerza, de manera particular en el contexto latinoamericano, el carácter consuetudinario de la Regla 117.

La aplicación de la Regla 117 también en el ámbito del conflicto armado no internacional, es ciertamente un valioso aporte que el derecho consuetudinario brinda en cuanto a la protección y vigencia de las consecuencias que entraña el derecho a la verdad en el caso de las personas desaparecidas, práctica que cuenta con sobrada evidencia - recopilada en el Estudio y que en mi opinión alcanza los estándares de generalidad y virtual uniformidad para la determinación de una norma de derecho consuetudinario - y que adicionalmente queda reforzada con la constitución de las Comisiones de la Verdad, las mismas que particularmente en el contexto latinoamericano denotan práctica operacional de los Estados con relación a las obligaciones que informa la Regla.

---

## EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO Y EL DESPLAZAMIENTO FORZADO<sup>1</sup>

Ramiro Ávila Santamaría<sup>2</sup>

SUMARIO: I. El fenómeno del desplazamiento forzado; II. Regulación jurídica internacional; III. Utilidad del derecho internacional humanitario consuetudinario;

Este ensayo abordará la relación entre el desplazamiento forzado y el derecho internacional humanitario consuetudinario (DIHC) en tres partes. En una primera parte se hará una descripción muy breve sobre el fenómeno del desplazamiento en el mundo. En segundo lugar, se abordará la regulación jurídica internacional como reacción a un problema grave humanitario. En tercer lugar, se destacará la utilidad de la normativa consuetudinaria para abordar el tema del desplazamiento.

### I. EL FENÓMENO DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO

Se entiende por desplazamiento forzado “las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.”<sup>3</sup>

Dos elementos destacamos de esta definición: las personas dejan de vivir en su hogar en contra de su voluntad y no cruzan las fronteras. En esta última situación, si es que habría cruce de fronteras, estaríamos hablando de la institución del refugio, que tiene una regulación específica aunque las situaciones que la provocan son semejantes.

El fenómeno del desplazamiento es particularmente grave en el mundo, no sólo por el número de personas que lo sufren sino por las consecuencias.

Como ocurre frecuentemente en los hechos violatorios a los derechos de las personas, el desplazamiento forzado genera un cuadro de violaciones a los derechos que podría llamarse complejo o, como lo ha denominado la propia

---

1 Las reflexiones de este ensayo se inspiran en el impecable y preciso libro de Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, publicado y auspiciado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, a propósito del lanzamiento del libro en su versión española, en Bogotá: Jean-Marie Henckaerts – Louise Doswald-Beck, El derecho internacional humanitario consuetudinario, CICR, 2007, Vol. I: Normas. Traducción de M. Serrano García.

2 Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Master en Derecho por Columbia University, Profesor de Derecho Internacional Humanitario en la PUCE y profesor de Teoría General de Derechos Humanos en la Universidad Andina Simón Bolívar.

3 ONU, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, principio 2, en [http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/principios\\_rectores\\_desplazamientos\\_internos.html](http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/principios_rectores_desplazamientos_internos.html) (visita 3 de julio 2008)

Corte Constitucional Colombiana, un estado de cosas inconstitucional<sup>4</sup>. Si una persona se desplaza de forma forzada, esa persona tendrá una amenaza directa a su derecho a la salud (no sabe dónde quedan los servicios de salud, no los hay o no les brindan), a la integridad física (condiciones de vida que atentan contra su cuerpo y equilibrio emocional), al trabajo (perder la forma cotidiana de ganarse el sustento), al mínimo vital (deja de percibir los ingresos económicos), a la vivienda (deja su casa, hogar o domicilio habitual), a la libertad de movimiento (no decide a dónde ir sino a donde la necesidad le lleve), a la educación (igual que el trabajo, no podrá asistir a los establecimientos educativos), a la personalidad (la identidad se modifica y se pierde el control autónomo de las formas de desarrollar la vida). Para entender, de manera más humana, los efectos del desplazamiento en un conflicto y poder imaginar las historias de gente que huye de la violencia, recomendamos leer a Laura Restrepo, *La multitud errante*.<sup>5</sup>

Por mencionar un caso de la región, que ha sido ampliamente documentado por el ACNUR, el gobierno y por la Corte Constitucional, en Colombia “cada año, 220.000 personas son forzadas por el conflicto armado a dejar sus viviendas en diferentes lugares del país. Como resultado, 2’500.962 colombianos son reconocidos hoy por el Gobierno como desplazados. La directora del Departamento Nacional de Planeación (DNP)... informó [que] había 563.000 hogares en esta situación.”<sup>6</sup>

La reacción ante este fenómeno, que no es nuevo ni exclusivo de los países periféricos, no se hizo esperar. Lo primero que acontece es la conciencia del problema, luego se toman medidas que intentan afrontar el problema, una de ellas, quizá la inevitable aunque no la más efectiva, es la de desarrollar normas jurídicas. A nivel interno, el problema se lo puede mirar desde la lectura constitucional, como violación de derechos humanos, y en este sentido Colombia ha sido ejemplar por la sentencia expedida en el 2004.

La sentencia sobre desplazamiento forzado, expedida por la Corte Constitucional de Colombia, ha sido un hito en el sentido de intentar, desde lo judicial, abordar un problema de políticas públicas del Estado. La sentencia acumuló 108 expedientes y pretende resolver el problema de 1.150 núcleos familiares desplazados. La sentencia consideró que la violación a múltiples derechos por el desplazamiento es masiva, prolongada y reiterada, y este fenómeno -como quedó dicho- lo consideró como “estado de cosas inconstitucional”. La sentencia estableció responsabilidad imputable a toda autoridad pública involucrada, por acción u omisión, con el fenómeno y dispuso al menos un mínimo de protección para respetar el núcleo esencial de los derechos, el apoyo a la estabilización socioeconómica y el derecho al retorno. También ha sido un hito la sentencia en el sentido de involucrarse en la ejecución, a través de autos, de lo resuelto para que la protección sea efectiva.<sup>7</sup>

4 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025-2004.

5 Laura Restrepo, *La multitud errante*, Seix Barral Biblioteca Breve, Bogotá, 2001.

6 ACNUR, “Desplazados son 2,5 millones”, 3 de julio de 2008, en [http://www.acnur.org/index.php?id\\_pag=7710](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=7710) (visita 3 de julio 2008)

7 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025-2004.

A nivel internacional, que es lo que nos ocupa, también tenemos regulaciones.

## II. REGULACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

El desplazamiento forzado ha sido regulado desde tres fuentes del derecho, que tienen diversos grados de vinculación jurídica. Como soft law tenemos “Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos”, elaborado por Naciones Unidas en 1998, y que ofrecen una guía completa para abordar el fenómeno del desplazamiento forzado. Este instrumento no es vinculante para los Estados y, de hecho, no tiene mecanismo de supervisión alguna. “Esta declaración de principios internacionales busca llenar el vacío dejado por el Derecho internacional positivo respecto de las acciones vinculadas en defensa de los derechos de los desplazados internos.”<sup>8</sup>

El DIH tiene regulaciones específicas en los Convenios de Ginebra y Protocolos Adicionales sobre desplazados. Se prohíbe, por ejemplo, el ordenar el desplazamiento y forzar a civiles a abandonar su propio territorio.<sup>9</sup> De igual modo, el derecho penal internacional considera como un crimen de guerra el ordenar el desplazamiento de una población civil.<sup>10</sup> Estos instrumentos son vinculantes pero sólo en relación a los Estados Parte.

Finalmente, tenemos normas de *ius cogens*, que tiene la maravillosa particularidad que son vinculantes y que no requieren de proceso de ratificación. La dificultad de estas normas radican en su identificación, de ahí la enorme contribución de Henckaerts y Louise Doswald-Beck, al sistematizar y demostrar cuáles son las normas de derecho consuetudinario en DIH, que cumplen con los requisitos del *opinio iuris* y de la práctica de los Estados.

El derecho consuetudinario regula el desplazamiento forzado en **tres fases**: (1) anterior al desplazamiento, (2) durante el desplazamiento, y (3) después del desplazamiento.

(1) Anterior al desplazamiento:

### **Norma 129**<sup>11</sup>

*A. Las partes en un conflicto armado internacional no pueden deportar o trasladar a la fuerza a toda la población civil de un territorio ocupado, o a parte de ella, a no ser que lo exijan la seguridad de la población civil o razones militares imperiosas.*

*B. Las partes en un conflicto armado no internacional no pueden ordenar el desplazamiento, total o parcial, de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que lo exijan la seguridad de la población civil o*

8 Vilma Balmaceda-Denisse Roullon, “Derecho Internacional Humanitario y la protección de refugiados y desplazados”, en Fabián Novak (Coordinador), Derecho Internacional Humanitario, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 331.

9 Protocolo II de 1977, Art. 17.

10 Estatuto de la Corte Penal Internacional, Art. 8 (2)(e)(viii)

11 International Review of the Red Cross, Derecho consuetudinario, Volúmen 87, Número 857, Marzo de 2005, p. 43.

*razones militares imperiosas.*

**Norma 130**

Los Estados no pueden deportar o trasladar partes de su población civil a un territorio ocupado por ellos.

(2) Durante el desplazamientos:

**Norma 131**<sup>12</sup>

*En caso de desplazamiento, se tomarán todas las medidas posibles para que las personas afectadas sean acogidas en condiciones satisfactorias de alojamiento, higiene, salubridad, seguridad y alimentación, y para que no se separen los miembros de una misma familia.*

(3) Después del desplazamiento:

**Norma 132**<sup>13</sup>

*Las personas desplazadas tienen derecho a regresar voluntariamente a su hogar o a su lugar habitual de residencia, tan pronto como dejen de existir las razones que motivaron su desplazamiento.*

**Norma 133**

*Deberán respetarse los derechos de propiedad de las personas desplazadas.*

De las normas de derecho consuetudinarios, que son suficientemente claras para no merecer comentario adicional, se desprende quienes son los responsables frente al fenómeno del desplazamiento: (1) el Estado, que tiene la obligación general de prevenir, asistir, adecuar su sistema jurídico<sup>14</sup> y proteger en caso de los desplazamientos, (2) la parte en el conflicto armado, internacional o interno, que tiene la obligación también de evitar utilizar como medio de guerra el desplazamiento y (3) la comunidad internacional que debe cooperar en cuanto le sea posible; el CICR "no debe escatimar esfuerzos para actuar a favor de las personas desplazadas... [y] cualquier órgano de la ONU puede instar al ACNUR para que asista a las personas desplazadas..."<sup>15</sup>

Como se puede apreciar, el derecho internacional ofrece un marco regulatorio, basado en principios, que establecen obligaciones y pautas importantes para la actuación cuando existen desplazamientos internos.

12 Revista Internacional de la Cruz Roja. Separata. Derecho consuetudinario, Volúmen 87, Número 857, Marzo de 2005, p. 43.

13 Idem.

14 El código Penal colombiano, por ejemplo, en el Art. 159 tipifica el delito relaciona con el desplazamiento forzado con ocasion y en desarrollo de un conflicto armado, en Alejandro Valencia Villa, Derecho Internacional Humanitario, conceptos básicos infracciones en el conflicto armado colombiano, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Bogotá, 2007, p. 431.

15 Vilma Balmaceda-Denisse Roullon, "Derecho Internacional Humanitario y la protección de refugiados y desplazados", en Fabián Novak (Coordinador), Derecho Internacional Humanitario, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 340.

### III. UTILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO

El Derecho internacional humanitario consuetudinario (DIHC) puede ahora, gracias a la obra de Henckaerts y Doswald-Beck, ser determinado. Las ventajas del DIHC son múltiples, algunas de ellas nos permitimos comentar.

- (1) El DIHC orienta a las partes en conflicto en la conducción hostilidades.
- (2) La población civil y los organismos de protección, tanto nacionales como internacionales, tienen parámetros claros para vigilar el cumplimiento de obligaciones internacionales.
- (3) Los actos de las Partes en conflicto pueden ser apreciados bajo la lupa del derecho y se puede determinar si existen violaciones a derechos o incumplimiento de obligaciones.
- (4) El DIHC ofrece un marco jurídico que puede favorecer al diálogo. Por un lado, se puede exigir el respeto de derechos; por otro, se puede demandar el cumplimiento de obligaciones. Es mucho más fácil establecer el diálogo, y hasta posibles amnistías, cuando la parte en un conflicto ha respetado el DIH.
- (5) La gran mayoría de normas del DIHC no distinguen el famoso dualismo entre conflicto armado internacional e interno es de más sabido que la regulación de conflictos armados internacionales es mucho más extensa y detallada que la de los conflictos internos, baste con apreciar el volúmen del Protocolo I con el Protocolo II de 1977. El DIHC llena los vacíos que, por cuestiones políticas o de soberanía nacional, no se atrevieron los Estados a establecer.
- (6) El DIHC, al igual que las convenciones de DIH y los principios, como ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>16</sup>, forman parte del conjunto de instrumentos internacionales con contenidos y efectos jurídicos variados, que los ha denominado *corpus iuris* de los derechos<sup>17</sup>. Esto quiere decir que para desarrollar el contenido de derechos humanos, en el caso, por ejemplo, de los derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos, se podría interpretar, cuando se trate de un contexto de desplazamiento forzado, a la luz de los principios, de los convenios internacionales y del derecho consuetudinario. A nivel interno, la aproximación más cercana es la denominada bloque de constitucionalidad, teoría que surge en el constitucionalismo francés y que ha sido adoptada, desarrollada y cada vez más perfeccionada por la Corte Constitucional Colombiana<sup>18</sup>.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC16/1999 (párr. 115), OC17/2002 (párr. 26), Caso Niños de la Calle contra Guatemala (párr 194-196).

17 Daniel O'Donnell, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Bogotá, 2007, p. 57

18 Ver Rodrigo Uprimy, *el bloque constitucional en Colombia, análisis jurisprudencial*, Bogotá, 2001

- (7) Las normas del DIHC están descritas en la obra comentada de manera clara y precisa, a diferencia de las normas largas y engorrosas de los Convenios y protocolos de DIH. Esto favorece a la comprensión y da lugar a una mayor flexibilidad en la interpretación.

En suma, no cabe duda que las normas del DIHC en relación a desplazamiento forzado son importantes de ser conocidas y, sobre todo, de ser efectivamente aplicadas. Los conflictos existen, las personas desplazadas existen, y la están pasando mal, y también existen las normas. “El derecho internacional humanitario de los conflictos armados no es un fin en sí, sino un medio para lograr un fin: preservar la humanidad ante la realidad de la guerra. Todos los días hacemos frente a esta realidad y, por consiguiente, el medio sigue siendo necesario.”<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra*, CICR, Buenos Aires, 2003, p. 237.

---

## Anexo I

### Lista de las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario

La siguiente lista se basa en las conclusiones expuestas en el volumen I del estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario. Dado que este estudio no tenía por objeto determinar la índole consuetudinaria de cada norma contenida en los tratados de derecho internacional humanitario, la lista no sigue necesariamente la estructura de los tratados existentes. El ámbito de aplicación de las normas se indica entre corchetes: las siglas CAI indican las normas consuetudinarias aplicables en los conflictos armados internacionales y CANI las que se aplican en los conflictos armados no internacionales. En este último caso, algunas normas llevan la indicación de “c.a. en CANI” (cabe aplicarla en CANI), porque la práctica ha seguido en general esa dirección, aunque esté menos extendida.

#### EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

##### *Distinción entre civiles y combatientes*

**Norma 1.** Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados. [CAI/CANI]

**Norma 2.** Quedan prohibidos los actos o las amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. [CAI/CANI]

**Norma 3.** Todos los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto son combatientes, excepto el personal sanitario y religioso. [CAI]

**Norma 4.** Las fuerzas armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, agrupaciones y unidades armadas y organizadas que estén bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa parte. [CAI]

**Norma 5.** Son personas civiles quienes no son miembros de las fuerzas armadas. La población civil comprende a todas las personas civiles. [CAI/CANI]

**Norma 6.** Las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. [CAI/CANI]

##### *Distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares*

**Norma 7.** Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados. [CAI/CANI]

**Norma 8.** Por lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida. [CAI/CANI]

**Norma 9.** Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares. [CAI/CANI]

**Norma 10.** Los bienes de carácter civil gozan de protección contra los ataques, salvo si son objetivos militares y mientras lo sean. [CAI/CANI]

### ***Ataques indiscriminados***

**Norma 11.** Quedan prohibidos los ataques indiscriminados. [CAI/CANI]

**Norma 12.** Son indiscriminados los ataques:

- (a) que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
  - (b) en los que se emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
  - (c) en los que se emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar, como exige el derecho internacional humanitario;
- y que, en consecuencia, pueden alcanzar indistintamente, en cualquiera de tales casos, tanto a objetivos militares como a personas civiles o bienes de carácter civil. [CAI/CANI]

**Norma 13.** Quedan prohibidos los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como un objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados, situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en la que haya una concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil. [CAI/CANI]

### ***Proporcionalidad en el ataque***

**Norma 14.** Queda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. [CAI/CANI]

### ***Precauciones en el ataque***

**Norma 15.** Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil. Se tomarán todas las precauciones factibles para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente. [CAI/CANI]

**Norma 16.** Las partes en conflicto deberán hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que prevén atacar son objetivos militares. [CAI/CANI]

**Norma 17.** Las partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de guerra para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y de heridos entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente. [CAI/CANI]

**Norma 18.** Las partes en conflicto deberán hacer todo lo que sea factible para evaluar si el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. [CAI/CANI]

**Norma 19.** Las partes en conflictos deberán hacer todo lo que sea factible para suspender o anular un ataque si se advierte que el objetivo no es militar o si es de prever que el ataque cause incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. [CAI/CANI]

**Norma 20.** Las partes en conflicto deberán dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces de todo ataque que pueda afectar a la población civil, salvo si las circunstancias lo impiden. [CAI/CANI]

**Norma 21.** Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar similar, se optará por el objetivo cuyo ataque presente previsiblemente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil. [CAI/c. a. en CANI]

### ***Precauciones contra los efectos de los ataques***

**Norma 22.** Las partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles para proteger de los efectos de los ataques a la población civil y los bienes de carácter civil que estén bajo su control. [CAI/CANI]

**Norma 23.** En la medida de lo factible, las partes en conflicto evitarán situar objetivos militares en el interior o cerca de zonas densamente pobladas. [CAI/c. a. en CANI]

**Norma 24.** En la medida de lo factible, las partes en conflicto deberán alejar a las personas civiles y los bienes de carácter civil que estén bajo su control de la proximidad de objetivos militares. [CAI/c. a. en CANI]

## PERSONAS Y BIENES ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

### *Personal y bienes sanitarios y religiosos*

**Norma 25.** El personal sanitario exclusivamente destinado a tareas médicas será respetado y protegido en todas las circunstancias. Perderá su protección si, al margen de su función humanitaria, comete actos perjudiciales para el enemigo. [CAI/CANI]

**Norma 26.** Queda prohibido castigar a alguien por realizar tareas médicas conformes con la deontología u obligar a una persona que ejerce una actividad médica a realizar actos contrarios a la deontología. [CAI/CANI]

**Norma 27.** El personal religioso exclusivamente destinado a actividades religiosas será respetado y protegido en todas las circunstancias. Perderá su protección si, al margen de su función humanitaria, comete actos perjudiciales para el enemigo. [CAI/CANI]

**Norma 28.** Las unidades sanitarias exclusivamente destinadas a tareas sanitarias serán respetadas y protegidas en todas las circunstancias. Perderán su protección si se utilizan, al margen de su función humanitaria, para cometer actos perjudiciales para el enemigo. [CAI/CANI]

**Norma 29.** Los medios de transporte sanitarios exclusivamente destinados al transporte sanitario serán respetados y protegidos en todas las circunstancias. Perderán su protección si se utilizan, al margen de su función humanitaria, para cometer actos perjudiciales para el enemigo. [CAI/CANI]

**Norma 30.** Quedan prohibidos los ataques directos contra el personal y los bienes sanitarios y religiosos que ostenten los signos distintivos estipulados en los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional. [CAI/CANI]

### *Personal y bienes de socorro humanitario*

**Norma 31.** El personal de socorro humanitario será respetado y protegido. [CAI/CANI]

**Norma 32.** Los bienes utilizados para las acciones de socorro humanitario serán respetados y protegidos. [CAI/CANI]

### *Personal y bienes de las misiones de mantenimiento de la paz*

**Norma 33.** Queda prohibido lanzar un ataque contra el personal y los bienes de las misiones de mantenimiento de la paz que sean conformes con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección que el derecho internacional humanitario otorga a las personas civiles y los bienes de carácter civil. [CAI/CANI]

## **Periodistas**

**Norma 34.** Los periodistas civiles que realicen misiones profesionales en zonas de conflicto armado serán respetados y protegidos, siempre que no participen directamente en las hostilidades. [CAI/CANI]

## **Zonas protegidas**

**Norma 35.** Queda prohibido lanzar un ataque contra una zona establecida para proteger a los heridos, los enfermos y las personas civiles de los efectos de las hostilidades. [CAI/CANI]

**Norma 36.** Queda prohibido lanzar un ataque contra una zona desmilitarizada de común acuerdo entre las partes en conflicto. [CAI/CANI]

**Norma 37.** Queda prohibido lanzar un ataque contra una localidad no defendida. [CAI/CANI]

## **Bienes culturales**

**Norma 38.** Las partes en conflicto deben respetar los bienes culturales:

- A. En las operaciones militares se pondrá especial cuidado en no dañar los edificios dedicados a fines religiosos o caritativos, a la enseñanza, las artes o las ciencias, así como los monumentos históricos, a no ser que se trate de objetivos militares.
- B. No serán atacados los bienes que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, salvo en caso de necesidad militar imperiosa. [CAI/CANI]

**Norma 39.** Queda prohibido utilizar bienes que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos para fines que pudieran exponerlos a su destrucción o deterioro, salvo en caso de necesidad militar imperiosa. [CAI/CANI]

**Norma 40.** Las partes en conflicto deben proteger los bienes culturales:

- A. Queda prohibido confiscar, destruir o dañar intencionadamente los establecimientos dedicados a fines religiosos o caritativos, a la enseñanza, las artes o las ciencias, así como los monumentos históricos y las obras artísticas o científicas.
- B. Queda prohibida cualquier forma de robo, pillaje o apropiación indebida de bienes que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, así como todo acto de vandalismo contra ellos. [CAI/CANI]

**Norma 41.** La potencia ocupante debe impedir la exportación ilícita de bienes culturales de un territorio ocupado y devolver los bienes ilícitamente exportados a las autoridades competentes de ese territorio. [CAI]

## ***Obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas***

**Norma 42.** Se pondrá especial cuidado al atacar obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, a saber, presas, diques y centrales nucleares de energía eléctrica, así como otras instalaciones situadas en ellas o en sus proximidades, a fin de evitar la liberación de esas fuerzas y las consiguientes pérdidas importantes entre la población civil. [CAI/CANI]

### ***El medio ambiente natural***

**Norma 43.** Los principios generales sobre la conducción de las hostilidades se aplican al medio ambiente natural:

- A. Ninguna parte del medio ambiente natural puede ser atacada, a menos que sea un objetivo militar.
- B. Queda prohibida la destrucción de cualquier parte del medio ambiente natural, salvo que lo exija una necesidad militar imperiosa.
- C. Queda prohibido lanzar ataques contra objetivos militares de los que quepa prever que causen daños incidentales al medio ambiente natural que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. [CAI/CANI]

**Norma 44.** Los métodos y medios de hacer la guerra deben emplearse teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente natural. En la conducción de las operaciones militares, han de tomarse todas las precauciones que sean factibles para no causar daños incidentales al medio ambiente o reducirlos, al menos, todo lo posible. La falta de certeza científica acerca de los efectos de ciertas operaciones militares sobre el medio ambiente no exime a las partes en conflicto de tomar tales precauciones. [CAI/c. a. en CANI]

**Norma 45.** Queda prohibido el empleo de métodos o medios de guerra concebidos para causar, o de los cuales quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. La destrucción del medio ambiente natural no puede usarse como arma. [CAI/c.a. en CANI]

## **MÉTODOS ESPECÍFICOS DE GUERRA**

### ***Prohibición de no dar cuartel***

**Norma 46.** Queda prohibido ordenar que no se dé cuartel, amenazar con ello al adversario o conducir las hostilidades en función de tal decisión. [CAI/CANI]

**Norma 47.** Queda prohibido atacar a una persona cuando se reconozca que está fuera de combate. Está fuera de combate toda persona:

- (a) que está en poder de una parte adversa;
  - (b) que no puede defenderse porque está inconsciente, ha naufragado o está herida o enferma; o
  - (c) que exprese claramente su intención de rendirse;
- siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse. [CAI/CANI]

---

**Norma 48.** Queda prohibido atacar, durante su descenso, a toda persona que se haya lanzado en paracaídas de una aeronave en peligro. [CAI/CANI]

### ***Destrucción y confiscación de bienes***

**Norma 49.** Las partes en conflicto pueden confiscar el material militar perteneciente a un adversario como botín de guerra. [CAI]

**Norma 50.** Queda prohibido destruir o confiscar los bienes de un adversario, a no ser que lo exija una necesidad militar imperiosa. [CAI/CANI]

**Norma 51.** En los territorios ocupados:

- (a) podrán confiscarse los bienes públicos muebles que puedan usarse para operaciones militares;
- (b) los bienes públicos inmuebles deben administrarse de conformidad con la norma del usufructo; y
- (c) los bienes privados deben respetarse y no pueden confiscarse, a no ser que una necesidad militar imperiosa exija la destrucción o confiscación de esos bienes. [CAI]

**Norma 52.** Queda prohibido el pillaje. [CAI/CANI]

### ***Hacer padecer hambre y acceso a la ayuda humanitaria***

**Norma 53.** Queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a la población civil. [CAI/CANI]

**Norma 54.** Queda prohibido atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil. [CAI/CANI]

**Norma 55.** Las partes en conflicto permitirán y facilitarán, a reserva de su derecho de control, el paso rápido y sin trabas de toda la ayuda humanitaria destinada a las personas civiles necesitadas que tenga carácter imparcial y se preste sin distinción desfavorable alguna. [CAI/CANI]

**Norma 56.** Las partes en conflicto deben garantizar la libertad de movimiento del personal humanitario autorizado, esencial para el ejercicio de sus funciones y que sólo podrá restringirse temporalmente en caso de necesidad militar imperiosa. [CAI/CANI]

### ***Engaño***

**Norma 57.** Las estratagemas de guerra no quedan prohibidas, siempre que no infrinjan alguna norma del derecho internacional humanitario. [CAI/CANI]

**Norma 58.** Queda prohibido hacer uso indebido de la bandera blanca de parlamento. [CAI/CANI]

**Norma 59.** Queda prohibido hacer uso indebido de los emblemas distintivos estipulados en los Convenios de Ginebra. [CAI/CANI]

**Norma 60.** Queda prohibido usar el emblema y el uniforme de las Naciones Unidas, a no ser que lo haya autorizado esta organización. [CAI/CANI]

**Norma 61.** Queda prohibido hacer uso indebido de cualquier otro emblema internacionalmente reconocido. [CAI/CANI]

**Norma 62.** Queda prohibido hacer uso indebido de las banderas o los emblemas militares, las insignias o los uniformes del adversario. [CAI/c. a. en CANI]

**Norma 63.** Queda prohibido usar banderas o emblemas militares, insignias o uniformes de Estados neutrales o de otros Estados que no son partes en el conflicto. [CAI/c. a. en CANI]

**Norma 64.** Queda prohibido concertar un acuerdo para suspender los combates con la intención de atacar por sorpresa al enemigo, confiado en ese acuerdo. [CAI/CANI]

**Norma 65.** Queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios péfidos. [CAI/CANI]

### ***Comunicación con el enemigo***

**Norma 66.** Los mandos podrán entablar entre ellos contactos no hostiles, que deberán basarse en la buena fe, a través de cualquier medio de comunicación. [CAI/CANI]

**Norma 67.** Los parlamentarios son inviolables. [CAI/CANI]

**Norma 68.** Los mandos podrán tomar las precauciones necesarias para evitar que la presencia de un parlamentario sea perjudicial. [CAI/CANI]

**Norma 69.** Los parlamentarios que aprovechen su posición privilegiada para cometer un acto contrario al derecho internacional y perjudicial para el adversario pierden su inviolabilidad. [CAI/CANI]

## **ARMAS**

### ***Principios generales sobre el empleo de las armas***

**Norma 70.** Queda prohibido el empleo de medios y métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. [CAI/CANI]

**Norma 71.** Queda prohibido el empleo de armas de tal índole que sus efectos sean indiscriminados [CAI/CANI]

## **Veneno**

**Norma 72.** Queda prohibido el empleo de veneno o de armas envenenadas. [CAI/CANI]

### **Armas biológicas**

**Norma 73.** Queda prohibido el empleo de armas biológicas. [CAI/CANI]

### **Armas químicas**

**Norma 74.** Queda prohibido el empleo de armas químicas. [CAI/CANI]

**Norma 75.** Queda prohibido el empleo de sustancias antidisturbios como método de guerra. [CAI/CANI]

**Norma 76.** Queda prohibido el empleo de herbicidas como método de guerra si:

- a) son de tal índole que quedan prohibidos como armas químicas;
- b) son de tal índole que quedan prohibidos como armas biológicas;
- c) están destinados a una vegetación que no es un objetivo militar;
- d) pueden causar incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista; o
- e) pueden causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.

[CAI/CANI]

### **Balas expansivas**

**Norma 77.** Queda prohibido el empleo de balas que se expanden o se aplastan fácilmente en el cuerpo humano. [CAI/CANI]

### **Balas explosivas**

**Norma 78.** Queda prohibido el empleo antipersonal de balas que explotan en el cuerpo humano. [CAI/CANI]

### **Armas cuyo efecto principal es lesionar mediante fragmentos no localizables**

**Norma 79.** Queda prohibido el empleo de armas cuyo efecto principal sea lesionar mediante fragmentos no localizables por rayos X en el cuerpo humano. [CAI/CANI]

### **Armas trampa**

**Norma 80.** Queda prohibido el empleo de armas trampa que estén de algún modo unidas o vinculadas a objetos o personas que gozan de una protección especial del derecho internacional humanitario o a objetos que pueden atraer a las personas civiles. [CAI/CANI]

### ***Minas terrestres***

**Norma 81.** Cuando se empleen minas terrestres, se pondrá especial cuidado en reducir a un mínimo sus efectos indiscriminados. [CAI/CANI]

**Norma 82.** Las partes en conflicto que empleen minas terrestres deberán registrar, en la medida de lo posible, su ubicación,. [CAI/c. a. en CANI]

**Norma 83.** Cuando cesen las hostilidades activas, las partes en conflicto que hayan empleado minas terrestres deberán retirarlas o hacerlas de algún otro modo inofensivas para la población civil, o facilitar su remoción. [CAI/CANI]

### ***Armas incendiarias***

**Norma 84.** Si se emplean armas incendiarias, se pondrá especial cuidado en evitar que causen incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, así como daños a bienes de carácter civil, o en reducir en todo caso a un mínimo estos efectos. [CAI/CANI]

**Norma 85.** Queda prohibido el empleo antipersonal de armas incendiarias, a menos que no sea factible emplear un arma menos dañina para poner al adversario fuera de combate. [CAI/CANI]

### ***Armas láser que causan ceguera***

**Norma 86.** Queda prohibido el empleo de armas láser específicamente concebidas, como su única o una más de sus funciones de combate, para causar ceguera permanente a la vista no amplificada. [CAI/CANI]

## **TRATO DEBIDO A LAS PERSONAS CIVILES O FUERA DE COMBATE**

### ***Garantías fundamentales***

**Norma 87.** Las personas civiles y las personas fuera de combate serán tratadas con humanidad. [CAI/CANI]

**Norma 88.** En la aplicación del derecho internacional humanitario, está prohibido hacer distinciones de índole desfavorable basadas en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición, o cualquier otro criterio análogo. [CAI/CANI]

**Norma 89.** Queda prohibido el homicidio. [CAI/CANI]

**Norma 90.** Quedan prohibidos los actos de tortura, los tratos crueles e inhumanos y los atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes. [CAI/CANI]

**Norma 91.** Quedan prohibidos los castigos corporales. [CAI/CANI]

**Norma 92.** Quedan prohibidas las mutilaciones, las experimentaciones médicas o científicas o cualquier otra actuación médica no requerida por el estado de salud de la persona concernida y que no sea conforme a las normas médicas generalmente aceptadas. [CAI/CANI]

**Norma 93.** Quedan prohibidas las violaciones y cualquier otra forma de violencia sexual. [CAI/CANI]

**Norma 94.** Quedan prohibidas la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas. [CAI/CANI]

**Norma 95.** Queda prohibido el trabajo forzado no retribuido o abusivo. [CAI/CANI]

**Norma 96.** Queda prohibido tomar rehenes. [CAI/CANI]

**Norma 97.** Queda prohibido la utilización de escudos humanos. [CAI/CANI]

**Norma 98.** Quedan prohibidas las desapariciones forzadas. [CAI/CANI]

**Norma 99.** Queda prohibida la privación arbitraria de la libertad. [CAI/CANI]

**Norma 100.** Nadie puede ser juzgado o condenado si no es en virtud de un proceso equitativo que ofrezca todas las garantías judiciales esenciales. [CAI/CANI]

**Norma 101.** Nadie puede ser acusado o condenado por una acción u omisión que no constituía delito según el derecho nacional o internacional en el momento en que se cometió. Tampoco puede imponerse una pena mayor que la que era aplicable cuando se cometió la infracción penal. [CAI/CANI]

**Norma 102.** Nadie puede ser condenado por un delito si no es basándose en la responsabilidad penal individual. [CAI/CANI]

**Norma 103.** Quedan prohibidos los castigos colectivos. [CAI/CANI]

**Norma 104.** Deben respetarse las convicciones y las prácticas religiosas de las personas civiles y de las personas fuera de combate. [CAI/CANI]

**Norma 105.** En la medida de lo posible, se respetará la vida familiar. [CAI/CANI]

### ***Combatientes y estatuto de prisionero de guerra***

**Norma 106.** Los combatientes deben distinguirse de la población civil cuando estén participando en un ataque o en una operación militar previa a un ataque. Si no lo hacen, no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra. [CAI]

**Norma 107.** Los combatientes que son capturados mientras realizan actividades de espionaje no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra. No podrán ser juzgados ni condenados sin proceso previo. [CAI]

**Norma 108.** Los mercenarios, tal y como están definidos en el Protocolo adicional I, no tienen derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra. No podrán ser juzgados ni condenados sin proceso previo. [CAI]

***Heridos, enfermos y náufragos***

**Norma 109.** Cuando las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, las partes en conflicto tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar, recoger y evacuar a los heridos, los enfermos y los náufragos sin distinción desfavorable alguna. [CAI/CANI]

**Norma 110.** Los heridos, los enfermos y los náufragos recibirán cuanto antes, en la medida de lo posible, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos ninguna distinción que no esté basada en criterios médicos. [CAI/CANI]

**Norma 111.** Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para proteger a los heridos, los enfermos y los náufragos contra los malos tratos y el pillaje de sus pertenencias. [CAI/CANI]

***Personas fallecidas***

**Norma 112.** Cuando las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, las partes en conflicto tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar, recoger y evacuar a los muertos sin distinción desfavorable alguna. [CAI/CANI]

**Norma 113.** Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para evitar que los muertos sean despojados. Está prohibido mutilar los cadáveres. [CAI/CANI]

**Norma 114.** Las partes en conflicto harán todo lo posible para facilitar la repatriación de los restos mortales de las personas fallecidas, a solicitud de la parte a la que pertenecen o de sus familiares, y devolverán los efectos personales de los fallecidos. [CAI]

**Norma 115.** Los muertos serán inhumados respetuosamente y sus tumbas respetadas y mantenidas debidamente. [CAI/CANI]

**Norma 116.** Para facilitar la identificación de los muertos, las partes en conflicto deberán registrar toda la información disponible antes de inhumarlos y señalar la ubicación de las tumbas. [CAI/CANI]

***Personas desaparecidas***

**Norma 117.** Las partes en conflicto tomarán todas las medidas factibles para averiguar lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto armado y transmitirán a los familiares de éstas toda la información de que dispongan al respecto. [CAI/CANI]

***Personas privadas de libertad***

**Norma 118.** Se proporcionará a las personas privadas de libertad alimentos, agua y ropa suficientes, así como un alojamiento y la asistencia médica convenientes. [CAI/CANI]

**Norma 119.** Las mujeres privadas de libertad serán alojadas en locales separados de los ocupados por los hombres, excepto cuando estén recluidas con su familia como unidad familiar, y estarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres. [CAI/CANI]

**Norma 120.** Los niños privados de libertad serán alojados en locales separados de los ocupados por los adultos, excepto cuando estén recluidos con su familia como unidad familiar. [CAI/CANI]

**Norma 121.** Las personas privadas de libertad deberán estar recluidas en locales alejados de la zona de combate, en condiciones higiénicas y saludables. [CAI/CANI]

**Norma 122.** Queda prohibido el pillaje de las pertenencias de las personas privadas de libertad. [CAI/CANI]

**Norma 123.** Deberán registrarse los datos personales de las personas privadas de libertad. [CAI/CANI]

**Norma 124.**

- A. En los conflictos armados internacionales, se facilitará al CICR el acceso, con regularidad, a todas las personas privadas de libertad, a fin de verificar las condiciones de detención y de restablecer el contacto entre esas personas y sus familiares.
- B. En los conflictos armados no internacionales, el CICR puede ofrecer sus servicios a las partes en conflicto para visitar a todas las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto, a fin de verificar las condiciones de detención y de restablecer el contacto entre esas personas y sus familiares.  
[CAI (A)/CANI (B)]

**Norma 125.** Las personas privadas de libertad estarán autorizadas a mantener correspondencia con sus familiares, con tal de que se respeten las legítimas condiciones concernientes a su frecuencia y a la necesidad de censura por parte de las autoridades. [CAI/CANI]

**Norma 126.** Los internados civiles y las personas privadas de libertad en relación con un conflicto armado no internacional serán autorizados, en la medida de lo posible, a recibir visitas, en particular de sus parientes cercanos. [CAI - CANI]

**Norma 127.** Deberán respetarse las convicciones personales y las prácticas religiosas de las personas privadas de libertad. [CAI/CANI]

**Norma 128.**

- A. Los prisioneros de guerra serán liberados y repatriados sin

- demora cuando hayan cesado las hostilidades activas.[CAI]
- B. Los internados civiles serán puestos en libertad tan pronto como dejen de existir los motivos de su internamiento, pero, en todo caso, lo antes posible tras el fin de las hostilidades activas.[CAI]
- C. Las personas privadas de libertad en relación con un conflicto armado no internacional serán liberadas tan pronto como dejen de existir los motivos por los cuales fueron privadas de su libertad.[CANI]
- Si las personas mencionadas están cumpliendo una condena legalmente impuesta o si se han instruido diligencias penales contra ellas, podrá mantenerse su privación de libertad.

### ***Desplazamientos y personas desplazadas***

#### **Norma 129.**

- A. Las partes en un conflicto armado internacional no pueden deportar o trasladar a la fuerza a toda la población civil de un territorio ocupado, o a parte de ella, a no ser que lo exijan la seguridad de la población civil o razones militares imperiosas.
- B. Las partes en un conflicto armado no internacional no pueden ordenar el desplazamiento, total o parcial, de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que lo exijan la seguridad de la población civil o razones militares imperiosas.  
[CAI (A)/CANI (B)]

**Norma 130.** Los Estados no pueden deportar o trasladar partes de su población civil a un territorio ocupado por ellos. [CAI]

**Norma 131.** En caso de desplazamiento, se tomarán todas las medidas posibles para que las personas afectadas sean acogidas en condiciones satisfactorias de alojamiento, higiene, salubridad, seguridad y alimentación, y para que no se separen los miembros de una misma familia. [CAI/CANI]

**Norma 132.** Las personas desplazadas tienen derecho a regresar voluntariamente a su hogar o a su lugar habitual de residencia, tan pronto como dejen de existir las razones que motivaron su desplazamiento. [CAI/CANI]

**Norma 133.** Deberán respetarse los derechos de propiedad de las personas desplazadas. [CAI/CANI]

### ***Otras personas especialmente protegidas***

**Norma 134.** Deberán respetarse las necesidades específicas de las mujeres afectadas por los conflictos armados en materia de protección, salud y asistencia. [CAI/CANI]

**Norma 135.** Los niños afectados por los conflictos armados tienen derecho a un respeto y protección especiales. [CAI/CANI]

**Norma 136.** Las fuerzas armadas o los grupos armados no deberán reclutar niños. [CAI/CANI]

**Norma 137.** No se permitirá que los niños participen en las hostilidades. [CAI/CANI]

**Norma 138.** Los ancianos, los inválidos y los enfermos mentales afectados por los conflictos armados tienen derecho a un respeto y protección especiales. [CAI/CANI]

## APLICACIÓN

### *Respeto del derecho internacional humanitario*

**Norma 139.** Las partes en conflicto deberán respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario por sus fuerzas armadas, así como por otras personas y agrupaciones que actúen de hecho siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección o control. [CAI/CANI]

**Norma 140.** La obligación de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario no depende de la reciprocidad. [CAI/CANI]

**Norma 141.** Cuando sea necesario, los Estados pondrán asesores jurídicos a disposición de los jefes militares para que los aconsejen, al nivel adecuado, sobre la aplicación del derecho internacional humanitario. [CAI/CANI]

**Norma 142.** Los Estados y las partes en conflicto deberán impartir cursos de formación en derecho internacional humanitario a sus fuerzas armadas. [CAI/CANI]

**Norma 143.** Los Estados deberán promover la enseñanza del derecho internacional humanitario entre la población civil. [CAI/CANI]

### *Medidas para hacer respetar el derecho internacional humanitario*

**Norma 144.** Los Estados no alentarán las violaciones del derecho internacional humanitario por las partes en un conflicto armado. En la medida de lo posible, deberán ejercer su influencia para hacer que cesen esas violaciones. [CAI/CANI]

**Norma 145.** Cuando no están prohibidas por el derecho internacional, las represalias bélicas están sujetas a condiciones estrictas. [CAI]

**Norma 146.** Quedan prohibidas las represalias bélicas contra las personas protegidas por los Convenios de Ginebra. [CAI]

**Norma 147.** Quedan prohibidas las represalias contra los bienes protegidos por los Convenios de Ginebra y la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales. [CAI]

**Norma 148.** Las partes en un conflicto armado no internacional no tienen derecho a recurrir a represalias bélicas. Quedan prohibidas otras contramedidas contra personas que no participan o han dejado de participar directamente en las hostilidades. [CANI]

## ***Responsabilidad y reparaciones***

**Norma 149.** Un Estado es responsable de las violaciones del derecho internacional humanitario que le son imputables, en particular:

- (a) las violaciones cometidas por sus órganos, incluidas sus fuerzas armadas;
- (b) las violaciones cometidas por personas o entidades autorizadas a ejercer prerrogativas de su autoridad gubernativa;
- (c) las violaciones cometidas por personas o grupos que actúan de hecho obedeciendo sus instrucciones o bajo su dirección o control; y
- (d) las violaciones cometidas por personas o grupos privados que él reconoce y acepta como comportamiento propio. [CAI/CANI]

**Norma 150.** El Estado responsable de violaciones del derecho internacional humanitario está obligado a reparar íntegramente la pérdida o la lesión causada. [CAI/CANI]

## ***Responsabilidad individual***

**Norma 151.** Las personas que cometen crímenes de guerra son penalmente responsables de ellos. [CAI/CANI]

**Norma 152.** Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos en cumplimiento de sus órdenes. [CAI/CANI]

**Norma 153.** Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables. [CAI/CANI]

**Norma 154.** Los combatientes tienen la obligación de desobedecer una orden que es manifiestamente ilícita. [CAI/CANI]

**Norma 155.** La obediencia a la orden de un superior no exime a un subordinado de su responsabilidad penal si sabía que el acto ordenado era ilícito o debería haberlo sabido porque su ilicitud era manifiesta. [CAI/CANI]

## ***Crímenes de guerra***

**Norma 156.** Las violaciones graves del derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra. [CAI/CANI]

**Norma 157.** Los Estados tienen derecho a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra. [CAI/CANI]

---

**Norma 158.** Los Estados deberán investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados. [CAI/CANI]

**Norma 159.** Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello. [CANI]

**Norma 160.** Las leyes de prescripción no se aplican a los crímenes de guerra. [CAI/CANI]

**Norma 161.** Los Estados se esforzarán en cooperar todo lo posible entre ellos a fin de facilitar la investigación de los crímenes de guerra y el enjuiciamiento de los imputados. [CAI/CANI]

## Anexo II PROGRAMA

presentación de la versión en español de

### El estudio de derecho internacional humanitario consuetudinario

- **Inauguración**  
*Doctora Barbara Hintermann - Jefa de la delegación del CICR en Colombia*
- **Relación entre el derecho internacional consuetudinario y el derecho interno**  
*Doctor Alejandro Ramelli- Universidad Externado de Colombia*  
*Doctor Manuel Becerra Ramírez - Universidad Nacional Autónoma de México*
- **Génesis, alcance y aportes del estudio de derecho internacional humanitario consuetudinario**  
*Jean Marie Henckaerts- Asesor Jurídico - CICR Ginebra*
- **Pánel: Comentarios al estudio de derecho consuetudinario: alcances prácticos**  
*Doctor Leonardo Franco - Corte Interamericana de DDHH*  
*Doctor Hernán Salinas Burgos - Chile*  
*Doctor Raúl Vinuesa - Argentina*
- **Pánel: Impacto del derecho consuetudinario en la conducción de las hostilidades: Objetivos Militares**  
*Teniente Coronel Juan Carlos Gómez- Director de DDHH y DIH*  
*Ministerio de Defensa Nacional de Colombia*  
*Doctor Francisco Nieves Croes Aguirre - Asesor legal Estado Mayor Naval de Venezuela*  
*Capitán de Fragata C.J. Víctor Gonzáles Jáuregui - Fiscal de de la Sala de Guerra*  
*Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú*
- **Impacto del derecho consuetudinario en la conducción de las hostilidades: Población civil**  
*Embajador Joel Hernández García- Consultor Jurídico Secretaría de Relaciones Exteriores de México*  
*Doctora Elizabeth Santalla- Experta en DDHH y DIH Bolivia*  
*Doctor Ramiro Ávila- Subsecretario de coordinación judicial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador*

## **MISIÓN**

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), organización imparcial, neutral e independiente, tiene la misión exclusivamente humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las víctimas de los conflictos armados y de otras situaciones de violencia, así como de prestarles asistencia.

El CICR se esfuerza asimismo en prevenir el sufrimiento mediante la promoción y el fortalecimiento del derecho y de los principios humanitarios universales.

Fundado en 1863, el CICR dio origen a los Convenios de Ginebra y al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, cuyas actividades internacionales en los conflictos armados y en otras situaciones de violencia dirige y coordina.



**CICR**

Comité Internacional de la Cruz Roja  
Delegación en Colombia  
Calle 76 N.º 10-02 Bogotá D.C.  
PBX: (571) 313 86 30 - Fax: (571) 312 82 82  
web: [www.cicr.org](http://www.cicr.org)  
E-mail: [bogota.bog@icrc.org](mailto:bogota.bog@icrc.org)