

SOBRE EL ESTATUS CONSUECUDINARIO DEL ARTÍCULO 3 COMÚN A LOS CUATRO CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 Y EL PROTOCOLO ADICIONAL II DE 1977*

NICOLÁS BIANCHI**

*¿Cómo es posible crear leyes para gobernar una situación
que es inherentemente independiente de toda ley?*

IMMANUEL KANT¹

Resumen: La presente investigación se propone evaluar la manera en que algunos organismos internacionales han analizado el estatus consuetudinario del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II de 1977, aplicables a los conflictos armados no internacionales. Se pretenderá cuestionar dichas evaluaciones por los serios problemas metodológicos que presentan, y concluir que el carácter consuetudinario de estas normas, aunque limitado, solo puede fundarse en su extendida aceptación por vía convencional.

Palabras clave: derecho internacional humanitario – convenios de ginebra – artículo 3 común – protocolo II – conflictos armados no internacionales – costumbre internacional – práctica física – práctica verbal – moralismo – desenredo – *ius cogens* – ratificación generalizada

Abstract: The following research seeks to evaluate the way in which some international bodies have analyzed the customary status of Common Article 3 to the

* Recepción del original: 12/08/2016. Aceptación: 03/10/2016.

** Estudiante de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. *Este trabajo de investigación fue realizado en el marco del curso "Fuentes del Derecho Internacional" a cargo de la profesora Natalia Luterstein, a quien agradezco.*

1. Citado en PICTET, J., *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Strasbourg, Martinus Nijhoff, 1985, p. 80.

four Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocol II of 1977, applicable to non-international armed conflicts. It will aim to question said assessments for the serious methodological problems they present, and to conclude that the customary character of these norms, albeit limited, can only be founded on their extensive acceptance as treaties.

Keywords: international humanitarian law – geneva conventions – common article 3 – protocol II – non-international armed conflicts – international custom – physical practice – verbal practice – moralism – disentanglement – ius cogens – generalized ratification

I. INTRODUCCIÓN

En los términos del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (“TPIY”) en el célebre fallo *Tadić*,² es posible hablar de un conflicto armado no internacional cuando existe una violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre estos grupos dentro de un Estado.³ A pesar de que la mayor parte de los conflictos armados en la actualidad son de este carácter, las reglas del derecho internacional que los regulan, tanto por vía convencional como consuetudinaria, son escasas en comparación con la regulación de los conflictos internacionales.⁴

Dentro de las reglas convencionales aplicables, se destacan principalmente el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y el Protocolo II Adicional de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

El artículo 3 común establece reglas básicas que gobiernan la conducta de las partes en el conflicto. Estas incluyen requerimientos que disponen el tratamiento humano a quienes no participan activamente en el conflic-

2. TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Caso N° IT-94-1-I (“Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction”), 02/10/1995.

3. TPIY, ob. cit., párr. 70.

4. STIGALL, D. y BLAKESLEY, C., “Non-State Armed Groups and the Role of Transnational Criminal Law during Armed Conflicts”, en *George Washington International Law Review*, vol. 48, 2015, p.12, con cita a DINSTEIN, Y., *Non-International Armed Conflicts in International Law*, 2006, p. 26.

to (que incluye tropas que se hubieran rendido o que estuvieran fuera de combate) y sobre ellos prohíben, específicamente, la violencia a la vida y la persona, la toma de rehenes, el atentado a la dignidad humana e imposiciones de sentencias y ejecuciones sin debido proceso.⁵

Por otro lado, el Protocolo II (con 168 Estados parte frente a los 196 de los Convenios de Ginebra) suplementa al artículo 3 común y ordena protecciones más específicas a los civiles, como la prohibición a los castigos colectivos, actos de terrorismo, la esclavitud y tráfico de esclavos, el saqueo y el reclutamiento de niños menores de quince años.⁶

Sin embargo, estas normas tienen umbrales de aplicación disímiles. Mientras que el artículo 3 común se aplica en casos de conflictos armados no internacionales "que surjan en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes", el Protocolo II agrega el requisito de que estos grupos armados estén "bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo".⁷ Así, el Protocolo II solo se aplica para conflictos internos de gran magnitud, excluyendo conflictos en los cuales el grupo armado no tiene un fuerte control sobre territorios (como en el caso de Al Qaeda previo al surgimiento de Estado Islámico), o aquellos que se dan entre un Estado y grupos armados radicados en el territorio de otro (como el conflicto entre Israel y Hamas).⁸

A pesar de que los Convenios y el Protocolo II gozan de un altísimo número de ratificaciones y por ende son aplicables por vía convencional a la mayor parte de los conflictos armados no internacionales, establecer el carácter consuetudinario de las reglas que contienen puede ser relevante frente a los casos en que el conflicto se desarrollara dentro del territorio de un Estado no parte, cuando un Estado deseara cesar en su aplicación mediante un retiro de los tratados, o cuando su aplicabilidad fuera refutada por un estado.⁹

5. STIGALL, D. y BLAKESLEY, C., ob. cit., p.12.

6. *Ibid.*, p.13.

7. Artículo 1 (ámbito de aplicación material).

8. BLUM, G., "Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict: A Reply to Sandesh Sivakumaran", en *The European International Law Journal*, vol.22, febrero 2011, p. 267.

9. MERON, T., "On the Inadequate Reach of Humanitarian And Human Rights Law And The Need For A New Instrument", en *American Journal of International Law*, vol. 77, n° 3, julio 1983, p. 591.

Por ello, el carácter consuetudinario de las reglas comprendidas por el artículo 3 común y el Protocolo II (en todo o en parte de su articulado) ha sido afirmado por diversos tribunales internacionales, un gran sector de la doctrina y, más recientemente, por el Comité Internacional de la Cruz Roja (“CICR”) en un interesante estudio publicado en 2005.¹⁰

Sin embargo, la metodología seguida por los tribunales internacionales y por el CICR merece ciertas críticas, por la excesiva atención en manuales militares y actos verbales de los Estados, así como en decisiones previas de tribunales o declaraciones de organizaciones internacionales, todo ello en detrimento de la efectiva práctica de los Estados y de los grupos armados en el campo de batalla. Asimismo, en su análisis de la práctica no han podido resolver la cuestión de la separación (o “desenredo”) de los actos realizados en cumplimiento de obligaciones convencionales, de aquellos motivados por *opinio juris*.

En la presente investigación no se pretende discutir el derecho de las partes en un conflicto a hacer uso de la fuerza (*jus ad bellum*). Tampoco se buscará analizar la aplicabilidad de normas de derecho a grupos armados no estatales, lo cual resulta un tema controversial si se parte de una postura que entiende al Estado como figura primordial del derecho internacional.¹¹ Por último, no será motivo de discusión el carácter de la responsabilidad –individual o colectiva– por violaciones al derecho humanitario.

La propuesta de este trabajo es analizar si es posible afirmar que el artículo 3 común y los artículos del Protocolo II han alcanzado el estatus de costumbre internacional, teniendo en cuenta principalmente las evaluaciones de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Comité Internacional de la Cruz Roja y algunas opiniones doctrinarias. A tal fin, el trabajo se concentrará principalmente en la forma en que aquellos organismos han argumentado (o no) a favor

10. HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law: Volume I: Rules*, ICRC, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

11. Sobre este punto, ver KLEFFNER, J. K., “The Applicability of International Humanitarian Law to Organized Armed Groups”, en *International Review Of The Red Cross*, vol. 93, n° 882, junio 2011, p.445, quien desarrolla los cinco argumentos más comunes al respecto, a saber: que los grupos armados están obligados por el derecho internacional humanitario a) porque sus miembros están individualmente obligados; b) porque ejercen funciones gubernamentales de facto; c) por vía consuetudinaria, sobre la base de la limitada personalidad legal internacional que poseen y d) porque han consentido a ello.

del estatus consuetudinario del artículo 3 común y el Protocolo II; subsidiariamente, se buscará dilucidar si existe alguna regla en el derecho internacional que permita afirmar que dichas normativas se han convertido en costumbre.

De este modo, se procurará determinar que puede afirmarse con cierto grado de seguridad que solo el artículo 3 común (así como aquellas cláusulas del Protocolo II que se "superponen" a las cláusulas de aquél) ha alcanzado el grado de costumbre internacional, pero sin que ello obedezca a motivos moralistas, sino a la realidad de su altísima aceptación por vía convencional.

II. UN CONSENSO NO LOGRADO

Hasta fines del siglo XX, solo existían precedentes internacionales muy limitados acerca de la naturaleza consuetudinaria del Derecho Internacional Humanitario aplicable a conflictos armados no internacionales.¹² De hecho, la percibida ausencia de reglas consuetudinarias en materia humanitaria puede evidenciarse en la versión simplificada de la Cláusula Martens¹³ contenida en el párrafo 4 del preámbulo del Protocolo II, en el cual se omite hablar de "principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos", a diferencia del artículo 1(2) del Protocolo I.¹⁴ Como señala el comentario de 1987 al Protocolo II, dicha omisión se debe a que la regulación de los conflictos no internacio-

12. ZEGVELD, L., *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 18-19, con cita a BOTHE, M., *et al.*, *New Rules For Victims Of Armed Conflicts*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1982, p. 608.

13. La Cláusula Martens fue primeramente introducida en los preámbulos de la Segunda Convención de La Haya sobre Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899 (y posteriormente incluida, con modificaciones, en otros instrumentos de derecho internacional humanitario), y es entendida como una declaración que establece que a falta de regulación específica, tanto civiles como combatientes permanecen bajo el régimen de los principios del derecho internacional, la costumbre internacional y las "exigencias de la conciencia pública".

14. "En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública".

nales era demasiado reciente como para que la práctica estatal se hubiera desarrollado de manera suficiente.¹⁵

Difícilmente podría afirmarse que antes de la aparición del Protocolo II ya existía una práctica generalizada que reconociera sus reglas como consuetudinarias. Dos años antes de su celebración, un delegado estadounidense afirmaba en la Sesión de 1975 de la Conferencia de Ginebra que “la no observancia del Artículo 3, común a las Convenciones de Ginebra [...] es un fenómeno casi universal” mientras que para la delegación iraquí, este artículo “no estaba aún generalmente aceptado ni aplicado”. Similarmente, en la misma época un académico concluyó “a pesar de la existencia del artículo 3 en cada uno de los Convenios, la guerra interna ha perdido poco de su salvajismo en los conflictos observados post-1949”.¹⁶ No parece haber mayores elementos que evidencien que las cláusulas adoptadas por el Protocolo II en 1977 reposaran sobre una previa práctica general de observancia al artículo 3 común, que plasma principios elementales en materia de conflictos no internacionales y representa la base del posterior Protocolo.

Con fuertes diferencias acerca de las reglas consuetudinarias aplicables a estos conflictos, la Conferencia Diplomática de 1974-77 para el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario no fue del todo exitosa,¹⁷ y el instrumento que de allí surgió (Protocolo II) fue una versión significativamente reducida respecto del borrador original, el cual extendió solo marginalmente la protección ofrecida a las víctimas de conflictos internos, más allá de lo ya dispuesto por el artículo 3 común.¹⁸

Por otro lado, parece contra-intuitivo afirmar que con posterioridad a la entrada en vigor del Protocolo II, este ha influenciado la práctica de los Estados y grupos armados, los cuales adaptaron sus prácticas a las exigencias humanitarias modernas. Lejos de existir un consenso general, la falta

15. CICR, *Commentary of The Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, párr. 4435.

16. FORSYTHE, D., “Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts” en *American Journal of International Law*, vol. 72, n° 2, abril 1978, p.274.

17. PETRASEK, D., “Moving Forward on the Development of Minimum Humanitarian Standards”, en *American Journal of International Law*, vol. 92, julio 1998, p. 557.

18. Sobre las arduas tratativas previas a la celebración del Protocolo II, recomendando FORSYTHE, D., ob. cit., p. 16.

de voluntad de los Estados ha sido el principal obstáculo para el desarrollo del derecho de los conflictos no internacionales.¹⁹

III. LA POSTURA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

La aceptación de la aplicabilidad del artículo 3 común y gran parte del Protocolo II por vía consuetudinaria puede encontrarse por primera vez en la jurisprudencia internacional en el caso *Nicaragua*,²⁰ en el cual la Corte Internacional de Justicia señaló que el artículo 3 común refleja "consideraciones elementales de humanidad" y que los actos de los *Contras* hacia el gobierno nicaragüense estaban gobernados por esta norma. Posteriormente, la Corte declaró en el marco de la opinión consultiva sobre *Armas Nucleares*²¹ (con cita al Secretario General), que las reglas fundamentales de las Convenciones, entre ellas el artículo 3, son principios del derecho consuetudinario.²²

En la misma línea, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia observó, en el caso *Tadić*, que el artículo 3 común era una regla convencional que gradualmente había pasado a integrar el derecho consuetudinario.²³ Similar camino tomó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ("TPIR") en *Fiscal v. Akayesu*,²⁴ sobre la base de que la mayoría de los Estados, en sus códigos penales, habían criminalizado actos que representarían violaciones al Artículo 3 Común de ocurrir durante conflictos internos; asimismo, agrega que ello ya había sido sostenido por el TPIY.

En cuanto al Protocolo II, el TPIY ha señalado que muchas disposiciones del Protocolo pueden ser entendidas como cristalizadoras de reglas consuetudinarias emergentes, o como fuertemente instrumentales en su evolución como principios generales.²⁵ El Tribunal, sin embargo, no

19. BLUM, G., ob. cit., p. 269.

20. CIJ, *Case Concerning Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Fondo, 27/06/1986, párr. 218-219.

21. CIJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva del 08/07/1996 solicitada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, párr. 79-81.

22. ZEGVELD, L., ob. cit., p. 19.

23. TPIY, ob. cit., párr. 98.

24. TPIR, *Prosecutor v. Akayesu*, caso n° ICTR-96-4-T (Judgement), 02/09/1998, párr. 608.

25. TPIY, ob. cit., párr. 117. *Prosecutor v. Dario Kordic, Mario Cerkez*, Caso N° IT-95-

ha especificado a que disposiciones del Protocolo II se refería, aunque la forma en que fundamentara tal afirmación parecería indicar que aludía a aquellas disposiciones del Protocolo II que se superpusieran con el artículo 3 común (cuyo carácter consuetudinario había sido defendido en párrafos anteriores).²⁶ Por su lado, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda también sostuvo el carácter consuetudinario del artículo 4(2), pero mantuvo una postura notablemente cauta al afirmar, en sintonía con el Secretario General de la ONU, que el Protocolo no era parte del derecho consuetudinario en su totalidad.²⁷

Merece igual atención la práctica de los organismos internacionales no jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que los artículos 4(2) y 13 del Protocolo II reflejan la costumbre internacional, así como las prohibiciones establecidas por los artículos 4(3), 14, 16 y 17 del Protocolo II.²⁸ En una posición más denodada que la del TPIY, el TPIR y la Comisión Interamericana, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU parece haber reconocido el carácter consuetudinario del Protocolo II en su totalidad.²⁹

Por último, en 2005 fue publicado un estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja que enumera 161 reglas consuetudinarias en materia humanitaria (la mayoría de las cuales son aplicables a los conflictos armados no internacionales), sobre la base de la práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y tratados existentes, entre otros elementos. A la hora de definir “práctica estatal”, sus autores mencionan que ella está

14/2-PT (Decisión del 09/03/1999), párr. 30 (“while both Protocols have not yet achieved the near universal participation enjoyed by the Geneva Conventions, it is not controversial that major parts of both Protocols reflect customary law”).

26. Según ZEGVELD, L., ob. cit., p. 21, éste sería el caso del artículo 4(2) del Protocolo II, que provee de garantías fundamentales a las personas que no participan activamente de las hostilidades, o de los artículos 5 y 6 que prescriben el tratamiento digno a personas privadas de su libertad y prevén reglas para la prosecución penal.

27. TPIR, ob. cit., párr. 609-610.

28. CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc.9, 26/02/99, párr. 42 y 82.

29. En su resolución 1993/66, la Comisión llamó a “todas las partes afganas” a respetar “reglas humanitarias aceptadas, contenidas en las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977” a pesar de que Afganistán no había ratificado el Protocolo II. La referencia a las “reglas humanitarias aceptadas” parece sugerir que la Comisión consideraba al Protocolo II en su totalidad como reflejo del derecho consuetudinario. En ZEGVELD, L., ob. cit., p. 22.

compuesta por actos tanto "físicos" como "verbales" de los Estados. En el primer grupo, se incluyen el comportamiento en el campo de batalla, el uso de ciertas armas y el tratamiento proferido a diversas categorías de personas; en el segundo, se incluyen manuales militares, legislación nacional, protestas diplomáticas, decisiones ejecutivas y posiciones en foros oficiales.³⁰

IV. CRITICAS METODOLÓGICAS

El análisis realizado por los organismos internacionales mencionados (CIJ, TPIY y TPIR) y por el CICR ha sido merecedor de diversas observaciones, que a los efectos del presente trabajo pueden ser divididas en dos categorías: aquellas que versan sobre la metodología empleada a la hora de analizar los elementos de la costumbre internacional conforme a la visión clásica (práctica y *opinio juris*) y aquellas que señalan la dificultad de "desenredar" (*disentangle*) los actos realizados bajo convicción de legalidad (constitutiva de reglas consuetudinarias) de la práctica en cumplimiento de tratados vigentes.

IV.A. La ausencia de práctica

Como fuera mencionado anteriormente, Jean-Marie Henckaerts (autor del Estudio del CICR junto con Louise Doswald-Beck) ha explicado que el enfoque seguido en el Estudio es el análisis clásico de la costumbre, como fuera expuesto por la Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*.³¹ Según sus palabras, ello implica analizar la práctica estatal *física* (comportamiento en el campo de batalla) y *verbal* (manuales militares, legislación nacional, protestas diplomáticas, declaraciones en foros internacionales, etc.). Dicha práctica debe ser suficientemente densa, virtualmente uniforme, extendida y representativa; en segundo lugar, debe comprobarse que esta práctica se realiza bajo una convicción de obligación legal.³²

30. HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., ob. cit., p. 38.

31. CIJ, *North Sea Continental Shelf*, Fondo, 20/02/1969, párr. 77.

32. HENCKAERTS, J.M., "Study On Customary International Humanitarian Law", en *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n° 857, pp. 178-182.

Esta conceptualización del análisis de la costumbre se adecúa plenamente a la clásica técnica³³ adoptada por la Corte Internacional de Justicia a la hora de determinar la existencia de normas consuetudinarias y no merece, en principio, reparo alguno. Así, la Corte ha afirmado que es axiomático que la sustancia del derecho internacional consuetudinario debe ser buscada primeramente en la práctica efectiva y en la *opinio juris* de los Estados.³⁴

El mencionado Estudio está estructurado en 161 reglas que sus autoreshan identificado como consuetudinarias, y que también pueden encontrarse plasmadas en el articulado de los diversos tratados que componen el Derecho Internacional Humanitario.³⁵ Sobre la base de lo expresado por Henckaerts, podría esperarse que dichas reglas, que van desde el principio de distinción entre civiles y combatientes (regla 1) hasta la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y la cooperación internacional en procedimientos criminales (reglas 160 y 161), hubieran sido identificadas mediante la regla técnica tradicional.

Sin embargo, una lectura crítica del Estudio revela que su método no parece adecuarse al modelo expuesto por Henckaerts, sino al enfoque más bien liberal que han seguido los tribunales internacionales al referirse a la costumbre internacional, evitando el análisis de la práctica estatal efectiva (*física*) en el campo de batalla para concentrarse más bien en la práctica

33. Al respecto, Julio A. Barberis expresa "...los tribunales y los órganos de los Estados y de las organizaciones internacionales aplican reglas [técnicas] para identificar normas consuetudinarias [...] Una de estas reglas técnicas es aquella que identifica las normas consuetudinarias según la forma como han sido creadas. Esta reconoce como normas de costumbre aquellas que se han formado a través de un proceso en el que se dan dos factores denominados generalmente el elemento material, o sea, la práctica, y la *opinio juris sive necessitatis*". Ver BARBERIS, J., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994, p. 82.

34. CIJ, *Case concerning the Continental Shelf* (Yamahiriya Árabe Libia c. Malta), Fondo, 03/06/1985. Explica la Corte en *North Sea Continental Shelf*, ob. cit., párr. 77: "Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation".

35. Enumerados en <https://www.icrc.org/ihl>.

*verbal*³⁶ de los Estados, que parecería indicar un fuerte contenido de *opinio juris*.³⁷

A modo de ejemplo, el CICR identifica el carácter consuetudinario de la regla 96 sobre prohibición de toma de rehenes (consagrada en el artículo 4.2, inciso c, del Protocolo II), teniendo en cuenta tratados multilaterales, declaraciones de Estados, manuales militares, legislación y jurisprudencia nacional y resoluciones de órganos de las Naciones Unidas. La práctica en el campo de batalla sólo es evaluada sobre el final del análisis, de un modo inadmisiblemente escueto, al mencionar un reporte de la organización American Watch de 1985 sobre incidentes en Nicaragua.³⁸

Dicho método de identificación, que se repite en la mayoría de las demás reglas identificadas, ha motivado a representantes del gobierno de los Estados Unidos a expresar su preocupación por el excesivo énfasis que pone el CICR en materiales escritos publicados por los Estados, en desmedro de la práctica operacional. Así, han observado que si bien los manuales militares pueden proveer indicaciones del comportamiento estatal y su *opinio juris*, no pueden servir como reemplazo de una evaluación significativa de la práctica operacional del Estado; por otro lado, critican la inclusión de resoluciones no vinculantes de la Asamblea General en el análisis, afirmando que los Estados podrían apoyar una resolución particular o decidir no romper el consenso sobre ella, por razones que nada tienen que ver con una creencia de que su contenido refleje derecho consuetudinario internacional.³⁹

Sin embargo, esta tendencia a privilegiar práctica verbal por sobre la física u operacional no es exclusiva del CICR. Como mencionara anteriormente, en *Tadić* el TPIY determinó que muchas disposiciones del Protocolo II podían ser consideradas cristalizadoras de reglas consuetudinarias

36. Hago mía la diferenciación de HENCKAERTS, ob. cit., p. 179, al entender que la práctica física está formada, por ejemplo, por el comportamiento en el campo de batalla, el uso de ciertas armas y el tratamiento a diversas categorías de personas, mientras que los actos verbales incluyen manuales militares, legislación y jurisprudencia nacional, protestas diplomáticas y regulaciones ejecutivas, entre otros.

37. ZEGVELD, L., ob. cit., p. 22.

38. CICR, *Practice Relating to Rule 96. Hostage-Taking*, consultado en [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule96] el 28/07/2016.

39. BELLINGER, J., y HAYNES, W., "A U.S. Government Response to the International Committee of The Red Cross Study", en *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n° 886, junio 2007, p. 445.

emergentes o, en su defecto, fuertemente instrumentales para su evolución como principios generales; a continuación, procedió a sustentar esta afirmación citando un muy reducido número de casos de práctica verbalestatal, como el Manual Militar Alemán de 1992, una protesta de 1988 por parte de los Estados miembro de la Comunidad Europea contra el uso de armas químicas en Irak, y una resolución de la Corte Suprema de Nigeria.⁴⁰

La metodología empleada por el TPIY en este caso mereció una fuerte crítica del jurista Frits Kalshoven, quien observó que la decisión del Tribunal "no descansó sobre aquello que los combatientes hacen sino en lo que sabios hombres y mujeres en posiciones responsables han declarado como deseable o requerido. De estas personas se espera que pronuncien semejantes palabras reconfortantes, pero esto no altera el estado de la costumbre, o la indeseable aunque verdadera práctica de la guerra".⁴¹

La dificultad de analizar la práctica estatal en materia humanitaria fue abordada por el mismo TPIY. En *Tadić*, el Tribunal afirmó que era prácticamente imposible determinar el verdadero comportamiento de las tropas en el campo para establecer si efectivamente respetaban o desconsideraban ciertos estándares de conducta. Esta dificultad estaría basada en la imposibilidad de acceso de observadores independientes al teatro de operaciones militares, y por la retención o deformación engañosa de la información sobre la conducción de hostilidades por las partes en conflicto. Por ello, según el Tribunal, el análisis de la práctica debe centrarse primordialmente en elementos tales como pronunciamientos oficiales de Estados, manuales militares y decisiones judiciales, junto con resoluciones de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de la ONU.⁴²

Esta laxitud en la evaluación de la costumbre parece haberse tornado común. Así, en adición al CICR y el TPIY, lo mismo puede decirse acerca de la Corte Internacional de Justicia en *Nicaragua*, cuando afirmara que el artículo 3 común refleja "consideraciones elementales de humanidad" y que "no hay duda" sobre el hecho de que constituyan el marco mínimo aplicable, sin fundamentación alguna.⁴³ Al respecto, Theodor Meron (ex Presidente del TPIY) ha manifestado que la discusión acerca de los Conve-

40. TPIY, ob. cit., párr. 117-127.

41. KALSHOVEN, F., *Reflections on the Law of War: Collected Essays*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 321-324.

42. ZEGVELD, L., ob. cit., p.23, con cita a TPIY, ob. cit., párr. 99.

43. CIJ, *Nicaragua...*, ob. cit., párr. 217-218.

nios de Ginebra presentada en *Nicaragua* es destacable por su "completo fracaso" en discernir si la *opinio juris* y la práctica sustentan la cristalización de los artículos 1 y 3 en derecho consuetudinario.⁴⁴ Asimismo, similares cuestionamientos pueden encontrarse en aquel caso, en los votos de los magistrados Jennings y Ago.⁴⁵

Un análisis que solo tiene en cuenta las definiciones oficiales de los Estados en sus diversas formas necesariamente adolecerá de sesgo de confirmación. Por el otro lado, evaluar la práctica en el campo de batalla revela que la aceptación de las reglas de derecho humanitario que enumera el CICR no es tan generalizada como quisiera creerse. Una enumeración de casos de conflictos recientes en los cuales se vulneraron disposiciones del derecho humanitario excedería a los fines de la presente investigación, pero considero que existen tres casos que ilustran la importancia de tener en cuenta la conducta de las partes en el campo de batalla:

- En el marco del conflicto en Colombia entre el Estado y las FARC, la distinción entre combatientes y civiles no parece ser una práctica establecida y respetada. Mientras que las guerrillas suelen expresar respeto por la población civil como grupo, solo lo hacen para con los individuos que consideran "inocentes". Por ello, líderes políticos, candidatos a estas posiciones, o incluso empresarios, no están a salvo de ataques o secuestros. Por otro lado, fuerzas paramilitares de derecha han masacrado grandes números de gente inocente, incluyendo mujeres, niños y ancianos.⁴⁶

44. MERON, T., "Revival of Customary Humanitarian Law", en *American Journal of International Law*, vol. 99, n° 4, octubre 2005, p. 819.

45. Al respecto, Sir Robert Jennings expresó que debían al menos haber serias dudas acerca de si los Convenios de Ginebra podían ser entendidos como reflejo del derecho consuetudinario, y que la visión de la Corte acerca del artículo 3 no era un asunto libre de dificultad (opinión disidente del Juez Jennings, 1986, p. 527). Por otro lado, Roberto Ago recalzó su reticencia en ser persuadido de que existía una amplia identidad de contenido entre las Convenciones de Ginebra y ciertos "principios generales del derecho humanitario" que, según la Corte, eran preexistentes en el derecho consuetudinario, del cual las Convenciones simplemente dan expresión o sobre los cuales son, a lo sumo, un desarrollo (opinión separada del Juez Ago, 1986, párr. 6). MERON, T., "Geneva Conventions as Customary Law", en *American Journal of International Law*, vol. 81, n° 2, abril 1987, p. 358.

46. KALSHOVEN, F., ob. cit., p. 322.

- También en Colombia, y a fines de los 90, el Ejército de Liberación Nacional realizó impresionantes operaciones de toma de rehenes ("pescas milagrosas") que utilizaron para demostrar la inhabilidad del gobierno colombiano en prevenirlas. Sin embargo, luego de un secuestro masivo en el año 2000, el grupo armado decidió cesar en estas prácticas. Lejos de tratarse de una epifanía humanitaria, el ELN expresó que ello se debió a que los secuestrados habían saturado a la sociedad colombiana, y la opinión pública local e internacional se había volcado en su contra.⁴⁷
- Durante la guerra civil en Sudán del Sur, el saqueo, el secuestro y la esclavización de civiles fue llevado a cabo principalmente por combatientes que provenían de tribus árabes, cuyos códigos tradicionales de guerra consideraban estas prácticas como normales.⁴⁸

Estos tres ejemplos, junto con hechos atroces como las decapitaciones a minorías religiosas en el territorio controlado por el Estado Islámico, el uso de armas químicas por parte del Gobierno Sirio contra su propio pueblo,⁴⁹ la muerte de más de 75.000 civiles a manos de fuerzas gubernamentales en la guerra civil de El Salvador (iniciada en 1978, un año después de ratificar el Protocolo II), el reciente derribo del avión malayo y ejecuciones de prisioneros de guerra por parte de rebeldes pro-Rusia en

47. BANGERTER, O., "Reasons Why Armed Groups Choose to Respect International Humanitarian Law or Not", en *International Review Of The Red Cross*, vol. 93, n° 882, junio 2011, p.361.

48. *Ibid.*, p.370. El autor cita este caso para ilustrar como el derecho internacional humanitario no es el único cuerpo normativo que gobierna la práctica bélica, y que mucho de lo que se entiende como violación al derecho humanitario es, en realidad, respeto a normas consideradas válidas por otras culturas. Menciona seguidamente el Pashtunwali, un código ético no escrito de los Pashtun en Afganistán y Pakistán, que obliga a los Pashtun a ofrecer refugio a todo aquel que lo solicite, y a tratar con hospitalidad a su huésped, mientras que también lo obliga a tomar venganza por toda ofensa o insulto, lo que frecuentemente implica derramar la sangre del ofensor o de uno de sus familiares cercanos. Así, en el caso de los prisioneros de guerra, esta segunda obligación suele contrabalancear la primera. Ciertamente, la existencia de una pluralidad de códigos de conducta en la guerra, que a menudo receptan elementos del DIH pero rechazan otros, atenta contra la formación de reglas generales de derecho.

49. SCHMITT, M., "The Syrian Intervention: Assessing the Possible International Law Justifications", en *International Law Studies*, vol. 89, 2013, pp. 749-750.

Ucrania,⁵⁰ la Masacre de Srebrenica durante la Guerra de Bosnia y las violaciones masivas en el conflicto en Sri Lanka⁵¹ han representado diversas instancias que revelan el poco poder compulsivo que ha tenido el Derecho Internacional Humanitario. La práctica contraria no ha consistido exclusivamente de actos en el campo de batalla, sino que también pueden mencionarse actitudes de los Estados que revelaron la ausencia de *opinio juris* en ciertos momentos históricos; así, cabe recordar la reticencia del gobierno argentino (aún democrático) en 1975 en catalogar al conflicto con el ERP en Tucumán como un conflicto armado interno, o la similar actitud que tuvo el gobierno ruso para con los rebeldes chechenos.⁵²

Considero que no puede hablarse de la importancia de la "práctica contraria" sin hacer mención a la doctrina de la Corte Internacional de Justicia en *Nicaragua*, esto es, que la conducta inconsistente con una norma debía de ser tratada como una violación de la regla, en lugar de un reconocimiento de una nueva regla. Asimismo, si un Estado defendiera su conducta contraria a la regla apelando a excepciones y justificaciones contenidas en la misma regla, tal declaración confirmaría la regla, en lugar de debilitarla.⁵³ Sin embargo, la Corte no cita en *Nicaragua* ningún caso jurisprudencial que ilustre esta afirmación. Entiendo que todo análisis debe reconocer la realidad de la práctica contraria, cuando la hubiera, en lugar de omitir su análisis; de lo contrario, tal omisión arroja dudas sobre la legitimidad de sus conclusiones. Por otro lado (y en respuesta al mencionado criterio de la Corte sobre el valor de la práctica contraria) podría afirmarse que en casos como el de los conflictos armados no internacionales, en que la práctica contraria alcanza semejante masa crítica, difícilmente puede alegarse la existencia de una norma consuetudinaria.⁵⁴

Como fuera anteriormente observado, en el marco del Estudio del CICR se ha manifestado que la importancia legal de la práctica de los grupos armados no estatales no es clara, y que no constituye práctica estatal, aun cuando contuviera evidencia de la aceptación de ciertas reglas de los

50. CORN, G., "Regulating Hostilities in Non-International Armed Conflicts", en *International Law Studies*, vol. 91, 2015, pp. 319-320.

51. WOOD, E., "Armed Groups and Sexual Violence: When is Wartime Rape Rare?", en *Politics & Society*, vol. 37, n° 1, marzo 2009, pp. 131-162.

52. BLUM, G., ob. cit., p. 269.

53. CIJ, *Nicaragua*..., ob. cit., párr. 186.

54. MERON, T., *Revival*..., ob. cit., p.820.

conflictos armados no internacionales.⁵⁵ Por otro lado, los fallos de los tribunales internacionales han hecho una evaluación casi nula de la práctica tanto estatal como de grupos armados. Por mi parte, considero que todo análisis que pretenda determinar la existencia de práctica constitutiva de costumbre sin tener en cuenta la conducta de los grupos armados puede llevar a conclusiones removidas de la realidad de estos conflictos; difícilmente podrá hablarse de legítimas reglas consuetudinarias de los conflictos armados no internacionales, prescindiendo de la práctica de uno de los actores en estos conflictos.⁵⁶

IV.A.1. Sobre el moralismo en el análisis de la costumbre

Considero pertinente una breve digresión acerca de la manera en que se estudia la práctica internacional. La premisa subyacente al análisis del TPIY en *Tadić*, por la cual la evaluación de la formación de la costumbre en el campo humanitario debe ser (por la naturaleza de este y la dificultad de obtener información sobre lo que ocurre en el campo de batalla) distinta a la de otros campos del derecho internacional, es cuestionable.⁵⁷ En atención a la gran cantidad de reportes acerca de los horrores de los conflictos internos⁵⁸ (realizados por ONGs tales como Amnistía Internacional y Human Rights) así como la cobertura de diversos medios de comunicación, sería posible afirmar que la falta de consideración de la práctica en el campo de batalla a la hora de determinar si existe o no respeto a ciertas

55. HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD-BECK, L., ob. cit., p. 42.

56. Sobre la importancia de considerar la práctica de los grupos armados no estatales, recomendando BANGERTER, O., ob. cit., y SASSOLI, M., "Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Their Compliance With International Humanitarian Law", en *Journal Of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, n° 1, 2010.

57. ZEGVELD, L., ob. cit., p.23. La autora critica la postura del Tribunal al afirmar: "rather, the peculiarity of international humanitarian law seems to lie in the gap that exists between the actual behavior on site prescribed by international legal standards".

58. Reportes de diversos casos de violaciones por parte de combatientes en Darfur, en *Amnesty International Annual Report*, Londres, Amnesty International Publications, 2004, p. 81; comunicado de Amnesty International acerca de las ejecuciones de prisioneros de guerra ucranianos por parte de rebeldes prorosos en el Donbass, 09/04/2015; comunicado de Human Rights Watch acerca de crímenes de guerra cometido por las FARC contra las fuerzas de seguridad colombianas, 28/11/2011; comunicado de Human Rights Watch acerca de crímenes de guerra cometidos por milicias chiitas contra civiles sunitas en Irak, 31/01/2016.

reglas de derecho, no se debe a la escasez de información. Lejos de ello, parece evidenciarse una objetable tendencia creciente entre los organismos internacionales por la cual se asume que los nobles principios del derecho humanitario que merecen reconocimiento efectivamente han sido reconocidos por los Estados a través de actos verbales, incluso cuando su conducta, y la de los grupos armados, pareciera indicar lo contrario. En palabras de Theodore Meron, el "deber ser" se fusiona con el "ser", la *lex ferenda* con la *lex lata*.⁵⁹

Esta manera de decidir de los tribunales, por los cuales estos afirman la existencia de normas consuetudinarias prescindiendo del análisis de la práctica estatal (y basándose, en su lugar, en tratados multilaterales existentes (ratificados o no), resoluciones de la Asamblea General, comisiones internacionales y comentarios académicos), esta infundida de un "moralismo reminiscente de la ley natural"⁶⁰ y parece haber inaugurado una especie de *stare decisis*⁶¹ de los tribunales internacionales en materia humanitaria y de derechos humanos, por la cual las cortes terminan confiando más en los precedentes que en observaciones de la realidad de la guerra.

Así, en términos de los autores del Estudio del CICR, parecería que las cortes internacionales en ocasión han concluido que una regla de derecho consuetudinario existe cuando esa regla es deseable para la paz y seguridad internacional, o para la protección de la persona humana, provisto que no exista importante *opinio juris* contraria.⁶²

59. MERON, T., ob. cit., p. 361, agrega: "Given the scarcity of actual practice, it may well be that, in reality, tribunals have been guided, and are likely to continue to be guided, by the degree of offensiveness of certain acts to human dignity; the more heinous the act, the more the tribunal will assume that it violates not only a moral principle of humanity but also a positive norm of customary law".

60. GOLDSMITH, J. y POSNER, E., "Understanding The Resemblance Between Modern And Traditional Customary International Law", en *Virginia Journal of International Law*, 2000, p. 640.

61. Así, en TPIY, ob. cit., párr. 98, el TPIY afirma la naturaleza consuetudinaria del Artículo 3 Común, soslayando una fundamentación de ello y simplemente remitiendo a la posición de la Corte Internacional en Nicaragua. MERON, T., ob. cit., p. 819, en nota 19) menciona otro caso de confianza exclusiva en precedentes: "For instance, the Eritrea-Ethiopia Claims Commission has treated the Geneva Conventions as presumptively reflective of customary international law, which places the burden of proof on the party claiming that any given provision is not customary law".

62. HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., ob. cit., p. 48.

Respecto de este modo de decidir, hay quienes consideran que es incoherente e ilegítimo, mientras que otros lo ven como un feliz desarrollo del derecho internacional consuetudinario –que en la actualidad se ha enfocado principalmente en los derechos humanos– tendiente a la justicia mundial.⁶³ Excede la finalidad de este trabajo adoptar una u otra postura. Simplemente, considero que el *moralismo* en el análisis del derecho internacional no colabora con el desarrollo sólido del Derecho Internacional Humanitario y los derechos humanos, sino que resulta en creación pretoriana de derecho, que por estar removida de la realidad, puede atentar contra la misma finalidad que persigue.⁶⁴

Las “palabras reconfortantes de sabios hombres y mujeres en posiciones responsables”, en términos de Kalshoven, ciertamente son una parte importante para el desarrollo del *temperamenta belli*,⁶⁵ pero no puede afirmarse la existencia de costumbre internacional en completa desconsideración de la manera en que los Estados, y en especial los grupos armados, se comportan.⁶⁶

IV.B. El problema del desenredo

El hecho de que la abrumadora mayoría de los Estados sean parte tanto de los Convenios de Ginebra como del Protocolo II, complica aún más la tarea de dilucidar si existe práctica creadora de costumbre internacional; podría presumirse que toda práctica de los Estados y grupos armados en conformidad con la norma humanitaria implica un cumplimiento de sus obligaciones emergentes de los tratados, y no de práctica

63. GOLDSMITH, J. y POSNER, E., ob. cit., pp. 640-641.

64. Al respecto, BANGERTER, O., ob. cit., p. 380, menciona: “IHL is sometimes rejected because of what it is or what it is perceived to be. The list of the causes of such rejection is long and varied: for Africans or Asians, IHL may be seen as the creation of the West; for combatants, it may seem to be the ravings of lawyers in court devoid of any connection with reality; among communists, the protection granted to civilians will be seen by some as a means of exonerating the middle classes from the rightful revenge of the proletariat”.

65. KALSHOVEN, F., ob. cit., p.324.

66. MERON, T., *Geneva Conventions...*, ob. cit., p. 358: “In this sense, the Court’s Judgment promotes valuable ethical considerations [...] and contributes to the transformation of certain provisions into customary law; still, it cannot be said that the Court has succeeded in clarifying the status of the Geneva Conventions as customary law”.

bajo una convicción de obligación legal, presupuesto del derecho consuetudinario.⁶⁷

En consecuencia, y como observara la Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Plataforma Continental*, poco apoyo para la naturaleza consuetudinaria de las normas puede encontrarse en la conducta de Estados que actúan en aplicación de una Convención.⁶⁸ Con posterioridad, este problema fue igualmente reconocido por el TPIY en *Celebici*, al observar que "evidenciar practica estatal fuera del tratado, aportar evidencia de normas consuetudinarias separadas o del pasaje de normas convencionales hacia el terreno de la costumbre, es considerado crecientemente elusivo, ya que parecería que solo la práctica de los Estados no parte en un tratado puede ser considerada relevante".⁶⁹

Al desafío de separar estos dos tipos de práctica de acuerdo a su motivación, se lo ha denominado el problema del *disentanglement*⁷⁰ o desenredo, y está muy bien ilustrado por la llamada "Paradoja de Baxter": a medida que el número de Estados Parte de un tratado aumenta, se vuelve más difícil demostrar cuál es el estado del derecho consuetudinario por fuera del tratado. A medida que crece la aceptación expresa del tratado, el número de Estados no parte cuya práctica es relevante disminuye, y con ello el enfoque para el desarrollo del derecho internacional fuera del tratado".⁷¹ Baxter expresamente menciona que esta es la situación que enfrentan los Convenios de Ginebra en general.⁷²

67. *Ibid.*, pp. 354-356.

68. CIJ, *North Sea...*, ob. cit., párr. 76: "Over half the States concerned, whether acting unilaterally or conjointly, were or shortly became parties to the Geneva Convention [on the Continental Shelf], and were therefore presumably [...] acting actually or potentially in the application of the Convention. From their action no inference could legitimately be drawn as to the existence of a rule of customary international law in favor of the equidistance principle".

69. TPIY, *Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo*, Caso N° IT-96-21-T ("Caso Celebici"), 16/11/1998, párr. 302-303.

70. ZEGVELD, L., ob. cit., p. 25.

71. MERON, T., *Geneva Conventions...*, ob. cit., p. 365, con cita a BAXTER, R., "Treaties and Custom", en *Recueil des Cours*, vol. 129, 1970, p. 96.

72. BAXTER, R., ob. cit., p. 96: "Now that an extremely large number of States have become parties to the Geneva Conventions [...] who can say what the legal obligations of combatants would be in the absence of the treaties? And if little or no customary international practice is generated by the non-parties, it becomes virtually impossible to determine whether the treaty has indeed passed into customary international law".

El problema del desenredo tiene, entonces, una conexión directa con la inadecuación de la metodología de los organismos que sí analizaron, aunque parcialmente, la práctica de los Estados (TPIY sobre el Protocolo II y el CICR). La confianza excesiva en actos verbales de los Estados, además de ser insuficiente para la creación de costumbre, puede ser confusa, ya que suele tenerse en cuenta primordialmente la visión de Estados que son parte en los Convenios y el Protocolo, cuando podría considerarse que tales actos están motivados por los Tratados previamente ratificados. Por este motivo, debe ponerse especial atención a la práctica de los Estados no ratificantes y a la de los grupos armados no estatales.

Mientras que la práctica de los grupos armados no fue tenida en cuenta por los autores del Estudio del CICR, esta ha sido tenida en cuenta por el TPIY en *Tadić*, al afirmar que la decisión en 1988 de los rebeldes (Frente Farabundo Martí Para la Liberación Nacional) en El Salvador de comprometerse a respetar tanto el artículo 3 común como el Protocolo II en sus métodos de combate, puede considerarse una instancia más en la formación de derecho consuetudinario en conflictos no internacionales.⁷³ Sin embargo, aun así es posible cuestionar si la práctica del FMLN evidenció costumbre internacional, ya que este grupo estaba obligado por estas normas por vía convencional, aun cuando el Estado salvadoreño no estuviese cumpliendo con sus obligaciones.⁷⁴

Asimismo, el Tribunal ha sugerido que la conclusión de acuerdos especiales entre las partes en conflicto a efectos de poner en vigor disposiciones que excedan las del artículo 3 común, es evidencia del estatus consuetudinario de esos artículos.⁷⁵ Nuevamente, debido a que el artículo 3 común expresamente dispone que pueda extenderse la ley aplicable a los conflictos no internacionales más allá del estándar básico del artículo 3 común mediante acuerdos, resulta difícil establecer si los acuerdos especiales evidencian costumbre o una mera aplicación de dicho artículo.⁷⁶

En otro orden de ideas, una posible solución al problema del desenredo podría encontrarse en el caso *Plataforma Continental del Mar del Norte*, en el cual la Corte afirmó que “incluso sin el paso de un considerable período de tiempo, una participación muy generalizada y representati-

73. TPIY, ob. cit., párr. 107.

74. ZEGVELD, L., ob. cit., p.25.

75. TPIY, ob. cit., párr. 103.

76. ZEGVELD, L., ob. cit., p.25.

va en la convención puede ser suficiente por sí misma, siempre y cuando incluya la participación de Estados cuyos intereses fueran especialmente afectados".⁷⁷

En efecto, este punto es especialmente relevante a la hora de analizar el estatus del artículo 3 común, ya que los Convenios de Ginebra han sido ratificados por prácticamente todos los Estados en la actualidad y ello podría ser indicio de un consenso generalizado sobre su valor,⁷⁸ toda vez que puede entenderse, como señalara Sohn, que las convenciones multilaterales tienen importancia "no solo como un tratado entre sus partes, sino como un registro del consenso de los expertos acerca de lo que el derecho es o debería ser".⁷⁹

Asimismo, y aunque pudiera abrir una compleja discusión que excede la finalidad de la presente investigación, entiendo necesario advertir que semejante ratificación generalizada del artículo 3 común junto con la obligatoriedad moral que este implica, es un importante argumento a favor de quienes entienden que dicha norma goza del estatus de *ius cogens* o norma perentoria. Al respecto, Rafael Nieto Navia ha afirmado que es difícil identificar normas perentorias salvo que fueran realmente generales, y que respecto de los cuatro Convenios de Ginebra, ello solo puede decirse del artículo 3 común. Por otro lado, agrega que solo pueden ser consideradas igualmente perentorias aquellas provisiones de los Protocolos Adicionales que reflejen a las contenidas en el artículo 3 común.⁸⁰

Sin deseo de pronunciarme sobre el carácter de *ius cogens* del artículo 3 común, entiendo que su aceptación por parte de la generalidad de los Estados por vía de tratado implica un *opinio juris* de tal magnitud que permite admitir, al menos, su naturaleza consuetudinaria. Por otro lado, y en

77. CIJ, *North Sea...*, ob. cit., párr. 73.

78. No resta aclarar, empero, que la discusión terminaría siendo más bien académica: habiendo sido ratificado por casi todos los Estados reconocidos, los Convenios (y el Artículo 3 mediante ellos) ya gozan de generalizada aplicabilidad convencional, sin perjuicio de su carácter consuetudinario, aunque atribuirle esta naturaleza podría ser relevante en caso de que un Estado denunciara el tratado.

79. SOHN, L., "Unratified Treaties as a Source of Customary International Law", en *Realism in Law-Making: Essays on International Law in Honor of Willem Riphagen*, Bos & H. Siblesz, 1986, p.239.

80. NIETO NAVIA, R., "International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law", en *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, 2003, pp. 636-637.

sintonía con la lógica que plantea Nieto Navia (y que ya fuera mencionada anteriormente la opinión implícita del TPIY en *Tadić*),⁸¹ entiendo que si se sostiene que el artículo 3 común es costumbre, lo mismo puede afirmarse respecto de aquellas normas del Protocolo II que plasmen sus principios.

Por el contrario, continúa resultando esquivo establecer el carácter consuetudinario de aquellos artículos del Protocolo II que excedieran el marco del artículo 3 común: tal sería el caso, por ejemplo, del artículo 11, que dispone la protección de unidades y transportes médicos, y del artículo 17, que prohíbe el desplazamiento forzoso de civiles. No solo el número de Estados ratificantes del Protocolo II es notablemente menor respecto de los Convenios, sino que muchos de los Estados no ratificantes podrían identificarse como aquellos cuyos intereses son "especialmente afectados"⁸² en materia de conflictos internos o no internacionales, como los Estados Unidos, Irán, Irak, Siria, Turquía, India y Pakistán.⁸³ Sería lógico que, si se le diera valor de *opinio juris* al hecho de que un Estado ratificara un tratado, igual y contrario valor se diera a su abstención de hacerlo.

En definitiva, el examen de la naturaleza consuetudinaria de estas cláusulas del Protocolo II debería tener en cuenta la práctica de los Estados no parte. En su defecto, admitiendo la complejidad del análisis de sus actos en el campo de batalla, podría probarse que existe práctica generalizada de los Estados Parte dotada de *opinio juris*,⁸⁴ es decir, que los Estados están motivados por la creencia de que una determinada conducta es requerida no solo contractualmente sino por principios subyacentes de humanidad.⁸⁵

Lamentablemente, los estudios existentes no han logrado abordar satisfactoriamente ninguna de estas dos posibilidades y el carácter consuetudinario de aquellas normas del Protocolo II que amplían el campo de protección respecto del artículo 3 común, continúa siendo una incógnita.

81. Ver nota 26.

82. BELLINGER, J. y HAYNES, W., ob. cit., p. 445.

83. Sobre este punto, los autores mencionan que el Estudio de la Cruz Roja ha tomado como "equivalentes" a la práctica de Estados con relativamente escasa historia de participación en conflictos armados y la práctica de Estados que han tenido una mayor extensión o profundidad de experiencia.

84. Bin Cheng realiza esta distinción entre *opinio juris generalis* y *opinio obligationis conventionalis* en CHENG, B., "Custom: The Future of General State Practice in a Divided World", en *The Structure and Process of International Law*, R. Macdonald y D. Johnston Eds., 1983, pp. 532-533.

85. MERON, T., *Geneva Conventions...*, ob. cit., p. 367.

V. CONCLUSIÓN

Como fuera expuesto, existe un fuerte consenso entre los organismos internacionales respecto del carácter consuetudinario de las reglas contenidas en el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II.

Sin embargo, tanto la Corte Internacional de Justicia como el Tribunal para la Ex Yugoslavia han omitido la discusión acerca de la práctica física u operacional de los Estados y los grupos armados. Similar postura tomó el Comité Internacional de la Cruz Roja en su reciente estudio, que ha depositado excesiva confianza en la práctica verbal de los Estados, e ignorado completamente la práctica de los grupos armados.

Esta metodología ha estado cargada de un cierto tinte moralista, en tanto pretende llegar a conclusiones sobre el derecho existente sobre la base de lo que el derecho debería ser, y no sobre lo que el derecho es.

Asimismo, el hecho de que los Convenios y el Protocolo gocen de un gran número de Estados ratificantes, ha significado un problema adicional en el análisis de la costumbre. Aun cuando se pusiera la debida atención en la práctica de Estados y/o grupos armados, tanto verbal como operacional, restaría resolver el problema del "desenredo", esto es, la separación entre la práctica realizada en cumplimiento de obligaciones convencionales, y los actos motivados por convicciones legales.

Sobre este punto, y más allá de las evaluaciones de los mencionados tribunales internacionales, podría receptarse la idea de que la aceptación generalizada de un tratado puede asimilarse a un consenso general entre los Estados, identificando a su contenido con lo que el derecho debe ser (*lex lata* con *lex ferenda*). En ese sentido, es posible afirmar que las reglas del artículo 3 común gozan de estatus consuetudinario, a pesar de la práctica en contrario, al igual que ciertas normas del Protocolo II en tanto reflejen dichos principios.

Sin embargo, no resulta convincente la idea de que el Protocolo II, en su totalidad, haya devenido en costumbre internacional. Respecto de aquellas reglas que implicaran un suplemento o extensión del ámbito de protección más allá del artículo 3 común (como los mencionados artículos 11 y 17), difícilmente pueda sostenerse su aplicabilidad frente a Estados no ratificantes, máxime cuando la práctica de algunos de estos Estados es especialmente relevante (por estar envueltos en conflictos internos), y ella no parece indicar respeto a estándares humanitarios básicos.

Como dijera Sir John Fisher en el marco de la Conferencia de La Haya en 1907, “humanizar la guerra es como intentar humanizar el infierno”.⁸⁶ Considero que el camino para humanizar el infierno de los conflictos armados no internacionales tiene poco que ver con la imposición de reglas a Estados y grupos que, con su práctica, demuestran el rechazo que tienen por ellas. Sin perjuicio de que establecer el carácter consuetudinario de ciertas reglas del Derecho Internacional Humanitario pudiera tener relevancia para asegurar su respeto (especialmente por el *costoreputacional* que implica para Estados y grupos armados ser catalogado como criminal de guerra), un esfuerzo serio tendiente a la humanización de los conflictos armados necesariamente requerirá el fortalecimiento de las instituciones democráticas tanto a nivel local como internacional, junto con un estudio y comprensión de las razones que motivan a los Estados y grupos armados a respetar o violar las reglas del Derecho Internacional Humanitario.⁸⁷ De lo contrario, pretender crear normas de derecho ignorando o intentando ignorar lo que sucede en el campo de batalla, es caminar a ciegas.

BIBLIOGRAFÍA

A. Jurisprudencia, resoluciones y opiniones consultivas

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 1993/66.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Tercer Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc.9, 26/02/1999.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Fondo, 27/06/1986, y votos de Sir Robert Jennings y Roberto Ago.

86. Citado en PICTET, J., *Development...*, ob. cit., p.80.

87. BANGERTER, O., ob. cit., p. 383, concluye su artículo afirmando: “In a dialogue about civilians, it is not enough to repeat over and over again the standard chant that ‘killing civilians is wrong because it is against the law and it is against the law because it is wrong’. This circular reasoning – which sums up the intellectual basis of most popular pro-civilian reasoning today – is obviously not enough of an argument to challenge and convince committed anti-civilian ideologues”.

- , *Case Concerning the Continental Shelf* (Yamahiriya Árabe Libia c. Malta), Fondo, 03/06/1985.
- , *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva del 08/07/1996, solicitada por la Asamblea General.
- , *North Sea Continental Shelf*, Fondo, 20/02/1969.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Caso N° IT-94-1-I ("Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction"), 02/10/1995.
- , *Prosecutor v. Dario Kordic, Mario Cerkez*, Caso N° IT-95-14/2-PT ("Joint Defense Motion to Dismiss the Amended Indictment Based on the Limited Jurisdictional Reach of Articles 2 and 3"), 02/03/1999.
- , *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo* ("Celebici"), Caso N° IT-96-21-T ("Judgement"), 16/11/1998.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *Prosecutor v. Akayesu*, Caso N° ICTR-96-4-T ("Judgement"), 02/09/1998.

B. Doctrina

- BANGERTER, Olivier, "Reasons Why Armed Groups Choose to Respect International Humanitarian Law or Not", en *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n° 882, junio 2011, pp. 353-384.
- BARBERIS, Julio A., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994.
- BAXTER, Richard, "Treaties and Custom", en *Recueil des Cours*, vol. 129, 1970, pp. 26-106.
- BELLINGER, John B. y HAYNES, William J., "A U.S. Government Response to The International Committee of the Red Cross Study", en *International Review of the Red Cross*, vol. 89, n° 886, junio 2007, pp. 443-471.
- BLUM, Gabriella, "Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict: A Reply to Sandesh Sivakumaran", en *22 EJIL* 265, febrero 2011, pp. 265-271.
- BOTHE, Michael, *et al.*, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, 1982.
- CHENG, Bin, "Custom: the Future of General State Practice in a Divided World", en *The Structure and Process of International Law*, R. Macdonald & D. Johnston Eds., 1983, pp. 513-554.
- CICR, *Practice Relating to Rule 96. Hostage-Taking*, consultado en [https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule96] el 28/07/2016.

- , Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to The Geneva Conventions of 12 August 1949, 1987.
- CORN, Geoffrey S., "Regulating Hostilities in Non-International Armed Conflicts", en *91 International Law Studies*, Ukraine Forum, 2015, pp. 281-322.
- FORSYTHE, David P., "Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts" en *AJIL*, vol. 72, n° 2, abril 1978, pp. 272-295.
- GOLDSMITH, Jack y POSNER, Eric, "Understanding the Resemblance between Modern and Traditional Customary International Law", en *40 Virginia Journal of International Law*, 2000, pp. 639-672.
- HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, ICRC, 2005.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, "Study on Customary International Humanitarian Law", en *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n° 857, pp. 175-197.
- KALSHOVEN, Frits, *Reflections on the Law of War: Collected Essays*, Martinus Nijhoff, 2007.
- KLEFFNER, Jann K., "The Applicability of International Humanitarian Law to Organized Armed Groups", en *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n° 882, junio 2011, pp. 325-357.
- MERON, Theodor, "Geneva Conventions as Customary Law", en *AJIL*, vol. 81, n° 2, abril 1987, pp. 348-370.
- , "On The Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument", en *AJIL*, vol. 77, n° 3, julio 1983, pp. 589-606.
- , "Revival of Customary Humanitarian Law", en *AJIL*, vol. 99, n° 4, octubre 2005, pp. 817-834.
- NIETO NAVIA, Rafael, "International Peremptory Norms (Jus Cogens) And International Humanitarian Law", en *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, 2003, pp. 595-640.
- PETRASEK, David, "Moving Forward on the Development of Minimum Humanitarian Standards", en *AJIL*, vol. 92, julio 1998, pp. 557-563.
- PICTET, Jean, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff, 1985.
- SASSÒLI, Marco, "Taking Armed Groups Seriously: Ways to improve their Compliance with International Humanitarian Law", en *Journal*

of International Humanitarian Legal Studies, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 5-51.

SCHMITT, Michael N., "The Syrian Intervention: Assessing the Possible International Law Justifications", en *International Law Studies*, vol. 89, 2013, pp. 744-756.

SOHN, Louis B., "Unratified Treaties as a Source of Customary International Law" en *Realism In Law-Making: Essays on International Law in Honor of Willem Riphagen*, Bos & H. Siblesz, 1986, pp. 231-246.

STIGALL, Dan E. y BLAKESLEY, Christopher L., "Non-State Armed Groups and the Role of Transnational Criminal Law during Armed Conflicts", en *George Washington International Law Review*, vol. 48, 2015, pp. 1-42.

WOOD, Elizabeth J., "Armed Groups and Sexual Violence: When is War-time Rape Rare?" en *Politics & Society*, vol. 37, n° 1, marzo 2009, pp. 131-161.

ZEGVELD, Liesbeth, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.