



El poder de la humanidad

Consejo de Delegados del Movimiento Internacional
de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja

10 a 11 de noviembre de 2017, Turquía



ES

CD/17/12.2
Original: inglés
Para información

**CONSEJO DE DELEGADOS
DEL MOVIMIENTO INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y DE LA
MEDIA LUNA ROJA**

Antalya, Turquía
10 y 11 de noviembre de 2017

Derecho internacional humanitario

**INFORME DE ANTECEDENTES
(PARTE II – DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO CONSUECUDINARIO)**

Documento preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja
en consulta con la Cruz Roja Británica

Ginebra, septiembre de 2017

CD/17/12.2

RESUMEN

Este informe de antecedentes se presenta en apoyo de un proyecto de resolución para el Consejo de Delegados, titulado “Derecho internacional humanitario”. La resolución propuesta consta de dos partes principales: (I) una actualización de la labor emprendida para implementar la resolución 1 (“Fortalecimiento del derecho internacional humanitario que protege a las personas privadas de libertad”) y la resolución 2 (“Fortalecimiento del cumplimiento del derecho internacional humanitario”) adoptadas en la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Conferencia Internacional); y (II) una actualización de la labor que se lleva a cabo en materia de derecho internacional humanitario consuetudinario (DIH consuetudinario).

La parte II de este informe de antecedentes, sobre DIH consuetudinario, fue preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en consulta con la Cruz Roja Británica.

En 2005, sobre la base de un mandato asignado al CICR en 1995 por la XXVI Conferencia Internacional, se publicó el estudio sobre DIH consuetudinario. El volumen I (“Normas”) del estudio identificó 161 normas de DIH consuetudinario aplicables en los conflictos armados internacionales o no internacionales. El volumen II (“Práctica”) del estudio hizo accesibles los materiales recopilados en preparación del estudio.

Dado que en el ámbito del DIH surgen nuevas prácticas permanentemente, el CICR decidió actualizar en forma periódica la sección de práctica del estudio y en 2007 se unió a la Cruz Roja Británica con este propósito. En este año, 2017, se cumplen diez años desde el inicio de esa labor conjunta.

Otras Sociedades Nacionales también han apoyado generosamente la actualización de la práctica con recopilaciones de la práctica nacional durante la última década, contribuyendo así de manera sustancial a la variedad y la calidad de la práctica disponible. Sus contribuciones complementan la práctica nacional recabada por las delegaciones del CICR en todo el mundo.

Desde 2010, el contenido total del estudio de 2005 y las actualizaciones periódicas de la sección de práctica se encuentran disponibles en la [base de datos en línea sobre DIH consuetudinario](#) del CICR.

El derecho internacional consuetudinario, que – como lo describe el artículo 38(1)(b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia – deriva de “una práctica generalmente aceptada como derecho”, es una fuente primordial del derecho internacional, como el derecho convencional. El DIH consuetudinario puede llenar vacíos en el DIH convencional, que surgen, por ejemplo, cuando un tratado de DIH no es aplicable en un conflicto armado determinado o cuando el derecho convencional aplicable no aborda cuestiones específicas. El DIH consuetudinario es, por consiguiente, un componente crítico en la regulación de los conflictos armados contemporáneos y la protección de sus víctimas.

El estudio sobre DIH consuetudinario, que identificó normas fundamentales del DIH consuetudinario y presentó la información práctica que subyace a estas, así como la base de datos sobre DIH consuetudinario, que ofrece un acceso fácil al estudio y a las actualizaciones periódicas de la sección de práctica, facilitan la identificación y la aplicación del DIH consuetudinario. Son ampliamente utilizados hoy en día tanto en contextos nacionales como

internacionales. El estudio y la base de datos son también herramientas esenciales de referencia en labor cotidiana del CICR.

En lo que atañe al DIH consuetudinario, la resolución propuesta señala la persistente relevancia del DIH consuetudinario para regir los conflictos armados contemporáneos y la protección de las víctimas y agradece a los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja por sus contribuciones permanentes a la labor sobre el DIH consuetudinario.

1) INTRODUCCIÓN

Sobre la base del mandato otorgado al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) por la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Conferencia Internacional) en 1995, el estudio sobre derecho internacional humanitario (DIH) consuetudinario se publicó en 2005. Desde 2010, el contenido total del estudio de 2005 y las actualizaciones periódicas de su sección de práctica son de fácil acceso en la [base de datos en línea sobre DIH consuetudinario](#).¹ Muchos componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Movimiento), en particular numerosas Sociedades Nacionales, están contribuyendo a hacer posible esta actualización.

En la actualidad, el DIH consuetudinario es tan esencial como siempre para la regulación de los conflictos armados contemporáneos y la protección de sus víctimas. El estudio y la base de datos sobre el DIH consuetudinario son contribuciones esenciales al debate sobre el DIH consuetudinario y, más ampliamente, sobre el DIH.

La resolución sobre DIH propuesta lo reconoce y expresa su agradecimiento a todos los componentes del Movimiento participantes por sus contribuciones a labor sobre el DIH consuetudinario.

2) ANTECEDENTES

La Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, celebrada en Ginebra en 1993, reafirmó en su Declaración Final, “la necesidad de reforzar la eficacia de la aplicación del derecho internacional humanitario” y solicitó “al Gobierno suizo que reuniera un grupo intergubernamental de expertos de composición no limitada encargado de dar con los medios prácticos para promover el pleno respeto de este derecho y la aplicación de sus normas”.² En consecuencia, el Grupo Intergubernamental de Expertos para la protección de las víctimas de la guerra se reunió en Ginebra en enero de 1995 e hizo la siguiente recomendación, entre otras:

[S]e invite al CICR a elaborar, con la asistencia de expertos en DIH 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

En diciembre de 1995, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja suscribió las recomendaciones formuladas por el Grupo Intergubernamental de Expertos e instó al CICR a que desempeñe las tareas que se le encomiendan en las recomendaciones, y de esta manera le encomendó oficialmente la elaboración de un “informe sobre las normas consuetudinarias del DIH”.⁴

¹ <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home> (todos los sitios web fueron accedidos en julio de 2017)

² <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdkxx.htm>

³ <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jmbm.htm>

⁴ V. resolución 1 de la XXVI Conferencia Internacional, párrafos 4 y 8 de la parte dispositiva. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdkzn.htm>

En 2003, la XXVIII Conferencia Internacional, en el párrafo 12 de la parte dispositiva de la resolución 1 (“Aprobación de la Declaración y del Programa de Acción Humanitaria”) “*tom[ó] nota con gran satisfacción* de los esfuerzos desplegados por el CICR para realizar el estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario y *pid[ió]* al CICR que prosiga su labor e informe a la Conferencia Internacional de 2007”.⁵

En 2005, tras un exhaustivo proceso internacional de investigación y consulta, se publicó el estudio.⁶ Consta de dos volúmenes. El volumen I (“Normas”) enumera las 161 normas de DIH consuetudinario identificadas por el estudio, con comentarios. El volumen II (“Práctica”) hizo accesibles los materiales recopilados en preparación del estudio.

La publicación del estudio fue destacada por la resolución 1 (“Derecho internacional humanitario consuetudinario”) del Consejo de Delegados que se celebró en 2005,⁷ que, en sus párrafos de la parte dispositiva:

- 1 *acog[ió] favorablemente* el estudio sobre derecho internacional humanitario consuetudinario publicado por el CICR como importante contribución a la protección de las víctimas de la guerra;
- 2 *recomend[ó]* el estudio a todos los componentes del Movimiento como base para debate, cuando sea pertinente, con las autoridades nacionales, las fuerzas armadas, círculos académicos y las partes en un conflicto armado;
- 3 *invit[ó]* a las Sociedades Nacionales a que, según sus capacidades, difundan las conclusiones del estudio lo más ampliamente posible.

En 2007, como solicitó la XXVIII Conferencia Internacional, el CICR presentó un informe titulado *Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario* a la XXX Conferencia Internacional.⁸ El informe abarcó los antecedentes del estudio, la metodología de trabajo, las principales conclusiones del estudio, la promoción del estudio y el inicio de un proyecto conjunto con la Cruz Roja Británica para actualizar la sección práctica del estudio. La XXX Conferencia Internacional, en el párrafo 8 de la parte dispositiva de la resolución 1 (“Juntos por la humanidad”),⁹ en consecuencia “*agradec[ió]* al CICR por la amplia labor realizada en el Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario y por el inicio de la actualización del Volumen del Estudio relativo a la práctica, en colaboración con la Cruz Roja Británica”.

3) ANÁLISIS/PROGRESOS

3.1. Actualización de la sección de práctica del estudio

Desde 2007, un equipo de investigación conjunto de la Cruz Roja Británica y el CICR, con sede en el Centro Lauterpacht de Derecho Internacional en Cambridge, Reino Unido, ha estado trabajando en la actualización de la sección de práctica del estudio. La Cruz Roja Británica también ha apoyado sostenidamente la actualización de la práctica aportando información sobre la práctica nacional del Reino Unido en el ámbito del DIH.

⁵ <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/p1103.htm>

⁶ Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, CICR, 2005.

⁷ <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/council-of-delegates-resolutions-181105.htm>

⁸ https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/30ic_8-3_customaryihl_report_final_esp.pdf

⁹ https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/30ic_resolution1_esp_adopted_.pdf

Asimismo, otras Sociedades Nacionales, incluidas las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja Alemana, Austriaca, Belga, Checa, Danesa, Española, Finlandesa, Francesa, Helénica, Húngara, Irlandesa, Italiana, Neerlandesa, Noruega, Polaca, Rumana, Sueca y Suiza, han apoyado las actualizaciones de la práctica, a veces en cooperación con sus comisiones nacionales de DIH. Investigan, recopilan y, según proceda, traducen la práctica nacional de sus respectivos países por sí mismos, o avalan las contribuciones de investigadores nacionales independientes. Su apoyo generoso es un factor esencial para asegurar el alcance y la calidad de las actualizaciones de la práctica.¹⁰

Todo otro apoyo de este tipo en el futuro, incluso de otras Sociedades Nacionales, sería recibido con satisfacción.

Las contribuciones de las Sociedades Nacionales complementan la práctica nacional recabada por las delegaciones del CICR en todo el mundo, a menudo en cooperación con asociados y expertos nacionales. En líneas generales, actualmente el CICR tiene como objetivo reunir la práctica nacional de 106 países. Estos países han sido escogidos a fin de asegurar una representación geográfica que sea lo más amplia posible, para representar diferentes tipos de sistemas jurídicos y reflejar diversas experiencias en materia de DIH y situaciones de conflicto armado.

Además de la práctica nacional (como la que se establece en los manuales militares, la legislación nacional, la jurisprudencia nacional y otras prácticas nacionales, como los informes oficiales del gobierno o las declaraciones de alto nivel), las actualizaciones de la sección práctica del estudio desde 2007 han incluido materiales internacionales, que analizan, por ejemplo, las decisiones de cortes y tribunales internacionales. Un equipo de investigación de la Clínica de Derecho Internacional Penal y Humanitario de la Universidad Laval de Canadá contribuye al análisis de estos materiales desde 2014.

El contenido total del estudio de 2005 y las actualizaciones de su sección de práctica están disponibles con libre acceso desde 2010 en la base de datos en línea sobre DIH consuetudinario. Es muy sencillo recorrer la base de datos y encontrar información gracias a su eficaz motor de búsqueda, que está vinculado a otras bases de datos del CICR sobre DIH. Su finalidad es que las normas del DIH consuetudinario identificadas en el estudio de 2005 y la práctica conexa – actualizada periódicamente – sean lo más fácilmente accesibles posible. Se está desplegando un esfuerzo especial para reducir el tiempo que transcurre entre la aparición de la práctica pertinente y su integración en la base de datos sobre DIH consuetudinario.

3.2. Cómo se utilizaron y recibieron el estudio sobre DIH consuetudinario y la base de datos

Desde la publicación del estudio sobre el DIH consuetudinario en 2005 y creación de la base de datos en 2010, no solo se han convertido en una referencia esencial en la labor cotidiana del CICR, sino que también han sido utilizados por una amplia gama de otros actores, como,

¹⁰ Las Sociedades Nacionales, por ejemplo, hicieron una importante contribución a las traducciones del resumen del estudio (incluida la lista de normas), que aparecieron por primera vez en la *International Review of the Red Cross* en marzo de 2005: <https://www.icrc.org/en/document/customary-international-humanitarian-law-rules-all-language>

por ejemplo, fuerzas armadas,¹¹ tribunales nacionales e internacionales¹² y grupos de expertos de las Naciones Unidas.¹³ Se basan tanto en las normas identificadas en el estudio de 2005 (volumen I) como en la sección de práctica, actualizada y disponible en la base de datos.¹⁴

Las estadísticas respecto del uso de la base de datos sobre DIH consuetudinario – tanto de la sección referida a las normas como de la sección de práctica actualizada – son una prueba más de la importancia crucial del DIH consuetudinario. Desde que la base de datos se puso en línea en 2010, ha habido un aumento de 542% en los accesos a la base de datos; el número de accesos en 2016 alcanzó 727.968.¹⁵ Las estadísticas también muestran que se accede a la base de datos desde todo el mundo, incluso desde países con diversos vínculos con situaciones de conflicto armado. La información más consultada refleja cuestiones que están en el meollo del DIH y el debate actual, como la definición de crímenes de guerra, el castigo colectivo, el principio de distinción, la definición de combatientes y el principio de proporcionalidad.

El hecho de que diversos actores recurran al DIH consuetudinario y su interés demuestran que el DIH consuetudinario sigue siendo un componente crucial en la regulación jurídica de los conflictos armados contemporáneos y la protección de sus víctimas. Actualmente, el DIH está ampliamente codificado en tratados. Los Convenios de Ginebra de 1949 han sido objeto de ratificación o adhesión universalmente, y un número considerable de Estados son Partes en los Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra.¹⁶ Sin embargo, como fuente del derecho internacional que deriva de “una práctica generalmente aceptada como derecho”¹⁷ y no depende de actos de ratificación o adhesión para tener fuerza vinculante, el derecho consuetudinario puede llenar vacíos en el derecho convencional. En el ámbito del DIH, tales vacíos pueden surgir, por ejemplo, cuando un tratado de DIH no es aplicable en un conflicto armado dado (debido a la falta de ratificación o adhesión, o en vista de las condiciones particulares de aplicabilidad del tratado, como en el caso del Protocolo adicional II) o cuando el derecho convencional aplicable no aborda cuestiones específicas. Este último aspecto reviste particular importancia en el caso de los conflictos armados no internacionales – el tipo de conflicto armado predominante en la actualidad. El DIH convencional que rige los conflictos armados no internacionales contiene disposiciones cruciales, en particular en la

¹¹ V., por ejemplo, el *Manual de Derecho Operacional* de Colombia, publicado por el Comando General de las Fuerzas Militares, República de Colombia, 2009, pp. 37–40, 42–47 y 52–56.

¹² V., por ejemplo, Israel, La Corte Suprema reunida como Tribunal Superior de Justicia, *El Comité Público contra la tortura en Israel y otros c. el Gobierno de Israel y otros*, HCJ 769/02, 13 de diciembre de 2006, párr. 23, 29–30 y 41–42; y TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal c. Gotovina y otros*, fallo del 15 de abril de 2011, párr. 1779.

¹³ V., por ejemplo, el informe *Report of the Secretary-General's Panel of Experts on Accountability in Sri Lanka*, 31 de marzo de 2011, párr. 183, 194, 196, 200–201, 203–204, 207, 211, 215–218, 237, 239–241, 246 y 268.

Para un panorama detallado de las referencias al estudio y la base de datos, v. Jean-Marie Henckaerts y Els Debuf, “The ICRC and the clarification of customary international humanitarian law”, en Brian D. Lepard (ed.), *Reexamining Customary International Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 168–178.

¹⁴ V., por ejemplo, Reino Unido, Corte Suprema, *Abd Ali Hameed Al-Waheed (apelante) c. Ministerio de Defensa (parte demandada), Serdar Mohammed (parte demandada) c. Ministerio de Defensa (apelante)*, sentencia del 17 de enero de 2017: Lord Reed (en disidencia) (con quien Lord Kerr acuerda), párr. 311, en referencia a la práctica nacional alemana de 2007 en la base de datos sobre DIH consuetudinario:

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0219-judgment.pdf>

¹⁵ A modo de comparación, la base de datos del CICR sobre tratados en inglés fue accedida 1.115.291 veces en 2016.

¹⁶ Para acceder a un panorama de los Estados Partes en los principales tratados: http://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/xsp/.ibmmmodres/domino/OpenAttachment/applic/ihl/ihl.nsf/4B377401045736E0C12580A300505F5B/%24File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf?Open

¹⁷ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38 (1)(b).

forma del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo adicional II. Sin embargo, en comparación con el DIH convencional para los conflictos armados internacionales, es mucho menos detallado y completo. Por ende, el DIH consuetudinario sigue siendo vital para regir los conflictos armados contemporáneos.

El hecho de que, como se ha puesto de manifiesto más arriba, el estudio y la base de datos sobre el DIH consuetudinario se utilicen ampliamente para obtener información sobre el DIH consuetudinario y la práctica en el ámbito del DIH es un fuerte indicio de que, como se esperaba al inicio de la tarea, se los considera una referencia útil.¹⁸

El valor de la base de datos sobre DIH consuetudinario también fue reconocido cuando, en 2015, el Grupo de Interés en Investigación Jurídica Internacional de la Sociedad Americana de Derecho Internacional lo eligió por unanimidad y le confirió, en su primera edición, el premio Jus Gentium a la investigación.¹⁹ Por otra parte, en 2016, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución bienal titulada “Situación de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados”, incluyó una referencia acogiendo con beneplácito los esfuerzos por actualizar periódicamente la base de datos sobre DIH consuetudinario.²⁰

En la actualidad, el derecho internacional consuetudinario es objeto de amplio debate. A mediados de 2016, la Comisión de Derecho Internacional aprobó, en primera lectura, su proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, con comentarios al respecto.²¹ Al hacerlo, afrontó muchas de las mismas cuestiones metodológicas que el estudio sobre el de DIH consuetudinario también debió abordar. El enfoque adoptado por el estudio – que se inició hace más de 20 años – se corresponde estrechamente con el enfoque ahora adoptado por la Comisión de Derecho Internacional.²²

4) CONCLUSIÓN

Más de veinte años han transcurrido desde que, en 1995, la XXVI Conferencia Internacional encomendó al CICR la elaboración de “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”. Más de veinte años han transcurrido desde la publicación del estudio sobre el

¹⁸ Más allá de las inquietudes expresadas con respecto al estudio, estas ofrecieron una oportunidad para intercambios importantes y bien recibidos, v., por ejemplo, John B. Bellinger III y William J. Haynes II, “Una respuesta del Gobierno de EE.UU. al estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, n.º 866, junio de 2007, p. 433–462 <https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/pseleccion-review-2007.pdf>; y Jean-Marie Henckaerts, “El derecho internacional humanitario consuetudinario: respuesta a los comentarios de Estados Unidos”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, n.º 866, junio de 2007, págs. 463-480: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/pseleccion-review-2007.pdf>

¹⁹ <http://intercrossblog.icrc.org/blog/icrc-customary-law-database-wins-first-ever-jus-gentium-award?rq=jus%20gentium>

²⁰ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/144&referer=/english/&Lang=S

²¹ V. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 68º período de sesiones de la Asamblea General (2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016), Documentos oficiales, Septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10), Naciones Unidas, Nueva York, 2016, “Capítulo V. Identificación del derecho internacional consuetudinario”, pp. 81–128. http://legal.un.org/ilc/reports/2016/spanish/a_71_10.pdf

²² V. por ejemplo el texto del proyecto de la conclusión 6 de la Comisión de Derecho Internacional (“Formas de práctica”), destacando que la práctica “puede revestir una gran variedad de formas”, que “comprende tanto actos materiales como verbales”, y que “no existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de práctica”; el comentario a esta conclusión define además que “en la actualidad se ha aceptado de manera general que el comportamiento verbal (ya sea escrito u oral) puede considerarse práctica”.

DIH consuetudinario en 1995. La base de datos sobre DIH consuetudinario está disponible en línea desde 2010.

El DIH consuetudinario y las herramientas de DIH consuetudinario que están disponibles para la comunidad internacional gracias a la labor de los componentes del Movimiento son más pertinentes que nunca. Como destacó el Dr. Yves Sandoz en el prólogo del estudio en 2005:

El presente estudio es una fotografía de la realidad, tomada con una gran preocupación por una franqueza absoluta, es decir, sin intentar hacer decir a la ley lo que uno quisiera que dijera. Estoy convencido de que eso es lo que confiere una credibilidad internacional al estudio. Pero aunque es el reflejo más veraz posible de la realidad, el estudio no pretende tener la última palabra. (...) Ojalá sea leído, debatido y comentado. Ojalá suscite nuevos exámenes del derecho internacional humanitario y de los medios para conseguir su mayor cumplimiento y desarrollo. (...) El presente estudio sobre derecho internacional humanitario consuetudinario no es simplemente el recuerdo de una hermosa aventura, es, sobre todo, un desafío para el futuro.

En este contexto, la parte de la resolución propuesta sobre el DIH que se relaciona con el DIH consuetudinario señala la persistente relevancia del DIH consuetudinario para regir los conflictos armados contemporáneos, destaca el estudio del CICR sobre DIH consuetudinario como una contribución importante para la protección de las víctimas de conflictos armados, recomienda el estudio y la base de datos a los componentes del Movimiento como base para debate y expresa su agradecimiento a todos los componentes del Movimiento que participan en la actualización en curso de la sección de práctica del estudio.