

La aplicación del derecho internacional humanitario y el principio de la soberanía de los Estados

por Gérard Niyungeko

INTRODUCCIÓN

Antes de exponer los términos en los que se plantea el problema que nos proponemos estudiar, es conveniente, a título preliminar, explicar lo que se entiende por «la imperiosa necesidad de aplicación del derecho internacional humanitario».

1. La imperiosa necesidad de aplicación del derecho internacional humanitario

Como se sabe, el derecho internacional humanitario es el conjunto de las normas jurídicas que los Estados deben respetar y que están destinadas a garantizar la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales o no internacionales.

Lo esencial de este derecho está contenido en los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativos a la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, a la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, al trato debido a los prisioneros de guerra y a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, respectivamente.

Esos Convenios fueron completados y desarrollados por dos Protocolos adicionales aprobados el 8 de junio de 1977, el primero de los cuales se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos

armados internacionales y el segundo a la de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.

La aplicación del derecho internacional humanitario incluye su respeto (es decir, su aplicación efectiva), el control de su respeto y la represión de las eventuales violaciones.¹

Conviene destacar al respecto que, habida cuenta de la finalidad del derecho internacional humanitario, su aplicación es una imperiosa necesidad. Sin duda, ningún orden jurídico tiene sentido si sus normas no son efectivamente aplicadas cuando es necesario. En el caso del derecho internacional humanitario, esta observación es particularmente pertinente. Se trata, en efecto, de un derecho destinado a aplicarse en el contexto de la guerra, en el cual las vidas humanas están permanentemente en peligro. Cuando no es efectivamente aplicado en las situaciones de conflicto, el mal resultante es a menudo irreparable. Todo el mecanismo de las sanciones punitivas y reparatorias no modifica la tragedia de la situación, pero puede a veces impedir que prosiga.

En todo caso, la imperiosa necesidad de la aplicación del derecho internacional humanitario fue una de las mayores preocupaciones de los autores de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos adicionales. Testimonio de ello son, en particular, ciertas normas contenidas en esos instrumentos y que no se encuentran en el derecho común de los tratados.

Veamos, en primer lugar, la norma del artículo 1 común a los Convenios y del artículo 1, apartado 1, del Protocolo I que estipula: «*Las Altas Partes contratantes se comprometen a respetar (...) el presente Convenio (o el presente Protocolo) en todas las circunstancias*». Como han señalado varios comentaristas², a primera vista, esta disposición parece redundante, pues no agrega nada al principio general del derecho de los tratados, *pacta sunt servanda*, expresado como sigue en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, del 23 de mayo de 1969: «*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*».³

¹ Sassòli, Marco, «La mise en oeuvre du droit international humanitaire et la répression de ses violations», ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el Derecho de los Conflictos Armados y la Acción Humanitaria, Kinshasa, 6-8 de enero de 1988, p. 1.

² Véanse, entre otros, Sandoz, Yves: «Mise en oeuvre du droit international (humanitaire)», *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, París, UNESCO y Pedone; Ginebra, Instituto Henry Dunant, 1986, pp. 302-303; *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, eds. Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann, Ginebra, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 31-35.

³ El subrayado es nuestro.

Parece, en realidad, que los autores de esos textos quisieron a la vez recordar la norma e insistir en ella, lo cual demuestra la importancia que atribuían a la efectiva aplicación de esos instrumentos.⁴

Otra norma, de índole técnica, estipula que cada uno de los Convenios, así como cada uno de los Protocolos «...entrará en vigor seis meses después de haber sido depositados, al menos, dos instrumentos de ratificación».⁵ El hecho de que basten dos instrumentos de ratificación para que un tratado de alcance universal entre en vigor es un signo claro de la importancia dada a una aplicación lo más rápida posible del mismo. Como se pone de relieve en el *Commentaire des Protocoles additionnels*: «...esto posibilitará su rápida aplicación al menos a las relaciones entre los Estados contratantes; además, podrá tal vez acelerar el ritmo de las ratificaciones y adhesiones».⁶

Por otra parte, pueden mencionarse también sobre el mismo tema las disposiciones según las cuales: «Las situaciones previstas en los artículos 2 y 3 (de los Convenios) harán que surtan efectos inmediatos las ratificaciones depositadas y las adhesiones notificadas por las partes en conflicto antes o después del comienzo de las hostilidades o de la ocupación...».⁷ Las situaciones en cuestión son las de los conflictos armados internacionales y no internacionales. Mientras que, por norma general, los Convenios entran en vigor seis meses después de que se hayan depositado los instrumentos de ratificación o de adhesión⁸, cuando en un conflicto armado participe una parte para la cual ese plazo aún no se ha cumplido, los textos serán inmediatamente aplicables a la misma sin tener en cuenta dicha norma.

Todas esas normas particulares evidencian el lugar especial que ocupa la cuestión de la aplicación del derecho internacional humanitario.

⁴ Hay otras disposiciones de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos adicionales de tenor similar: por ejemplo, el artículo 45 del I Convenio, el artículo 46 del II Convenio y el artículo 80 del Protocolo adicional I.

⁵ Véase el artículo 58-57-138-153 común de los Convenios, el artículo 95, apartado 1, del Protocolo adicional I y el artículo 23, apartado 1, del Protocolo adicional II.

⁶ *Commentaire des Protocoles additionnels*, op. cit., p. 1104, párr. 3730.

⁷ Véase el artículo 62-61-141-157 común de los Convenios; *Commentaire des Protocoles additionnels*, op. cit., p. 1105, párr. 3737-3739.

⁸ Véase nota 5) *supra*.

2. Estado actual del problema

¿La imperiosa necesidad de la aplicación del derecho internacional humanitario restringe acaso el principio de la soberanía de los Estados? Tal es la cuestión que nos planteamos en este artículo.

Precisemos en seguida, para evitar todo equívoco, que el hecho de que los Estados sean soberanos no constituye en sí un obstáculo legítimo para la aplicación del derecho internacional en general y del derecho internacional humanitario en particular.

Dicho de otra forma, los Estados no pueden alegar su soberanía para no cumplir sus compromisos jurídicos internacionales, particularmente los de índole convencional. El principio de la soberanía de los Estados no significa, efectivamente, que éstos no estén sujetos al derecho internacional. Un Estado que, precisamente en el ejercicio de su soberanía, haya contraído un compromiso internacional no puede ulteriormente alegar su soberanía para oponerse a la aplicación de dicho compromiso.⁹ Un Estado que actuara así violaría, sin duda, el derecho internacional y podría ver comprometida su responsabilidad internacional.

No es, pues, ese problema —resuelto en la teoría del derecho internacional— lo que examinamos aquí.

Quisiéramos analizar dos puntos concernientes a las relaciones entre la aplicación del derecho internacional humanitario y el principio de la soberanía de los Estados.

Primeramente, la eventual existencia en las normas convencionales del derecho internacional humanitario o en el derecho internacional general de disposiciones que salvaguardan la soberanía de los Estados y, por consiguiente, pueden llegar a plantear obstáculos a la aplicación del derecho internacional humanitario.

En segundo lugar, podemos preguntarnos si, por otra parte, al tomar en cuenta otras normas o principios aplicables específicamente en derecho internacional humanitario, no se han hecho, en cierta forma, «concesiones» en lo referente al principio de soberanía, facilitando así la aplicación de ese derecho.

⁹ En ese sentido falló, en cierto modo, la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso del vapor *Wimbledon*, 17 de agosto de 1923, *Serie A* n.º 1: «La Corte se niega a ver en la firma de un tratado cualquiera, por el cual un Estado se obliga a hacer o a no hacer algo, una cesión de su soberanía. Sin duda, todo convenio que engendra una obligación implica también una restricción del ejercicio de los derechos soberanos del Estado, pues imprime a este ejercicio una determinada dirección. Pero la facultad de contraer compromisos internacionales es precisamente un atributo de la soberanía del Estado».

A continuación, analizaremos este problema en dos partes:

Primera parte: Las normas que salvaguardan la soberanía de los Estados

Segunda parte: Las «concesiones» en relación con el principio de la soberanía de los Estados

PRIMERA PARTE:

LAS NORMAS QUE SALVAGUARDAN LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS

Se trata de normas incorporadas al derecho internacional humanitario, que reservan, es decir, salvaguardan, la soberanía de los Estados.

La disposición de derecho humanitario que contienen esas normas lleva implícitos los límites virtuales de su aplicación. Examinaremos ahora algunas de ellas y trataremos de comprobar, cada vez, si constituyen obstáculos reales para la efectiva aplicación del derecho internacional humanitario.

La cuestión merece ser examinada, ya se trate de normas relativas a la denuncia de los convenios humanitarios o a la formulación de reservas al respecto, de normas que incluyan el asenso o el consentimiento del Estado o que hagan la salvedad de la seguridad del Estado y las necesidades militares, que dejen un amplio margen de apreciación al Estado o le reserven ciertas competencias.

Veremos, por último, cómo se plantea el problema en el caso particular de los conflictos armados no internacionales.

1. La posibilidad de denunciar los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales

*«La denuncia (o la retirada) es un acto de procedimiento cumplido unilateralmente por las autoridades competentes de los Estados Partes que desean desligarse de sus compromisos».*¹⁰

¹⁰ Véase Nguyen Quoc, Dinh; Daillier, Patrick y Pellet, Alain: *Droit international public*, 3^ª ed., París, LGDJ, 1987, p. 277. La denuncia está reglamentada por el artículo 56 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Es obvio que un convenio que prevé la posibilidad de su denuncia por los Estados Partes, reserva la soberanía de los mismos.¹¹ Al otorgarles la posibilidad de desligarse de sus compromisos, les permite recobrar su libertad.

Los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales prevén la posibilidad de tal denuncia. Así, en el primer párrafo del artículo 63-62-142-158 común de los Convenios se dispone que: «Cada una de las Altas Partes Contratantes tendrá la facultad de denunciar el presente Convenio». Los Protocolos contienen disposiciones similares.¹²

Esta facultad va acompañada, sin embargo, de importantes restricciones. La primera es que «...*la denuncia notificada cuando la Potencia denunciante esté implicada en un conflicto no surtirá efecto alguno mientras no se haya concertado la paz y, en todo caso, mientras no hayan terminado las operaciones de liberación y de repatriación de las personas protegidas por el presente Convenio*».¹³

Se ha querido así evitar que un Estado se desligue unilateralmente de sus compromisos en materia de derecho humanitario, precisamente en el momento en que esas obligaciones tienen que aplicarse. Esta restricción es capital para la aplicación de ese derecho, pues de otro modo carecería totalmente de sentido. ¿Qué sentido tendría ese derecho si, al estallar las hostilidades o en el curso de las mismas, las partes en conflicto pudieran rechazarlo sin más?

La segunda restricción es que la denuncia «...*no surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública*».¹⁴

Esta norma, que se inspira en la célebre cláusula de Martens —así denominada en honor del diplomático ruso que la propuso—, «expresa que los principios del derecho de gentes se aplican en todo conflicto armado, incluso si un caso no está previsto en el derecho convencional o si el derecho convencional pertinente no obliga como tal a las partes

¹¹ A propósito de la denuncia, véase Torrelli, Maurice, *Le droit international humanitaire*, París, PUF, 1985, p. 90. El autor habla de «último bastión de la soberanía».

¹² Véase el artículo 99 del Protocolo adicional I y el artículo 25 del Protocolo adicional II.

¹³ Párrafo 3 del artículo 63-62-142-158 común de los Convenios. Véanse también los artículos 99 del Protocolo I y 25 del Protocolo II.

¹⁴ Párrafo 4 del artículo 63-62-142-158 común de los Convenios. Véanse también el artículo I del Protocolo adicional I y el párrafo 4 del preámbulo del Protocolo adicional II.

en conflicto».¹⁵ En otras palabras, un Estado parte que haga una denuncia jurídicamente válida de un convenio humanitario, no dejará de estar obligado por las normas y los principios humanitarios no convencionales. Es decir, que al denunciar un convenio, un Estado no se encuentra forzosamente ante un vacío jurídico humanitario que le autoriza a hacer cualquier cosa.

¿Qué representa realmente un derecho de denuncia circunscrito de esta forma? No parece exagerado decir que no representa gran cosa. En un comentario acerca de las disposiciones relativas a la denuncia de los textos de Ginebra, el profesor Balanda señala al respecto:

*«Equivale a reconocer en otros términos que, en virtud de esos diferentes órdenes de exigencias, todas las disposiciones de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 que conciernen, por lo demás, a la protección de la persona humana no pueden ser denunciadas».*¹⁶

En la práctica, ningún Estado ha denunciado nunca los Convenios, y las disposiciones pertinentes no son, hasta el momento, más que teóricas.¹⁷ Esta situación parece normal, dado lo difícil que es imaginar que las obligaciones humanitarias puedan ser denunciadas.¹⁸

Cabe concluir, pues, que la facultad de denuncia de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos adicionales, estipulada en esos textos, no constituye un obstáculo real para la aplicación del derecho internacional humanitario convencional.

2. Las reservas

Según el artículo 2 d) del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados:

¹⁵ *Commentaire des Protocoles additionnels, op.cit.*, p. 39, párrafo 56.

¹⁶ Balanda Mikuin Leliel, «Le droit de Genève et son apport au droit international», Seminario internacional sobre el derecho de los conflictos armados y la acción humanitaria, Kinshasa, 6-8 de enero de 1988, p. 21.

¹⁷ *Commentaire des Protocoles additionnels, op.cit.*, p. 1132, párr. 3835.

¹⁸ Por ello, en el *Commentaire des Protocoles additionnels* se explica como sigue por qué se ha planteado a pesar de todo, la cuestión: «La idea de que un Estado pueda liberarse, mediante la denuncia, de las obligaciones que el derecho humanitario le impone parece ser incompatible con la naturaleza misma de ese derecho. En vista de las imprecisiones del derecho consuetudinario y de la doctrina sobre las posibilidades de denunciar un tratado sin una cláusula pertinente, se consideró preferible prever un derecho de denuncia ya en los Convenios y, al mismo tiempo, someterlo a ciertas restricciones y recordar que ciertas obligaciones subsisten en todas las circunstancias» (*Ibid.*, p. 1132, párr. 3833-3834).

«Se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización;...».

Ni los Convenios de Ginebra ni los Protocolos adicionales contienen cláusulas relativas a las reservas.¹⁹

Cuando un tratado no menciona la posibilidad de que los Estados partes formulen reservas, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados contiene la disposición siguiente (artículo 19):

«Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él, a menos:

(...)

c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado».²⁰

La clave del problema reside, pues, en la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado.

La ausencia de cláusulas relativas a las reservas no impidió, sin embargo, a los Estados Partes en los Convenios de Ginebra formularlas.

En su estudio sobre la cuestión, el señor Claude Pilloud concluye que unos 21 Estados han formulado verdaderas reservas relativas a un número limitado de disposiciones.²¹

¹⁹ M. Torrelli (*op.cit.*, p. 89) dice: «En el proyecto de Protocolo I del CICR se preveía un procedimiento en el que se especificaban las reservas que podrían hacerse. Esta propuesta no fue aceptada debido, principalmente, a la observación hecha por Polonia de que el procedimiento de reservas ya estaba estipulado en los artículos 19 y 23 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Egipto, por el contrario, deseaba que se prohibiera toda reserva para preservar el equilibrio de los acuerdos logrados, ya que el mecanismo de las reservas puede permitir a cada Estado poner en tela de juicio los progresos realizados, rechazando las soluciones que no son de su agrado».

²⁰ El texto de la Convención concuerda con la posición de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las *Reservas a la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio*, dictamen consultivo del 28 de mayo de 1951.

²¹ Pilloud, Claude, «Las reservas a los Convenios de Ginebra de 1949», separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 3 y 4 de marzo y abril de 1976, p. 46. Las disposiciones en cuestión son el artículo 53 del I Convenio, los artículos 85, 87, 99, 100, 101 del III Convenio y los artículos 44 y 68 del IV Convenio.

No vamos aquí a examinar todas las reservas formuladas a los Convenios de Ginebra. Bastará con ver algunas de ellas a título ilustrativo para hacernos una idea de su compatibilidad con el objeto y el fin de los convenios humanitarios y, de manera general, de la compatibilidad de las reservas con las normas humanitarias de protección.

Podemos comenzar con dos ejemplos de reservas formuladas en el momento de la firma, y que sus autores retiraron al efectuarse la ratificación, sin duda porque eran manifiestamente contrarias al objeto y al fin de los Convenios.

Tal es el caso de la reserva formulada por Portugal con respecto al artículo 3 común a los Convenios (conflictos de carácter no internacional), que reza así: «...*Portugal se reserva el derecho de no aplicar, en todos los territorios sometidos a su soberanía y en cualquier parte del mundo, la materia del artículo 3, en todo cuanto pueda ser contrario a las disposiciones de la ley portuguesa*». ²² Como señala el señor Pilloud, tal reserva «*vaciaría de contenido este artículo, que es una parte importante de un compromiso internacional*». ²³

Otro ejemplo de ese tipo: la reserva hecha por España a los artículos 82 y siguientes del III Convenio (trato debido a los prisioneros de guerra) relativos a las sanciones penales y disciplinarias aplicables a los prisioneros de guerra, y que dice así: «*España dará a los prisioneros de guerra, en materia de garantías de procedimiento, así como de sanciones penales y disciplinarias, un trato equivalente al estipulado por las leyes para las propias fuerzas nacionales*». ²⁴ Como señala el señor Pilloud, «*esta reserva era tanto como vaciar de su sustancia todo el capítulo relativo a las sanciones penales y disciplinarias*». ²⁵

Esos pocos ejemplos de declaraciones, retiradas finalmente por sus autores, dan una idea del tipo de reservas incompatibles con el objeto y el fin de los convenios humanitarios y, por consiguiente, inadmisibles.

Pero, ¿qué ocurre con las reservas que entraron efectivamente en vigor?

También en este caso nos limitaremos a comentar dos ejemplos: el de las reservas formuladas al artículo 85 del Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y el de las formuladas al artí-

²² *Ibid.*, p. 13.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, p. 28.

²⁵ *Ibid.*

culo 68 del Convenio relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra.

El artículo 85 del III Convenio dice lo siguiente: «Los prisioneros de guerra acusados en virtud de la legislación de la Potencia detenedora por actos cometidos antes de haber sido capturados disfrutarán, aunque sean condenados, de los beneficios del presente Convenio».

Algunos Estados, en su mayoría comunistas, expresaron una reserva con un significado similar. La reserva de la URSS, por ejemplo, decía lo siguiente:

«...la reserva (...) significa que los prisioneros de guerra que, según las leyes de la URSS, hayan sido condenados por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad quedarán sometidos al régimen aplicable, en la URSS, a todas las personas que cumplan su condena en aplicación de sentencias de los tribunales. Por lo tanto, esta categoría de personas no se beneficiará de la protección del Convenio una vez que la sentencia se haya hecho aplicable.

*Por lo que respecta a las personas condenadas a privación de libertad, la protección del Convenio no puede ser efectiva de nuevo sino tras la ejecución de la sentencia; entonces, cumplida tal sentencia, esas personas tienen derecho a ser repatriadas en las condiciones estipuladas en el Convenio».*²⁶

Dado que esta reserva no afecta a las garantías judiciales otorgadas a los prisioneros de guerra en el Convenio antes de ser condenados por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, no parece justificado considerarla contraria al objeto y al fin de dicho Convenio.²⁷

Por el contrario, la reserva formulada en 1973 por el Gobierno Revolucionario Provisional de la República de Vietnam del Sur con respecto al mismo artículo ha suscitado objeciones por parte de ciertos Estados por considerarla contraria al objeto y al fin del Convenio.²⁸

²⁶ *Ibid.*, p. 31, Nota del Ministerio de Relaciones Exteriores de la URSS del 26 de mayo de 1955. Los otros Estados que presentaron reservas al respecto son: Albania, República Democrática de Alemania, Bielorrusia, Bulgaria, República Democrática de Corea, Checoslovaquia, República Popular de China, Hungría, Polonia, Rumanía, Ucrania y República Popular de Vietnam (*Ibid.*, p. 28).

²⁷ Según el señor Pilloud (*op.cit.*, p. 35): «...se debe destacar que los Convenios de Ginebra, en particular el III, no se oponen de manera alguna a que los prisioneros de guerra que hayan cometido, antes de ser capturados, crímenes de guerra sean juzgados y, si se les reconoce culpables, condenados por los tribunales de la Potencia detenedora. Todo lo que se solicita en el III Convenio es que el militar enemigo capturado, que sea acusado de crímenes de guerra, se beneficie de cierto número de garantías judiciales».

²⁸ Por ejemplo, el Gobierno estadounidense (*Ibid.*, p. 39) y el Gobierno británico (*Ibid.*, p. 40).

Su texto es el siguiente:

*«El Gobierno Revolucionario Provisional de la República de Vietnam del Sur declara que los prisioneros de guerra juzgados y condenados por crímenes de genocidio o por crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad de conformidad con los principios establecidos por el Tribunal de Nuremberg, no se beneficiarán de las disposiciones del presente Convenio».*²⁹

En el segundo párrafo del artículo 68 del IV Convenio se establece que:

«En las disposiciones de índole penal promulgadas por la Potencia ocupante (...) no se puede prever la pena de muerte con respecto a las personas protegidas más que en los casos en que éstas sean culpables de espionaje, de actos graves de sabotaje contra las instalaciones militares de la Potencia ocupante o de infracciones intencionales que causen la muerte de una o de varias personas, y a condición de que, en la legislación del territorio ocupado, vigente antes del comienzo de la ocupación, se prevea la pena de muerte en tales casos».

Algunos Estados han formulado una reserva a este texto, entre ellos los Estados Unidos de América, que declararon que «se reservan el derecho de aplicar la pena de muerte según las disposiciones del artículo 68, párrafo 2, sin consideración a la cuestión de saber si los delitos que se mencionan son punibles o no con la pena de muerte según la ley del territorio ocupado en la época en que comience la ocupación».³⁰

¿Es una reserva de esta índole contraria al objeto y al fin del Convenio? En la medida en que agrava seriamente la situación de las personas protegidas por el Convenio puede considerarse como incompatible con su objeto, al menos teóricamente. En la práctica, tal y como indica el señor Pilloud, «no hay, al parecer, país que para el tiempo de guerra no tenga una legislación en que se castiguen con la pena de muerte los delitos enumerados en el artículo 68, sobre todo cuando se cometen contra personas o contra bienes militares».³¹

Señalemos, además, que de los nueve Estados que formularon esta reserva, cuatro la retiraron, sea en la fecha de la ratificación (Argentina y Canadá) sea posteriormente (Reino Unido y Australia).³²

²⁹ *Ibid.*, p. 37.

³⁰ *Ibid.*, p. 44. En 1976, esta reserva era válida aún para otros cuatro Estados: República de Corea, Nueva Zelanda, Pakistán y Países Bajos.

³¹ *Ibid.*, p. 45.

³² *Ibid.*, p. 44.

¿Qué conclusión debe sacarse acerca de este punto? Si se tiene en cuenta el hecho de que las reservas relativas al artículo 85 del III Convenio y al artículo 68 del IV Convenio son probablemente las más importantes³³, se comprende el alcance limitado de las reservas formuladas a los instrumentos de Ginebra.

No podemos dejar de interrogarnos, sin embargo, acerca de la compatibilidad de principio entre la técnica de las reservas que salvaguardan la soberanía de los Estados³⁴ y el objeto mismo del derecho de Ginebra, es decir, la protección de las víctimas de los conflictos armados.

Hubiera sido, sin duda, preferible que se prohibiera expresamente toda reserva en los Convenios, pero los Estados son tan celosos de su soberanía que prefieren siempre tener la posibilidad de formular reservas, incluso si saben que no van a hacer uso de esta facultad.

Lo que cabría hacer en el futuro sería intentar convencer a los Estados que han presentado reservas de que renuncien a las mismas.³⁵ La actitud de los Estados Partes en los Protocolos adicionales por lo que atañe a las reservas a éstos será un índice revelador de su eventual evolución al respecto.³⁶

En todo caso, las reservas formuladas hasta ahora a los Convenios de Ginebra no constituyen un obstáculo mayor para la aplicación de los mismos.

3. Las normas que incluyen el asenso o el consentimiento del Estado para su aplicación

Cuando en la formulación de una norma se introduce como condición el asenso o el consentimiento del Estado que se obliga, se reserva necesariamente la soberanía de dicho Estado, dado que su aplicación efectiva depende de la voluntad de este último.

³³ *Ibid.*, p. 47.

³⁴ Véase Torrelli, M., *op.cit.*, p. 88: «Los procedimientos clásicos de defensa de la soberanía en el derecho de los tratados permiten ante todo a los Estados formular reservas».

³⁵ Véase en ese sentido Pilloud, *op.cit.*, p. 47.

³⁶ Para ello, habría que ver el número y el alcance de las reservas formuladas eventualmente a los Protocolos adicionales. En 31 de marzo de 1991, 100 Estados eran Partes en el Protocolo I y 90 en el Protocolo II.

No vamos a hacer aquí una enumeración exhaustiva de todas las normas de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos adicionales que contienen una cláusula de esta índole.

Nos contentaremos con presentar algunos ejemplos para ilustrar de qué manera puede verse obstaculizada la aplicación de esas normas a causa de la reserva de soberanía que implica el requisito del asenso del Estado.

a) El acuerdo de las potencias protectoras, de sus sustitutos y de sus representantes y delegados

La potencia protectora es una «Potencia encargada de salvarguardar los intereses de las partes en conflicto y de los súbditos de ésta que se encuentran en territorio enemigo».³⁷ En el artículo 5, apartado 2, del Protocolo I se prevé que la Potencia protectora designada por una parte en conflicto deberá ser aceptada sin demora por la otra parte.

Los sustitutos de las Potencias protectoras pueden ser sea un Estado neutral sea un organismo que presente todas las garantías de imparcialidad y eficacia o un organismo humanitario, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, al que, en ausencia de una Potencia protectora, las partes en conflicto encomienden asumir las tareas asignadas a dicha Potencia.³⁸ Tanto del contenido como del espíritu de las disposiciones pertinentes, se deduce que los sustitutos de las Potencias protectoras deben ser aceptados por las partes en conflicto.³⁹

Lo mismo ocurre con los delegados de las Potencias protectoras y de sus sustitutos, quienes, para ejercer sus funciones, deben previamente ser sometidos a la aprobación de la Potencia ante la cual habrán de efectuar su misión.⁴⁰

³⁷ Pietro Verri, *Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1988, p. 102.

³⁸ Véase el artículo 10-10-10-11 común de los Convenios y el artículo 5, apartado 4, del Protocolo adicional I.

³⁹ *Ibidem*. En el artículo 5, apartado 4, del Protocolo adicional I se afirma claramente: «...El ejercicio de sus funciones por tal sustituto estará subordinado al consentimiento de las partes en conflicto...». La única excepción parece ser la obligación de las partes en conflicto de aceptar el ofrecimiento que haga el CICR, u otro organismo de la misma naturaleza, de asumir, en ausencia de una Potencia protectora o un sustituto, las tareas humanitarias asignadas a éstos en los Convenios (artículo 10-10-10-11, apartado 3, de los Convenios y artículo 5, apartado 4, del Protocolo I), pero incluso en este caso subsistiría la reserva del consentimiento por lo que atañe al ejercicio de las funciones.

⁴⁰ Véanse, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 8-8-8-9 común de los Convenios

En todos estos ejemplos, lo importante que cabe destacar es que la aplicación de este tipo de normas depende de la voluntad de los Estados Partes y que esa dependencia es conforme a los Convenios. He aquí una reserva de la soberanía de los Estados que puede paralizar los mecanismos de aplicación del derecho internacional humanitario.

b) El acuerdo sobre el arreglo de controversias

Los procedimientos de arreglo de controversias previstos en los Convenios y en el Protocolo I requieren también, para su aplicación, el consentimiento de los Estados interesados.

Así, en el artículo 52-53-132-149, párrafos 1 y 2, de los Convenios se dispone lo siguiente:

«Tras solicitud de una de las partes en conflicto, deberá iniciarse una encuesta, según las modalidades que se determinen entre las partes interesadas, sobre toda alegada violación del Convenio.

Si no se llega a un acuerdo sobre el procedimiento de encuesta, las partes se entenderán para elegir a un árbitro, que decidirá por lo que respecta al procedimiento que haya de seguirse».

Ya se trate de la encuesta o del eventual arbitraje, la ejecución del procedimiento depende, pues, del acuerdo de las partes concernidas. En otras palabras, si una de las partes se opone por una u otra razón, no será posible aplicar inmediatamente el mecanismo de arreglo de controversias.⁴¹

En el Protocolo adicional I, se introduce como innovación la constitución de una Comisión Internacional de Encuesta, pero se reserva, sin embargo, la soberanía de los Estados en el funcionamiento de la misma. Del artículo 90 del Protocolo I se desprende, en particular, lo siguiente:

- que la Comisión sólo será competente con respecto a los Estados partes que hayan suscrito una declaración en ese sentido (apartado 2 a);
- que sólo se constituirá cuando 20 Altas Partes contratantes por lo menos hayan convenido aceptar su competencia (apartado 1 b);

y el artículo 9-9-9-10 común de los Convenios.

⁴¹ Sandoz (*op.cit.*, p. 322) señala al respecto: «Este procedimiento implica, no obstante, un acuerdo al menos sobre el árbitro; ésta es probablemente una de las razones por las cuales no se ha utilizado nunca».

- que en ciertas materias, la Comisión no podrá proceder a una investigación a solicitud de una parte en conflicto sin el consentimiento de la otra o de las otras partes interesadas⁴²;
- que los miembros de la Comisión encargados de examinar un asunto deben ser aceptados por las partes.

Todas estas cláusulas tienden evidentemente a retardar la constitución de la Comisión y a obstaculizar su funcionamiento.

Hay que señalar que, en materia de arreglo de controversias, los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales no han hecho más que atenerse a los mecanismos clásicos regidos por el principio del consensualismo, que implica que los Estados no pueden ser sometidos a una determinada modalidad de arreglo sin su consentimiento previo *ad hoc*.

4. Las normas que reservan la seguridad del Estado y las necesidades militares

Algunas normas de los instrumentos de Ginebra contienen una cláusula de reserva de la seguridad del Estado o de las exigencias militares.

Tales normas —de las que vamos a dar algunos ejemplos nada más— exigen a los Estados Partes de aplicar las disposiciones materiales que contienen por razones de seguridad del Estado o de necesidad militar.

Huelga decir que la finalidad de las mismas es salvaguardar el Estado y, en particular, uno de sus elementos constitutivos, la soberanía.

Se trata de una reserva casi «natural», pero que puede, sin embargo, obstaculizar el respeto del derecho internacional humanitario porque el Estado beneficiario de la derogación evalúa unilateralmente el peligro para la seguridad o las exigencias militares en cuestión.

Puede citarse, entre otros ejemplos, el artículo 8-8-8-9 común de los Convenios, en cuyo párrafo 3 se estipula:

⁴² Sin embargo, en caso de infracción grave en el sentido de los Convenios y del Protocolo I o de una violación grave de esos textos, parece que la Comisión podrá proceder a una investigación, incluso sin el acuerdo de la Parte inculpada (2 c). Véase al respecto, Sandoz, *op.cit.*, p. 322.

«...(Los representantes o delegados de las Potencias protectoras) habrán de tener en cuenta, especialmente, las imperiosas necesidades de seguridad del Estado ante el cual ejercen sus funciones. Sólo imperiosas exigencias militares pueden autorizar, excepcional y provisionalmente, una restricción de su actividad».⁴³

O también el artículo 30, párrafo 2, del IV Convenio:

«Estos diferentes organismos (Potencias protectoras, CICR, Sociedades Nacionales de la Cruz Roja) recibirán de las autoridades, con tal finalidad, todas las facilidades, dentro de los límites trazados por las necesidades militares o de seguridad».⁴⁴

5. Las normas que dejan al Estado un amplio margen de apreciación

Puede hacerse un razonamiento similar a propósito de ciertas normas de los Convenios y de los Protocolos de Ginebra formuladas de tal modo que dejan un amplio margen de apreciación al Estado sobre el alcance de su obligación.

Por ejemplo, en el artículo 8-8-8-9, párrafo 2, de los Convenios se dispone que:

«Las Partes en conflicto facilitarán, en la mayor medida posible, la labor de los representantes o delegados de las Potencias protectoras».⁴⁵

Asimismo, en el último párrafo del artículo 74 del III Convenio se estipula lo siguiente:

«Las Altas Partes contratantes procurarán reducir lo más posible las tasas de los telegramas expedidos por los prisioneros o a ellos dirigidos».⁴⁶

Citemos también el artículo 5, apartado 4, del Protocolo I, cuya formulación es diferente:

⁴³ En los III y IV Convenio no figura, sin embargo, esa última frase.

⁴⁴ En el mismo sentido, véanse también: el artículo 126, párrafo 2, del III Convenio; los artículos 5, 35, párrafo 3, y 74, párrafo 1, del IV Convenio; los artículos 64, párrafo 1, y 71, párrafo 4, del Protocolo I.

⁴⁵ En el mismo sentido, véase, por ejemplo, el artículo 81, apartado 3, del Protocolo I. (El subrayado es nuestro).

⁴⁶ En el mismo sentido, véanse, por ejemplo: el artículo 30, párrafo 3, del IV Convenio y el artículo 81, apartado 4, del Protocolo I. (El subrayado es nuestro).

«... las partes en conflicto pondrán todo su empeño en facilitar la labor del sustituto en el cumplimiento de su misión conforme a los Convenios y al presente Protocolo».⁴⁷

En el artículo 88, apartado 2, del Protocolo I, se indica de la misma manera que «...cuando las circunstancias lo permitan, las Altas Partes contratantes cooperarán en materia de extradición».⁴⁸

Las expresiones «en la mayor medida posible», «lo más posible», «pondrán todo su empeño», «cuando las circunstancias lo permitan», así como otras del mismo género, son tan vagas que cabe preguntarse qué compromiso imponen realmente. Lo que es seguro es que un Estado puede ampararse en esta formulación imprecisa para no aplicar los Convenios y los Protocolos como debería.

Se trata de fórmulas que preservan la soberanía de los Estados y que pueden afectar a la aplicación del derecho humanitario.

6. Normas que reservan ciertas competencias al Estado

De lo que se trata aquí es de saber si los Convenios y los Protocolos humanitarios han reservado ciertas competencias a los Estados en materia de protección de las víctimas de los conflictos armados. Dicho de otro modo: ¿existe un ámbito reservado en materia de derecho internacional humanitario?

Recordemos que, en la teoría del derecho internacional general, el ámbito reservado es «el de las actividades estatales en el que la competencia del Estado no está sujeta al derecho internacional».⁴⁹ Según Nguyen Quoc Dinh y col.: «La noción de ámbito reservado no es más que un “residuo histórico” de la soberanía absoluta de la época monárquica, íntimamente ligada al concepto de soberanía».⁵⁰

Cuando se evoca esta cuestión en el contexto del derecho internacional humanitario, se piensa especialmente en el problema de la represión de las infracciones de ese derecho, considerada generalmente dentro de la jurisdicción nacional, a falta de un tribunal penal internacional apropiado.

⁴⁷ El subrayado es nuestro.

⁴⁸ El subrayado es nuestro.

⁴⁹ Es una definición del Instituto de Derecho Internacional (*Anuario del IDI*, 1954, vol. 45-II, p. 292), citada por Nguyen Quoc Dinh y col., *op.cit.*, p. 397.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 396. La teoría del ámbito reservado está explícitamente consagrada en el artículo 2, apartado 7, de la Carta de las Naciones Unidas.

Vamos a limitarnos a este ejemplo y a ver exactamente de qué se trata, haciendo la distinción según sean infracciones calificadas de graves u otras infracciones.

a) La represión de las infracciones graves

La lista de las infracciones graves figura en el artículo 50-51-130-147 común de los Convenios, completada en los artículos 11, apartado 4, y 85, apartados 3 y 4, del Protocolo I.

Por lo que atañe a la represión de las mismas, en el artículo 49-50-129-146 (párrafos 1 y 2) común de los Convenios, se dispone lo siguiente:

«Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio (...).

Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves (...). Podrá también, si lo prefiere, (...) entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes».

Se desprende de este texto que el principio de la represión en sí no es parte del ámbito reservado de los Estados. La competencia de éstos al respecto está determinada por los términos de los Convenios, ya que deben reprimir a los autores de las infracciones. De lo contrario, y en aplicación del principio *aut dedere aut judicare*, deben proceder a su extradición a un Estado Parte que desee juzgarlos. No hay que olvidar, además, que la determinación de las infracciones es internacional, y no nacional.

Por lo demás, la obligación de reprimir las infracciones graves es absoluta y las Partes no pueden exonerarse de su responsabilidad al respecto.⁵¹

Por el contrario, la determinación de las sanciones aplicables a esas infracciones parece ser competencia exclusiva de los Estados. Esto no es intrascendente, puesto que algunos Estados pueden establecer sanciones menos severas que otros. Ahora bien, la magnitud de la sanción puede desempeñar una función disuasiva importante, tanto en

⁵¹ Véase el artículo 51-52-131-148 común de los Convenios de Ginebra.

el derecho interno como en el derecho internacional, que no cumpliría si la sanción fuera insignificante. Esto reduciría las probabilidades de que se respete ese «núcleo duro» del derecho internacional humanitario.

Hay que reconocer, no obstante, que habría sido difícil lograr una determinación internacional de las sanciones.

Además, incluso en el caso de una determinación nacional de las sanciones por infracciones graves, parece que el principio de cumplimiento de buena fe de los convenios internacionales (artículo 26 de la citada Convención de Viena sobre el derecho de los tratados), impide a los Estados Partes aplicar sanciones demasiado leves a actos considerados por todos como graves. Esto relativiza, en definitiva, la incumbrancia de esta materia a los Estados, así como las consecuencias que puedan resultar en el plano de la aplicación de las normas pertinentes.

b) La represión de otras infracciones

En el citado artículo 49-50-129-146, párrafo 3, común de los Convenios de Ginebra se prevé que:

«Cada Parte contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves (...), los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio...».

Pero, ¿qué significa la expresión «para que cesen»? Según el *Commentaire des Protocoles additionnels*:

*«Esta expresión debe ser interpretada de manera amplia: en sentido propio, significa, por supuesto, poner término a esos comportamientos; en función de su gravedad y de las circunstancias, esos comportamientos pueden y deben dar lugar a sanciones administrativas, disciplinarias o incluso penales, según el principio general de que toda sanción debe ser proporcional a la gravedad de la infracción».*⁵²

Incluso si se interpreta esta expresión de manera amplia, es difícil encontrar en ella el fundamento seguro de una obligación de reprimir en el sentido penal del término. Los Estados podrían argumentar que esta disposición, contrariamente a las precedentes, no los obliga a reprimir más que las infracciones graves a los Convenios y a los Protocolos. En tal caso, habría que concluir que esta materia concierne al ámbito reservado de los Estados y que, por consiguiente, en ciertos

⁵² *Commentaire des Protocoles additionnels, op.cit.*, p. 999, párr. 3402.

Estados las infracciones «ordinarias» no serían sancionadas penalmente⁵³, lo que podría afectar al derecho de Ginebra y a su aplicación.

A *fortiori*, ocurre lo mismo con la determinación de las sanciones aplicables a esas infracciones en los Estados que las sancionan. La obligación de reprimir disciplinariamente puede dimanar, en cambio, de las disposiciones generales relativas a la aplicación del derecho internacional humanitario, particularmente del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra.

7. El principio de la soberanía del Estado y la situación particular de la aplicación del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales

Los conflictos armados no internacionales están regidos por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y por el Protocolo adicional II. Este instrumento se aplica a los conflictos armados «que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, 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». Los conflictos a los que se aplica el Protocolo II tienen un grado de intensidad mayor que los conflictos regidos por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.⁵⁴

En el plano del derecho, la particularidad de esos conflictos con relación a los conflictos armados internacionales reside principalmente en el hecho de que no hay infracciones calificadas de graves ni sistema de Potencias protectoras ni procedimiento de encuesta.⁵⁵

⁵³ Sandoz, (*op.cit.*, p. 320) observa incidentalmente: «Conviene señalar, sin embargo, que el artículo 86, párrafo 2, del Protocolo I no puede *imponer* sanciones cuando éstas sean competencia exclusiva de las partes contratantes, es decir, los casos de infracciones a los Convenios o al Protocolo I que no se consideran graves».

⁵⁴ Véase *Commentaire des Protocoles additionnels, op.cit.*, p. 1374, párr. 4457.

⁵⁵ Sandoz, *op. cit.*, p. 325. El CICR puede, no obstante, ofrecer sus servicios a las partes en conflicto (artículo 3 común a los Convenios), pero éstas pueden no aceptarlos. En la práctica, parece que el CICR despliega en este ámbito una acción igualmente importante a la que realiza en los casos de conflicto armado internacional (*ibid.*).

Como el conflicto no atañe más que a una sola parte contratante, cabe decir que el principio de la soberanía de los Estados «recupera todos sus derechos».

No es de extrañar que en el Protocolo II figure un artículo que, en cierta forma, protege la soberanía de los Estados contra el derecho internacional humanitario. El artículo 3, titulado «No intervención», dice lo siguiente:

- «1. No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo con objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos.
2. No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo como justificación para intervenir, directa o indirectamente, sea cual fuere la razón, en el conflicto armado o en los asuntos internos o externos de la Alta Parte contratante en cuyo territorio tenga lugar ese conflicto».

Como lo señala un autor, «la reafirmación de la soberanía es palmaria».⁵⁶

La única reserva a la soberanía del Estado expresada en esta norma parece ser la mención de que sólo pueden utilizarse «medios legítimos».⁵⁷ Pero, como es el propio Estado el que evalúa la legitimidad de los medios, esta reserva es muy relativa.

Comoquiera que sea, un Estado que se ha adherido al Protocolo debe, no obstante, respetar las normas que éste contiene, conforme al derecho internacional general, como se señala en el *Commentaire des Protocoles additionnels*:

«Cuando un Estado ratifica el Protocolo o se adhiere al mismo, acepta sus términos en el libre ejercicio de su soberanía. La obligación de respetar las normas que éste contiene no puede, por consiguiente, ser considerada posteriormente como una amenaza a su soberanía, dado que el campo de acción del Gobierno está limitado, en este caso, por obligaciones que él mismo contrajo libremente».⁵⁸

⁵⁶ Torrelli, *op.cit.*, p. 94.

⁵⁷ En el *Commentaire des Protocoles additionnels* (*op.cit.*, p. 1387, párr. 4501), se llega a la conclusión de que «no pueden invocarse los imperativos de la seguridad del Estado para justificar las violaciones de las normas del Protocolo». Resta saber lo que hay que entender por «imperativos de seguridad».

⁵⁸ *Ibid.*

En conclusión, lo que acentúa la particularidad del régimen jurídico de los conflictos no internacionales por lo que atañe a la aplicación del derecho humanitario es menos la reafirmación de la soberanía de los Estados, que nadie niega, que la ausencia que implican mecanismos de control del derecho humanitario externos al Estado. En nuestra opinión, el principio de la soberanía constituye, en ese sentido, un obstáculo a la aplicación efectiva de ese derecho.

Sean cuales fueren los diversos obstáculos que el principio de la soberanía de los Estados puede plantear en el camino de la aplicación del derecho internacional humanitario —que estamos lejos de haber agotado⁵⁹—, conviene preguntarse actualmente si ese mismo principio no ha hecho «concesiones» al derecho internacional humanitario y no ha registrado retrocesos, al menos con respecto al derecho internacional clásico.

SEGUNDA PARTE:

LAS «CONCESIONES» AL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS

La cuestión que nos planteamos aquí es la de saber si, habida cuenta de su especificidad y de la imperiosa necesidad de su aplicación, el derecho internacional humanitario no contiene normas o principios propios que, confrontados al principio clásico de la soberanía de los Estados, puedan interpretarse como derogaciones directas o indirectas del mismo.

Nos referimos, en particular, a la aceptación por el Estado de un control externo sobre la aplicación de los Convenios y los Protocolos, a la prohibición de tomar represalias contra las personas y los bienes protegidos, así como a la imposibilidad de que un Estado exonere a otro de su responsabilidad en materia de infracciones graves a los Convenios y a los Protocolos.

⁵⁹ Podrían mencionarse también ciertas normas de derecho internacional general, tales como las de la interpretación y la apreciación unilateral de los Estados que, como consecuencia de su igualdad de soberanía, no siempre facilitan la aplicación del derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario. Véase sobre el tema, Torrelli, *op.cit.*, pp. 89-90.

1. Aceptación por el Estado de un control externo

Hay que comprender, ante todo, que para un Estado una cosa es asumir un compromiso jurídico internacional, y otra muy distinta aceptar un control externo sobre su manera de respetar y aplicar dicho compromiso. Una no implica necesariamente la otra y muchos convenios internacionales no contienen disposiciones acerca de tal aceptación.

Los Estados pueden, pues, contentarse con contraer obligaciones internacionales sin instituir un mecanismo de control, remitiéndose, por lo que atañe a las violaciones de esas obligaciones, al mecanismo tradicional de la responsabilidad internacional, esencialmente reparatorio.

En el marco del derecho internacional humanitario, y dado el contexto en el que éste debe aplicarse, era difícil atenerse a ello.⁶⁰ Es, sin duda, a causa de la especificidad de ese derecho por lo que los Estados que redactaron los Convenios y los Protocolos aceptaron un control externo.

El hecho de que ese control no haya sido puesto en práctica o que, como hemos visto, vaya a veces acompañado de cláusulas de reserva de la soberanía que limitan su alcance, es otra cuestión. Lo que cuenta es que esos Estados, que habrían podido limitarse a un compromiso «material», hayan admitido, al mismo tiempo, la posibilidad de un control por parte de terceros. Esto implica, sin duda, una cierta «concesión» al derecho humanitario.

Evoquemos al respecto, por un lado, el compromiso que los Estados han asumido de hacer respetar los Convenios y los Protocolos y, por otro, el sistema de las Potencias protectoras y sus sustitutos que han establecido.

a) El compromiso de los Estados de «hacer respetar» los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I

El artículo 1 común a los Convenios y el artículo 1, apartado 1, del Protocolo I contienen la cláusula siguiente: «*Las Altas Partes contratantes se comprometen a (...) hacer respetar el presente Convenio (o el presente Protocolo) en toda circunstancia*».

⁶⁰ Otra rama en la que ha resultado generalmente necesario prever mecanismos específicos de garantía es la de los derechos humanos, lo cual no es de extrañar, dada la relación que existe entre las dos disciplinas.

Es una disposición insólita en el derecho de gentes, que ha suscitado interpretaciones divergentes. Como señala Sandoz:

«Algunos han considerado que no hay que ver en esta obligación más que una puntualización de la obligación de respetar el derecho internacional humanitario y que, por consiguiente, no afecta al orden interno. Pero, la opinión dominante fue la de una interpretación más amplia, según la cual las Altas Partes contratantes contrajeron la obligación de hacer respetar los Convenios por los otros Estados. En el «Commentaire des Conventions», publicado bajo la dirección de Jean Pictet, se indica que esta expresión debe interpretarse a la vez como un refuerzo de la obligación en el orden interno (...) y como la indicación de una obligación con respecto a los otros Estados...».⁶¹

El *Commentaire des Protocoles additionnels* confirma esta interpretación.⁶²

Hay que comprender, pues, que esta cláusula implica la obligación de los Estados de hacer respetar por los otros Estados las normas del derecho internacional humanitario. Pero, ¿cuál es el contenido de esta obligación y en qué consiste?

Se admite generalmente que la obligación de hacer respetar el derecho humanitario sólo autoriza a los Estados «a utilizar los medios diplomáticos y a efectuar una denuncia pública de las violaciones. Sería abusivo y probablemente peligroso imponer sanciones de índole no bélica (y por supuesto, *a fortiori*, sanciones bélicas y toda forma de intervención)».⁶³

En la práctica —poco conocida generalmente, dada la discreción que la rodea—, parece que el CICR se ha basado en esta obligación para solicitar a Estados no partes en un conflicto que utilicen su influencia o que ofrezcan su cooperación para garantizar el respeto del derecho humanitario.⁶⁴ Sea cual fuere la eficacia del sistema, el hecho es que, al aceptar que Estados no partes en el conflicto puedan tener

⁶¹ Sandoz, *op.cit.*, pp. 307-308. El autor añade que la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, celebrada en Teherán el año 1968, refrendó esta interpretación. Para un estudio detallado de esta obligación, puede consultarse: Condorelli, Luigi y Boisson de Chazournes, Laurence: «Algunas observaciones a propósito de la obligación de los Estados de «respetar y hacer respetar» el derecho internacional humanitario «en toda circunstancia», *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge, en l'honneur de Jean Pictet*, Ginebra, La Haya; CICR, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 17-35.

⁶² *Commentaire des Protocoles additionnels, op.cit.*, pp. 35-37, párr. 41-46.

⁶³ Sandoz, *op.cit.*, p. 308. Véase en el mismo sentido: *Commentaire des Protocoles additionnels, op.cit.*, pp. 36-37, párr. 43-46.

⁶⁴ *Commentaire des Protocoles additionnels, op.cit.*, p. 36, párr. 43.

una responsabilidad por lo que atañe a la aplicación del DIH, los Estados admitieron una derogación al principio de su soberanía. Por lo general, los Estados no aceptan espontáneamente que otros Estados intervengan, incluso de manera muy moderada, para hacer respetar en su territorio las obligaciones contraídas por ellos.

b) El sistema de control por las Potencias protectoras, sus sustitutos o el CICR

Los Estados Partes en los Convenios de Ginebra y en los Protocolos adicionales han admitido, además, someterse al control de las Potencias protectoras, de sus sustitutos o del CICR.

La Potencia protectora, como hemos visto, es un «Estado encargado por otro Estado (denominado Potencia de origen) de salvaguardar sus intereses y los de sus súbditos ante un tercer Estado (denominado Estado de residencia)». ⁶⁵ En otras palabras, esta Potencia se encargará de ver si el Estado de residencia respeta efectivamente las normas de derecho humanitario con relación a la Potencia de origen y a sus súbditos.

Quienes han estudiado minuciosamente la institución señalan que, en la práctica, el sistema de las Potencias protectoras no ha tenido éxito y que muy rara vez se ha aplicado. Las principales razones de ello son las siguientes:

- «— *el temor de que se interprete la designación de una Potencia protectora como un reconocimiento de la otra parte (en caso de que no se la reconozca);*
- *la voluntad de no admitir la existencia de un conflicto armado o la calificación divergente de un conflicto;*
- *el mantenimiento de relaciones diplomáticas entre beligerantes;*
- *la rapidez de ciertas guerras;*
- *la dificultad de encontrar Estados neutrales aceptables para las dos partes, capaces de asumir esta tarea y dispuestos a hacerlo».* ⁶⁶

En lo concerniente a los sustitutos de las Potencias protectoras, el artículo 10-10-10-11 común de los Convenios presenta una serie de soluciones de sustitución alternativas. La idea rectora es que se nece-

⁶⁵ *Commentaire de la 1^e Convention*, citado por Sandoz, Y., *op.cit.*, p. 309. Véase el artículo 8-8-8-9 común de los Convenios y el artículo 5 del Protocolo I.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 314-315. Según Torrelli, *op.cit.*, p. 102: «El fallo de ese sistema se debe a la necesidad de obtener el consentimiento de todas las partes en conflicto».

sita, en todos los casos, una institución de control de la aplicación del derecho humanitario.⁶⁷ Al igual que ha ocurrido con las Potencias protectoras, el sistema de sus sustitutos sucesivos tampoco ha sido utilizado en la práctica.⁶⁸

Como acabamos de ver, el CICR puede desempeñar el papel de sustituto de una Potencia protectora, pero también puede actuar, fuera de ese sistema, como organismo humanitario imparcial, de conformidad con los artículos 9-9-9-10 y 3 común de los Convenios.

En la práctica, el CICR desempeña un papel considerable, sin tener que precisar a título de qué ofrece sus servicios.⁶⁹

Ya se trate de una Potencia protectora, de un sustituto de ésta o del CICR cuando no actúa como sustituto, es importante destacar que estamos en presencia de un control de la aplicación del derecho humanitario externo al Estado que se somete al mismo.

Ya tuvimos ocasión de señalar⁷⁰ que la norma del consentimiento del Estado podía obstaculizar la puesta en práctica del sistema. Esto no impide, no obstante, que la aceptación de ese control pueda interpretarse también como una «concesión» del principio clásico de la soberanía de los Estados.

2. La prohibición de tomar represalias contra las personas y los bienes protegidos

Las represalias pueden definirse como medidas, ilícitas en sí mismas, tomadas por un Estado tras la comisión de actos ilícitos en su detrimento por otro Estado, cuya finalidad es imponer a este último el respeto del derecho.⁷¹

En derecho internacional general positivo sólo se admiten, bajo ciertas condiciones, las represalias de índole no bélica que entran en la categoría de lo que la Comisión de Derecho Internacional denomina «contramedidas».⁷²

⁶⁷ Véase también el artículo 5, apartado 1, del Protocolo adicional I.

⁶⁸ Sandoz, *op.cit.*, p. 317.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 318.

⁷⁰ Véase *supra*, pp. 124-127.

⁷¹ Véase, en ese sentido, la definición del Instituto de Derecho Internacional, Nguyen Quoc Dinh y col., *op.cit.*, p. 827.

⁷² Para ser legítimas, las «contramedidas» deben: responder a un acto internacionalmente ilícito; estar dirigidas contra el Estado autor de dicho acto; ser proporcionales al acto; aplicarse sólo en caso de necesidad; aplicarse tras una intimación infructuosa; no ser contrarias al *ius cogens* (Nguyen Quoc Dinh y col., *op.cit.*, p. 830).

Por derogación del derecho internacional general, en el derecho internacional humanitario se prohíben incluso las represalias de índole no bélica dirigidas contra las personas y los bienes protegidos.

Así, los Convenios contienen una prohibición general de las represalias⁷³, mientras que el Protocolo adicional I establece una serie de prohibiciones específicas.⁷⁴

En todos los casos, se desprende claramente de los textos que esas prohibiciones son absolutas.⁷⁵

La prohibición de las represalias en el derecho internacional humanitario fue confirmada ulteriormente en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en cuyo artículo 60 se exceptúan de la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* «...las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados» (punto 5).

A priori, no se ve muy bien qué relación pueda tener la cuestión de las represalias con el principio de la soberanía de los Estados. Es cierto que esa relación es indirecta. Esta materia está, efectivamente, en relación más directa con el principio de la reciprocidad en derecho internacional, que es en sí, sin embargo, el corolario del principio de la igualdad soberana de los Estados.

La posibilidad para un Estado de tomar medidas de represalia contra otro Estado (es decir, de pagarle con la misma moneda) es, en última instancia, una manifestación de su igualdad soberana con respecto a ese Estado, y de su estricta soberanía.

El hecho de que los Estados Partes en el derecho convencional de Ginebra hayan renunciado incluso a las represalias de índole no bélica es ciertamente una derogación inusitada del principio de la soberanía de los Estados.

⁷³ Véanse el I Convenio, artículo 46, el II Convenio, artículo 47, y el IV Convenio, artículo 33, párrafo 3.

⁷⁴ Artículos 20; 51, apartado 6; 52, apartado 1; 53, apartado c); 54, apartado 4; 55, apartado 2 y 56, apartado 4.

⁷⁵ *Commentaire des Protocoles additionnels, op.cit.*, p. 241, párr. 812. Torrelli (*op.cit.*, pp. 91-92) consigna, no obstante, la posición adoptada por algunos Estados en el transcurso de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación del derecho humanitario, que revela ciertas dudas acerca del respeto efectivo de esta prohibición. Así por ejemplo, Camerún observó que: «No puede razonablemente pedírsele a un Estado que se cruce de brazos ante violaciones graves y repetidas de los Convenios o de los Protocolos por parte de su adversario».

3. La imposibilidad de exonerar a otro Estado de su responsabilidad

Esta norma figura en el artículo 51-52-131-148 común de los Convenios de Ginebra, completados por el artículo 91 del Protocolo adicional I.

El artículo 51 del I Convenio, por ejemplo, dice así:

«Ninguna Parte contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior».

Las infracciones en cuestión son las infracciones graves a los Convenios y al Protocolo I a las que ya hemos tenido ocasión de referirnos.⁷⁶

La norma que nos interesa aquí no es la de la imposibilidad para un Estado de exonerarse de su propia responsabilidad, sino la de la imposibilidad de exonerar a los otros Estados de su respectiva responsabilidad.

En el *Commentaire des Protocoles additionnels*, se explicita esta norma como sigue:

«El propósito de esta disposición es precisamente evitar que, en un convenio de armisticio o en un tratado de paz, el vencido se vea obligado a renunciar a toda reparación debida a causa de infracciones graves cometidas por personas que estaban al servicio del vencedor (...).

*Cuando se suscribe un tratado de paz, las partes pueden, en principio, solucionar como deseen los problemas relativos a los daños de guerra en general y a la responsabilidad en cuanto al desencadenamiento del conflicto (...). No pueden, por el contrario, renunciar a juzgar a los criminales de guerra ni a las reparaciones a las cuales tienen derecho las víctimas de las violaciones de las normas de los Convenios y del Protocolo».*⁷⁷

Por consiguiente, todo Estado parte cuya responsabilidad está en entredicho en relación con infracciones graves no puede dejar de responder por ello. Esta norma puede interpretarse como la prohibición absoluta para un Estado de renunciar a sus derechos, mientras que el

⁷⁶ Véase el artículo 50-51-130-147 común de los Convenios de Ginebra y los artículos 11, párrafo 4, y 85, párrafos 1 y 3, del Protocolo I.

⁷⁷ *Commentaire des Protocoles additionnels, op.cit.*, pp. 1080-1081, párr. 3649 y 3651.

derecho internacional general no pone normalmente límites a la posibilidad de renunciar a los derechos subjetivos de los Estados.

Si se considera que la posibilidad de renunciar a sus derechos es un derecho soberano del Estado, se comprende que todo menoscabo del mismo, incluso con el consentimiento del Estado en cuestión, es similar a otra concesión del principio de soberanía de los Estados en el derecho humanitario.

Por lo que atañe a la aplicación del derecho internacional humanitario, conviene destacar el alcance disuasivo, en teoría al menos, de la norma de la imposibilidad para un Estado de exonerar a otro. El hecho de saber, efectivamente, que pase lo que pase, será considerado responsable de todas las infracciones graves que le sean imputables, debería normalmente inducir a todo Estado a respetar las normas materiales del derecho humanitario.

CONCLUSIÓN

La conclusión general parece ser que la imperiosa necesidad de aplicar el derecho internacional humanitario debería normalmente limitar el principio de la soberanía de los Estados.

De hecho, ese principio ha hecho algunas «concesiones» que se traducen en normas derogatorias del derecho internacional general, como la obligación de hacer respetar los Convenios y los Protocolos, la aceptación de mecanismos externos de control del respeto de esos textos, la prohibición absoluta de tomar represalias —incluso de índole no bélica— contra las personas y los bienes protegidos o la imposibilidad igualmente absoluta para un Estado de exonerar a otro de las responsabilidades en que haya incurrido a causa de infracciones graves.

No obstante, si analizamos atentamente el derecho internacional humanitario, vemos que contiene en sí mismo algunos mecanismos de defensa de la soberanía de los Estados, que obstaculizan más o menos su aplicación. En primer lugar, la posibilidad otorgada a los Estados de denunciar los Convenios y los Protocolos y la facultad de formular reservas al respecto. En segundo lugar, las normas que requieren el asenso o el consentimiento del Estado, las que salvaguardan la seguridad del Estado y las necesidades militares y las que dejan al Estado un amplio margen de apreciación o le reservan ciertas competencias exclusivas. Puede señalarse, por último, que el principio de la soberanía recupera aún más terreno en la situación particular de la apli-

cación del derecho internacional humanitario en caso de conflicto armado no internacional.

Parece, finalmente, que a pesar de algunas «concesiones» al derecho internacional humanitario, el principio de la soberanía de los Estados plantea aún muchos obstáculos en el camino de su aplicación, algunos de los cuales hemos intentado identificar aquí. Queda pendiente la tarea más ardua, es decir, la de convencer a los Estados de eliminar algunas de esas barreras; pero eso es otra cuestión.

Gérard Niyungeko

Gérard Niyungeko nació en Burundi el año 1954. Es licenciado en derecho por la Universidad de Burundi, licenciado especial en derecho internacional y doctor en derecho por la Universidad Libre de Bruselas, así como diplomado de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Desempeña actualmente las funciones de encargado de curso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burundi, donde enseña especialmente derecho internacional público, derecho de las organizaciones internacionales y derecho constitucional. Al margen de sus tareas académicas, ocupa el cargo de vicepresidente de la Comisión Nacional de Burundi ante la UNESCO y jefe de la sección de «Derechos Humanos y Paz» de dicha Comisión. Es también miembro de la Sociedad Africana de Derecho Internacional y Comparado.