

Derecho internacional humanitario consuetudinario: respuesta a los comentarios de Estados Unidos

Jean-Marie Henckaerts

Introducción

El estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario (en adelante, el Estudio)¹ lo llevaron a cabo juristas del Comité Internacional de la Cruz Roja a petición expresa de los Estados. Fue una propuesta del Grupo Intergubernamental de Expertos para la Protección de las Víctimas de Guerra, en enero de 1995, entre otras recomendaciones destinadas a fomentar el respeto del derecho internacional humanitario, en particular mediante medidas preventivas para promover un mejor conocimiento y una aplicación más eficaz de este derecho².

En diciembre de 1995, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja refrendó esta recomendación y encomendó oficialmente al CICR que redactase un informe sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales³. El CICR se tomó muy en serio este encargo y dedicó casi diez años a investigar y a consultar a más de 150 expertos universitarios y gubernamentales.

* Jean Marie Henckaerts es asesor jurídico en la División Jurídica del CICR y jefe del proyecto del CICR sobre derecho internacional humanitario consuetudinario. Las opiniones expuestas en el presente artículo son las del autor, y no reflejan necesariamente las del CICR. Esta respuesta se basa, en parte, en los siguientes trabajos publicados por Jean-Marie Henckaerts: “Customary international humanitarian law: a rejoinder to Judge Aldrich”, *British Year Book of International Law*, 2005, vol. 76 (2006), pp. 525–32; Jean-Marie Henckaerts, “The ICRC Customary International Humanitarian Law Study: A rejoinder to Professor Dinstein”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37 (2007, pp. 259–270); y “ICRC’s Jean-Marie Henckaerts responds to my comments on ICRC Customary Law Study”, *Kenneth Anderson’s Law of War and Just War Theory Blog*, 24 de enero de 2006, en <http://kennethandersonlawofwar.blogspot>.

Los comentarios acerca del Estudio formulados por dos de los más destacados juriconsultos gubernamentales de Estados Unidos, John Bellinger, asesor jurídico del Departamento de Estado, y William Haynes, asesor general del Departamento de Defensa, son las primeras observaciones oficiales recibidas por el CICR a nivel gubernativo⁴, y una prueba de que el Gobierno de Estados Unidos se toma el Estudio y, en general, el derecho internacional humanitario muy en serio, por lo cual nos felicitamos. Más allá de su valor simbólico, estas glosas son también importantes desde el punto de vista jurisprudencial, y merecen un análisis detallado.

Como coautor del Estudio, se me ha dado la oportunidad de responder a estos comentarios, a propósito de los cuales expongo a continuación mis principales observaciones. Dado que la esencia de estas apostillas de Estados Unidos se refiere a la metodología del Estudio, mi réplica también se centra, en gran medida, en cuestiones metodológicas. Para ello, he respetado la estructura de los comentarios de Estados Unidos al abordar las siguientes cuestiones:

1. ¿Qué densidad de práctica se requiere para que ésta se erija en derecho internacional consuetudinario, y qué tipos de prácticas son pertinentes?
2. ¿Cómo se valoró en el Estudio la existencia de una *opinio juris*?
3. ¿Qué importancia tienen los comentarios de las normas?
4. ¿Qué repercusiones tiene el Estudio por lo que respecta a los Protocolos adicionales I y II y, en especial, al derecho relacionado con los conflictos armados no internacionales?

Los comentarios de Estados Unidos se centran también en cuatro normas concretas: la norma 31 (protección del personal de socorro humanitario), la norma 45 (prohibición de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente), la norma 78 (prohibición del empleo antipersonal de balas explosivas) y la norma 157 (derecho a conferir la jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra). En esta réplica no se pretende analizar cada detalle de las glosas de Estados Unidos acerca de estas cuatro normas, sino que sólo se tendrán en cuenta sus principales aspectos como parte del examen de las cuestiones metodológicas.

1 Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas* (CICR, Buenos Aires), y *Volume II: Practice* (sólo disponible en inglés), Cambridge University Press, 2005 (en adelante, el Estudio).

2 Reunión del Grupo Intergubernamental de Expertos para la Protección de las Víctimas de la Guerra, 23-27 de enero de 1995, Recomendación II, *Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR)*, N.º 133, 1996, Anexo II: “Los expertos recomiendan 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”.

3 XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 3-7 de diciembre de 1995, Resolución 1. “Derecho internacional humanitario: del derecho a la acción. Informe sobre el seguimiento de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra”, *RICR*, N.º 133, 1996.

4 V. John B. Bellinger y William J. Haynes, “Respuesta del Gobierno de EE.UU. al Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja”, en el presente número.

1. Práctica de los Estados

Densidad de la práctica

Aunque todos suelen coincidir en que la práctica ha de ser “extensa y prácticamente uniforme”, para que pueda establecerse una norma de derecho internacional consuetudinario⁵, no hay un umbral matemático que prescriba lo extensa que ha de ser esa práctica. Esto se debe a que la densidad de la práctica depende fundamentalmente del asunto de que se trate. Algunas cuestiones se plantean con más frecuencia que otras y generan más práctica. Sólo tenemos que comparar, por ejemplo, la práctica relativa a los objetivos y la referente a la bandera blanca de parlamento. Las cuestiones relacionadas con los objetivos, como es la distinción entre civiles y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares, son un tema recurrente en relación con diversos conflictos armados, por eso figuran en casi todos los manuales militares y se abordan en los foros internacionales, en sentencias judiciales, etc. En cambio, la práctica concerniente a la protección de la bandera blanca de parlamento es más bien escasa y apenas se habla de ella, por ser un asunto que se plantea relativamente en pocos casos concretos. No obstante, la práctica que existe en torno a este tema, pese a ser escasa, es uniforme y demuestra que esta norma sigue estando vigente. Es imprescindible, pues, proceder de manera diferenciada en cualquier ámbito del derecho internacional⁶.

Asimismo, para cuantificar correctamente la densidad de la práctica, es necesario determinar el valor exacto de cada uno de sus elementos. Mientras que algunos de estos elementos pueden constituir precedentes aislados, otros pueden reflejar numerosos precedentes. Tal es, en particular, el caso de las órdenes, instrucciones y manuales militares, que evidencian la instrucción y la formación que reciben las fuerzas armadas con vistas a las operaciones que más tarde deberán llevar a cabo. Así pues, un solo manual militar puede hacerse eco de numerosos precedentes y, por lo tanto, de un número considerable de prácticas⁷.

5 Corte Internacional de Justicia, *North Sea Continental Shelf cases*, fallo, 20 de febrero de 1969, ICJ Rep. 1969, p. 43, § 74.

6 Por eso, en el asunto *Wimbledon*, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional se basó sólo en dos precedentes, los de los canales de Panamá y de Suez, para dictaminar que el paso de contrabando de guerra a través de los canales internacionales no constituía una violación de la neutralidad del Estado ribereño. Tribunal Permanente de Justicia Internacional, *The S.S. Wimbledon* (1923), PCIJ Series A, n.º 1, pp. 1, 28. Obviamente, el Tribunal no podía citar más ejemplos, ya que el número de canales internacionales es limitado. V. también C. H. M. Waldock, “General course on public international law”, *Recueil des cours*, vol. 106 (1962), en la p. 44, donde se indica que “en una cuestión concerniente a los canales internacionales, de los cuales hay muy pocos en el mundo, la práctica tiene que ser necesariamente escasa”.

7 Esto se puede comparar con los hechos expuestos en la causa *Wimbledon*, nota 6 supra, en la que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional sólo se basó en dos precedentes. Pero éstos representaban una cantidad significativa de práctica, ya que muchos buques de todo el mundo atravesaban los canales de Panamá y de Suez. Por lo tanto, la referencia a sólo dos precedentes representaba un acervo de prácticas más amplio de lo que podría pensarse a primera vista.

Además, hay que tener en cuenta el carácter de la norma, a saber, si es prohibitiva, imperativa o permisiva. Por ejemplo, las normas prohibitivas, muy comunes en el derecho humanitario, vienen respaldadas no sólo por estipulaciones que prohíben una conducta, sino también por el hecho de abstenerse de esas actuaciones prohibidas. Así, las normas que prohíben el uso de ciertas armas, como son las armas láser que causan ceguera, están avaladas por la continua abstención de emplear tales armas. Sin embargo, es difícil cuantificar esta abstención, que ocurre diariamente en conflictos de todo el mundo.

Las normas permisivas, por otra parte, están respaldadas por actuaciones que reconocen el derecho a comportarse de un modo determinado, pero sin exigir dicho comportamiento. Esto suele traducirse en que los Estados emprenderán acciones en consonancia con esas normas que no suscitarán las protestas de otros Estados. La norma según la cual los Estados tienen derecho a conferir a sus tribunales la jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra (norma 157) es un ejemplo de ello. En la actualidad, muchos procesos nacionales se basan en la jurisdicción universal, sin que el Estado implicado, especialmente el Estado de la nacionalidad del acusado, se oponga a ello, tanto si los crímenes de guerra se cometieron en conflictos armados internacionales como en conflictos no internacionales. Es cierto que hay relativamente pocos casos de enjuiciamientos basados en la jurisdicción universal, en comparación con el número de crímenes de guerra que posiblemente se han cometido. Pero ello se debe al hecho de que un tribunal extranjero no es necesariamente el foro más adecuado para investigar y procesar a las personas sospechosas de haber cometido crímenes de guerra en su propio o en otro país, y no porque los Estados no crean que tienen derecho a ejercer la jurisdicción universal. Ello es comprensible, y explica por qué los Estados prefirieron constituir tribunales especiales y, finalmente, una Corte Penal Internacional permanente, para que se ocupara de estas cuestiones no significa, sin embargo, que la práctica no sea lo suficientemente densa, como se ha insinuado, para probar la existencia de una norma consuetudinaria, sobre todo por tratarse de una norma permisiva. El principio de la jurisdicción universal significa que los crímenes de guerra son crímenes según el derecho internacional, como la piratería, la esclavitud y el *apartheid*, por lo cual conviene a todos los Estados que se persigan. Este principio se estableció por primera vez como una obligación en el Convenio de Ginebra, en relación con las violaciones graves (“infracciones graves”) en él enumeradas, y se reiteró en el Protocolo adicional I⁸. Poco a poco se ha ido ampliando para aplicarse a todas las violaciones graves del derecho humanitario como una norma permisiva.

Por último, cabe destacar que esta es la primera vez que se logra reunir, de un modo tan sistemático y detallado, un número tan elevado de prácticas que ilustran la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario; todo ello gracias a una investigación exhaustiva y plural, y a las consultas realizadas

8 Convenios de Ginebra I - IV, arts. 49/50/129/146; Protocolo adicional I, párr. 1 del art. 85.

en relación con el Estudio⁹. Como ha señalado el magistrado Theodor Meron, del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia:

“lo que hace único a este Estudio es la seriedad y el alcance del método para determinar la práctica. Además de los fondos de los archivos del CICR sobre casi cuarenta conflictos armados recientes y de las diversas fuentes internacionales, entre ellas las de las Naciones Unidas, organizaciones zonales y otras organizaciones internacionales, para el Estudio se elaboraron proyectos de investigación en unos cincuenta países, encargados por los patrocinadores con el fin de determinar las prácticas nacionales en el ámbito del derecho internacional humanitario. Nunca antes se había realizado un esfuerzo de esta envergadura. Ninguna actualización del derecho internacional ha tratado siquiera de acumular una recopilación de datos empíricos tan abundante”¹⁰.

Tipos de prácticas examinadas

Un estudio sobre derecho internacional consuetudinario debe analizar tanto lo que dicen los Estados como lo que efectivamente hacen. Para ello se recopiló y examinó “la práctica operacional de los Estados en relación con las acciones militares”. En el marco del Estudio, se examinaron, en función de su disponibilidad, informes y declaraciones oficiales sobre la conducción de las operaciones militares. Por ejemplo, en el caso de Estados Unidos, se examinaron informes y declaraciones relativos a decisiones adoptadas en la guerra de Corea, de Vietnam y en la guerra del Golfo, entre otras¹¹.

Pero no basta con el examen de la práctica operacional. Para evaluar el derecho internacional humanitario, es necesario ver más allá de la mera descripción de unas operaciones militares y analizar el valor jurídico de esas operaciones. Esto requiere el análisis de las posturas oficiales de todas las partes implicadas, así como las de otros Estados. Cuando una práctica operacional dada goza de aceptación general, como es el caso de los ataques a instalaciones militares, se confirma la tesis en que se basa; en

9 Cada una de las 161 normas del volumen I se apoya en una sección específica del volumen II, en la que se detalla la práctica relacionada con esa norma. Muchas de estas secciones del volumen II con las prácticas se dividen, a su vez, en subtemas, con ejemplos de las respectivas cuestiones (v. los ejemplos de actos que constituyen una participación directa en las hostilidades, Estudio, nota 1, *supra*, vol. II, pp. 115-127), cláusulas de reserva (v.v.g. la práctica relativa al requisito de tomar todas las precauciones “factibles” en el ataque, *ibíd.*, pp. 357-362), excepciones (v. v.g. las excepciones a la prohibición de los ataques contra los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, *ibíd.*, pp. 1166-1174), definiciones (v. v.g. la práctica relativa a la definición de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, *ibíd.*, pp. 2149-2161), etc.

10 Theodor Meron, “Revival of customary humanitarian law”, *American Journal of International Law*, vol. 99, n.º 4 (octubre de 2005), p. 833.

11 V.v.g. el Estudio, nota 1 *supra*, vol. II, pp. 213-215, §§ 549-554, en el que se cita, entre otros, a Robert F. Futrell, *The United States Air Force in Korea 1950-1953*, ed. revisada, Oficina de Historia de las Fuerzas Aéreas, Fuerzas Aéreas de EE. UU., Washington, DC, 1983; Departamento de Defensa, Declaración sobre la política relativa a los objetivos aplicada en Vietnam, 26 de diciembre de 1966, reeditado en Marjorie Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 10, publicación del Departamento de Estado 8367, Washington, DC, 1968; y Departamento de Defensa de EE. UU., Informe final al Congreso sobre la conducta en la guerra del Golfo Pérsico, 10 de abril de 1992.

este caso, la de que las instalaciones militares constituyen objetivos militares legítimos. Sin embargo, cuando una práctica operacional es generalmente considerada como una infracción de las normas existentes, como sería la de atacar instalaciones civiles, no es más que eso: una violación; y las violaciones no pueden modificar las normas vigentes, es decir, no pueden dictar ley¹². Esto explica por qué algunos actos, como los ataques a personas civiles, el pillaje y la violencia sexual, siguen prohibidos, lo que, según numerosos informes, no impide que se cometan. La conclusión de que estos actos constituyen violaciones de las normas existentes sólo puede extraerse las actuaciones verbales mediante las cuales se transmiten a la comunidad internacional, como son los manuales militares, las leyes y la jurisprudencia nacionales, las resoluciones de las organizaciones internacionales y las declaraciones oficiales. Estas actuaciones verbales son las lentes que nos permite ver la práctica operacional.

Importancia de las resoluciones

Por lo que acabamos de decir, para realizar el Estudio hubo que tener en cuenta las resoluciones adoptadas por los Estados en el marco de organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas y organizaciones zonales¹³. Como se ha indicado, el Estudio sienta como premisa el reconocimiento de 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”¹⁴. Por eso se incluyó y se utilizó en el Estudio una lista con los resultados de las votaciones de todas las resoluciones de la Asamblea General mencionadas¹⁵. Y, lo que es más importante, las resoluciones siempre se evaluaron junto con otras prácticas estatales, sin usarlas nunca para inclinar la balanza en favor de la decisión de que una norma es consuetudinaria¹⁶.

Importancia de las declaraciones del CICR

Como se explica en la introducción del Estudio, las declaraciones oficiales del CICR, en particular, los llamamientos y los memorandos referentes al derecho internacional humanitario, se han incluido como práctica pertinente por tratarse

12 V. Corte Internacional de Justicia, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Fallo sobre el fondo, 27 de junio de 1986, ICJ Reports 1986, p. 98, § 186.

13 En el Estudio se examinaron las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el ECOSOC y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como por la Unión Africana (UA), el Consejo de Europa, la Unión Europea (UE), el Consejo de Cooperación del Golfo (CCG), la Liga de los Estados Árabes (LEA), la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Organización de la Conferencia Islámica (OCI) y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE).

14 Estudio, nota 1 *supra*, vol. I, p. XLI.

15 Estudio, nota 1 *supra*, vol. II, pp. 4351-4382.

16 V.g. cuando no fue posible concluir que la norma 114 constituía derecho consuetudinario en los conflictos armados no internacionales, las resoluciones que sustentaban esa conclusión no inclinaron la balanza a su favor, ya que el resto de la práctica no concordaba con dichas resoluciones. V. el Estudio, nota 1 *supra*, vol. I, pp. 469-470.

de una institución que tiene personalidad jurídica internacional¹⁷. La práctica de esta institución es particularmente pertinente por cuanto la Institución ha recibido el encargo oficial de los Estados de “trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados [...] y preparar el eventual desarrollo del mismo”¹⁸. No obstante, en el Estudio no se utilizaron las declaraciones del CICR como la principal fuente en favor del carácter consuetudinario de una norma. Sólo se citan para reforzar las conclusiones a las que se llegó basándose exclusivamente en la práctica de los Estados. Así pues, la práctica del CICR tampoco inclinó nunca la balanza en favor del carácter consuetudinario de una norma.

Las reacciones de los Estados a los memorandos o llamamientos del CICR son una fuente de comprobación más fiable, y se han incluido en la medida en que fueran conocidas, tanto las positivas (por ejemplo, el llamamiento que el CICR hizo en octubre de 1973 a las partes en conflicto en Oriente Próximo)¹⁹, como las más críticas con el CICR (por ejemplo, la respuesta de Estados Unidos, en enero de 1991, al memorando del CICR sobre la aplicabilidad del derecho internacional humanitario en la región del Golfo)²⁰. Incluso cuando no se conocían estas reacciones, consideramos apropiado incluir estos memorandos y llamamientos. La Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia también reconoció la importancia de los llamamientos del CICR y de las reacciones correspondientes de los Estados en la formación de derecho internacional consuetudinario, como se puede constatar en el recurso interlocutorio sobre la jurisdicción del asunto *Tadić*, de 1995:

“Es bien sabido que el CICR ha trabajado mucho para promover el desarrollo, la aplicación y la difusión del derecho internacional humanitario. En el tema que nos concierne, es decir, la formación de normas consuetudinarias relativas a los conflictos armados internos, el CICR ha contribuido sobremanera, al emplazar a las partes en los conflictos armados internacionales a que respeten el derecho internacional humanitario. Cabe destacar que, por lo que atañe a los conflictos armados no internacionales, el CICR ha promovido la aplicación de los principios básicos del derecho humanitario entre las partes contendientes. Además, ha hecho todo lo posible por persuadir a las partes en conflicto de que acataran los Convenios de Ginebra de 1949 o, al menos, sus disposiciones más relevantes. Cuando las partes, o una de ellas, se han negado a acatar la esencia del derecho internacional humanitario, el CICR ha insistido en que respetaran, como mínimo, el artículo 3 común. Ello demuestra

17 V. v.g. TPIY, *The Prosecutor v. Blagoje Simić et al.*, causa n.º IT-95-9-PT, decisión sobre la petición de enjuiciamiento con arreglo a la norma 73 por un fallo concerniente al testimonio de un testigo, 27 de julio de 1999, publicada como documento público mediante la resolución del 1 de octubre de 1999, párr. 46 y nota 9.

18 Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, aprobados por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 23-31 de octubre de 1986, art. 5. (2) (c) y (g).

19 V.v.g. el Estudio, nota 1 *supra*, vol. I, pp. 5, 10 y 23-30.

20 V. v.g. *ibid.*, p. 76.

cómo el CICR ha propiciado y facilitado la aplicación de los principios generales del derecho humanitario a los conflictos armados internos. En la práctica, que el CICR haya logrado inculcar el respeto del derecho internacional humanitario debería considerarse como un elemento en sí mismo de la práctica internacional, que ha sido claramente decisivo en la formación o cristalización de normas consuetudinarias”²¹.

Importancia de las declaraciones de las ONG

Las declaraciones de las ONG se han incluido en el volumen II, en la categoría de “Otras prácticas”, que comprende material secundario que no se tuvo en cuenta a la hora de determinar qué es consuetudinario. El término “práctica” en este contexto, no alude a ningún tipo de práctica estatal (ni de otra índole) que contribuyera a la formación de derecho internacional consuetudinario. Al igual que el volumen I, el volumen II del Estudio también fue examinado por los expertos consultados. Los tipos de prácticas recopilados en el volumen II no cambiaron entre la primera consulta a los expertos, en 1999, y su publicación final en 2005. No hubo ninguna objeción a su inclusión de dicha categoría, ni en 1999, ni después.

Así pues, el volumen I sólo tiene en cuenta parte de la práctica recopilada en el volumen II. En este sentido, el volumen II puede dar la errónea impresión de que todo lo que figura en él se consideró en cierto modo pertinente al determinar lo que es derecho consuetudinario, cosa que sin duda no es cierta. La práctica descrita en el volumen II se ha valorado de acuerdo con la metodología, como se explica en la introducción del Estudio²². En general, sólo se consideraron pertinentes las prácticas citadas en los comentarios de cada norma, en los que nunca se incluyeron declaraciones de organizaciones no gubernamentales.

A este respecto, es importante precisar que la metodología descrita en la introducción se aplicó en todas y cada una de las normas, aunque no siempre se hayan repetido las distintas consideraciones en dicha metodología, ya que ello habría alargado innecesariamente el Estudio y habría resultado poco práctico para los lectores. La intención era crear una herramienta de fácil lectura para los profesionales, de ahí el formato elegido.

Importancia de la práctica de los Estados que no son Partes

En ningún momento el Estudio ha dado por sentado que una norma es consuetudinaria sólo porque figure en un tratado que ha sido ratificado ampliamente. Como reza la introducción:

21 TPIY, *The Prosecutor v. Duško Tadić, aka “Dule”*, Decisión sobre la petición de la defensa de interponer recurso interlocutorio sobre la jurisdicción, Sala de Apelaciones, 2 de octubre de 1995, causa nº IT-94-1-AR72, párr. 109.

22 V., en particular, el Estudio, nota 1 *supra*, vol. I, pp. XXXVII-XLI.

“En este estudio se sigue el cauto proceder de tomar una amplia ratificación sólo como una indicación, que hay que evaluar respecto de otros elementos de la práctica, en particular de la práctica de los Estados que no son Partes 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”²³.

La distinción entre Partes contratantes y Partes no contratantes se tuvo también en consideración al evaluar cada una de las normas²⁴. Con este fin se incluyó en el Estudio una lista con las ratificaciones de todos los tratados citados²⁵, y se utilizaron “listas negativas” (listas de países que no son Partes en el tratado pertinente), así denominadas por reflejar la práctica de los Estados que no son Partes. Es interesante comprobar lo mucho que estas listas pueden diferir según el régimen de los tratados. Por ejemplo, la lista de Estados Partes en el Protocolo adicional I difiere considerablemente de la lista de Estados Partes en la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales²⁶. Esto significa asimismo que, si distintos tratados contienen normas idénticas o similares, hay que cotejar la práctica y la lista de ratificaciones de un Estado con todos los tratados de los que es Parte. Por ejemplo, aunque Estados Unidos no es Parte en el Protocolo adicional I, sí lo es en el Protocolo II y en el Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (CCAC), que contienen una serie de normas idénticas a las del Protocolo adicional I. Por lo tanto, aunque Estados Unidos no haya suscrito el principio de distinción, ni la prohibición de lanzar ataques indiscriminados ni el principio de proporcionalidad mediante la ratificación del Protocolo adicional I, sí los ha suscrito, entre otras cosas, con la ratificación del Protocolo II enmendado de la CCAC, que es aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales²⁷.

Además, hay una serie de disposiciones en el Protocolo adicional I que no se consideraron consuetudinarias, dada la relevancia atribuida a la práctica negativa de los Estados que no son Partes en el mismo. Tal es el caso, por ejemplo,

23 *Ibid.*, p. xliv.

24 V. v.g. las consideraciones expuestas en el comentario de varias normas relacionadas con el principio de distinción, como la norma 1, Estudio, nota 1 *supra*, vol. I, p. 3; la norma 2, *ibid.*, p. 9, la norma 6, *ibid.*, p. 22, la norma 7, *ibid.*, p. 29; la norma 8, *ibid.*, p. 34, la norma 11, *ibid.*, p. 43; la norma 14, *ibid.*, p. 53; la norma 15, *ibid.*, p. 59. V. también la norma 83, *ibid.*, p. 325; y la norma 86, *ibid.*, p. 233.

25 Estudio, nota 1 *supra*, vol. II, pp. 4153 - 4180.

26 Azerbaiyán, la India, Indonesia, Irán, Irak, Israel, Malasia, Marruecos, Myanmar, Pakistán, Tailandia y Turquía no son Partes en el Protocolo adicional I, pero son Partes en la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales (al 1 de junio de 2007).

27 V. el Protocolo II enmendado, arts. 2-3.

de la presunción de la condición de civil en caso de duda²⁸, la prohibición de los ataques a obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas²⁹, la exigencia, algo laxa, de que los combatientes se distingan de la población civil³⁰, y la prohibición de tomar represalias contra las personas civiles, todas ellas estipuladas en el Protocolo adicional I³¹. Probablemente muchos pensarán que el Estudio concede demasiada importancia a unas prácticas contrarias tan poco extendidas, pero el comentario también recoge los casos en que las prácticas manifiestamente contrarias de Estados que no son Partes no se consideraron suficientes para impedir el reconocimiento de una norma de derecho consuetudinario³². En ningún momento los comentarios han ocultado u obviado las prácticas negativas recopiladas.

Estados especialmente afectados

El Estudio sí valoró debidamente la contribución de los Estados que tienen “un mayor grado de experiencia” y que “han aportado más práctica, tanto en términos cuantitativos como cualitativos”. Una atenta lectura de los dos volúmenes I y II, evidencia la importante contribución de estos Estados a la práctica. Gracias a su experiencia en los conflictos armados, Estados Unidos ha contribuido especialmente, con muchas prácticas, a la formación del derecho humanitario consuetudinario. Las autoridades norteamericanas también se han pronunciado sobre numerosas cuestiones de interpretación del derecho, lo que también se señala con frecuencia en los comentarios³³.

Así pues, queda claro que hay Estados que, por haber resultado “especialmente afectados” por conflictos armados, han aportado más prácticas que otros. Otra cosa es que su práctica *cuenta más* que la de otros Estados. La declaración de la Corte Internacional de Justicia acerca de la necesidad de incluir la práctica de los Estados “especialmente afectados” se hizo en el contexto del derecho del mar, y concretamente para determinar si una norma de un tratado (no ampliamente ratificado) se había convertido en derecho internacional consuetudinario³⁴. Dada la singularidad de muchas normas del derecho humanitario, no se pueden aplicar automáticamente los mismos criterios a todas ellas. A diferencia del derecho del mar, en el que un Estado tiene o no tiene costa, en el derecho internacional humanitario cualquier Estado puede verse implicado en un conflicto armado y convertirse en “especialmente afectado”. Por lo tanto, todos los Estados deberían tener un legítimo interés en desarrollar el derecho humanitario. Ahora bien, esto

28 Compárese la segunda frase del párr. 1 del art. 50 del Protocolo adicional I con el comentario de la norma 6 del Estudio, nota 1 *supra*, vol. I, pp. 22-26.

29 Compárese el art. 56 del Protocolo adicional I con la norma 42, *ibíd.*, vol. I, pp. 155-158.

30 Compárese la segunda frase del párr. 3 del art. 44 del Protocolo adicional I con el comentario de la norma 106 del Estudio, *ibíd.*, vol. I, pp. 437-442.

31 Compárese el párr. 6 del art. 51 del Protocolo adicional I con el comentario de la norma 146, *ibíd.*, vol. I, pp. 586-591.

32 V. v.g. la norma 21 (precauciones en el ataque por lo que atañe a la elección de los objetivos militares), *ibíd.*, vol. I, p. 74, y norma 65 (prohibición de matar, herir o capturar valiéndose de medios pérfidos), *ibíd.*, vol. I, p. 247.

33 V. v.g. sólo en la Parte I del Estudio, nota 1 *supra*, vol. I, pp. 13, 24, 31, 36, 45, 64-65 y 76.

34 Corte Internacional de Justicia, *North Sea Continental Shelf cases*, nota 5 *supra*.

no impide que algunos Estados aporten más prácticas, y más detalladas, que otros en ámbitos en los que están “especialmente afectados”.

No obstante, con respecto a la norma 45, relativa a los daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente, el Estudio indica que Estados Unidos, Francia y el Reino Unido se oponen de manera persistente a que la norma sea aplicable a las armas nucleares. Por eso reconocemos que, por lo que atañe al empleo de las armas nucleares, la norma 45 no se ha convertido en derecho consuetudinario. En cambio, sí lo ha hecho en el caso de las armas clásicas, aunque quizá no sirva de mucho, ya que el umbral que se ha fijado para dictaminar que se dan las condiciones acumulativas de un daño extenso, duradero y grave es muy elevado. La existencia de esta norma en el derecho internacional consuetudinario la respalda, en parte, el hecho de abstenerse de causar tales daños. Se podría considerar que Estados Unidos es un objetor persistente con respecto a la norma 45 en su conjunto, pero esto es algo que las autoridades competentes norteamericanas tendrían que precisar.

2. *Opinio juris*

Aunque los comentarios de las normas que figuran en el volumen I no suelen contener un análisis separado de la práctica y la *opinio juris*, de hecho se efectuó ese análisis para todas y cada una las normas, a fin de determinar si la práctica atestiguaba la existencia de una norma de derecho o si, por el contrario, estaba motivada por meras consideraciones extrajurídicas de conveniencia, de concordancia o políticas. Cuando resultó difícil establecer la *opinio juris*, se expone con más detalle en los comentarios³⁵. Así pues, en el Estudio no se dedujo la *opinio juris* simplemente a partir de la práctica. La conclusión de que la práctica plasmaba una norma de derecho y no sólo una política no se basó nunca en una única práctica o en un tipo de práctica, sino que fue el resultado del análisis de toda la práctica pertinente. Es cierto que, si un Estado vota a favor de una resolución que condena los actos de violencia sexual, por ejemplo, no se puede nunca demostrar que lo hace porque cree que esa resolución traduce una norma de derecho, o por motivaciones políticas (o por ambas razones). Sin embargo, toda la práctica relativa a esa cuestión indica sin lugar a dudas que la prohibición de la violencia sexual es una norma de derecho, no una simple política.

En la misma línea, los manuales militares y de instrucción pueden formular propuestas basadas en el derecho, pero también pueden dar instrucciones basadas en razones militares o políticas que van más allá del derecho (aunque puede que nunca se queden *por debajo* de él). Esta distinción siempre se ha tenido presente. Las normas que se apoyan en manuales militares se refrendaron, al examinar todas las prácticas, con aquellas de tal índole que había que concluir que estábamos ante una norma de derecho y no ante meras consideraciones políticas o militares, o ante una conveniencia política que

35 V. v.g. el comentario de la norma 114 sobre los conflictos armados no internacionales, Estudio, nota 1 *supra*, vol. I, p. 467.

puede variar de un conflicto a otro. Por ejemplo, el hecho de que Estados Unidos haya decidido, por razones de índole política y no jurídica, que “aplicará las normas enunciadas en sus manuales tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales” se reconoce en el Estudio como una decisión política. De aquí que los manuales militares de Estados Unidos nunca se aduzcan como prueba en el caso de las normas aplicables en los conflictos armados no internacionales.

Por último, se estimó que los manuales de instrucción autorizados para su uso en la formación representan una forma de práctica estatal. En principio, un Estado no va a permitir que se instruya a sus fuerzas armadas con un documento cuyo contenido desaprueba. Por lo tanto, se ha interpretado que los manuales de instrucción, los libros para los instructores y las tarjetas de bolsillo de los soldados reflejan la práctica de los Estados. Así pues, se hallaron e incorporaron diversos documentos de este tipo, entre otros, de Alemania³⁶, Estados Unidos³⁷ y Reino Unido, por ejemplo³⁸. En el volumen II del Estudio se incluye una lista completa de los manuales militares, en particular de los manuales de instrucción y otros documentos semejantes³⁹.

3. Formulación de las normas

Cualquier enunciado de normas consuetudinarias da inevitablemente como resultado unos textos que, en muchos aspectos, son más simples que las normas tan pormenorizadas que figuran en los tratados⁴⁰. Puede resultar difícil, por ejemplo, demostrar el carácter consuetudinario de cada uno de los detalles de una norma estipulada en un tratado. No se puede pretender que el derecho consuetudinario, que se forma a partir de la práctica, proporcione tantos detalles como las intrincadas negociaciones que tienen lugar durante una conferencia diplomática. Así pues, fue necesario examinar más a fondo algunas cuestiones en el comentario.

36 V. v.g. Alemania, Publicación ZDv 15/1, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten: Grundsätze*, DSK VV230120023, Ministerio Federal de Defensa, junio de 1996; y la tarjeta de bolsillo “Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten: Grundsätze”, adaptada según la Ordenanza ZDv 15/2, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten: Handbuch*, Zentrum Innere Führung, junio de 1991.

37 V. v.g. Reino Unido: *The Law of Armed Conflict*, D/DAT/13/35/66, Army Code 71130 (rev. en 1981), Ministerio de Defensa, bajo la dirección del Jefe del Estado Mayor de la Defensa, 1981 (actualización anual).

38 V. v.g. Estados Unidos, *Your Conduct in Combat under the Law of War*, Publicación n° FM 27-2, Sede del Departamento del Ejército, Washington, noviembre de 1984, e *Instructor’s Guide: The Law of War*, Sede del Departamento del Ejército, Washington, abril de 1985.

39 V. el Estudio, nota 1 *supra*, vol. II, pp. 4916-4207.

40 Compárese la descripción del principio de distinción contenida en los arts. 48-52 del Protocolo adicional I con la escueta declaración que figura en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, en la que se afirma que el principio de distinción constituye un “principio cardinal” del derecho humanitario y uno de los “principios inviolables del derecho internacional consuetudinario”, *Opinión consultiva*, 8 de julio 1996, *ICJ Reports 1996*, p. 226, §§ 78-79.

Por ejemplo, por lo que atañe a las normas 31 y 55, relativas a la protección del personal de socorro humanitario y al paso de las misiones de ayuda humanitaria, respectivamente, en el comentario se plantea abiertamente la necesidad de un consentimiento para recibir esa ayuda, y no se tuvo en ningún momento la intención de rebasar el contenido de los Protocolos adicionales⁴¹. El problema estribaba en formular una norma que abarcara tanto los conflictos armados internacionales como los no internacionales. Era problemático emplear la expresión “consentimiento de las partes”, que incluiría también a los grupos armados de oposición, en una norma que se iba a aplicar tanto a los conflictos armados internacionales como a los no internacionales. Queda también claro que, al leer estas normas conjuntamente con la norma 6, el personal de socorro humanitario pierde su protección si participa directamente en las hostilidades.

Por lo que respecta a la importancia del comentario, en el volumen I del Estudio, los autores incluyeron una nota, omitida por error en la primera edición, publicada en 2005, pero que ya figura en la reedición de 2007. En dicha nota se advierte a los lectores de que:

“En el presente volumen se codifican normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario. Sólo las normas en negrillas están catalogadas como parte del derecho internacional consuetudinario propiamente dicho, y no los comentarios de ellas que figuran a continuación. Sin embargo, esos comentarios pueden contener aclaraciones útiles sobre la aplicación de las normas en negrillas, un aspecto que los comentaristas pasan a veces por alto”⁴².

Los comentarios son especialmente importantes para determinar el contenido de una serie de normas que están formuladas de manera sucinta, como resumen de diversas prácticas, y que carecen de un equivalente concreto en el derecho convencional⁴³. De todos modos, el Estudio no pretende demostrar que todos y cada uno de los elementos de los comentarios son parte del derecho consuetudinario, como en el caso de la lista de crímenes de guerra incluida en la norma 156.

En cuanto a la importancia de la norma 78 sobre las balas explosivas, se tuvo mucho cuidado al escoger los términos empleados que, evidentemente, no son una transcripción literal de la Declaración de San Petersburgo, a fin de que reflejaran la evolución de las prácticas estatales. Por otro lado, si no se emplearon los términos “concebidos” o “específicamente concebidos” para explotar en

41 V. el Estudio, nota 1 *supra*, vol. I, pp. 121 y 219-20.

42 *Ibid.*, vol. I, reedición corregida de 2007, p. LIX.

43 V. v.g. *ibid.*, vol. I, la norma 42 (obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas); las normas 43-44 (protección del medio ambiente natural); las normas 84-85 (armas incendiarias); la norma 94 (esclavitud y trata de esclavos); la norma 95 (el trabajo forzado no retribuido o abusivo); la norma 98 (desapariciones forzadas); la norma 99 (privación arbitraria de la libertad); la norma 105 (respeto de la vida familiar); la norma 116 (identificación de los muertos); la norma 133 (respeto de los derechos de propiedad de las personas desplazadas); y la norma 134 (respeto de las necesidades específicas de las mujeres).

el cuerpo humano al hablar de los proyectiles, fue porque habría sido necesario demostrar la intención de quienes los diseñaron. El enunciado de la norma 78 se basa, en cambio, en las premisas de que los proyectiles que previsiblemente pueden estallar en el cuerpo humano en circunstancias normales lo hacen porque están concebidos para ello, aunque no sea esta su finalidad específica, y de que la explosión de estos proyectiles en el cuerpo humano es precisamente lo que los Estados han tratado de impedir mediante la práctica en este ámbito. El argumento de que algunos Estados han empleado presuntamente balas explosivas antimaterial “que tenían tendencia a estallar al impactar con el cuerpo humano o dentro de él”⁴⁴ no está acompañado de pruebas que demuestren que estallan efectivamente así. Por lo tanto, el argumento no demuestra que la explosión sea “previsible”, como se ha indicado y como se explica en el comentario de la norma 78 y, por consiguiente, no la contradice.

Es importante señalar que, en la Segunda Conferencia de Examen de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (CCAC), el CICR no propuso, como se ha dicho, “negociar un protocolo” que prohibiera el empleo antipersonal de balas que explotan en el cuerpo humano, así que, la pasividad de los Estados a este respecto no viene al caso. La referencia a una “prueba realizada por el CICR en 1998, que posteriormente resultó ser errónea” es incorrecta, ya que la prueba en cuestión, al igual que las pruebas posteriores realizadas en 1999, no las llevó a cabo el CICR, sino que se efectuaron en el campo de pruebas de balística de Thun, en Suiza, según pautas avaladas por la comunidad internacional.

4. Repercusiones

En primer lugar, la conclusión a la que llega el Estudio de que muchas de las normas estipuladas en los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra han alcanzado el estatuto de derecho internacional consuetudinario aplicable a todos los Estados viene corroborada por las pruebas presentadas. Esto no debería sorprender a nadie, ya que muchas de ellas ya eran consuetudinarias en 1977, hace exactamente treinta años⁴⁵. Bien es cierto, por otra parte, que algunas de las disposiciones de los Protocolos eran una novedad en 1977, pero en estos treinta años transcurridos desde su aprobación se han hecho consuetudinarias, ya que han logrado una aceptación amplia y casi uniforme en la práctica⁴⁶. Otras disposiciones, en cambio, no se han convertido en consuetudinarias porque, como se ha

44 Bellinger y Haynes, nota 4 *supra*, n. 69.

45 Los Protocolos adicionales se aprobaron el 8 de junio de 1977, tras cuatro períodos de sesiones de negociación (1974-1977) de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los Conflictos Armados. Como indica el propio título, la Conferencia pretendía reafirmar, pues, las normas existentes del derecho humanitario consuetudinario, así como desarrollar nuevas normas.

46 V. v.g. la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil, estipulada en el art. 54 del Protocolo adicional I y en el art. 14 del Protocolo adicional II, que hoy se considera parte del derecho internacional consuetudinario (norma 53 del Estudio).

apuntado antes, no son aceptadas de manera uniforme en la práctica⁴⁷.

En el Estudio se han examinado a este respecto los Protocolos adicionales al igual que los demás tratados, con mucha cautela, y en ningún momento se ha dado por descontado que una norma es consuetudinaria sólo porque figure en un tratado que ha sido ratificado ampliamente⁴⁸.

La segunda conclusión a la que llega el Estudio, a saber, que muchas de las normas establecidas en los Convenios de Ginebra y en sus Protocolos adicionales se han hecho vinculantes como derecho internacional consuetudinario en los conflictos armados no internacionales, es el resultado de la práctica estatal a este respecto. Los Estados pusieron en marcha este proceso con la aprobación, en 1949, del artículo 3 común, y su práctica posterior así lo demuestra. Esta práctica, que se siguió desarrollando, culminó, en 1977, es decir, hace ahora treinta años, con la promulgación del Protocolo adicional II, el primer tratado en la historia dedicado íntegramente a regular los conflictos armados no internacionales. Este proceso se aceleró con la constitución de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, en 1993 y 1994, respectivamente.

En efecto, los avances del derecho internacional humanitario desde las guerras de la antigua Yugoslavia y Ruanda apuntan hacia la aplicación de muchos elementos del derecho humanitario a los conflictos armados no internacionales. Por ejemplo, todos los tratados de derecho humanitario aprobados desde 1996 se aplican tanto a los conflictos armados internacionales como a los no internacionales⁴⁹. Además, en 2001, el artículo 1 de la CCAC fue enmendado para ampliar el ámbito de aplicación de todos los Protocolos de la CCAC vigentes a los conflictos armados no internacionales⁵⁰.

Los tribunales y cortes penales establecidos, en primer lugar para la ex Yugoslavia y para Ruanda y, más tarde, para Sierra Leona, entienden exclusiva o casi exclusivamente de las violaciones cometidas en conflictos armados no internacionales. Asimismo, las investigaciones y procesos incoados ante la Corte Penal Internacional están relacionados con violaciones cometidas en situaciones de conflicto armado interno. Estos avances también se sustentan en otras prácticas, como los manuales militares, leyes y jurisprudencia nacionales, declaraciones oficiales y resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales. En este sentido, el

47 V. las notas 28-31 *supra* y el texto al que hacen referencia. Además, el Estudio no aborda el carácter consuetudinario de algunas disposiciones, ya que no figuran como tales en el Protocolo I, incluidos en el párr. 4 del art. 1 (guerras de liberación nacional), el art. 36 (armas nuevas), el art. 45 (presunción del estatuto de prisionero de guerra) y los arts. 61-67 (protección civil) del Protocolo adicional I.

48 V. la nota 23 *supra* y el texto reproducido.

50 V. el Protocolo II enmendado de la CCAC, de 1996, sobre el empleo de minas, armas trampa y otros artefactos; la Convención de Ottawa de 1997 que prohíbe las minas antipersonal; el Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional; el Segundo Protocolo de la Convención de la Haya sobre la Protección de los Bienes Culturales de 1999; el Protocolo del año 2000 de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados; y el Protocolo V de la CCAC sobre los restos explosivos de guerra.

50 Hasta entonces, sólo el Protocolo II enmendado de 1996 era aplicable a los conflictos armados no internacionales. Por lo tanto, la enmienda del artículo 1 afectó al ámbito de aplicación de los Protocolos I - IV, ya existentes.

volumen I distingue las prácticas específicas relativas a los conflictos armados no internacionales y, basándose en ellas, dedica un apartado especial al análisis del carácter consuetudinario de las normas en estos conflictos. Por último, cuando la práctica relacionada con conflictos armados no internacionales es menos extensa, el Estudio se limita a señalar que la norma en cuestión “podría” ser aplicable a los conflictos armados no internacionales⁵¹.

En lo concerniente a la “práctica operacional” relacionada con los conflictos armados no internacionales, es probable que haya una mezcla de prácticas oficiales que corroboren la norma y de otras que la infringen abiertamente. Sin embargo, pensar que no existe suficiente práctica en los conflictos armados no internacionales para sostener una conclusión tan general sería dar el mismo peso a la práctica “positiva” existente que a las múltiples violaciones del derecho que se cometen. Ello equivaldría a permitir que los infractores dictasen las leyes o impidieran la promulgación de nuevas normas, lo que conduciría a que toda una serie de prácticas execrables cometidas en los conflictos armados no internacionales dejaran de ser ilegales, y ya no se podría responsabilizar de ellas a los mandos que las ordenan. Esto no es lo que quieren los Estados. Los Estados quieren que el derecho se aplique a los conflictos armados no internacionales, y que se exijan cuentas y responsabilidades a los jefes militares. Por eso, se ha elevado el nivel de las expectativas en la legalidad de la conducta de las partes en conflictos armados no internacionales hasta hacerlo coincidir con el de las exigencias aplicables en los conflictos armados internacionales. Hay que felicitar por este avance conseguido por los Estados, ya que mejora sustancialmente la protección jurídica de las víctimas del tipo más endémico de conflictos armados, a saber, los conflictos armados no internacionales.

Así pues, la práctica estatal y el derecho humanitario consuetudinario han colmado importantes lagunas del derecho convencional que regula los conflictos armados no internacionales. Se ha superado en buena parte la brecha que existía entre el derecho relativo a los conflictos armados internacionales y el concerniente a los conflictos no internacionales, en particular por lo que atañe a la conducción de las hostilidades, a los medios y métodos de hacer la guerra y al trato debido a las personas que están en poder de una de las partes en conflicto. Pero esto no significa que el derecho aplicable a los conflictos armados internacionales y a los conflictos no internacionales sea ahora idéntico. En efecto, conceptos como el de ocupación y el derecho al estatuto de combatiente y de prisionero de guerra corresponden exclusivamente al ámbito de los conflictos armados internacionales. En consecuencia, el Estudio contiene asimismo una serie de normas cuya aplicación se limita a los conflictos armados internacionales⁵², y otras cuya formulación difiere según se trate de conflictos armados internacionales o no internacionales⁵³.

51 Normas 21, 23-24, 44-45, 62-63 y 82.

52 Normas 3-4, 41, 49, 51, 106-108, 114, 130 y 145-147.

53 Normas 124, 126 y 128-129.

Conclusión

Como se ha señalado, el CICR realizó este Estudio a petición de los Estados, con el fin de contribuir a la difícil tarea de determinar qué constituye derecho internacional humanitario. No exageramos si decimos que casi diez años de proliferas investigaciones y múltiples consultas han dado como resultado el estudio más completo y minucioso de su género publicado hasta la fecha. El Estudio supone, por lo tanto, el máximo esfuerzo por brindar una instantánea lo más exacta posible del derecho internacional consuetudinario. Dados sus orígenes –un encargo de la comunidad internacional– pretende ser una herramienta de trabajo al servicio de los profesionales del derecho humanitario, no un manual teórico, y ya se ha abierto camino en la jurisprudencia de algunos Estados, entre ellos, Estados Unidos⁵⁴.

Aunque el Estudio se ha convertido en el punto de partida de cualquier debate sobre derecho humanitario consuetudinario, no representa la última palabra por lo que a los usos y costumbres se refiere, ya que, por definición, no puede ser exhaustivo, puesto que la formación del derecho consuetudinario es un proceso continuo. En consecuencia, el CICR se ha asociado con la Cruz Roja Británica y han iniciado un proyecto, con sede en el Centro Lauterpacht de Derecho Internacional de la Universidad de Cambridge, para actualizar la práctica recopilada en el volumen II del Estudio.

Con vistas a esta actualización, nos complacerá recibir sus observaciones acerca del Estudio en general, así como la información y los comentarios relativos a la práctica que los Estados y los expertos deseen compartir con nosotros. Esto debe formar parte de un proceso de diálogo continuo, en el cual hay que enmarcar los comentarios de Estados Unidos y esta réplica.

54 V. Tribunal Supremo de EE. UU., *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, causa n° 05-184, 29 de junio de 2006, p. 69. V. también Israel, El Tribunal Supremo reunido como Tribunal Superior de Justicia, *Adalah and others v. GOC Central Command, IDF and others*, 23 de junio de 2005, HCJ 3799/02, párrs. 20, 21 y 24, y *The Public Committee against Torture in Israel and others v. The Government of Israel and others*, 13 de diciembre de 2006, HCJ 769/02, párrs. 23, 29-30 y 41-42; TPIY, Cámara de Apelaciones, *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Decisión sobre la petición de la defensa de interponer recurso interlocutorio contra la decisión de la Sala de Primera Instancia sobre la norma 98bis, Peticiones de absolución, IT-01-47-AR73.3, 11 de marzo de 2005, párrs. 29-30, 38 y 45-46.