Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, su aplicación a través de la jurisprudencia y su impacto en la conducción de las hostilidades

Capitán de Fragata CJ*
Víctor Jesús Gonzáles Jáuregui

Introducción

A inicios del mes de marzo del año 2008, en la ciudad de Bogotá se realizó, organizado por la Delegación del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en Colombia, el lanzamiento de la versión en español del Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, en adelante el *Estudio*, evento al cual asistieron diversos académicos y oficiales de las Fuerzas Armadas de diversos países de la sub región.

El citado Estudio fue publicado inicialmente en el año 2005, tras casi diez años de una investigación realizada por el CICR a petición de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 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 las normas consuetudinarias que forman parte del Derecho Internacional Humanitario. La principal coincidencia que se pudo advertir de las participaciones realizadas durante el evento, estuvo referida a explicar que la importancia de realizar el *Estudio* era para superar *dos grandes problemas* que actualmente se presentan para 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 que se presentan en la actualidad, es decir, los conflictos armados no internacionales o internos, actuaciones bélicas donde a pesar de la existencia del artículo 3º Común a los

* Actualmente desempeña el cargo de Fiscal de la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar Policial.

Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional II de 1977, estas normas convencionales han servido con poca eficacia para evitar el sufrimiento innecesario de las personas protegidas y tampoco han sido útiles, en gran medida, para limitar los métodos y medios de hacer la guerra. Este hecho fue ratificado por el invitado principal y coautor del *Estudio* Jean-Marie Henckaerts, asesor jurídico de la División Jurídica del CICR.

Ante la situación detallada las finalidades del *Estudio* estuvieron dedicadas a determinar *dos temas exclusivos; primero*, qué 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 criterio de quien escribe este artículo, fueron alcanzados plenamente, sin que ello signifique en modo alguno que el trabajo se haya concluido.

Pero antes de continuar, considero necesario explicar que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia[1], define el derecho consuetudinario como "*una práctica generalmente aceptada como derecho*", y se acepta en general que para la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario se requiere la presencia de dos elementos, a saber, la práctica efectiva por parte de los Estados o elemento material (*usus*) y la creencia de que esta práctica se exige, se prohíbe o se permite, según la índole de la norma, como derecho (*opinio juris sive necessitatis*), es decir el elemento espiritual de la misma.

Fueron reconocidas luego de este exhaustivo proceso, Ciento Sesenta y Una (161) normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario, las mismas que son de suma importancia, ya que existe una diferencia fundamental en la aplicación de la norma de Derecho Internacional Humanitario según su origen, *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 del Perú las normas convencionales son materia de estudio y forman parte de los diversos currículos de los centros de instrucción, es necesario que se reciba instrucción y entrenamiento sobre las normas consuetudinarias, evitando de ese modo incurrir en violaciones a las

1 Henckaerts Jean – Marie, "Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados", en *International* Review of *the Red Cross*, volumen 87, número 857, Bogotá D.C., ed. Martinez marzo de 2005, p. 7

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 8° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional como crímenes de guerra.

El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario y la conducción de las hostilidades - ataques indiscriminados

En relación a las normas consuetudinarias N° 11, N° 12 y N° 13 del Estudio, que regulan el Principio de Distinción, y específicamente la realización de ataques indiscriminados por parte de quienes participan en un conflicto, se ha determinado que la práctica de los Estados las establece como normas de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como a 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 PAI
- 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 su existencia a través de lo siguiente:

- No esta incluida en el PAII, pero se puede deducir del Párrafo 2 del art. 13°
- Si ha sido ha incluida la prohibición en el PII 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 que están prohibidos 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 esta incluida en muchos manuales militares.
- Existe múltiple legislación interna que los 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 su prohibición a través de:

- Su deducción del párrafo 2° del artículo 13° 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)
- 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 distingan.
- No se ha propuesto otra definición y no existe práctica oficial contraria.
- La Cruz Roja (Conferencia Internacional XXIV) instó a 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 demostrada su prohibición 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
- Están prohibidos en el párrafo 5 artículo 51° del PAI

- Su prohibición esta 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 articulo 13º, aunque no esté 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.
- La norma es consuetudinaria en los Conflictos Armados No Internacionales: los bombardeos de zona constituyen ataque indiscriminado y estos están prohibidos en los Conflictos Armados No Internacionales, por tanto cabe deducir que los bombardeos de zona están prohibidos en los Conflictos Armados No Internacionales.

Aplicación efectiva de las normas reconocidas como parte del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario

Para que las normas analizadas sean de aplicación efectiva por parte de los Estados es necesario que esbocemos algunas respuestas para preguntas que nos parecen de carácter obligatorio, entre ellas se deberá determinar: ¿Qué 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?

América Latina: Constituciones y fuentes consuetudinarias del Derecho Internacional

La profesora Elizabeth Salmón[2], señala que ha detectado en América Latina cuatro tendencias constitucionales en relación con la fuente consuetudinaria del Derecho internacional, en decir cómo 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 sólo una vez que ha sido aceptado y aprobado como tal por el Estado; y la cuarta tendencia son las que se refieren a normas específicas de Derecho Internacional Consuetudinario.

En el Perú la Constitución Política de

2 Salmón Gárate, Elizabeth, Encuentros y desencuentros. *El Perú y el Derecho Internacional Humanitario*, Lima, Spectrum, 2001, p. 30.

1993 es de las que guardan silencio frente a la costumbre internacional, sin embargo no debe interpretarse como un rechazo u hostilidad al Derecho internacional general; eso lo apreciaremos 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 cabal de este principio significaría un gran avance para logar una aplicación efectiva de las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario.

Jurisprudencia con fuentes consuetudinarias y convencionales

En la línea del comentario en nuestro país 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 condenó 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 en su informe por la *Comisión de la Verdad y Reconciliación*, pero sin carácter legal ni vinculante, sino que además reafirmó que el derecho aplicable al conflicto peruano estaba constituido por una norma imperativa o de *uis 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 deben aplicarse a cualquier situación de conflicto armado más allá de su característica jurídica[3].

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[4], esto significa un avance importantísimo que a mi criterio reafirma la importancia que tienen los órganos jurisdiccionales para hacer efectivas las normas consuetudinarias 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

3 Sentencia Abimael Guzmán Reynoso y otros. Sala Penal Nacional, expediente acumulado 560-03. Fundamento 8vo.

4 Salmón Gárate, Elizabeth, "La Sala Penal Nacional y la calificación del conflicto armado interno. Una innovadora aproximación al Derecho Internacional Humanitario", en *Revista del IDEHPUCP*. Memoria Nª1, Lima, Gráfica Delvi SRL, 2007, p. 62

convencional que las hacía imperativas, sino que esas normas habían alcanzado el estatus de normas consuetudinarias, siendo por tanto capaces de ser aplicadas a conflictos, aunque estos no cumpliesen 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 que 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.

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, dejando de lado el principio establecido por la Corte Internacional de Justicia respecto a la relación de lex especialis entre el derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario[5].

¿Que decidió al Tribunal Europeo a no hacer referencia del Derecho de la Guerra? ¿Es que este ha perdido el atractivo de la especificidad que sí tiene respecto a los Conflictos Armados Internacionales? Bueno, pienso que 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 estatus de normas consuetudinarias. Ahora ya tenemos la respuesta: a través del *Estudio* se han determinado cuáles son esas normas de Derecho Internacional Humanitario que tienen origen consuetudinario, razón por la cual los Estados se encuentran obligados a respetarlas.

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.

---

5 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion. I.C.J. Reports, 1996,p. 226 en Salmón Gárate Elizabeth. ob. cit., p. 66.

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 especialis derogat lex generali, con la aplicación de normas de los derechos humanos en desmedro del Derecho Internacional Humanitario.

Los magistrados de los órganos jurisdiccionales en los ámbitos 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, en ocasiones y sin ser conscientes de ello, a través de la práctica estatal y la *opinio juris*, van impulsando el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario.