

La Comisión Internacional de Encuesta

ARTÍCULO 90 DEL PROTOCOLO I ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949

por J. Ashley Roach*

I. INTRODUCCIÓN

Los Estados Unidos consideran que muchas de las disposiciones del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949¹ codifican normas de derecho internacional consuetudinario o reflejan lo que ese derecho debería ser.² La visión de los Estados Unidos del artículo 90 relativo a la Comisión Internacional de Encuesta se sitúa en esa perspectiva. En su análisis de los Protocolos, la Junta de jefes de Estado Mayor de EE.UU. (Joint Chiefs of Staff, JCS) expresa el punto de vista del Departamento de Defensa estadounidense sobre el artículo 90 como sigue:

*«Una de las innovaciones del Protocolo es la instauración de una Comisión Internacional de Encuesta, integrada por 15 miembros, para investigar cualquier hecho denunciado como infracción o violación grave de los Protocolos y de los Convenios y «facilitar, mediante sus buenos oficios, el retorno a una actitud de respeto de los Convenios y del (...) Protocolo».*³

* Capitán, Cuerpo de Auditores Generales de la Marina de EE.UU., Oficina del Asesor Jurídico, Departamento de Estado de los EE.UU. Una versión anterior de este artículo fue presentada, el 4 de septiembre de 1990, en la 15ª Mesa Redonda sobre los problemas actuales del derecho internacional humanitario, organizada por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario en San Remo, Italia. Las opiniones aquí expuestas son las del autor y no deben ser consideradas en modo alguno como el punto de vista del Gobierno de los Estados Unidos o de cualquiera de sus Departamentos de Estado.

Véanse notas y referencias en pp. 195-203.

La JCS señala con acierto, en su análisis, que la mayor limitación de la Comisión es:

*«que ésta no puede actuar sin el consentimiento de las partes en conflicto, el cual puede otorgarse de manera general, sobre una base permanente, o ad hoc, para un determinado litigio».*⁴

En 1986, la JCS de EE.UU. opinaba que:

«Dada la persistencia del rechazo soviético a permitir que terceras partes supervisen la aplicación de los Convenios de Ginebra, es sumamente improbable que tanto la URSS como cualquiera de sus aliados o asociados acepten las actividades de la Comisión».

Muchos debieron llevarse una sorpresa cuando, el 29 de septiembre de 1989, junto con su ratificación de ambos Protocolos, la URSS reconoció *ipso facto* la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta, que según los términos del artículo 90 del Protocolo I entrará en funciones cuando 20 Estados partes hayan aceptado su competencia. Las RSS de Bielorrusia y de Ucrania siguieron pronto el ejemplo, con lo cual ascendió a 18 el número total de aceptaciones. El 20 de mayo de 1990, Uruguay -que ya era parte en el Protocolo adicional I- aceptó también la competencia de dicha Comisión. Posteriormente, Canadá pasó a ser el vigésimo Estado que acepta la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta, al depositar, el 20 de noviembre de 1990, su instrumento de ratificación del Protocolo adicional I. Varios Estados, incluida Alemania,** han manifestado su intención de hacer otro tanto en un futuro próximo.

Entre los 99 Estados que, en 31 de enero de 1991, han ratificado el Protocolo I o se han adherido al mismo y que, hasta la fecha, han aceptado la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta, hay algunos con muy pocas posibilidades de llegar a ser adversarios, finalizada ya la guerra fría, como son los Estados neutrales (Austria, Finlandia, Suecia y Suiza) y los aliados menores de la OTAN (Bélgica, Dinamarca, España, Islandia, Italia, Holanda y Noruega), así como Argelia, Liechtenstein, Malta y Nueva Zelanda. No obstante, esas aceptaciones son significativas, puesto que un Estado no necesita ser víctima de una violación para solicitar una investigación, sino simplemente haber aceptado la competencia de la Comisión.⁵ Más adelante examinaremos este punto.

** [N. de la R.] El 14 de febrero de 1991, la República Federal de Alemania ratificó los Protocolos. Es el vigésimo primer Estado que hace la declaración de aceptación de la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta.

El estudio de la JCS sigue diciendo paradójicamente:

«Históricamente, Estados Unidos ha aceptado la jurisdicción de ese tipo de organismo sobre una base permanente (por ejemplo, el dictamen de la Corte Internacional de La Haya, modificado posteriormente en 1984 y concluido en 1986, con relación al minado de los puertos de Nicaragua⁶), y cabe suponer que lo hará una vez más si ratifica el Protocolo».

Por otra parte, tras analizar los mecanismos de aplicación estipulados en el Protocolo I, la JCS llega a una conclusión pesimista:

«Aunque las disposiciones relativas a la aplicación son aceptables, el Protocolo no ha mejorado significativamente el mecanismo internacional para garantizar el cumplimiento del derecho internacional humanitario en los conflictos armados. Por consiguiente, Estados Unidos no logró el principal objetivo que se había propuesto al participar en las negociaciones del Protocolo».⁷

Tras esa introducción decididamente pesimista, abordaré ahora el análisis de los problemas que se plantean con respecto a los procedimientos de investigación. Es un momento oportuno para hacerlo, pues se cuenta hoy con las veinte aceptaciones requeridas⁸ y, de conformidad con el artículo 90, el Gobierno de Suiza deberá tomar las medidas necesarias para constituir la Comisión Internacional de Encuesta.

II. TIPOS DE ORGANISMOS DE ENCUESTA

Para ayudar al lector a comprender el carácter único de la Comisión Internacional de Encuesta, me referiré brevemente a otros organismos similares existentes actualmente en el mundo.

La investigación judicial implica una determinación basada en los hechos expuestos por las partes adversarias. Como ejemplos en el ámbito internacional pueden citarse la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos. La corte no se ocupa de recabar datos, ni tampoco designa, en general, a otros para hacerlo.

En otro tipo de investigaciones hay un organismo investigador que indaga los hechos basándose en denuncias procedentes del exterior de la organización. Como ejemplos pueden citarse las encuestas realizadas por representantes del secretario general de las N.U. acerca de la utilización de gases en el conflicto entre Irak e Irán⁹, las actividades de las Comisiones Europea e Interamericana de Derechos Humanos y las

actividades de organizaciones no gubernamentales, tales como Amnistía Internacional, «Africa Watch», «Asia Watch» y «Americas Watch».¹⁰

Hay una tercera forma de investigación que podría denominarse preventiva. En este caso, una organización investiga una situación (no una denuncia) con miras a prevenir abusos. El CICR realiza a menudo este tipo de actividad¹¹, enmarcada también por los términos de la Convención Europea sobre la Prevención de la Tortura.¹² Este método puede, por supuesto, combinarse con encuestas indagatorias, pero no requiere una denuncia previa.

Por último, algunos funcionarios gubernamentales destacados en el extranjero informan a su respectivo Gobierno acerca de la situación en materia de derechos humanos en su lugar de destino. Así, por ejemplo, el Departamento de Estado de EE.UU. publica anualmente un informe sobre las prácticas en materia de derechos humanos en diferentes países, incluidos aquellos involucrados en conflictos armados.

Como veremos, la Comisión de Encuesta es una combinación única de diversos aspectos de estos tres modelos.

III. CONSTITUCIÓN DE LA COMISIÓN

A. El papel del depositario

Sólo se podrán tomar las medidas iniciales para constituir la Comisión cuando veinte Altas Partes contratantes (Estados) en el Protocolo I, «por lo menos», hayan convenido en aceptar, mediante una declaración, que «reconocen ipso facto y sin acuerdo especial, con relación a cualquier otra Alta Parte contratante que acepte la misma obligación, la competencia de la Comisión».¹³ Es de suponer que no es necesario actuar inmediatamente después de haberse depositado la vigésima declaración; no parece que habría objeción alguna a esperar un tiempo razonable antes de iniciar el proceso, si se considera conveniente.

De conformidad con el apartado 1 b) del artículo 90, corresponde al depositario emprender el proceso de constitución de la Comisión. Consecuentemente, el Consejo Federal suizo¹⁴, designado como depositario en el artículo 93, deberá ahora convocar una reunión de representantes de las Altas Partes contratantes que hayan aceptado la competencia de la Comisión a fin de elegir a los (quince) miembros de la misma. La lectura textual del artículo 90, apartado 1 b), sugiere que sólo esos pocos Estados pueden estar representados en la Comi-

sión. No obstante, «al proceder a la elección, las Altas Partes se asegurarán de que... en su conjunto, la Comisión ofrezca una representación geográfica equitativa» (apart. 1 c). Hasta la fecha, ningún Estado asiático ha hecho tal declaración y, en cuanto a África y a América Latina, sólo lo ha hecho un Estado en cada caso. Por lo tanto, será muy difícil seguir el criterio de la «representación geográfica equitativa» eligiendo a súbditos de los países que han aceptado la competencia de la Comisión de Encuesta. Podría argüirse, por consiguiente, que es necesario esperar hasta que un Estado, por lo menos, de cada grupo regional haya aceptado la competencia de la Comisión antes de convocar la reunión inicial.

Sin embargo, en la XV Mesa Redonda del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, un representante del Gobierno suizo sugirió que podría emprenderse el proceso poco después de haberse depositado la vigésima declaración de aceptación. El representante suizo dijo que los Estados podrían desear un lapso de tres meses para intercambiar información sobre los posibles candidatos, antes de presentar candidaturas formales y que, aproximadamente un mes después, podría celebrarse, en Berna o en Ginebra, la reunión para la designación. De este modo, el Gobierno suizo estaría en condiciones de enviar una lista de 20 candidatos a los 20 Estados en cuestión un mes antes de la reunión.¹⁵ Algunos participantes en la Mesa Redonda opinaron que la previsión de plazos tan perentorios podía ser excesivamente optimista.

B. Calificaciones de los candidatos a miembros de la Comisión

Veamos cuál puede ser la nacionalidad de los miembros. Cada una de las Altas Partes contratantes presentes en la reunión constitutiva convocada por el depositario puede designar a una persona. Las disposiciones del artículo 90 no exigen, sin embargo, que el candidato sea de la misma nacionalidad que el Estado que lo presenta. El requisito de la «representación geográfica equitativa» parece permitir a los Estados trascender sus fronteras para satisfacer ese criterio. De ser así, tal vez el depositario no necesite esperar para convocar la reunión inicial hasta que un Estado, por lo menos, de cada zona geográfica haya aceptado la competencia de la Comisión, si tiene razones para pensar que es posible respetar el criterio de la representación geográfica.

¿Qué otras condiciones se requieren, aparte de la diversidad geográfica, para poder ser elegido miembro de la Comisión? El apartado 1 a) del artículo 90 dice que la Comisión estará integrada por quince miembros de «alta reputación moral» (1) y «reconocida imparcialidad» (2). Ambos criterios son obviamente necesarios para garantizar la credibilidad y la eficacia de la Comisión. Se siguió, en este sentido, el ejemplo de las comisiones de encuesta creadas en virtud de otros acuerdos internacionales, tales como la comisión establecida según el artículo 8 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.¹⁶

¿Qué otros criterios deben observarse? La Comisión tendrá competencia para investigar cualquier hecho denunciado como «infracción grave» o «violación grave» de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo adicional I. Por consiguiente, los miembros de la Comisión deben saber bien qué actos constituyen «infracciones graves» o «violaciones graves». Algunos de ellos, por lo menos, deberían ser juristas internacionales, incluso quizás abogados o jueces, con experiencia en derecho internacional humanitario. Deberían también contar con asesoramiento científico, médico y militar si carecen de conocimientos específicos en esos ámbitos. El representante suizo en la Mesa Redonda dijo que el nombramiento de funcionarios gubernamentales sólo debería considerarse si no hay otros candidatos calificados, puesto que es imperativo que la Comisión lleve a cabo las encuestas en una atmósfera de independencia política.

C. Procedimiento de elección

La finalidad de la reunión de representantes, una vez convocada, se ceñirá estrictamente a la elección de los miembros de la Comisión.

Los 15 miembros deben ser elegidos por votación secreta. No obstante, no se indica qué mayoría se requiere para la elección. La regla aplicable parecería ser la mayoría simple, dado que no se especifica la necesidad de una mayoría absoluta o de la unanimidad. El representante suizo en la Mesa Redonda señaló que de acuerdo con las normas estipuladas en el artículo 30, párrafo 4, del Pacto Internacional de Derechos Humanos para la elección del Comité de Derechos Humanos, se requiere un quórum de dos tercios para proceder a la elección y una mayoría absoluta de los representantes presentes con derecho a voto para elegir a cada miembro de la Comisión. Los Estados tendrán que ponerse de acuerdo sobre el procedimiento que debe seguirse antes de iniciar la elección de los miembros. Debe

preverse también la designación de un representante, entre los presentes, para presidir la reunión. Al convocarse la reunión, se debería tal vez hacer circular entre los Estados un proyecto de dicho procedimiento.

Los miembros electos actuarán a título personal y ejercerán su mandato durante 5 años hasta la elección de nuevos miembros.¹⁷ Para proveer las vacantes, la Comisión elegirá a nuevos miembros de entre los candidatos designados por las Altas Partes que no han sido elegidos con anterioridad, manteniendo siempre el criterio de la «representación geográfica equitativa».¹⁸

IV. ORGANIZACIÓN DE LA COMISIÓN

A. Elección de un presidente *ad hoc*

En el apartado 6 del artículo 90, se estipula que la Comisión «establecerá su propio Reglamento, incluidas las normas relativas a las presidencias de la Comisión y de la Sala». Lógicamente, el presidente deberá elegirse en la primera reunión formal de la Comisión.¹⁹ Es posible que los miembros deseen efectuar consultas informales entre ellos, por teléfono, por fax o personalmente, para ponerse de acuerdo sobre el desarrollo de esa primera reunión. El primer punto del orden del día de ésta debería ser, pues, la elección de un presidente *ad hoc*, cuya única tarea será la de organizar la elección del presidente de la Comisión.

B. Elección del presidente de la Comisión

También en este punto, los miembros de la Comisión pueden desear seguir la práctica de las Naciones Unidas y elegir un presidente de entre ellos mismos. Aunque en el artículo 90 no se especifica ningún criterio particular por lo que respecta al presidente de la Comisión, lo más probable es que tenga que estar disponible en todo momento.²⁰

C. Reglamento de la Comisión

Como hemos mencionado, en el apartado 6 del artículo 90 se estipula que la «Comisión establecerá su propio Reglamento, incluidas las

normas relativas a las presidencias de la Comisión y de la Sala». Estas normas deberán cumplir todos los requisitos estipulados en el artículo 90 y caracterizarse por la imparcialidad y la rectitud de procedimiento requeridas para ser aceptadas por la Comisión. El profesor Tom Franck señala cinco indicadores clave de la imparcialidad y rectitud procesal de dichas normas: 1) elección del sujeto, 2) elección de los encuestadores, 3) cometido, 4) procedimientos de investigación, 5) utilización de los datos.²¹ Aconseja que, para satisfacer esos objetivos, se cumplan las siguientes normas de procedimiento al redactar el Reglamento de las misiones de encuesta:

*«Una misión de investigación no debe comenzar sin tener claramente definido el cometido y el ámbito específico de acción. Dicho cometido debe establecerse de manera neutral en la forma de cuestiones de hecho. En ese contexto, se debe insistir en aplicar los mejores medios disponibles para lograr un enfoque objetivo, libre de pasiones sociopolíticas y de presunciones ... Deben reunirse pruebas a fin de facilitar los interrogatorios y la impugnación y, al mismo tiempo, proteger a los testigos contra eventuales represalias. El equipo investigador debe disponer de su propio personal capaz de buscar información y de fijar objetivos y planes de acción de manera independiente. Debe garantizarse, ab initio, la libertad de movimiento y de acceso a la información de los investigadores. Deben enviarse a las partes informes preliminares de los hechos comprobados para que éstas emitan su opinión. En el informe final, debe consignarse claramente si se llegó a ese resultado por consenso o por mayoría o, si por el contrario, hubo diversidad de opiniones sobre los hechos. Los miembros del organismo investigador deben poder redactar separadamente informes discrepantes».*²²

V. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN

Ya tenemos una idea de cómo se elegirán los miembros de la Comisión y de cómo ésta va a organizarse; veamos ahora qué atribuciones tendrá. La Comisión tendrá competencia para: 1) indagar ciertos hechos y 2) promover el respeto de los Convenios y del Protocolo I. Veamos primeramente cuál es el alcance de una investigación legítima.

A. Infracciones y violaciones graves

Según el apartado 2 c) del artículo 90, la Comisión tendrá competencia para «proceder a una investigación» sobre cualquier «hecho» que haya sido denunciado como infracción grave «tal como se define en los Convenios y en el presente Protocolo» o como cualquier otra violación grave de los Convenios o del Protocolo.

La Comisión tiene, pues, competencia para investigar los hechos, pero no para juzgar. Si se le somete un caso relativo a ciertos hechos supuestamente acaecidos, la Comisión debe tener competencia para procurar determinar si tales hechos tuvieron lugar o no.²³ La Comisión no tiene facultad para emitir un juicio formal acerca de si tales hechos, en caso de comprobarse que ocurrieron, constituyen una infracción o una violación grave.²⁴

La Comisión no tiene facultades para investigar todas las violaciones, como es el caso de las encuestas realizadas de conformidad con el artículo 52-53-132-149 común de los Convenios.²⁵ Es decir, que la Comisión no tiene competencia para indagar hechos denunciados como meras infracciones sin llegar a ser «infracciones graves» o «violaciones graves». Tampoco puede ser objeto de una investigación de la Comisión la violación de otras normas de los conflictos armados no consignadas en los Convenios de Ginebra o en el Protocolo I, sean éstas normas de derecho consuetudinario o de derecho convencional.²⁶

Las infracciones graves están definidas en el artículo 50-51-130-147 común de los Convenios²⁷ y en los artículos 11 (apartado 4) y 85 (apartados 2-4) del Protocolo I.²⁸ Las violaciones graves, en cambio, no están explícitamente definidas ni en los Convenios ni en el Protocolo I. En el *Comentario* del Protocolo I, publicado por el CICR, se indica, con respecto al artículo 89 de dicho Protocolo I (el único otro lugar del mismo, donde se utiliza la expresión «violaciones graves»), que dichos términos se refieren a un «comportamiento contrario a esos instrumentos, que es de naturaleza grave, pero que no figura en la lista de las infracciones graves».²⁹ Según el Comentario, tales violaciones incluyen los siguientes comportamientos:

- actos aislados, no incluidos entre las infracciones graves, pero de naturaleza grave;
- comportamientos no incluidos entre las infracciones graves, pero que son de naturaleza grave debido a la frecuencia con que se presentan a nivel individual, a la repetición sistemática de los mismos o a las circunstancias; y

- violaciones «globales»: por ejemplo, la no aplicación de los Convenios o del Protocolo a determinada situación o territorio, o a toda una categoría de personas o de bienes.³⁰

¿Quién debe juzgar si se ha traspasado ese umbral (para proceder a una investigación)? El artículo 90 no contiene indicaciones al respecto. La Comisión tendrá, por lo tanto, que decidir por sí misma.

B. Buenos oficios

La otra función importante de la Comisión es «facilitar, mediante sus buenos oficios, el retorno a una actitud de respeto de los Convenios y del presente Protocolo».³¹ El término «buenos oficios» supone la comunicación de conclusiones sobre los hechos, comentarios acerca de las posibilidades de un arreglo amistoso y observaciones escritas y orales de los Estados concernidos.³² En el Comentario del CICR, se recomienda que la Comisión «tome simplemente nota» de los hechos para respaldar sus buenos oficios. Se señala, además, el requisito estipulado en el apartado 5 a) del artículo 90 de presentar a las partes interesadas un informe sobre los hechos comprobados y las «recomendaciones que parezcan oportunas», y se aconseja que, en dicho informe, se exponga solamente una «apreciación *prima facie*», sin incluir «elementos de evaluación jurídica», aunque la Comisión ya se haya formado, sin duda, una opinión al respecto.³³

Así pues, tras comprobar ciertos hechos que pueden no llegar a ser infracciones o violaciones graves, la Comisión parece tener perfectamente competencia para proponer los medios que permitan garantizar una mejor protección. A mi juicio, es más probable que las partes tomen en cuenta tales sugerencias.

Un ejemplo de esto podría ser la comprobación de un gran número de víctimas civiles. Esto no significa necesariamente que los civiles hayan sido blanco premeditado de ataques o que las hostilidades se hayan llevado a cabo de manera indiscriminada. Puede, en efecto, no haber evidencia alguna de que se trate de una infracción o una violación grave. Pero la Comisión puede recomendar, si se justifica, que las partes coloquen las localidades no defendidas bajo protección especial. Por supuesto, si la Sala tiene pruebas de una infracción o una violación grave, debe proceder a una investigación independientemente de cualquier recomendación que desee hacer.

Por el contrario, no parece que el presidente de la Comisión tenga competencia para ejercer tal facultad sin mediar una solicitud en ese sentido.³⁴

C. Investigaciones *ad hoc* acerca de infracciones y violaciones graves

La Comisión debe actuar a petición de los Estados que hayan aceptado previamente su competencia. Esto excluye cualquier otro tipo de solicitante, por ejemplo, la población de un territorio ocupado. Como vimos en la introducción, el Estado que solicita una investigación no tiene necesariamente que ser víctima de una violación de los Convenios o del Protocolo I cometida por una parte adversa que también haya aceptado la competencia de la Comisión, basta con que haya reconocido la competencia de la misma.³⁵

La Comisión puede también actuar a petición de un Estado que no haya aceptado su competencia sólo si la parte adversa lo consiente, incluso aunque esta última haya aceptado la competencia de la Comisión.³⁶ Tales peticiones pueden ser hechas por Estados que no hayan ratificado o aceptado el Protocolo I, como es el caso de Estados Unidos.³⁷

VI. LA SALA

El artículo 90 dispone que, cuando se reciba una petición de investigación, ésta la efectúe pronto una Sala integrada por siete personas, cinco de ellas miembros de la Comisión. Es obvio que, por razones de ecuanimidad, ninguna de estas personas puede ser ciudadano de una parte en conflicto.³⁸ Esos cinco miembros serán designados por el presidente de la Comisión conforme a una representación geográfica equitativa, tras consultar con las partes en conflicto.³⁹ Aunque en el Comentario se indica que el presidente de la Comisión no está obligado por la opinión de las partes consultadas, un comentarista independiente afirma que la designación de un miembro que no cuente con la aceptación de las partes obstaculizaría el éxito de la investigación.⁴⁰

Los otros dos miembros, que al igual que los anteriores no pueden ser ciudadanos de ninguna de las partes en conflicto, serán nombrados *ad hoc* por cada una de dichas partes.⁴¹ No necesitan ser miembros de la Comisión; su función es más bien la de «representar» a la parte que los ha designado y «deben contribuir a crear una atmósfera de

confianza en la Sala».⁴² Aunque en el Protocolo I no hay disposiciones al respecto, cabe esperar que esos miembros *ad hoc* posean calificaciones similares a las de los otros miembros de la Sala. Lo contrario iría en detrimento del crédito y de la eficacia de la Sala, pero no sería un impedimento.

El artículo 90 no aborda la cuestión del estatuto internacional de los miembros ni tampoco la de la protección que se les otorgue. No está estipulado el requisito de que tengan un estatuto diplomático, pero sí deberían gozar de cierta protección mientras llevan a cabo la investigación «in loco». No son, evidentemente, simples turistas, pero me pregunto si se trata realmente de funcionarios internacionales. Tal vez sea necesario llegar a un acuerdo modelo acerca de su estatuto cuando lleven a cabo una investigación en territorio extranjero.⁴³

En el artículo 90 se prevé un mecanismo para contrarrestar cualquier intento de un Estado de demorar la constitución de la Sala no designando el miembro *ad hoc* correspondiente. Para ello, se estipula que, si uno o ambos miembros *ad hoc* no hubieren sido nombrados dentro del plazo fijado por el presidente de la Comisión, éste designará inmediatamente, de entre los miembros de la Comisión, a la o las personas necesarias.⁴⁴ No se indica, en cambio, cuál debe ser ese plazo. En el *Comentario* se pone de relieve la importancia del plazo para la designación de los miembros *ad hoc*, mencionado en el apartado 3 b) del artículo 90, como sigue:

*«En tiempo de conflicto armado, el plazo para entrar en funcionamiento el organismo encargado de supervisar el cumplimiento de las normas pertinentes puede ser crucial, no sólo para el destino de las posibles víctimas, sino también por lo que atañe a las medidas de retorsión que puede adoptar la parte que se considera lesionada... Además, cuanto más tiempo se prolongue el problema, más difícil puede ser determinar los hechos con precisión».*⁴⁵

Yo agregaría, en efecto, que es necesario actuar con rapidez para obtener pruebas acerca de elementos que, por su naturaleza, pueden desaparecer (por ejemplo, productos químicos o gases venenosos) o ser eliminados fácilmente.

Así pues, es un acierto del *Comentario* exhortar al presidente de la Comisión a «responder inmediatamente a una petición» y designar a los dos miembros *ad hoc* cuando las partes no lo hagan, «quizás tras una previa consulta final a las partes».⁴⁶ Se podría, tal vez, fijar un plazo en el Reglamento de la Comisión, que debería ser de horas o días, en ningún caso de semanas o meses.

Cabe señalar que la composición de cinco miembros más dos se aplica no sólo a las pesquisas realizadas a petición de partes que hayan aceptado la competencia de la Comisión, sino también a las que se efectúen en virtud de acuerdos especiales.⁴⁷

VII. CONDUCCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Un lectura cuidadosa del artículo 90 revela que la mayor parte de lo antedicho está estipulado en el texto del mismo. Por el contrario, el artículo 90 es mucho menos explícito por lo que respecta a la conducción de la investigación por la Sala.

A. Artículo 90, apartado 4

En el apartado 4 del artículo 90, se abordan tres cuestiones. Primero, se estipula que la Sala «invitará a las partes en conflicto a comparecer y a presentar pruebas». Segundo, se dice que la Sala procurará, además, obtener «las demás pruebas que estime convenientes» y, tercero, que procurará también «efectuar una investigación *in loco* de la situación».⁴⁸ Es decir, que la Sala no excluirá completamente a las partes de su investigación, sino que, por el contrario, deberá darles la oportunidad de presentar pruebas. No obstante, las partes no están obligadas a hacerlo. A su vez, la Sala no está obligada, como lo están generalmente otros organismos de investigación judicial, a tomar en consideración las pruebas presentadas por las partes. La Sala está más bien autorizada a buscar pruebas por sí misma desplazándose al lugar de los hechos, siempre y cuando se lo permitan. Si un Estado no permite entrar en su territorio a los miembros de la Sala con garantías de seguridad, ello irá en perjuicio de su causa.

Dado que la Sala puede también hacer recomendaciones, se ha sugerido que las partes puedan presentar alegatos jurídicos para evaluar las pruebas. Por ejemplo, si

*«un ataque contra las fuerzas del adversario ha afectado también a la población civil, el Estado acusado de haber cometido una infracción grave debería poder alegar que el principio de la proporcionalidad debe ser tomado en cuenta».*⁴⁹

B. Procedimiento que debe seguirse para la investigación

Excepto en relación con un punto, en el artículo 90 no se especifica el procedimiento que debe seguirse para la investigación.⁵⁰ Por lo tanto, la Comisión podrá establecer el procedimiento que deban seguir todas las Salas, o dejar a cada Sala que determine el suyo propio. En mi opinión, la primera solución es preferible, dada la urgencia por comenzar la labor de cada Sala y la necesidad de uniformidad y credibilidad de los resultados de las encuestas. Afortunadamente, la Comisión no tiene que comenzar de cero, sino que puede basarse en los reglamentos adoptados por varios organismos de las N.U. y otros similares.⁵¹ Es obvio que las reglas deben redactarse de manera que faciliten el logro de los objetivos de la Comisión y de las Salas.

VIII. INFORME SOBRE LOS RESULTADOS DE LA ENCUESTA

Una vez terminada la investigación, la Sala debe preparar un «informe acerca de las conclusiones a que haya llegado (...) sobre los hechos». Las conclusiones deben ser «objetivas e imparciales». Si la Sala se viera en la imposibilidad de obtener pruebas suficientes para ello, debe dar a conocer a la Comisión las razones de tal imposibilidad para que ésta, a su vez, las transmita a las partes.⁵² El informe de la Sala debe someterse a la Comisión. Habría que especificar en el Reglamento si debe someterse al presidente o a la Comisión en su conjunto. Personalmente, recomiendo la primera solución.

Se plantea la cuestión de saber si la Comisión debe examinar el informe de la Sala y actuar en consecuencia o si debe ser automáticamente considerado como informe de la Comisión, como es el caso según el artículo 27 del Estatuto Internacional de la Corte de Justicia. De conformidad con el artículo 90, la Comisión debe presentar a las partes el informe acompañado «de las recomendaciones que considere oportunas».⁵³ ¿Puede la Sala redactar o proponer recomendaciones, o es esto una función exclusiva de la Comisión? Espero que el Reglamento prevea la posibilidad de que la Sala, que está familiarizada con los hechos, formule las recomendaciones oportunas.

Para poder formular recomendaciones, los miembros de la Sala y de la Comisión tienen necesariamente que haber evaluado los hechos desde el punto de vista jurídico. Por consiguiente, como señalé antes, es necesario que tengan amplios conocimientos tanto del derecho inter-

nacional humanitario como de los mecanismos de la guerra. En el Reglamento de la Comisión, se debe determinar cómo evaluar el informe de la Sala y cómo llegar a las recomendaciones. Debe establecerse en él que los miembros de la Comisión tengan oportunidad de examinar el informe de la Sala y de proponer recomendaciones, y que quienes estén en desacuerdo con el punto de vista mayoritario puedan hacer constar su opinión disidente. Igualmente, se debe estipular que la opinión de los miembros de la Comisión que no estén de acuerdo con el informe o con las recomendaciones se adjunte a dicho informe. Es evidente que cualquier recomendación de la Comisión debe enmarcarse dentro de los límites de su competencia y estar orientada a remediar la situación, no a agravarla.

Aunque en la Conferencia Diplomática hubo un animado debate acerca de las ventajas e inconvenientes de publicar el informe, el apartado 5 c) del artículo 90 dice claramente que la Comisión *no* hará públicas sus conclusiones, a menos que así lo pidan *todas las partes en conflicto*, no sólo las implicadas en la investigación. Cuando así se solicite, debe darse a conocer no sólo el informe en su conjunto, sino también todos «*los elementos constitutivos*» del mismo.⁵⁴

Una vez que el Reglamento haya sido aprobado por la Comisión, deben enviarse ejemplares a todos los Estados para su consideración. Un Reglamento bien elaborado puede inducir a los Estados que no hayan aún reconocido la competencia de la Comisión a hacer la declaración correspondiente.

IX. GASTOS DE LA COMISIÓN Y DE LAS SALAS

El Gobierno suizo, en su calidad de depositario, proporcionará a la Comisión los servicios administrativos necesarios.⁵⁵ Por otra parte, en el apartado 7 del artículo 90, se dispone que los gastos administrativos de la Comisión sean sufragados 1) mediante contribuciones de las Altas Partes contratantes que hayan reconocido *ipso facto* la competencia de la Comisión y 2) mediante contribuciones voluntarias. Un acreditado comentarista opina que los servicios administrativos que debe proporcionar el depositario son las instalaciones necesarias, los intérpretes y los redactores de actas, pero no los gastos de viaje de los miembros. Señala, además, que tales gastos deben sufragarse de conformidad con el apartado 7.⁵⁶ Otros elementos necesarios son equipos de videgrabación e informáticos.

A diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 90 no contiene disposiciones sobre el anticipo de los fondos iniciales para cubrir los gastos de los miembros de la Comisión.⁵⁷

Tampoco se especifica cómo se distribuirán los gastos entre los Estados que aceptan la competencia de la Comisión. Tal vez pueda seguirse la práctica de las N.U. en materia de financiación de conferencias, es decir, distribuir los gastos según la escala de evaluación del presupuesto ordinario de las Naciones Unidas, pero tomando en cuenta las diferencias entre los miembros de las Naciones Unidas y los Estados que participan en la Comisión. También deberán hacerse modificaciones debido a la participación de Estados no miembros de las Naciones Unidas, como Suiza.

Presumiblemente, la Comisión tendrá que aprobar un presupuesto y métodos de contabilidad apropiados.

En el artículo 90, se estipula que los gastos de la Comisión pueden también sufragarse mediante contribuciones voluntarias, pero éstas no se limitan expresamente a contribuciones de Estados o de Estados partes. La Comisión tendrá que determinar si puede aceptar contribuciones de organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales o del sector privado.⁵⁸

Los gastos de la Sala deben ser cubiertos exclusivamente por las partes que utilizan sus servicios. La parte o las partes en conflicto que pidan que se proceda a una investigación anticiparán los fondos necesarios para cubrir los gastos ocasionados por una Sala y serán reembolsadas, hasta el 50% de tales gastos, por la parte o las partes que hayan sido objeto de denuncias, sean éstas fundadas o no.⁵⁹ El artículo 90 no contiene otras indicaciones con respecto a cómo determinar las cantidades.

Cuando se presenten denuncias recíprocas a la Sala, cada una de las dos partes anticipará el 50% de los fondos necesarios.⁶⁰

X. CONCLUSIÓN

Veinte Estados han aceptado *ipso facto* y sin acuerdo especial la competencia de la Comisión Internacional de Encuesta. El Gobierno suizo, depositario del Protocolo adicional I, está efectuando las primeras gestiones encaminadas a constituir dicha Comisión. Esperamos que el presente artículo sea de utilidad para quienes tienen que tomar las diversas decisiones necesarias para dar forma y marco normativo a la Comisión Internacional de Encuesta. Como ha escrito

el profesor Kalshoven, «es de suponer que las actividades asignadas a la Comisión puedan contribuir considerablemente a acelerar y mejorar el arreglo de controversias originadas por denuncias de violaciones graves de los Convenios o del Protocolo, y a reducir las tensiones motivadas por tales denuncias».⁶¹

J. Ashley Roach

El capitán **J. Ashley Roach** presta servicios en la Oficina del Asesor jurídico del Departamento de Estado de los EE.UU. desde octubre de 1988. Es coautor, con el ya fallecido señor Waldemar A. Solf, del *Index of International Humanitarian Law* (CICR, 1987). Es autor de *Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations* (NWP 9A/FMFM 1-10, 1989) de la Marina estadounidense. Es presidente de la Sociedad Lieber sobre el derecho de la Guerra.

NOTAS

1. *International Legal Materials*, Washington, D.C., noviembre de 1977, vol. 16, pp. 1371 y ss. Sobre la decisión de EE.UU. de no ratificar el Protocolo I, véase «Agora», *American Journal of International Law*, Washington, D.C., vol. 81, pp. 910-925 de octubre de 1987 y vol. 82, pp. 784-787 de octubre de 1988.

2. *Proceedings of the American Society of International Law*, Washington, D.C., 1987, vol. 81, pp. 28-31 (comentarios del señor Matheson, asesor jurídico adjunto del Departamento de Estado de los EE.UU.); «The Sixth Annual American Red Cross — Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols additional to the 1949 Geneva Conventions», *American University Journal of International Law and Policy*, Washington, D.C., 1987, vol. 2, p. 428 (comentarios del señor Matheson, asesor jurídico adjunto del Departamento de Estado de los EE.UU.).

3. El artículo 90 fue redactado a partir de dos propuestas, una hecha por Pakistán y la otra por Dinamarca, Nueva Zelanda, Noruega y Suecia conjuntamente. Ambas propuestas establecían que, cuando una parte en conflicto solicite una encuesta, ésta debe llevarse a cabo y no debe estar sujeta, ni directa ni indirectamente, al veto de la otra parte. Como era de esperar, ya al comienzo de los debates los países comunistas expresaron su preocupación por la «violación de la soberanía nacional» y la «injerencia en los asuntos internos» (H. Levie, *Protection of War Victims*, Dobbs Ferry, Nueva York, Oceana 1977, vol. 4, pp. 390 (párrs. 1-9), 394 (párrs. 35-36), 395 (párrs. 40-43, etc.)). «En consecuencia, en la forma aprobada, el artículo es, una vez más, completamente consensual y no será probablemente más eficaz que lo que ha resultado ser el artículo común de los Convenios de Ginebra de 1949». H. Levie, *The Code of International Armed Conflict*, vol. 2, p. 878.

El artículo 52-53-132-149 común de los Convenios de Ginebra de 1949 prevé que «tras solicitud de una de las partes en conflicto, deberá iniciarse una encuesta» sobre toda presunta violación del Convenio. Aunque en el Comentario de los Convenios se considera esta cláusula como «obligatoria» (Pictet, *Commentary on the Geneva Conventions*, Ginebra, CICR, 1960, vol. III, p. 632), nunca se ha llevado a cabo una encuesta de esta índole, y es extremadamente dudoso que se efectúe alguna vez, dado lo fácil que es para la parte acusada de haber cometido las violaciones impedir que llegue a realizarse. Puede hacerlo, primero, rechazando el procedimiento y, luego, negándose a aceptar el árbitro elegido. El artículo 30 del Convenio de Ginebra de 1929 contenía una formulación idéntica también «obligatoria» («deberá instruirse una encuesta») y no hay registro público de ninguna encuesta realizada según dicho artículo. *Id.*, pp. 878, 874. Véase la nota 25. Véase también T. J. Murphy, «Sanctions and Enforcement of the Humanitarian Law of the Four Geneva Conventions of 1949 and Geneva Protocol I of 1977», *Military Law Review*, Charlottesville, Va., 1984, vol. 103, p. 3.

4. En cierto sentido, el artículo 90 supone un avance con respecto a intentos anteriores. El apartado 3, relativo a la designación de los miembros de la Sala que se encargará de la investigación, está redactado de tal manera que resulte imposible a un Estado acusado de haber cometido una violación que haya depositado una declaración o que haya aceptado la investigación impedir que se constituya la Sala y se lleve a cabo la investigación negándose a designar a un miembro *ad hoc*. Véase el texto correspondiente a las notas 44-46.

5. M. Bothe, K. J. Partsch & W. A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, La Haya, Nijhoff, 1982, párr. 2.12, p. 543.

6. *International Legal Materials*, mayo de 1984, vol. 23, p. 670; *U.S. Department of State Bulletin*, enero de 1986, p. 67; *International Legal Materials*, noviembre de 1985, p. 1742.

7. El análisis de la JCS continúa así:

«Esta conclusión confiere mayor importancia a la previa recomendación de mantener los límites fijados en los artículos 51-56. Si los Estados Unidos no pueden confiar en la supervisión de un organismo neutral para garantizar el cumplimiento del derecho humanitario, la amenaza de las represalias unilaterales conserva toda su importancia como método disuasivo para garantizar, al menos, un nivel mínimo de comportamiento humanitario por parte de los adversarios de EE.UU.»

8. Comunicación al autor del comandante W. Fenrick, Auditoría General de Guerra, Ottawa, 21 de noviembre de 1990.

9. Informes de la misión enviada por el secretario general para investigar las denuncias del uso de armas químicas en el conflicto entre la República Islámica de Irán y la República de Irak, NU Docs. S/16433 (1984); S/17127 y Add. 1 (1985); S/17911 y Corr. 1 y Add. 1 y 2 (1986); S/18852 y Add. 1 (1987); S/19823 y Corr. 1 y Add. 1, 25 de abril de 1988; S/20060, 20 de julio de 1988, y S/20063, 25 de julio de 1988. Estos informes dieron lugar a la Resolución 612 del Consejo de Seguridad del 9 de mayo de 1988, que contiene una rotunda condena del uso de armas químicas, sin asignar, no obstante, la responsabilidad a una de las partes. *U.S. Department of State Bulletin*, julio de 1988, p. 69. Se han presentado informes similares sobre el trato dado a los prisioneros de guerra: Prisioneros de guerra en Irak y en Irán: informe de una misión enviada por el secretario general, enero de 1985, Doc. de NU S/16962*, 22 de febrero de 1985, y el informe de la misión enviada por el secretario general relativo a la situación de los prisioneros de guerra en la República Islámica de Irán y en la República de Irak, Doc. de NU S/20417, 24 de agosto de 1988.

10. Véase, p. ej., el Informe del Consejo Independiente sobre Derechos Humanos Internacionales relativo a la situación en materia de derechos humanos en Afganistán, adjunto al Doc. de NU A/C.3/42/8, del 17 de noviembre de 1987.

11. El CICR ha publicado directrices para sus actividades en caso de infracciones del derecho («Gestiones del Comité Internacional de la Cruz Roja en caso de violaciones contra el derecho internacional humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR)*, nº 44, marzo-abril de 1981, pp. 79-86):

1. Acciones del CICR emprendidas por propia iniciativa

Norma general: el CICR emprenderá las oportunas acciones para que cesen las violaciones contra el derecho internacional humanitario o para que no se cometan tales violaciones. Estas acciones se realizarán a diferentes niveles, según sea la gravedad de las violaciones.

No obstante, dichas acciones están sujetas a las siguientes condiciones:

Carácter confidencial: en principio, estas acciones serán confidenciales.

Acciones públicas: el CICR se reserva el derecho de tomar posición públicamente en caso de violaciones contra el derecho internacional humanitario, si se reúnen las condiciones siguientes:

- tales violaciones son graves y repetidas;
- las gestiones realizadas confidencialmente no han logrado que cesen las violaciones;
- tal publicidad beneficia a las personas o poblaciones afectadas o amenazadas;
- los delegados han sido testigos directos de esas violaciones, o la existencia y la amplitud de esas violaciones se conocen por medio de fuentes seguras y comprobadas.

El CICR hizo gestiones públicas con respecto a la guerra entre Irak e Irán. Véase al respecto la *RICR*, nº 58, julio-agosto de 1983, pp. 232-235 (comunicado de prensa del 11 de mayo de 1983 relativo al llamamiento del 7 de mayo de 1983 a los Estados Partes en los Convenios de Ginebra); *id.* nº 62, marzo-abril de 1984, pp. 121-123 (comunicado de prensa del 15 de febrero de 1984 relativo al llamamiento a los Gobiernos del 10 de febrero de 1984); *id.* nº 66, noviembre-diciembre de 1984, pp. 381-383 (comunicado de prensa relativo al llamamiento a los Gobiernos del 24 de noviembre de 1984). El CICR publicó un comunicado de prensa sobre el uso abusivo del emblema de la cruz roja en Líbano, *id.*, nº 71, septiembre-octubre de 1985, pp. 326-327; y un comunicado de prensa sobre el conflicto de Afganistán de fecha 20 de mayo de 1984, *id.*, nº 64, julio-agosto de 1984, pp. 250-252.

Las directrices continúan con la:

Norma particular: el CICR no se pronuncia, en principio, sobre el empleo de ciertas armas o de ciertos métodos de combate. No excluye, sin embargo, emprender acciones y, si es necesario, hacer oír su voz cuando considere que el hecho de emplear un arma o un método de guerra o de amenazar utilizarlos, confiere a la situación gravedad excepcional.

Ese tipo de situaciones se plantearon durante la guerra entre Irak e Irán. Véase el *Informe de Actividad* del CICR de 1984, pp. 60-61 (informe sobre el uso de armas prohibidas, del 7 de marzo de 1984, y el comunicado de prensa sobre el bombardeo de ciudades irakíes e iraníes, del 7 de junio de 1984); *RICR*, nº 80, marzo-abril de 1987, p. 226 (llamamiento del 11 de febrero de 1987 sobre el bombardeo de ciudades); *Boletín* del CICR nº 147, abril de 1988, p. 4 (comunicación a la prensa del 10 de marzo de 1988, en la que se protesta por el bombardeo de ciudades, y comunicación a la prensa del 23 de marzo de 1988, condenando el uso de armas químicas en la provincia de Sulaymaniyah).

Las directrices continúan:

2. Recibo y transmisión de protestas

Base jurídica: De conformidad con el artículo VI, apartado 4, de los Estatutos de la Cruz Roja Internacional, el CICR puede recibir «todas las quejas a propósito de las violaciones alegadas contra los Convenios humanitarios».

Quejas presentadas por una de las partes en conflicto o por una Sociedad Nacional de una de las partes en conflicto: el CICR no transmite a una de las partes en conflicto (o a su Sociedad Nacional de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja) las quejas procedentes de otra de las partes en conflicto (o de la respectiva Sociedad Nacional) salvo que no haya otra vía y que se requiera, por lo tanto, un intermediario neutral.

Protestas de terceros: no se transmitirán las quejas procedentes de terceros (Gobiernos, Sociedades Nacionales, organizaciones gubernamentales o no gubernamentales, particulares).

Si el objeto de la queja ya ha motivado una acción del CICR, éste informará al denunciante en la medida de lo posible. Si no ha emprendido ninguna acción, el CICR podrá tener en cuenta el objeto de esa protesta en sus acciones ulteriores a condición de que sus delegados hayan comprobado la violación o que ésta sea de notoriedad pública y siempre que su intervención beneficie a las víctimas.

Se podrá sugerir a los autores de tales quejas que se dirijan directamente a las Partes en conflicto.

Publicidad de las protestas recibidas: en general, el CICR no da a publicidad las protestas que recibe. Podrá confirmar públicamente el recibo de una protesta si la misma se refiere a acontecimientos de notoriedad pública, y si juzga útil recordar su doctrina al respecto.

3. Solicitudes de investigación

El CICR no puede participar en una investigación más que en virtud de un encargo que se le haya conferido con anterioridad de conformidad con un Convenio o con un acuerdo especial de todas las partes interesadas. No obstante, no se constituye nunca él mismo en comisión investigadora. Se limita a elegir, fuera del CICR, a las personas competentes para formar parte de tal comisión.

Por lo demás, el CICR sólo colaborará en una investigación si el procedimiento ofrece todas las garantías de imparcialidad y si se facilitan a las partes los medios de hacer valer su tesis. Ha de recibir también la garantía de que no se efectuará sin su consentimiento comunicación pública alguna respecto a la solicitud de investigación o a la investigación misma.

En principio, el CICR sólo participará en una comisión investigadora, y en las condiciones indicadas anteriormente, si el objeto de esa investigación es una infracción contra los Convenios de Ginebra o contra los Protocolos adicionales. De ninguna manera participará si, haciéndolo dificultar o imposibilitar sus actividades tradicionales en favor de las víctimas de los conflictos armados o si compromete su reputación de imparcialidad y de neutralidad.

4. Solicitudes para comprobar violaciones

Si se invita a que el CICR compruebe una violación contra el derecho internacional humanitario, aceptará únicamente si considera que la presencia de sus delegados en el lugar facilitará el cumplimiento de sus tareas humanitarias, especialmente si hay que evaluar las necesidades de las víctimas para poder asistirles. Además, no aceptará enviar una delegación al lugar más que si recibe la garantía de que su presencia no será explotada políticamente».

Estas directrices no se refieren a las violaciones del derecho internacional o de los principios humanitarios en detrimento de detenidos a los que el CICR visita como parte de las actividades inherentes a su cometido en las situaciones de disturbios o tensiones interiores. Dado que este tipo de actividad se basa en acuerdos *ad hoc* con los Gobiernos, el CICR sigue, en esos casos, directrices especiales.

Véase también «Actividades de protección y de asistencia del CICR en las situaciones que no abarca el derecho internacional humanitario», *RICR*, nº 85, enero-febrero de 1988, pp. 9-37.

12. Convención Europea sobre la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes, Estrasburgo, 26 de noviembre de 1987, *International Legal Materials*, septiembre de 1988, vol. 27, pp. 1152 y ss., vigente desde el 1 de febrero de 1989.

13. Artículo 90, apartados 1 b) y 2 a).

14. Nótese que, en el Protocolo I, se omite acertadamente especificar el papel del CICR en la constitución o el funcionamiento de la Comisión Internacional de Encuesta. El CICR puede, por supuesto, presentar pruebas a la Sala, pero éstas deben ser dadas a conocer a las partes interesadas como cualquier otra prueba (artículo 90, apartado 4 b). Si el CICR tomara parte en el proceso de investigación, no podría cumplir su cometido habitual. Véase al respecto la nota 11. Los Gobiernos no permitirían el acceso del CICR a los campos de prisioneros de guerra, por ejemplo, si el CICR estuviera al mismo tiempo efectuando una investigación y si, posteriormente, sus delegados presentarían pruebas ante la Sala sin el consentimiento del Gobierno en cuestión.

15. Este procedimiento sigue el modelo establecido en el artículo 30 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 999 U.N.T.S. 171, para la elección de los miembros del Comité de Derechos Humanos.

16. 21 de diciembre de 1965, vigente desde el 4 de enero de 1969, 660 U.N.T.S. 195, U.S. Sen. Ex., 95^o Cong. 2^a Ses., *International Legal Materials*, marzo de 1966, vol. 5, pp. 352 y ss.

17. Artículo 90, apartado 1 b) y c).

18. Artículo 90, apartado 1 e).

19. Un comentarista sugiere que el presidente de la Comisión sea designado en la reunión de los Estados Partes. M. Bothe, K. J. Partsch 7 W. A. Solf, *op. cit.*, párr. 2.23, p. 546. Propone asimismo que «mientras no se haya fijado el Reglamento de la Comisión, el representante del depositario ejerza de presidente».

20. Véase M. Bothe, K. J. Partsch y W. A. Solf, *op. cit.*, párr. 2.23, p. 546. En el apartado 6 del artículo 90, se estipula que el Reglamento de la Comisión «garantizará que las funciones de Presidente de la Comisión sean ejercidas en todo momento y que, en caso de investigación, se ejerzan por persona que no sea nacional de las Partes en conflicto». Por consiguiente, el Reglamento tendrá que prever la designación de un presidente *pro tempore* cuando el presidente electo no pueda ejercer sus funciones según esos términos.

21. T. M. Franck y H. S. Fairley, «Procedural Due Process in Human Rights Fact-Finding by International Agencies», *American Journal of International Law*, abril de 1980, pp. 308, 311.

22. *Id.*, pp. 344-345.

23. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, (dir.: Y. Sandoz, Ch. Swinarski y B. Zimmermann), Ginebra, CICR 1987, párr. 3620, p. 1045 (en adelante, *Comentario*).

24. M. Bothe, K. J., Partsch y W. A. Solf, *op. cit.*, párr. 2.15, p. 544.

25. Este artículo común dispone que:

«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.

Una vez comprobada la violación, las Partes en conflicto harán que cese y la reprimirán lo más rápidamente posible».

El apartado e) del artículo 90 extiende el procedimiento de encuesta a cualquier violación del Protocolo I. Desafortunadamente, dicho procedimiento no puede aplicarse cuando una de las partes no desea que la encuesta se lleve a cabo. No es sorprendente, pues, que hasta la fecha no se haya efectuado ninguna encuesta según este procedimiento. Este problema indujo a buscar un mecanismo de encuesta más coercitivo. Véase nota 3, y *Comentario* del CICR, párr. 3628-3629, p. 1047; M. Bothe, K. J. Partsch y W. A. Solf, *op. cit.*, párr. 2.16, p. 544; J. Pictet, *Commentaire des Conventions de Genève*, Ginebra, CICR, 1952, vol. I, pp. 420-427; H. Levie, *The Code of International Armed Conflict*, vol. 2, pp. 878-879.

26. M. Bothe, K. J. Partsch y W. A. Solf, *op. cit.*, párr. 2.14, p. 544. Entre éstas habría que incluir las violaciones de muchas de las normas del derecho de la guerra marítima.

27. Mientras que cualquier violación del derecho de los conflictos armados es un crimen de guerra, algunas se califican de «infracciones graves» según el artículo 50-51-130-147, cuando se cometen contra personas o bienes protegidos por los Convenios. Se incluyen en esta categoría:

(i) *el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos con relación a personas protegidas;*

(ii) *el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud de personas protegidas;*

(iii) *la toma de rehenes y la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente.*

(iv) *la deportación o el traslado ilegal o la detención ilegal de personas protegidas;*

(v) *el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga; y*

(vi) *el hecho de privar a un prisionero de guerra u otra persona protegida de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones de los Convenios de Ginebra.*

28. En los artículos 11, apartado 4, y 85, apartados 2 a 4, del Protocolo I, se codifican con mayor detalle dos categorías diferentes de infracciones graves. La primera categoría se refiere a actividades relacionadas con el combate y a experimentos médicos; por primera vez, se proporciona aquí un criterio significativo para juzgar tales actos. Para clasificar una infracción dentro de esta categoría, se requiere (1) que los actos sean «intencionales» y (2) que «causen la muerte o atenten gravemente contra la integridad física o la salud» (artículo 85, apartado 3).

En el Protocolo, se califican como infracciones graves los actos siguientes:

(i) *hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles;*

(ii) *lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) (iii);*

(iii) *lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) (iii);*

(iv) *hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas;*

(v) *hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate;*

(vi) *hacer uso pérfido, en violación del artículo 37, del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores reconocidos por los Convenios o el presente Protocolo;*

(vii) *las mutilaciones físicas;*

(viii) los experimentos médicos o científicos; y

(ix) las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes, salvo si estos actos están justificados en razón del estado de salud de la persona o si están de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas o con las condiciones previstas en los Convenios.

(1) Sólo podrán exceptuarse de la aplicación de la prohibición prevista en el apartado (ix) las donaciones de sangre para transfusiones o de piel para injertos, a condición de que se hagan voluntariamente y sin coacción o presión alguna, y únicamente para fines terapéuticos, en condiciones que correspondan a las normas médicas generalmente reconocidas y a los controles realizados en beneficio tanto del donante como del receptor.

(2) Constituirá infracción grave del presente Protocolo toda acción u omisión deliberada que ponga gravemente en peligro la salud o la integridad física o mental de toda persona en poder de una Parte distinta de aquella de la que depende, sea que viole cualquiera de las prohibiciones señaladas más arriba o que no cumpla las exigencias prescritas en el párrafo anterior.

La segunda categoría de infracciones graves están definidas en el artículo 85, apartado 4, del Protocolo I. La condición para que sean consideradas como tales es que se cometan «intencionalmente»:

(i) el traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio, en violación del artículo 49 del IV Convenio;

(ii) la demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles;

(iii) las prácticas del apartheid y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal;

(iv) el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección especial en virtud de acuerdos especiales celebrados, por ejemplo, dentro del marco de una organización internacional competente, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando no haya pruebas de violación por la Parte adversa del apartado b) del artículo 53 y cuando tales monumentos históricos, lugares de culto u obras de arte no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares;

(v) el hecho de privar a una persona protegida por los Convenios o aludida en el párrafo 2 del presente artículo de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente.

Véase también H. Levie, *The Code of International Armed Conflict*, vol. 2, pp. 857-871, y H. S. Burgos, «La toma de rehenes en el derecho internacional humanitario», *RICR*, nº 93, mayo-junio de 1989, p. 210.

29. Comentario del CICR, párr. 3591, p. 1033.

30. Comentario del CICR, párr. 3592, p. 1033. Cabe señalar que no hay ninguna indicación explícita del significado de este término en el artículo 89. Reemplaza la expresión «infracciones graves» en un artículo destinado a circunscribir las represalias por infracciones graves, pero que no fue aprobado en la comisión. Véase H. Levie, *Protection of War Victims*, vol. 4, pp. 333-371. Véase también Comentario del CICR, párr. 3621, p. 1045, nota 34.

31. Artículo 90, apartado 2 c) ii)

32. Comentario del CICR, párr. 3625, p. 1046.

33. Comentario del CICR, párr. 3624, p. 1046.

34. Comentario del CICR, párr. 3624, p. 1046.

35. M. Bothe, K. J. Partsch y W. A. Solf, párr. 2.12, p. 543.
36. M. Bothe, K. J. Partsch y W. A. Solf, párr. 2.13, pp. 543-544.
37. *Comentario* del CICR, párr. 3626, pp. 1046-1047. La petición de tal encuesta parece ser una acción apropiada si se considera el deber de todos los Estados, según el artículo 1 común, de garantizar el respeto de los Convenios «en todas las circunstancias».
38. Artículo 90, apartado 3 a)i)
39. *Ibid.*
40. *Comentario* del CICR, párr. 3631, p. 1048 y nota 41 (Philippe Bretton).
41. Artículo 90, apartado 3 a)ii).
42. *Comentario* del CICR, párr. 3632, p. 1048; M. Bothe, K. J. Partsch y W. A. Solf, párr. 2.18, p. 545.
43. Por el contrario, los miembros del Comité de Derechos Humanos y de la Comisión Especial de Conciliación, establecidos de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tienen derecho, según el artículo 43 del mismo, a «las facilidades, los privilegios y las inmunidades que se conceden a los expertos que desempeñan misiones para las Naciones Unidas», tal como se estipula en las secciones pertinentes de la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, Nueva York, 13 de febrero de 1946, 21 U.S.T. 1418, T.I.A.S. n^o 6900, 1 U.N.T.S. 16.
44. Artículo 90, apartado 3 b).
45. *Comentario* del CICR, párr. 3633, pp. 1048-1049.
46. *Ibid.*
47. M. Bothe, K. J. Partsch y W. A. Solf, párr. 2.17, p. 545.
48. Debe suponerse que un acuerdo especial puede excluir el derecho a realizar investigaciones *in loco*. M. Bothe, K. J. Partsch y W. A. Solf, párr. 2.19, p. 545.
49. M. Bothe, K. J. Partsch y W. A. Solf, párr. 2.19, p. 545.
50. En realidad, en el apartado 6 del artículo 90, se prevé que la Comisión establezca su propio Reglamento, incluidas las normas relativas a las presidencias de la Comisión y de la Sala. Se debe garantizar, además, que las funciones de presidente de la Sala sean ejercidas por una persona que no sea ciudadano de una de las partes en conflicto, ni tampoco de una de las partes implicadas en la encuesta.
51. P. ej., Modelo de reglamento para los órganos competentes de las Naciones Unidas en materia de violaciones de los derechos humanos (Doc. de NU E/CN.4/1134, 1 de febrero de 1974), proyecto de reglamento sugerido por el secretario general de las Naciones Unidas para los órganos de las Naciones Unidas encargados de estudiar situaciones particulares denunciadas como reveladoras de una práctica persistente de violación de los derechos humanos (Doc. de NU E/CN.4/1021/Rev.1), Modelo de reglamento para los órganos de las Naciones Unidas competentes en materia de violación de los derechos humanos (ECOSOC res. 1870 (LVI) y las Reglas mínimas para las misiones internacionales de encuesta (*American Journal of International Law*, enero de 1981, vol. 75, pp. 163-165, adoptadas en la 59^a Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, Belgrado, 23 de agosto de 1980). Todos estos textos figuran como anexos de *International Law and Fact-Finding in the Field of Human Rights* (La Haya/Boston, Nijhoff, Kluwer, B. G. Ramcharan ed., 1982). Puede verse otro conjunto detallado de reglamentos en Franck y Fairley, *supra* nota 21. Véase también D. Wissbrodt y J. McCarthy, «Fact-Finding by International Nongovernmental Human Rights Organizations», *Virginia Journal of International Law*, 1981, vol. 22, p. 1.

52. Artículo 90, apartado 5 a) y b).
53. Artículo 90, apartado 5 a).
54. *Comentario del CICR*, párr. 3638, p. 1051.
55. Artículo 90, apartado 1 f).
56. M. Bothe, K. J. Partsch y W. A. Solf, párr. 2.11, p. 543.
57. En el artículo 42 (10) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 999 U.N.T.S. 171, U.S. Sen. Ex. C, 95º Cong., 2ª ses., se prevé que el secretario general de las Naciones Unidas puede anticipar los gastos de la Comisión Especial de Conciliación.
58. Un comentarador menciona sólo las contribuciones voluntarias de los Estados Partes. M. Bothe, K. J. Partsch y W. A. Solf, párr. 2.24, p. 546. El *Comentario del CICR* y las propuestas originales omiten ese punto. *Comentario del CICR*, párr. 3641, pp. 1051-1052.
59. Bothe, Partsch y Solf critican esta solución por considerarla «altamente contra-productiva», porque puede «impedir que un Estado Parte solicite la intervención de la Comisión». *Id.*, párr. 2.25, p. 546.
60. Artículo 90, párr. 7.
61. F. Kalshoven, *Constraints on the Waging of War*, CICR, 1987, p. 131.
-