

# La costumbre en el derecho internacional humanitario

por Claude Bruderlein

El objeto de este estudio es analizar la índole normativa de la costumbre en el derecho internacional humanitario (DIH) para tratar de comprender mejor el comportamiento de los Estados en situación de conflicto, apoyándonos en las bases teóricas y jurisprudenciales del derecho internacional público. Trataremos así de captar mejor las posibilidades del desarrollo consuetudinario en el derecho internacional humanitario, en especial con relación al creciente interés que manifiesta la opinión pública internacional con respecto a la suerte que corren las víctimas de los conflictos armados. Comenzaremos este estudio con un examen general de los problemas que plantea la costumbre como fuente autónoma de derecho humanitario (punto 1); después estudiaremos más detenidamente los elementos constitutivos de la costumbre en el derecho humanitario (punto 2). Terminaremos el tema con un estudio comparativo de los dos enfoques de la costumbre en el DIH concentrándonos en las consecuencias que ese desarrollo de la costumbre puede tener para el DIH en los próximos años (punto 3).

## **1. La costumbre como fuente autónoma del derecho humanitario**

Todos hemos tenido la oportunidad de observar el creciente interés que manifiesta la doctrina del derecho humanitario por el fenómeno consuetudinario en el DIH. Esta tan particular atención por lo que respecta a la costumbre de derecho humanitario puede parecer paradójica después de más de un siglo de codificación. Varios hechos permiten explicar esta apertura de la doctrina con respecto al fenómeno consuetudinario. Entre otros, podemos mencionar las dificultades a las que han debido hacer frente los promotores del derecho interna-

cional humanitario en la elaboración y en la ratificación por los Estados de los Protocolos adicionales de 1977, la posición del Gobierno estadounidense al negarse a ratificar el Protocolo I<sup>1</sup> y la expresión de la reserva de algunos Estados limitando la aplicación de los Protocolos adicionales al empleo de armas clásicas<sup>2</sup>, pero, sobre todo, debe señalarse el grave deterioro, en estos últimos años, de la protección de las víctimas de conflictos armados, que hoy se presenta como un real desafío para los promotores del derecho humanitario. Estos elementos ponen seriamente en tela de juicio el desarrollo del derecho humanitario.

Sin embargo, han surgido nuevas perspectivas para los juristas desde que la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en su Sentencia de 1986 sobre el Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra este país, asignó a la costumbre de derecho humanitario el mismo valor que a la del derecho convencional. Según el artículo 38, párrafo 1, letra b) de los Estatutos de la Corte, la costumbre es un sistema de normas basadas en la práctica general de los Estados y aceptada como derecho.<sup>3</sup> Esta fuente autónoma de normas de derecho, reconocida ahora como tal por la Corte con respecto al DIH, abre nuevas vías al desarrollo del derecho humanitario. Así, a una práctica conforme a los principios generales del derecho humanitario, tal como la proponen y apoyan sus promotores, que son la opinión pública internacional y los organismos humanitarios, puede asignarse el estatuto de norma de derecho consuetudinario, oponible a todos los Estados, en todas las circunstancias. Vemos así la importancia de esta apertura de la Corte con respecto a los promotores del derecho humanitario. El DIH consuetudinario se presenta entonces como una posibilidad para el derecho convencional, completándolo o

---

<sup>1</sup> Véase al respecto Meron, Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 62.

<sup>2</sup> Varios Estados formularon esta reserva llamada «de la OTAN»; entre ellos, Italia, Bélgica y los Países Bajos. En la declaración que acompañaba la ratificación del Protocolo II, Francia comunicó que no tenía la intención de ratificar el Protocolo I dada «la falta de consenso entre los Estados signatarios del Protocolo I por lo que atañe al alcance exacto de las obligaciones por éstos contraídas en materia de disuasión». Véanse *Protocolos del 8 de junio de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 - Reservas, declaraciones y comunicaciones hechas en el momento o acerca de la ratificación o la adhesión en 30 de junio de 1990*, CICR, Ginebra (DDM/JUR 90/802 - PRV/4), roneografiado. Conviene señalar, en cambio, que la Unión Soviética, en su ratificación de los Protocolos adicionales I y II, el 29 de septiembre de 1989, no presentó reserva alguna (véase *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 96, noviembre-diciembre de 1989, Ginebra, pp. 631-632).

<sup>3</sup> *Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, Naciones Unidas, Nueva York, 1980, p. 85.

incluso supliéndolo, en los ámbitos en que no se ha podido establecer una reglamentación convencional adecuada, aprovechando el apoyo de la opinión pública internacional y de los organismos humanitarios para ampliar y consolidar los objetivos humanitarios del DIH. Sin impugnar el valor normativo de las disposiciones de derecho convencional, la costumbre en el derecho humanitario pone de relieve la influencia de la opinión pública internacional en la práctica de los Estados en conflicto. No obstante, esta vía pasa a tener, en poco tiempo, un doble sentido. Por supuesto, el estudio de la costumbre puede conducir a la extensión del ámbito de aplicación personal y material del derecho convencional, haciendo, por ejemplo, que una obligación convencional sea oponible a Estados que no son parte en los instrumentos convencionales o ampliando su ámbito de aplicación a situaciones diferentes de las previstas en los instrumentos convencionales. Sin embargo, en la búsqueda de la costumbre también pueden encontrarse prácticas inquietantes en el plano humanitario; por ejemplo, en ámbitos no cubiertos por los Convenios de derecho humanitario, reconocidos como derecho consuetudinario por el hecho de que reúnen las condiciones de reconocimiento de la costumbre previstas en el derecho internacional público. Sin embargo, es tal la situación actual de las víctimas de conflictos armados que resulta necesario que los juristas busquen activamente los medios adecuados para reforzar el respeto de los principios del derecho humanitario, aunque ello los conduzca a tomar posición con respecto a la práctica de los Estados en conflicto.

Sabemos que la costumbre es la repetición general, uniforme y prolongada en el tiempo de determinado comportamiento (*repetitio facti*), con la convicción de que la observación de éste es obligatoria (*opinio juris sive necessitatis*). Consiste en una repetición de actos sucesivos que se transforman poco a poco en usos considerados como de buena fe y que terminan siendo respetados por todos.<sup>4</sup> En el derecho relativo a los conflictos armados, ha precedido, algunas veces durante milenios, a la norma escrita, como ocurre con la tregua y el parlamento. Sin embargo, su naturaleza imprecisa y su origen espontáneo deja algo perplejos a los juristas formados en la disciplina del derecho escrito. Si el derecho se define como un tipo de producción organizado de actos normativos, la costumbre internacional se presenta como una norma sin acto, difícilmente comprensible, que aparece continuamente en el cuerpo social de la comunidad de los Estados, algunas veces incluso en aparente contradicción con el orden jurídico

---

<sup>4</sup> Verri, Pietro, *Dictionnaire du droit international des conflits armés*, CICR, Ginebra, 1988, p. 39.

convencional. Adquiere un carácter positivo por el hecho de que es reconocida por quienes pueden garantizarle cierta fuerza de aplicación. Como emanación del cuerpo social, la costumbre depende totalmente de su medio por lo que respecta a la determinación de su obligatoriedad. En realidad, es imposible transponer en una norma escrita la índole normativa de la norma consuetudinaria, lo que impide determinar con exactitud el contenido material del DIH consuetudinario. La autoridad de la costumbre no se basa en un acto formal de alcance internacional, como los convenios; la base de su obligatoriedad se encuentra en el centro mismo del proceso de decisión del Estado, en su juicio de que una práctica «humanitaria» es conforme al derecho. La determinación del contenido material de la norma consuetudinaria depende, pues, de la apreciación que los Estados hagan de sus prácticas, en la que intervienen la opinión pública internacional y organismos como el CICR..

La distinción entre la costumbre y el derecho convencional ha sido admitida desde hace mucho tiempo en el DIH. El espíritu de la cláusula de Martens enunciada en el Preámbulo de los Convenios de La Haya de 1907 fue base de inspiración para las disposiciones de los artículos 63-62-142-158 comunes a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la denuncia del Tratado:

*«... (la denuncia) no tendrá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes contendientes habrán de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes humanitarias y de las exigencias de la conciencia pública».*<sup>5</sup>

En estos instrumentos, la costumbre conserva un carácter subsidiario en relación con el derecho convencional. Parecía difícilmente aceptable para el legislador internacional de esa época que la costumbre tuviera el mismo valor que el tratado. Sólo en última instancia, suponiendo que los Estados denunciaran sus obligaciones convencionales, podían considerarse otras posibles fuentes del derecho humanitario.<sup>6</sup> Además, los Estados prohibieron la firma de acuerdos especiales fuera del marco de la protección prevista en el derecho

---

<sup>5</sup> *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, 4a edición, CICR, Ginebra, 1981.

<sup>6</sup> *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 - Commentaire* publicado bajo la dirección de Jean S. Pictet, I (Convenio I), CICR, Ginebra, 1951, p. 464. Pictet recuerda que un Estado que denuncia uno de los Convenios debe atenerse, no obstante, a los principios contenidos en el Convenio, siempre que sean la expresión del derecho internacional consuetudinario.

convencional (artículos 6-6-6-7 de los Convenios de Ginebra de 1949) con la finalidad precisa de preservar la autoridad de la convención multilateral. Así, querían evitar que los Estados, que ya no tienen toda libertad de acción, se adhieran a acuerdos derogatorios que no tardarían en hacer relativa la intangibilidad misma de los mínimos convencionales.<sup>7</sup> Desde entonces, la percepción de la costumbre ha cambiado considerablemente. En los Protocolos adicionales de 1977 ya no figura esta cláusula sobre la denuncia del tratado, pues las Altas Partes están sometidas directamente a la prevista en el artículo 43 del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados en que se prevé que:

*«... (la denuncia) no menoscaba en nada el deber de un Estado (...) de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que (...) esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de dicho tratado».*<sup>8</sup>

En el *Asunto de las actividades militares en Nicaragua*, la CIJ afirmó claramente la existencia autónoma de dos fuentes de derecho y su carácter distinto destacando que:

*«aunque dos normas procedentes de dos fuentes de derecho internacional parezcan idénticas por su contenido, y aunque los Estados en cuestión estén vinculados por las normas en cuestión en los planes tanto convencional como consuetudinario, estas dos normas conservan una existencia distinta... (éstas) se diferencian también desde el punto de vista de los métodos empleados para su interpretación y su aplicación».*<sup>9</sup>

La inclusión de la costumbre en la categoría de fuente de derecho humanitario no se hizo sin que se plantearan numerosos problemas, pues la búsqueda de los elementos constitutivos de la costumbre deja, de hecho, mucho espacio al poder de apreciación de los Estados. La cuestión es importante, pues la calificación de los elementos constitutivos debe dar un verdadero sentido a la costumbre del derecho humanitario, sin que por ello se niegue la autoridad jurídica y moral del

---

<sup>7</sup> Según Pictet, esta prohibición es de capital importancia para la aplicación de las disposiciones contenidas en los Convenios. Esta limitación de la libertad contractual de los Estados, contraria al principio de la soberanía del Estado, es compatible con la naturaleza profunda de los Convenios, aunque, como puso de relieve la delegación británica en la Conferencia de expertos gubernamentales de 1947, conlleva el riesgo de que se contravenga con mayor frecuencia a los Convenios. Pictet, J., *op. cit.*, p. 79.

<sup>8</sup> *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales*, ONU, 1986.

<sup>9</sup> Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Recueil des arrêts* 1986, p. 95, párr. 178.

derecho convencional. Esta empresa es especialmente delicada con respecto a la falta de adecuación entre los usos actuales de algunos Estados en conflicto y el derecho convencional vigente. Si no se realiza con cierta prudencia, se corre el riesgo de propiciar el desarrollo de costumbres abrogatorias y de bloquear toda reforma del derecho humanitario. Además, el problema de la calificación de los elementos constitutivos de la costumbre se planteó en términos muy claros a la CIJ, en su Sentencia de 1986 (citada más arriba). En este asunto, la Corte tuvo que pronunciarse sobre la índole consuetudinaria de algunas disposiciones de los Convenios de Ginebra como respuesta a la reserva estadounidense adjunta a su aceptación de la competencia obligatoria de la Corte en el sentido del artículo 36, párrafo 2, de los Estatutos de ésta.<sup>10</sup> En efecto, los Estados Unidos habían reservado su consentimiento con respecto a la competencia de la Corte para todos los asuntos dimanantes de obligaciones contenidas en un tratado multilateral, a no ser que todas las Partes en éste hubieran declarado aceptar la competencia obligatoria de la CIJ. Según el Gobierno estadounidense, la reserva en cuestión también tenía por efecto impedir que la Corte aplicara toda norma de derecho internacional consuetudinario que tuviera un contenido similar al de estas obligaciones.<sup>11</sup> En este caso, esta reserva se aplicaba a las obligaciones de derecho humanitario convencional. Si, aparentemente, la CIJ no tenía competencia para pronunciarse sobre las violaciones del derecho humanitario convencional, no dudó en afirmarla por lo que atañe a las quejas relativas al derecho internacional general (o consuetudinario), aunque éste tuviera un contenido idéntico al de las normas de derecho convencional<sup>12</sup>. Según la Corte:

*«En el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 se enuncian ciertas normas que deben aplicarse en los conflictos que no presentan un carácter internacional (...) se trata de normas que, en la opinión de la Corte, (...) corresponden a consideraciones elementales de humanidad. Por consiguiente, la Corte puede considerarlas aplicables al presente litigio sin tener que pronunciarse sobre la función (de) la reserva estadounidense (...)».*<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> En el artículo 36, apartado 2, de los Estatutos de la CIJ se instituye la competencia obligatoria facultativa. Esta norma autoriza a la Corte a pronunciarse sobre todos los asuntos que se le sometan, cuyas partes hayan declarado que reconocen a la Corte la competencia obligatoria, *Estatutos de la Corte Internacional de Justicia, op. cit.*, nota 3.

<sup>11</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1984, pp. 424-425, párr. 73.

<sup>12</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1986, p. 93, párr. 173 y p. 96, párr. 179.

<sup>13</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1986, p. 114, párr. 218.

El reconocimiento de la existencia paralela de la costumbre como fuente autónoma de derecho humanitario permitía que la CIJ eludiera la reserva estadounidense; pero, en cambio, la obligaba a definirse por lo que respecta al contenido del DIH. Como en el *Asunto del Estrecho de Corfú*,<sup>14</sup> en que había tenido la oportunidad de expresarse sobre estas mismas «consideraciones elementales de humanidad», la Corte va más allá del examen de los elementos constitutivos de la costumbre vigente para remontarse directamente a los principios generales del derecho humanitario que, al parecer, tenían una aplicabilidad directa. Consideró que:

*«... puede apreciarse el comportamiento de los Estados Unidos en función de los principios generales básicos del derecho humanitario del que (...) los Convenios de Ginebra constituyen, en algunos aspectos, el desarrollo y que, en otros, son sólo su expresión».*<sup>15</sup>

Esta equiparación que los jueces hacen de los principios generales con la costumbre es muy poco acertada. Debe observarse que los jueces hicieron intervenir el concepto de «consideraciones elementales de humanidad» únicamente en el ámbito del derecho relativo a los conflictos armados. Sin embargo, no hay posibilidad de error. Los principios generales del derecho humanitario sólo pueden inspirar todas las normas del DIH, convencionales o consuetudinarias. Si la Corte se encuentra en la imposibilidad de aplicar el derecho convencional, legítimamente sólo puede hacer referencia a los principios generales de derecho humanitario consuetudinario; por consiguiente, indirectamente a la costumbre. Para que el contenido material de estas «consideraciones elementales» tenga algún valor jurídico, es necesario buscarlo en el derecho humanitario consuetudinario, lo que no hicieron los jueces. No cabe duda de que los jueces quisieron referirse a la costumbre de derecho humanitario; pero, a falta de doctrina y de jurisprudencia para orientar sus trabajos, se abstuvieron de buscar los elementos constitutivos por temor a entrar en consideraciones políticas y filosóficas que los hubieran llevado demasiado lejos. Prefirieron considerar que los actos que eran ofensivos con respecto a la dignidad humana lo eran necesariamente para con la norma de derecho internacional consuetudinario, sin preocuparse de la deficiencia jurídica que dejaban así tras ellos. La moderación de la Corte fue facilitada considerablemente por la ratificación casi

---

<sup>14</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1949, p. 22.

<sup>15</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1986, p. 113, párr. 218.

universal de los Convenios de Ginebra de 1949. Así, reunió el derecho convencional de 1949 y la costumbre sobre la base de su característica común de universalidad, evitando examinar el contenido material específico de la costumbre del derecho humanitario. Además, con razón se abstuvo de considerar desde el mismo punto de vista las disposiciones contenidas en los Protocolos adicionales de 1977, que no han tenido la misma acogida en todos los Estados. Al mismo tiempo que abría el camino a los investigadores del derecho internacional consuetudinario, la CIJ sembró cierta confusión en el enfoque de la costumbre en el DIH. Su fracaso para observar la presencia de los elementos constitutivos de la costumbre hizo que sus calificaciones fueran aventuradas, lo que implica que, en el futuro, los investigadores tendrán que aplicar el mayor rigor cuando analicen el fenómeno consuetudinario, a fin de determinar sus elementos constitutivos y desarrollar instrumentos jurídicos que tengan un mínimo de legitimidad.

## **2. Los elementos constitutivos de la costumbre en el derecho internacional humanitario**

### **a) La práctica general de los Estados**

La práctica general es el elemento material de la costumbre. Está formada por todas las actuaciones de los sujetos de derecho internacional. Estas actuaciones corresponden a actos jurídicos, internos o internacionales, dimanantes de los Estados, pero también de las organizaciones internacionales, jurisdicciones internacionales y organizaciones humanitarias, por ejemplo, el Comité Internacional de la Cruz Roja.<sup>16</sup> Según la CIJ, esta práctica de los sujetos de derecho interna-

---

<sup>16</sup> Pellet, A. en Nguyen Quoc, D., Daillier, P., Pellet, A., *Droit international public*, (3a ed.) Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1987, p. 297, párr. 213: la práctica del CICR como organización no gubernamental, puede dar lugar a cierta costumbre en las normas que rigen la intervención de la Cruz Roja en caso de conflicto armado. Véase también Gasser, Hans-Peter, sobre la función normativa de los llamamientos del CICR en favor de las personas civiles en «Armed Conflict within the Territory of a State» in *Festschrift für Dietrich Schindler*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 1989, p. 234; sobre la personalidad jurídica del CICR en derecho internacional, véase Dominicé, Christian, «La personnalité juridique internationale du CICR» en *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Christophe Swinarski, redactor, CICR/Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra/La Haya, 1984, pp. 663-674.



cional debe ser «constante y uniforme»; la repetición en el tiempo de ciertos actos que permiten el arraigamiento de los «usos» de la comunidad internacional.<sup>17</sup> Asimismo, es necesario que la práctica no sea el hecho de un sólo Estado, sino que esté lo suficientemente extendida en la comunidad internacional. El artículo 38, párrafo 1, letra b), de los Estatutos de la CIJ se refiere explícitamente a la práctica «general» de los Estados, lo que no quiere decir «unánime». En cuanto al Asunto de la plataforma continental en el mar del Norte, la CIJ consideró que:

*«Por lo que respecta a los otros elementos que generalmente se consideran necesarios, a fin de que una norma convencional sea considerada como una nueva norma general de derecho internacional, es posible que ... una muy amplia y representativa participación en el convenio sea suficiente, con la condición, no obstante, de que incluya a todos los Estados particularmente interesados».*<sup>18</sup>

En el plano cualitativo, tampoco es necesario que la práctica de los Estados sea completamente uniforme. En su Sentencia sobre el Asunto de las actividades militares en Nicaragua, la CIJ consideró que:

*«... para que una norma esté consuetudinariamente establecida, la práctica correspondiente no debe ser rigurosamente conforme a esta norma. (Para la Corte) resulta suficiente, a fin de deducir la existencia de normas consuetudinarias, que los Estados conformen a ella su conducta de manera general y que ellos mismos traten los comportamientos no conformes a la norma en cuestión como violaciones de ésta, y no como las manifestaciones de reconocimiento de una nueva norma».*<sup>19</sup>

La práctica general de los Estados puede subdividirse en varios tipos de comportamientos. De hecho, es necesario hacer cierta clasificación para identificar eventuales costumbres que, por supuesto, deberán corresponder a cada uno de esos tipos de comportamiento. Podemos determinar tres categorías de comportamientos que forman la práctica del derecho humanitario —la práctica militar, la práctica diplomática y la práctica legislativa de los Estados—, relacionada cada una de ellas con un ámbito de actividad del Estado por lo que respecta al derecho relativo a los conflictos armados. La práctica militar incluye todos los actos de los sujetos de derecho internacional en la aplicación

---

<sup>17</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1960, p. 40, «Affaire du droit de passage en territoire indien».

<sup>18</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1969, p. 42.

<sup>19</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1986, p. 98, párr. 185.

de las normas de DIH en el orden jurídico interno, que van de la introducción en el derecho interno de una reglamentación conforme —como los manuales militares— hasta su aplicación en una situación concreta; por ejemplo, en el trato de los prisioneros de guerra o en las diligencias de las infracciones contra las disposiciones del DIH. En cuanto a la práctica diplomática, corresponde, entre otras, a la obligación de los Estados de «respetar y de hacer respetar» las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo I de 1977 (artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y artículo 1, párrafo 1, del Protocolo I de 1977). Incluye todas las medidas de presiones empleadas por los Estados para incitar a los demás miembros de la comunidad internacional a conformarse a sus obligaciones relativas al derecho humanitario. Por último, la práctica legislativa consiste en todos los comportamientos de los Estados en su función de legislador internacional, sea en la ratificación sea en la adhesión a un instrumento de derecho convencional o, circunstancialmente, en la elaboración de nuevas normas convencionales de DIH.

#### **b) *La opinio juris sive necessitatis***

La simple práctica no es suficiente para que exista una norma consuetudinaria. Debe, para ello, ir acompañada de la convicción del Estado de que se conforma a una obligación internacional. Este sentimiento del Estado es el elemento subjetivo de la costumbre; diferencia la costumbre de los usos y de la cortesía internacional. Sin embargo, es difícil determinar qué elemento precede a la aparición del otro. ¿Es la práctica la que debe preceder a la convicción del Estado o es la convicción del Estado la que debe inspirar la práctica? En situación de conflicto armado, es difícil que se desarrolle una práctica humanitaria de manera unilateral, sentando la convicción de los Estados de que esta práctica «humanitaria» es obligatoria. Sin embargo, con el apoyo de la opinión pública internacional y de organismos como el CICR, es posible incitar a los Estados en conflicto a desarrollar una práctica humanitaria particular que, a plazo medio, será obligatoria para todos los miembros de la comunidad internacional. En el Asunto de la plataforma continental del mar del Norte, la CIJ consideró que:

*«Los actos considerados no sólo deben representar una práctica constante, sino que deben dar prueba, por su índole o por la manera en que son realizados, de la convicción de que esta práctica resulta obligatoria por la existencia de una norma de derecho. ...Los Estados*

*interesados deben tener entonces la impresión de conformarse a lo que equivale a una obligación jurídica».*<sup>20</sup>

La garantía del respeto de la obligación de derecho humanitario ya no se basa únicamente en el carácter formal del derecho convencional, sino también en el carácter político de la convicción «humanitaria» en el proceso de formación consuetudinario, ya que la «cristalización» de la costumbre se realiza mediante el reconocimiento y la difusión de estas prácticas humanitarias por los organismos humanitarios y los medios de comunicación ante los Estados y la opinión pública internacional.

### **3. Análisis del fenómeno consuetudinario en derecho humanitario**

#### **a) Planteamiento del problema**

La costumbre, como fenómeno jurídico, reúne en su dinámica los aspectos jurídicos, políticos y étnicos de la actual sociedad internacional. En nuestro enfoque jurídico de la costumbre, hemos podido observar que el fenómeno consuetudinario se integra difícilmente en la sistemática del orden jurídico internacional. Ocurre lo mismo en los otros ámbitos de las relaciones internacionales. En el plano político, la costumbre es un desafío para los politólogos, que no pueden determinar el origen de la autoridad normativa de la norma consuetudinaria admitida por los Estados. Para ellos, la costumbre es como un sistema de principios subyacentes a la concepción misma de las relaciones internacionales; por lo tanto, fuera del campo de estudio de la política internacional. En el plano moral y ético, la costumbre de derecho humanitario, por su compromiso con la necesidad militar, pone de relieve las deficiencias de nuestro orden jurídico y político para desempeñar su cometido reglamentario de la vida de los Estados en situación de excepción. Erigiendo esta complicada y ambigua construcción jurídica, los Estados han establecido un modelo de conflicto armado aceptable para la comunidad en el plano humanitario. Gustave Moynier escribía, después de la firma del Primer Convenio de Ginebra en 1864, que «las naciones civilizadas tratan de humanizar (la guerra), confesando así que no todo lo que ocurre en

---

<sup>20</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1969, p. 44, párr. 77.

ella es lícito». <sup>21</sup> Sin embargo, debemos recordar que esta construcción jurídica convencional, enfrentando la necesidad militar con las consideraciones humanitarias sólo tiene legitimidad real con respecto a la comunidad de los Estados en situación de paz, autores del derecho de Ginebra; no sirve directamente a los intereses vitales de los beligerantes ni a los intereses, no menos vitales, de las víctimas de los conflictos armados que, inevitablemente, son los grandes perdedores en este compromiso «humanitario».

La costumbre, como modelo de comportamiento, se encuentra en el punto de intersección de estos diferentes enfoques. Ninguno de ellos puede captar, sin el aporte de las demás disciplinas, el sentido del comportamiento del Estado en situación de conflicto. Para comprender mejor el funcionamiento de la costumbre, *lex lata* del DIH, es necesario hacer un enfoque multidisciplinario que capte, con miras a su análisis, las fuerzas que componen su medio de origen y, por consiguiente, su obligatoriedad. La fuente de la obligación consuetudinaria, su incorporación en el orden jurídico internacional y su valor moral siguen siendo cuestiones indisolubles en DIH. Es necesario admitir que la búsqueda de la costumbre demuestra que hay cierta insatisfacción de la comunidad internacional con respecto a la norma convencional de derecho internacional. De esta manera, se intenta establecer un nuevo consenso de los Estados, que sea más flexible que el anterior, para reforzar el orden jurídico internacional. Mediante dos enfoques concurrentes de la costumbre se está estableciendo un importante inventario de las normas consuetudinarias en DIH. <sup>22</sup> Esta búsqueda de la costumbre toma un matiz político dependiendo de si se considera que el derecho convencional es un estándar que debe mantenerse, o que el derecho consuetudinario es un nuevo estándar que hay que reconocer. El primer enfoque, llamado «norma-

---

<sup>21</sup> Boissier, Pierre, *Histoire du Comité international de la Croix-Rouge: De Solférimo à Tsushima*, tomo I, Instituto Henry Dunant, Ginebra, p. 163.

<sup>22</sup> En cuanto al contenido consuetudinario del IV Convenio de Ginebra de 1949 (Protección de las personas civiles) véase Meron, Theodor, *op. cit.*, pp. 46-50; así como «The Geneva Conventions as Customary Law» del mismo autor en *American Journal of International Law*, 1987, pp. 348-370. En cuanto al contenido consuetudinario del Protocolo I (derecho humanitario aplicable en los conflictos armados internacionales), véase Penna, L.R., «Customary international law and Protocol I», en *Études et essais... en l'honneur de Jean Pictet*, *op. cit.*, pp. 201-225. Por lo que respecta el contenido consuetudinario del Protocolo II (derecho humanitario aplicable en los conflictos no internacionales), véase Gasser, *op. cit.*, pp. 225-240. Acerca del derecho consuetudinario contenido en los Protocolos I y II, véase también Cassese, Antonio, «The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law», in *U.C.L.A. Pacific Basin Law Journal*, Spring & Fall 1984, vol. 3, n.º. 1 y 2, pp. 55-118.

tivista» depende de la extrapolación —o generalización— del contenido normativo del derecho convencional relativo a la costumbre, insistiendo casi exclusivamente en la índole subjetiva de la costumbre (opinio juris). El segundo enfoque, llamado «sistemático» depende del reconocimiento sistemático de la práctica general de los Estados antes de hacer cualquier análisis de la índole subjetiva de la costumbre.

## b) El enfoque normativista

A pesar de que el derecho convencional ha perdido autoridad frente a la norma consuetudinaria, para algunos conserva toda su pertinencia en cuanto a determinar el contenido ideal de la norma de derecho humanitario: es el fruto de la voluntad de los Estados y, en este sentido, representa el objetivo final de su comunidad. Con este enfoque se trata de preservar al máximo el contenido convencional del derecho humanitario mediante su desarrollo consuetudinario. Su finalidad es percibir la costumbre sólo mediante el contenido material del derecho convencional. Según Degan, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos adicionales de 1977 son, como convenios de codificaciones y de desarrollo progresivos del DIH, *«the most important mode of intentional articulation and accelerating of customary process after the Second World War»* (el más importante modo de articulación intencional y de aceleración del proceso consuetudinario tras la Segunda Guerra Mundial).<sup>23</sup> Los instrumentos convencionales del DIH tienen, pues, doble función. Como las demás formas de acuerdos, obligan a las Partes en virtud del tratado; no obstante, a causa de su contenido moral y, en particular, a causa de la obligación contenida en los artículos 1 de los cuatro Convenios de Ginebra y del Protocolo I en que los Estados se comprometen a «hacer respetar» las obligaciones contenidas en esos instrumentos «en todas las circunstancias», su principal función sería influir en el desarrollo del derecho consuetudinario.<sup>24</sup> En efecto, las respectivas disposiciones fundamentales están redactadas de manera que se asignen derechos y obligaciones a todos los Estados, sean partes o no en esos

---

<sup>23</sup> Degan, V.D., «Two modes of generating customary rules of general international law» en *Jugoslovenska Revija za međunarodno Praz*, Belgrado, 1988, nº. 1, p. 23.

<sup>24</sup> Véase en particular Condorelli, Luigi, Boisson de Chazourne, Laurence, «Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances'», en *Études et essais... en l'honneur de Jean Pictet*, op. cit., pp. 26-27.

Tratados. Según esta corriente de doctrina, el derecho convencional debe servir de apoyo para la búsqueda de la costumbre, ya que es el único que contiene normas determinables y aceptables para los Estados. Por consiguiente, se convierte en el elemento central de la búsqueda de la costumbre, sobre el que nos basamos para reconocer la práctica de los Estados. Esta práctica puede haber sido anterior al tratado, que codifica o «cristaliza» una norma en vías de formación; pero también puede ser posterior al tratado. Se dice entonces que el tratado es generador de costumbre. Evidentemente, esta extrapolación de la voluntad legislativa de los Estados por lo que atañe a la costumbre hace que pierdan valor todas las prácticas llamadas «extra-convencionales» de los Estados, así como las eventuales costumbres abrogatorias. Limita la autoridad de la costumbre al marco convencional de los tratados que resulta de la política legislativa de los Estados; no puede ni salirse de él, ni ponerlo en tela de juicio. Los textos de codificación son la única «fuente material» de la norma consuetudinaria.<sup>25</sup> Cuando se codifica una práctica consuetudinaria, los Estados expresan su intención de demostrar la existencia de una norma consuetudinaria. Por consiguiente, el intérprete puede basarse legítimamente en esta apreciación de los «codificadores» en la prueba del derecho consuetudinario, presuponiendo así que la práctica estatal ha sido correctamente establecida y calificada en el marco de la labor de codificación y que no es necesario revisar la interpretación que de ella se ha hecho.<sup>26</sup> Este mismo principio se aplica a la costumbre generada por el derecho convencional. La convicción de la índole normativa fundamental de una disposición convencional se expresa en el texto del convenio. Según Torrione; cuando éste ha sido ratificado por un número suficiente de Estados representativos constituye un punto de apoyo suficiente para demostrar la existencia de la costumbre.<sup>27</sup> En cuanto a la apreciación de la práctica observada por los Estados codificadores, los intérpretes de este enfoque se basan así en toda la historia de las codificaciones del derecho relativo a los conflictos armados —incluyendo los Convenios de La Haya de 1907— y en las posiciones tomadas por los Estados durante las Conferencias de codificación. De esta manera, tienen a disposición una gran gama de normas convencionales de las que pueden deducir

---

<sup>25</sup> Torrione, H., *Influence des conventions de codification sur la coutume en droit international public*, Éditions universitaires de Fribourg, 1989, p. 77.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 301.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 302.

la convicción de los Estados con respecto a la costumbre vigente y futura.

No obstante, en la búsqueda de la costumbre por la vía convencional se efectúa una división delicada entre las normas convencionales que se reflejan en la costumbre y las que no se reflejan; ésto plantea el problema de la validez jurídica del derecho convencional. Queriendo evitar entrar en materia por lo que respecta al fondo de la costumbre, por temor a conferir índole normativa propia a la práctica de los Estados, el enfoque normativista pone indirectamente en tela de juicio la validez del derecho convencional en general. Por consiguiente, puede dudarse de la pertinencia de esa distinción en derecho humanitario. Como hemos visto, la estructura y el objeto mismo de estos convenios de derecho humanitario destinan el contenido de estos convenios a un reconocimiento general. Así pues, el carácter jurídico de la norma de derecho humanitario dimana tanto del acuerdo de los Estados como de su contenido normativo generalizable. El enfoque normativista hace caer así en desuso toda una parte del derecho convencional, ya que habría sido necesario que su finalidad se hubiera convertido en derecho internacional general. No se puede resolver la cuestión de la calificación de la costumbre sin caer en la subjetividad de la voluntad política de los Estados codificadores, que no dudan después en impugnar la índole normativa de una norma que ellos mismos han promulgado.

Además, concentrándose en el derecho convencional para determinar el contenido de la costumbre, este enfoque esconde los aspectos más dinámicos de la costumbre: su capacidad de abrogar y de hacer nuevo derecho. Según Dupuy,<sup>28</sup> la costumbre tiene dos funciones principales: la primera es la de fuente de nuevo derecho. Se expande en una sociedad homogénea y le asigna cierto orden público. En este aspecto, es la expresión de una ética habitualmente compartida o simplemente dominante más allá del consenso formal. Su segunda función es la de revisora del derecho en vigor. El reconocimiento de la costumbre es un medio para abrogar las normas que han caído en desuso, separando así el derecho positivo del conjunto de las normas existentes. Según este autor, el derecho relativo a los conflictos armados es el ámbito de elección de las costumbres creadoras y abrogadoras.<sup>29</sup> Por supuesto, la práctica contraria a las disposiciones convencionales plantea un problema particular para los

---

<sup>28</sup> Dupuy, R.J., «Coutume sage et coutume sauvage» en *Mélanges Rousseau*, Pédone, Paris, 1974, pp. 75-87.

<sup>29</sup> *Ibid.*, pp. 81-82.

juristas de derecho humanitario, sobre todo si estas disposiciones pueden adquirir, desde el punto de vista normativista, el estatuto de derecho consuetudinario. En la lógica del derecho convencional, una práctica contraria a la norma no influye en su índole jurídica, pues éste dimana únicamente del proceso formal que caracteriza a su elaboración y a su adopción por los miembros de la comunidad internacional. No obstante, en la teoría general del derecho, la práctica efectiva de los Estados —en todos sus aspectos— es la parte central del proceso de formación de la costumbre, ya que la *opinio juris* incluye esta práctica en la categoría de fuente del derecho. Si un Estado considera que los actos de otro Estado perjudican de algún modo a sus derechos, puede evitar, presentando una protesta, que estos actos acaben surtiendo efectos jurídicos. Así, manifiesta su intención de no considerar este estado de la práctica como derecho.<sup>30</sup> Según la CIJ,<sup>31</sup> para que, tras la violación de una norma de derecho, la protesta de los Estados sea válida, ésta debe ser repetida y seguida de actos concluyentes, que van del recurso ante una organización internacional y el sometimiento a un tribunal internacional a la ruptura de las relaciones comerciales e, incluso, diplomáticas. Si la protesta tiene por efecto hacer fracasar las pretensiones del Estado infractor, debe admitirse, a contrario, que la falta de acción de los Estados perjudicados en sus intereses es suficiente para que, después de cierto tiempo, la situación de hecho que contribuyeron a crear con su comportamiento les sea oponible; de ahí la importancia de las presiones ejercidas por la opinión pública internacional y los organismos humanitarios sobre la apreciación de los Estados en caso de violación de las normas del DIH.

### a) Enfoque sistemático

A pesar de las engañosas apariencias debidas a la gran evidencia de las infracciones contra el derecho humanitario, la mayoría de las normas fundamentales de este derecho es respetada en la práctica militar de los Estados.<sup>32</sup> Si así no fuera, no tendría ningún interés examinar los aspectos jurídicos del derecho humanitario convencional o consuetudinario. Cada vez que una unidad militar deja de atacar a

---

<sup>30</sup> Cahin, P., «Le comportement des Etats comme source de droit et d'obligations» en *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Facultad de Derecho, Universidad de Ginebra / IUHEI, Ginebra, 1968, p. 250.

<sup>31</sup> CIJ, *Recueil des arrêts* 1953, pp. 106-107, «Affaire des Minquiers et des Ecrihous».

<sup>32</sup> Gasser, *op. cit.*, p. 232.



una persona civil en sus operaciones, se respeta la obligación de proteger a la población civil. Por razones evidentes, es difícil reunir un número suficiente de pruebas de que estos comportamientos conformes al derecho humanitario están condicionados por la convicción del derecho, en lugar de estarlo sólo por la de la «moral». Fundamentalmente, el enfoque sistemático de la costumbre se diferencia de la anterior por su posición en relación con la voluntad legislativa de los Estados. Según Malenovsky,<sup>33</sup> el Estado que toma parte en la elaboración de la práctica consuetudinaria debe ser visto como el que tiene motivaciones propias y objetivos particulares relacionados con el contexto de hecho del conflicto armado, que se diferencia fundamentalmente de cualquier otra situación. Los actos de los Estados responden a intereses precisos, que son mucho más inmediatos que la mayoría de los objetivos que tienen en materia de política legislativa. El punto débil del enfoque normativista de la costumbre se debe al hecho de que analiza el contenido de la costumbre sólo desde el punto de vista del Estado codificador. Según Cheng,<sup>34</sup> las normas de derecho internacional son elaboradas en un marco jurídico totalmente diferente si dimanan de la costumbre o del derecho convencional. Este autor no considera el derecho convencional como simplemente «generalizable» ya que, conformándose a una obligación convencional, los Estados no tienen la impresión de crear derecho general, sino sólo de conformarse al derecho convencional. Así, el componente voluntarista inherente al derecho convencional no debe sustituir al derecho consuetudinario, pues se corre el riesgo de cometer graves errores de apreciación por lo que respecta al contenido real de la norma consuetudinaria. En DIH, esta posición implica que de las normas convencionales pueden deducirse directamente la existencia de un derecho consuetudinario. La intervención del medio en que surge la norma consuetudinaria es esencial para comprender lo que determina la sujeción del Estado a una obligación general. La fuente de la obligación se encuentra más en el entorno del Estado que debe analizarse que en una voluntad estatal plasmada en disposiciones convencionales que se remontan, algunas veces, a más de un siglo. Según este enfoque, la búsqueda de la costumbre

---

<sup>33</sup> Malenovsky, J., «Are necessary changes of methods of ascertaining rules in international law?», en *Acta Universitatis, Wratislaviensis*, Note 983, Wroclaw 1988, p. 208.

<sup>34</sup> Cheng, B., «Custom: The Future of General State Practice in a Divided World» en *The Structure and Process of International Law*, (Macdonald R.St.J. & Johnston Douglas M. ed.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986, p. 530.

por la vía convencional es demasiado estática para que pueda percibirse su fundamento.

#### 4. Conclusión

La interpenetración del derecho y de la política en el derecho internacional resulta evidente y la costumbre de derecho humanitario sólo existe para recordárnoslo. La costumbre de derecho humanitario se encuentra en el punto de intersección de la fuerza social y de la idea política.<sup>35</sup> Evidentemente, se plantea la cuestión de saber si se debe interpretar el comportamiento de los Estados desde el punto de vista del derecho consuetudinario, que dimana de la práctica de los Estados en conflicto, o desde el punto de vista convencional, que surge del compromiso «humanitario» de los Estados en paz. No obstante, no debe verse competencia alguna entre estas dos fuentes de derecho. Es posible orientar el desarrollo del derecho consuetudinario en el sentido del derecho convencional, simplemente trabajando por el refuerzo de sus disposiciones. Por consiguiente, el jurista tiene que hacer una elección: dejar a los Estados de la comunidad la tarea de elaborar las medidas de protección de las víctimas de conflictos armados en función de sus propios intereses o ponerse de parte de las víctimas y militar en favor de una potenciación del derecho humanitario mediante el desarrollo consuetudinario. El desarrollo del derecho humanitario consuetudinario depende de un profundo cambio de la estructura del poder de la comunidad internacional en materia de protección de los derechos fundamentales de la persona. El estudio de su contenido presupone un gran conocimiento de las bazas políticas, sociales y económicas en torno a esta cuestión. En este contexto, la opinión pública internacional y los organismos humanitarios, como el CICR, tienen un capital cometido que desempeñar. Por una parte, deben poder ejercer una presión constante sobre los Estados en situación de excepción para que respeten los derechos fundamentales de las víctimas de los conflictos armados, difundiendo, al mismo tiempo, la práctica así adquirida a los demás miembros de la comunidad internacional y a la opinión pública. Según Meron<sup>36</sup> *«Public opinion abhorring the excesses (...) may act as a catalyst for determinations by third States that such practices are not only*

---

<sup>35</sup> Dupuy, *op. cit.*, p. 85.

<sup>36</sup> Meron, *op. cit.*, p. 74.

*immoral, but also illegal... (It) will aid in the formation of opinio juris and customary rules for the humanization of such wars»* (Puesto que la opinión pública es reacia a los excesos (...) ésta puede actuar como catalizador con respecto a las determinaciones de terceros Estados en cuanto a que esas prácticas son no sólo inmorales sino también ilegales... contribuirá a formar opinio juris y normas consuetudinarias para la humanización de esas guerras). Los organismos humanitarios y la opinión pública deben responder a la invitación que se les hace. La costumbre se ha convertido en mucho más que un sistema de normas que reglamentan el comportamiento de los Estados en conflicto, es una oportunidad única para todos los participantes de tomar parte activa en el desarrollo del derecho humanitario.

**Claude Bruderlein**

**Claude Bruderlein** es delegado del CICR en Jerusalén, donde se encarga de las visitas a detenidos de seguridad. Licenciado en Ciencias Económicas y Políticas por la Universidad de McGill y licenciado en Derecho por la Universidad de Ginebra, el señor Bruderlein participó en el seminario de DIH en Varsovia (1987) y en los cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (1990). En 1988, ingresó en el Instituto Henry Dunant, donde colabora activamente en varios proyectos de investigación. El presente artículo fue redactado bajo la dirección del Instituto Henry Dunant.