

La Comisión Internacional de Encuesta

EL PAPEL DEL CICR

por **Françoise Krill**

I. INTRODUCCIÓN

Para ser respetado, el derecho internacional humanitario (DIH) necesita mecanismos de aplicación. La mayoría de ellos son conocidos y han demostrado su validez, ya se trate de medios preventivos, de control o de represión.¹ Sin embargo, tienen sus límites y, en este sentido, la Comisión Internacional de Encuesta prevista en el artículo 90 del Protocolo I remedia una deficiencia.

Es cierto que existe, en el Convenio de Ginebra de 1929, reproducido en los de 1949, el mecanismo de encuesta, sobre el que volveremos más adelante. Bastará destacar que el artículo común a los cuatro Convenios, redactado en términos someros, puede paralizarse siempre a nivel de procedimiento² y que sólo está previsto para casos particulares. El artículo 90 realiza, en este ámbito, un notorio progreso. La institucionalización de la investigación tiene la ventaja de no subordinar su inicio al acuerdo de las partes. La aceptación de la competencia se produce, en principio, en tiempo de paz, antes de que surja la necesidad de proceder a una investigación. Por otro lado, la permanencia de la Comisión tiene un efecto disuasivo no desdeñable sobre las partes en conflicto que puedan tener la tentación de cometer violaciones contra el DIH.³

¹ Sandoz, Yves: «Mise en oeuvre du droit international», en *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, UNESCO y Pedone, París, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1986, pp. 299-326.

² *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, red. Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra, 1986 (en adelante, *Commentaire des Protocoles*), ad artículo 90, p. 1072, párrafo 3629.

³ *Actas de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del*

Examinaremos a continuación, en primer lugar, el origen de la Comisión, extendiéndonos acerca del mecanismo de investigación previsto en los Convenios de Ginebra⁴, que enlazaremos luego con el tema del funcionamiento de la Comisión. La segunda parte estará dedicada al papel del CICR en materia de encuesta en general y, después, en el marco del artículo 90 del Protocolo I, poniendo de relieve nuestras relaciones con la futura Comisión.

II. LA COMISIÓN DE ENCUESTA

1. Génesis de la Comisión

A. La encuesta en el Convenio de Ginebra de 1929

La Comisión es un medio importante y nuevo para la aplicación del DIH. Sin embargo, como hemos visto, la idea de la encuesta no es nueva. En el Convenio de 1929 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña se preveía un mecanismo similar. He aquí el texto del artículo 30:

«A petición de un beligerante, deber abrirse una investigación, según la forma que ha de fijarse entre las partes interesadas, a propósito de toda violación del Convenio que se alegue; una vez comprobada la violación, los beligerantes le pondrán término y la reprimirán lo más pronto posible».

B. La encuesta en los Convenios de Ginebra de 1949

En aquel entonces, esta disposición constituía un significativo progreso, porque nada se había previsto en los Convenios anteriores. No obstante, ya en 1934, en la XV Conferencia Internacional de la Cruz Roja, se señaló que el artículo en cuestión sería difícil de aplicar,

derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, Ginebra (1974-1977), Departamento Político Federal, Berna, 1978 (en adelante, *Actas de la CDDH*), IX, p. 202, párrafo 4, y p. 203, párrafo 8, CDDH/I/SR56.

⁴ Renunciamos a abordar, en el presente estudio, la historia del procedimiento de encuesta en el derecho internacional, limitándonos a tratar el tema de la encuesta en los Convenios de Ginebra. Sin embargo, conviene recordar brevemente que los Estados han manifestado, desde hace casi cien años, un interés por el procedimiento de encuesta, comenzando por la aprobación del título III del Convenio de La Haya de 1899, seguida de una práctica bastante rica y de muchos tratados (cf. Bensalah, Tabrizi: *L'enquête internationale dans le règlement des conflits*, Bibliothèque de droit international, bajo la dirección de Charles Rousseau, tomo LXXIX, París, 1976).

ya que presuponía un acuerdo entre las partes en conflicto, y que convendría proveerlo de un procedimiento casi automático.⁵ En 1937, una Comisión de expertos convocada por el CICR llegó a ciertas conclusiones que fueron aprobadas, casi sin modificación, por la XVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Londres en 1938. Estas conclusiones sirvieron de base a las propuestas presentadas en la Conferencia Diplomática de 1949. Pero ésta no consideró poder tomar en cuenta todas o parte de las conclusiones a las que habían llegado los expertos consultados por el CICR.⁶ Exceptuado el segundo párrafo, el artículo 52, 53, 132 y 149 común reproduce íntegramente el contenido de los párrafos primero y tercero del texto de 1929. Así pues, su contenido es el 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.

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

Contra esta disposición se han hecho desde entonces los mismos reproches que se formularon con respecto al artículo 30 del Convenio de 1929, es decir, que no se ha realizado progreso alguno en cuanto al inicio automático del procedimiento de encuesta ni en cuanto a la elección de las personas que deben llevarla a cabo. Es sin duda el más grave obstáculo para su aplicación.⁷

De hecho, nunca ha sido aplicado este artículo común a los Convenios de Ginebra. Nunca los Estados han conseguido provocar el inicio de la encuesta, por falta de consentimiento de las partes concernidas.⁸

⁵ *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 — Commentaire*, publicado bajo la dirección de Jean S. Pictet, CICR, Ginebra, 1952, I, ad artículo 52, p. 421.

⁶ *Ibid.*, pp. 421-424.

⁷ *Ibid.*, p. 424.

⁸ Véase, para ejemplos, J. Pictet, *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, A.W. Sijthoff, Leiden, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1973, pp. 80-81.

C. El artículo 90 del Protocolo

● *La Conferencia Diplomática de 1974-1977*

Ya al comienzo de los trabajos preparatorios para la Conferencia Diplomática de 1974-1977, los expertos destacaron la necesidad de un control de las normas aplicables en caso de conflicto armado. Dos enmiendas presentadas durante la Conferencia fueron el origen del artículo 90 del Protocolo I.⁹

Uno de los proyectos emanaba de las delegaciones de Dinamarca, Noruega, Nueva Zelanda y Suecia, el otro, de la delegación de Pakistán.¹⁰ Ambos proyectos contenían propuestas, en muchos aspectos parecidas, en especial acerca de la constitución de una Comisión permanente investida de competencia obligatoria para investigar toda violación grave de las normas del derecho de los conflictos armados.¹¹

Estas propuestas originaron toda una serie de contrapropuestas y de enmiendas. Las objeciones más graves provenían de muchas delegaciones que se oponían a la jurisdicción obligatoria de la Comisión, a su derecho de iniciativa, así como a su competencia para pronunciarse no sólo sobre cuestiones de hecho, sino también de derecho.¹² El texto que finalmente se aprobó en sesión plenaria es un compromiso entre las diferentes tendencias que aparecieron durante la Conferencia.¹³ Nos extenderemos más ampliamente acerca del papel del CICR en el capítulo 2.A.

⁹ *Commentaire des Protocoles*, I, párrafo 3602, p. 1064.

¹⁰ *Actas III*, pp. 352 y 353 CDDH/I/241 y *Actas III*, pp. 354-356 CDDH/I/267; cf. también M. Bothe, K.J. Partsch, W.A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, La Haya, Nijhoff, 1982, párrafo 2.3, pp. 539-540.

¹¹ Graefrath, Bernhard: «Die Untersuchungskommission im Ergänzungsprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12.8.1949», *Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin, Ges-Sprachw. R.* XXX, 1981, p. 11.

¹² Kussbach, Erich: «Commission internationale d'établissement des faits en droit international humanitaire», *Revista de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra*, Bruselas, XX1/2, 1981, pp. 79-116.

¹³ Cabe poner de relieve que 22 Estados del Tercer Mundo presentaron, en sesión plenaria, una enmienda en la que se preveía una derogación de la regla de que sólo puede iniciarse una encuesta con el consentimiento de todas las partes, es decir, que, «en el caso de un territorio ocupado, la solicitud de la parte cuyo territorio está ocupado bastará para que se inicie la encuesta». Esta propuesta fue finalmente rechazada (cf. CDDH/415 del 25 de mayo de 1977 y Bretton, Philippe: «La mise en oeuvre des Protocoles de Genève de 1977», *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger*, (París), vol. 95, n^o 2, marzo-abril de 1979, pp. 379-423).

● **Relación entre el artículo 90 y la encuesta prevista en los Convenios de Ginebra**

Según el artículo 90, párrafo 2, apartado e), «*las disposiciones de los artículos 52 del I Convenio, 53 del II Convenio, 132 del III Convenio y 149 del IV Convenio seguirán aplicándose a toda supuesta violación de los Convenios y se extenderán a toda supuesta violación del presente Protocolo*».

El apartado e) del 2º párrafo hace alusión a tres hipótesis en las cuales la Comisión no podrá efectuar la encuesta:

- ninguna de las partes en conflicto ha hecho la declaración prevista en el apartado a) del mismo párrafo, o
- la parte defensora no ha dado el consentimiento previsto en el apartado d), o
- no se cumple ninguna de las citadas hipótesis (hay declaración o acuerdo ad hoc), pero las violaciones denunciadas no son graves en el sentido del apartado c), punto i.

Precisamente cuando tiene lugar una de estas situaciones entra en acción el artículo 52, 53, 132 y 149 común a los cuatro Convenios y se aplica a toda violación —grave o no— de los Convenios y a las del Protocolo I.¹⁴

No obstante, si las partes en conflicto no han hecho la declaración ni han consentido que se haga la investigación prevista en el artículo 90 del Protocolo I, dudamos mucho que se pongan de acuerdo en el marco del mecanismo previsto en el artículo común a los cuatro Convenios. En cambio, sigue teniendo todo su interés la posibilidad de recurrir a este mecanismo en caso de violación no grave del DIH. Las partes en conflicto pueden elegir entonces un procedimiento que no sea el del artículo 90 del Protocolo I. Sin embargo, esta libertad no las autoriza a modificar el procedimiento ante la Comisión.¹⁵

¹⁴ E. Kussbach, *op. cit.*, pp. 105-106; Ph. Bretton, *op. cit.*, pp. 399-400; M. Bothe, K. J. Partsch, W. A. Solf, *op. cit.*, p. 544, párrafo 2.16; *Commentaire des Protocoles*, pp. 1071-1072, párrafos 3627-3629.

¹⁵ M. Bothe, K. J. Partsch, W. A. Solf, *op. cit.*, párrafo 2.16, p. 544.

2. El funcionamiento de la Comisión

A. Constitución de la Comisión

En el artículo 90, párrafo i, apartado b) del Protocolo I se prevé que se constituirá la Comisión cuando veinte Estados hayan hecho la declaración según la cual aceptan que la competencia de la Comisión sea obligatoria. Canadá acaba de hacer, al ratificar los Protocolos, dicha declaración. Por ser este Estado el vigésimo que acepta la competencia obligatoria, se reúnen así las condiciones formales para la constitución de la Comisión.¹⁶

B. Elección de los miembros

A Suiza incumbe, como Estado depositario, convocar la Conferencia en la que participarán los representantes de los veinte Estados que elegirán, en votación secreta, a los quince miembros de la Comisión.¹⁷ Las autoridades federales piensan organizar la reunión constitutiva en el transcurso de la segunda mitad de junio de 1991. Suiza ha enviado una nota a esos veinte Estados para comunicarles ciertas modalidades constitutivas y cuestiones que conviene plantearse con respecto al funcionamiento de la Comisión.

Esos quince miembros serán «*de alta reputación moral y de reconocida imparcialidad*».¹⁸ Los electores se asegurarán de que cada una de las personas candidatas posea «*las calificaciones necesarias*» y velarán por que «*en su conjunto, la Comisión ofrezca una representación geográfica equitativa*».¹⁹ En la medida en que la mayoría de las declaraciones facultativas de competencia obligatoria emana de países europeos, será difícil, en una primera fase, que haya realmente una repartición geográfica. Sin embargo, sería conveniente invitar a los países electores a tener en cuenta este criterio cuando presenten candi-

¹⁶ Los otros Estados que han hecho la declaración son: Argelia, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Dinamarca, España, Finlandia, Islandia, Italia, Liechtenstein, Malta, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Suecia, Suiza, Ucrania, Unión Soviética y Uruguay.

¹⁷ Artículo 90, párrafo 1, apartado a) del Protocolo I.

¹⁸ Artículo 90, párrafo 1, apartado a) del Protocolo I. Cf. *Commentaire des Protocoles*, párrafos 3605-3608, pp. 1065-1066.

¹⁹ Artículo 90, párrafo 1, apartado d) del Protocolo I. Cf. también M. Bothe, K. J. Partsch, W. A. Solf, *op. cit.*, pp. 542-543: «The principle of equitable geographical representation should be understood in a broader sense, taking into account, as far as possible, the composition of the High Contracting Parties of the Protocol and not only those which have recognized the competence of the Commission»; cf. también *Commentaire des Protocoles*, párrafo 3614, p. 1067.

daturas y, con más razón, si se desea recurrir a la Comisión de manera ad hoc, en el sentido del artículo 90, párrafo 2, apartado d).²⁰

No obstante, puesto que sólo los Estados que han hecho la declaración reconocen a priori la competencia de la Comisión, no se puede exigir además, según nos parece por razones de equidad, que presenten un candidato que sea ciudadano de un país que no ha hecho la declaración. Por lo tanto, convendría alentar al mayor número de Estados para que hagan dicha declaración, a fin de lograr una mejor repartición geográfica de los miembros de la Comisión.

Según el artículo 90, no se requiere calificación profesional alguna, incluida una formación jurídica.²¹ Sin embargo, es esencial la presencia de juristas. En una primera fase, serán útiles asesores para la elaboración de las reglas de procedimiento. Luego desempeñarán un papel importante en la definición de la competencia²² de la Comisión y la apreciación de las «pruebas». Para el buen funcionamiento de la Comisión, también deberían estar representadas otras profesiones, en la medida en que las obligaciones que le incumben tendrán que ver, aparte de con el derecho internacional, con los ámbitos de la medicina, la química, la física y la ciencia militar.²³

C. Apelación a la Comisión

Conviene recordar que, en el primer proyecto del artículo 90, se proponía que la competencia de la Comisión sea obligatoria. La redacción definitiva del párrafo 2 del artículo 90 del Protocolo I es el resultado de un compromiso. Una parte contratante²⁴ puede aceptar la

²⁰ *Commentaire des Protocoles*, párrafo 3611, p. 1066.

²¹ E. Kussbach, *op. cit.*, p. 94.

²² Algunos delegados en la Conferencia expresaron el temor de que la Comisión se vea así confrontada con delicados problemas relacionados con su propia competencia, posibles causas de polémicas. Es una razón más para que haya juristas muy calificados entre los miembros de la Comisión. Cf. *Commentaire des Protocoles*, párrafo 3623, p. 1070; cf. también E. Kussbach, *op. cit.*, p. 94.

²³ Circular del Departamento Federal suizo de Asuntos Exteriores a los Estados que han hecho la declaración del artículo 90 de diciembre de 1990: cf. también M. Bothe, K. J. Partsch, W. A. Solf, *op. cit.*, p. 542.

²⁴ «No cabe duda de que sólo los Estados pueden presentar a la Comisión una solicitud de encuesta; se excluye a las personas privadas, los grupos representativos de la población o las organizaciones, cualesquiera que fueren. En cambio, no hay razón de que una Potencia protectora, debidamente encargada de la protección de los intereses de una parte en conflicto que haya aceptado la competencia de la Comisión, no pueda apelar a ésta en el marco de su cometido general. Además, no es necesario que sea la parte víctima de la presunta violación la que solicite la encuesta. Toda parte contratante en el sentido del párrafo 1, apartado b), puede hacerlo, con tal de que esa solicitud se refiera a otra parte contratante en el sentido de esta misma disposición. En cuanto a la

competencia de la Comisión sea por adelantado, mediante *declaración*, sea de manera *ad hoc*, cuando reciba una solicitud de encuesta.

- **Mediante declaración**

Si la parte demandante acepta *a priori* la competencia de la Comisión, puede imponer la encuesta a una parte que haya hecho la misma declaración.²⁵ En cambio, si una Parte no ha aceptado la competencia de la Comisión, ésta no podrá realizar la investigación. Por consiguiente, es la *declaración* misma la que engendra de manera constitutiva la competencia obligatoria de la Comisión.²⁶ La cláusula del artículo 90, párrafo 2, apartado a) del Protocolo I se llama también «*cláusula facultativa de competencia obligatoria*».²⁷ Recordemos que una parte en el Protocolo I puede hacer la declaración en cualquier momento.

- **De manera ad hoc**

La no aceptación de la competencia de la Comisión no es necesariamente definitiva. En caso de que no haya suscrito una declaración facultativa, un Estado puede cambiar de parecer y aceptar ulteriormente la competencia de la Comisión para investigar una situación particular²⁸, alternativa prevista en el artículo 90, párrafo 2, apartado d). Es decir, toda parte en un conflicto armado internacional puede, aunque no sea parte en el Protocolo²⁹, dirigirse a la Comisión de Encuesta en relación con una denuncia de infracción o de violación grave de los Convenios.³⁰

Un movimiento de liberación tiene también la posibilidad de recurrir a este procedimiento simplificado.³¹ Efectivamente, en el artícu-

Comisión misma, queda excluido que actúe por propia iniciativa», cf. *Commentaire des Protocoles*, párrafo 3618, p. 1069; véase también E. Kussbach, *op. cit.*, p. 101, que confirma que la Comisión no puede actuar por iniciativa propia.

²⁵ Cf. artículo 90, párrafo 2, apartado a) del Protocolo I.

²⁶ Cf. E. Kussbach, *op. cit.*, p. 99.

²⁷ Cf. Ph. Bretton, *op. cit.*, p. 398: «El Protocolo contiene una cláusula que podría llamarse «cláusula facultativa de encuesta obligatoria», en la medida en que se parece mucho al artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que creó la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria de la Corte».

²⁸ Cf. E. Kussbach, *op. cit.*, p. 99.

²⁹ Andries, André, *Fonctionnement de la Commission internationale d'établissement des faits*, Comisión Interdepartamental Belga de Derecho Humanitario, 1990, 12 páginas mecanografiadas.

³⁰ *Commentaire des Protocoles*, párrafo 3626, p. 1071.

³¹ *Ibid.*; cf. también E. Kussbach, *op. cit.*, p. 100.

lo 96, párrafo 3, letra a) del Protocolo I se estipula que, recibida la declaración de intención, «*los Convenios y el presente Protocolo entrarán en vigor con efecto inmediato*». En la hipótesis contraria —un movimiento de liberación no puede hacer la declaración *ad hoc* del artículo 90—, el artículo 96 quedaría vacío de una parte de su sustancia y habría que examinar cada vez qué disposiciones del Protocolo I debe respetar dicho movimiento.

Por supuesto, en todos los casos citados siempre se requiere, mediante un *acuerdo ad hoc*, el consentimiento de la parte inculpada, aunque ésta haya hecho *a priori* la declaración reconociendo la competencia de la Comisión. Efectivamente, si se sobreentendiera este consentimiento, ello introduciría un elemento de desigualdad: la parte en conflicto que no hubiera reconocido la competencia obligatoria de la Comisión podría obligar a que otra parte en conflicto que hubiera reconocido esta competencia aceptara la encuesta, y ello sin contrapartida.³²

D. Amplitud de la competencia de la Comisión

Los autores del Protocolo I³³ asignaron a la Comisión dos tareas distintas.

● **La encuesta**

La Comisión tendrá competencia para: «*proceder a una investigación sobre cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave, tal como se define en los Convenios o en el presente Protocolo, o como cualquier otra violación grave de los Convenios o del presente Protocolo*» (punto i).

La Comisión es competente para investigar los hechos, y no para dictaminar acerca del derecho o para juzgar.³⁴ Sin embargo, es evidente que, para poder evaluar la amplitud de su cometido, los miembros de la Comisión deberán efectuar una primera evaluación jurídica; de ahí la importancia para la Comisión de tener entre sus miembros juristas muy calificados (véase más arriba, capítulo 2B). Recordemos que la denuncia que se presente a la Comisión debe referirse a una «infracción grave» o a una «violación grave» de los Convenios o del Protocolo. Así pues, se puede deducir fácilmente que quedan excluidas las infracciones

³² *Ibíd.*

³³ Artículo 90, párrafo 2, apartado c), del Protocolo I.

³⁴ *Commentaire des Protocoles I*, párrafo 3620, p. 1069.

y las violaciones no graves³⁵, aunque las violaciones leves pueden llegar a ser graves si se repiten.³⁶ Resultará difícil, sobre todo, distinguir las infracciones graves de las violaciones graves, en la medida en que esta distinción no aparece en el texto de los Convenios ni del Protocolo, que siempre se refiere a las «infracciones graves».³⁷

● *Los buenos oficios*

La Comisión también es competente para «*facilitar, mediante sus buenos oficios, el retorno a una actitud de respeto de los Convenios y del presente Protocolo*» (punto ii).

Huelga decir que los miembros de la Comisión tampoco podrán desempeñar esta tarea sin efectuar una evaluación jurídica de los hechos. Sin embargo, cuando la Comisión presente, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 90, «*las recomendaciones que considere oportunas*», evitará emitir, en su informe, un juicio o comentarios sobre el derecho aplicable, y se atenderá únicamente a los hechos.³⁸ Por buenos oficios se puede entender la comunicación de las conclusiones acerca de las posibilidades de arreglo amistoso, de las observaciones escritas y orales de los Estados interesados...³⁹

E. Papel de la Sala encargada de la encuesta

● *Constitución de la Sala*⁴⁰

De conformidad con el párrafo 3 del artículo 90, efectuará las investigaciones una Sala integrada por cinco miembros nombrados por

³⁵ «Its competence does not extend to all violations as in common Art. 52/53/132/149.» Cf. M. Bothe, K. J. Partsch, W. A. Solf, *op. cit.*, p. 544.

³⁶ *Commentaire des Protocoles* I, párrafo 3621, p. 1069.

³⁷ Mencionaremos, no obstante, el artículo 89 del Protocolo I, en el que figuran los términos «violaciones graves», y el comentario a este artículo, en el que se definen estos términos con respecto a los de «infracciones graves»; cf. *Commentaire des Protocoles*, párrafos 3591-3592, p. 1057. E. Kussbach, por su parte, hace la distinción en el plano de la responsabilidad: «las infracciones definidas en los Convenios y en el Protocolo comprometen, sea directamente (crimen de guerra), sea por intermedio del derecho interno (*delictum juris gentium*), la responsabilidad personal del individuo, autor del delito internacional. Por el contrario, las violaciones son responsabilidad de una parte en conflicto que viola una norma de derecho internacional».

³⁸ M. Bothe, K. J. Partsch, W. A. Solf, *op. cit.*, p. 544.

³⁹ *Commentaire des Protocoles*, párrafo 3625, p. 1070.

⁴⁰ Para más detalles sobre la constitución de la Sala, remitimos al lector a:

— *Commentaire des Protocoles*, párrafos 3630-3633, pp. 1072-1073.

— M. Bothe, K.J. Partsch, W.A. Solf, *op. cit.*, p. 545.

— E. Kussbach, *op. cit.*, pp. 102-103.

— Ph. Bretton, *op. cit.*, pp. 401-402.

el presidente de la Comisión y por dos miembros suplementarios nombrados por las partes en conflicto.

La constitución de la Sala sólo se lleva a cabo en el momento de recibir una petición de encuesta.

● *Conducción de la encuesta*

Según el párrafo 4 del artículo 90, una vez constituida, la Sala invita a las partes en conflicto a prestarle apoyo en la búsqueda de pruebas y a presentar pruebas. Por otra parte, la Sala busca de oficio las demás pruebas que juzgue pertinentes. También está autorizada a efectuar una investigación *in loco*.

Hay que decir que, en el artículo 90, sólo se enuncian los principios generales del procedimiento de encuesta. Es en el reglamento interior de la Comisión, previsto en el párrafo 6, donde se deberá determinar si la elaboración de las reglas relativas a la conducción de la encuesta es competencia suya o si esa tarea se inserta en el marco de las atribuciones de la Sala, que aprobará su propio reglamento. Compartimos el parecer de M. Roach, que opta por la primera parte de la alternativa.⁴¹ En cuanto al contenido de las reglas, se han establecido procedimientos tipo con esta finalidad para los órganos de las Naciones Unidas que deben entender en materia de violaciones de los derechos humanos.⁴²

Queda una cuestión pendiente: la de la compatibilidad de las disposiciones del citado reglamento con las normas de derecho interno de los Estados miembros de la Comisión. Bélgica ya ha estudiado, en el marco de su Comisión Interdepartamental de Derecho Humanitario, este aspecto del problema, considerando que serían necesarias adaptaciones por lo que respecta a varios puntos.⁴³

⁴¹ Ashley Roach: «La Comisión Internacional de Encuesta. Artículo 90 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949» en el presente número de la *RICR*, p. 192: «En mi opinión, la primera solución es preferible, dada la urgencia por comenzar la labor de cada Sala».

⁴² No nos extenderemos más, toda vez que A. Roach trata la cuestión en su artículo. Cf. también *Commentaire des Protocoles*, párrafo 3634, p. 1073. Sin embargo, nos gustaría añadir que, durante la CDDH, Dinamarca propuso invitar a las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, así como a personas privadas, a presentar pruebas. Si el artículo 90 no tiene en cuenta esta propuesta, tampoco expresa oposición (cf. Graefrath, *op. cit.*, p. 14).

⁴³ A. Andries, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

● *Informe*

De conformidad con el párrafo 5 del artículo 90, la Comisión presentará un informe sobre los resultados de la encuesta de la Sala, a los que puede añadir recomendaciones. La Comisión no comunicará públicamente sus conclusiones, a menos que se lo pidan todas las partes en conflicto.

F. Gastos de la Comisión

Según el párrafo 7 del artículo 90, los *gastos administrativos* serán sufragados mediante contribuciones obligatorias de las Partes contratantes que hayan hecho la declaración facultativa de competencia obligatoria y mediante contribuciones voluntarias.

En cuanto a los *gastos ocasionados por una Sala*, se reparten entre la parte en conflicto que solicite la encuesta y la parte acusada.⁴⁴

Por ser el depositario, Suiza pondrá a disposición de la Comisión los servicios administrativos necesarios para que ésta cumpla sus funciones.⁴⁵

III. PAPEL DEL CICR

1. En materia de encuesta

Recordemos que, en materia de encuesta, no se optó por ciertas propuestas presentadas a la Conferencia Diplomática de 1949 (cf. capítulo II 1 b). Se trataba, en particular, de un texto que el CICR presentó en la XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada el año 1948 en Estocolmo, fundándose en las conclusiones de los expertos gubernamentales. En el párrafo 3 del artículo 41 «Procedimiento de encuesta», se asignaba un papel al CICR para el nombramiento de los miembros de la Comisión de Encuesta:

*«La parte demandante y la parte acusada nombrarán cada una a un miembro de la Comisión. El tercero será designado por los dos primeros y, en caso de desacuerdo, por el presidente de la Corte Internacional de Justicia o, si éste es ciudadano de un país beligerante, por el presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja».*⁴⁶

⁴⁴ Cf. E. Kussbach, *op. cit.*, p. 105.

⁴⁵ Artículo 90, párrafo 1, apartado f).

⁴⁶ *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 — Commentaire, op. cit.*, vol. I,

En el artículo 52, 53, 132, 149, común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, finalmente aprobado, no se prevé la intervención del CICR. No obstante, le han sido presentadas solicitudes de encuesta en varias ocasiones: en 1936, en relación con diversos incidentes en el conflicto italo-etíope; en 1943, cuando tuvo lugar el asunto de Katyn; en 1953, con motivo del presunto empleo de medios bacteriológicos.⁴⁷ El CICR determina hace muchos años la actitud que pensaba adoptar a este respecto y la dio a conocer.⁴⁸

2. En el marco del artículo 90 del Protocolo I

A. La Conferencia Diplomática de 1974-1977

● *Las propuestas iniciales*

Al comienzo de la Conferencia, Pakistán propuso un artículo 7 bis en el que se asignaba un importante papel al CICR para emprender y realizar la encuesta⁴⁹, así como un artículo 7 ter, titulado «Arreglo de los desacuerdos», en el que también se mencionaba al CICR.⁵⁰ Estas dos enmiendas fueron retiradas en la última reunión de la Conferencia. Durante la segunda reunión de la Conferencia, en 1976, Dinamarca, Noruega, Nueva Zelanda y Suecia, añadieron, a su vez, un nuevo artículo 79 bis, en cuyos párrafos primero y segundo se proponía confiar al CICR las tareas de administrador de la Comisión de Encuesta Internacional Permanente.⁵¹ Pakistán hizo, unos días más

ad artículo 52, p. 422.

⁴⁷ Cf. «Gestiones del CICR en caso de violaciones del DIH», en *Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR)*, nº 44, marzo-abril de 1981, p. 79.

⁴⁸ Se reproducen «in extenso» las líneas directrices del CICR en materia de violación del DIH en el artículo de J. Ashley Roach, pp. 197-198 («Gestiones del CICR en caso de violaciones del DIH»).

⁴⁹ *Actas de la CDDH*, III, p. 44, CDDH/I/27, 11 de marzo de 1974; el texto del artículo 7 bis nuevo, párrafos 1 y 2, es el siguiente:

«1. ...o el Comité Internacional de la Cruz Roja abre una encuesta acerca de toda presunta violación de los Convenios o del presente Protocolo...

2. ...o al Comité Internacional de la Cruz Roja realizar una encuesta independiente. La Potencia protectora o el Comité Internacional de la Cruz Roja efectúa la encuesta de conformidad con las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo.»

⁵⁰ *Actas de la CDDH*, III, p. 45, CDDH/I/25, 11 de marzo de 1974; el texto del artículo 7 ter, párrafo 2, es el siguiente:

«2. ...o designada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, que será invitada a participar en esta reunión.»

⁵¹ *Actas de la CDDH*, III, p. 352, CDDH/I/241 y Ad. 1, 19 de marzo de 1975; el texto de los párrafos 1 y 6 del artículo 79 bis es el siguiente:

«1. ...El Comité Internacional de la Cruz Roja determinará los procedimientos de

tarde, una contrapropuesta según la cual se asignaba ese papel al depositario.⁵² En ninguna de las enmiendas presentadas después se hacía alusión al papel del CICR en la materia.⁵³

● *Los debates*

Los debates acerca del artículo 79 bis tuvieron lugar en el transcurso de la tercera reunión de la Conferencia Diplomática.⁵⁴

Dinamarca, en nombre también de otras tres delegaciones (Suecia, Noruega y Nueva Zelanda), Pakistán y Japón presentaron las diferentes enmiendas del artículo 79 bis. Si los cuatro primeros países no veían obstáculos en cuanto al papel del CICR, aunque puntualizaron que «ninguna de estas disposiciones ha de atentar contra la imparcialidad tradicional del CICR ni contra su acción humanitaria»⁵⁵, Pakistán no deseaba «mezclar al CICR en inevitables controversias».⁵⁶ El CICR, por su parte, se declaró dispuesto a aceptar las tareas de administrador que habían propuesto asignarle, aunque aclaró que: «lo que importa ante todo es que la naturaleza de esa función que debe ser distinta de las demás tareas del CICR no se preste a equívocos.» No debe haber ninguna confusión posible entre el papel de administrador de la Comisión Internacional de Encuesta y las tareas tradicionales de protección y de asistencia que le confieren los Convenios de Ginebra y el Protocolo I ...».⁵⁷ El CICR consideraba asimismo que era esencial que «la designación del CICR como administrador de esta Comisión no sea controvertida...».⁵⁸

nombramiento, así como las otras reglas relativas a la composición de la Comisión y a su presidencia, y se encargará de nombrar a sus miembros. Sin embargo, no será en absoluto responsable de las encuestas emprendidas o de las conclusiones que se deriven de ellas.

.....
6. Las actividades de la Comisión se financiarán mediante contribuciones voluntarias recibidas por el Comité Internacional de la Cruz Roja».

⁵² *Actas de la CDDH*, III, p. 354, CDDH/I/267, 25 de marzo de 1975.

⁵³ *Actas de la CDDH*, III, p. 356, CDDH/I/316, 10 de mayo de 1976; *Actas de la CDDH*, III, p. 358, CDDH/415 y Corr. 1 y CDDH/415/Ad. 1 y 2, 25 de mayo de 1977; *Actas de la CDDH*, III, p. 358, CDDH/416, 25 de mayo de 1977; *Actas de la CDDH*, III, p. 359, CDDH/420, 26 de mayo de 1977.

⁵⁴ Del 12 al 14 de mayo de 1976.

⁵⁵ *Actas de la CDDH*, IX, p. 202, párrafo 7, CDDH/I/SR 56.

⁵⁶ *Actas de la CDDH*, IX, p. 205, párrafo 17, CDDH/I/SR 56.

⁵⁷ *Actas de la CDDH*, IX, p. 207, párrafo 25, CDDH/I/SR 56.

⁵⁸ *Actas de la CDDH*, IX, p. 208, párrafo 26, CDDH/I/SR 56.

En los debates que siguieron, la mayoría de los delegados⁵⁹ emitió reservas considerando, en especial, que «no se debería poner al CICR en una situación que fuera incompatible con su papel tradicional, su derecho de iniciativa y su neutralidad...».⁶⁰

En el artículo 90, tal y como finalmente fue aprobado por la Conferencia, no se asigna papel alguno al CICR. Esta decisión es prudente.

B. Relaciones con la futura Comisión Internacional de Encuesta

Nada se dice, en el artículo 90 del Protocolo I, sobre las relaciones entre el CICR y la futura Comisión. No obstante, los debates de la Conferencia Diplomática de 1974-1977 evidenciaron la voluntad de los Estados de distinguir bien entre el CICR y la Comisión, tanto por lo que respecta al cometido como a la institución. Así pues, no creemos que convenga, en caso de que los Estados lo deseen, que el CICR se vea inducido a expresar su opinión acerca del nombramiento de los miembros de la Comisión. Por lo que respecta a una participación del CICR como observador en las sesiones de la Comisión, nos parece asimismo inoportuna. Efectivamente, cuando se trataba todavía de asignar al CICR la tarea de nombrar a los miembros de la Comisión, el CICR dijo claramente: «El CICR no participaría en las actividades de la Comisión».⁶¹

Esto no significa, sin embargo, que no debe haber ninguna relación entre la Comisión y el CICR. La XV Mesa Redonda organizada, en septiembre de 1990, por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo formuló algunas recomendaciones a este respecto.⁶² Con ese espíritu deberían proseguirse las consultas entre la Comisión y el CICR.

⁵⁹ *Actas de la CDDH*, IX, p. 221, párrafo 3, p. 224, párrafo 17, y p. 225, párrafo 28, CDDH/ISR 57; *Actas de la CDDH*, IX, p. 237, párrafo 4, p. 238, párrafo 8, p. 241, párrafo 20, y p. 242, párrafo 25, CDDH/ISR 58.

⁶⁰ *Actas de la CDDH*, IX, p. 224, párrafo 17, CDDH/ISR 57.

⁶¹ *Actas de la CDDH*, IX, p. 247, párrafo 47, CDDH/ISR 58.

⁶² «Los participantes... consideraron que las consultas sobre los métodos de trabajo del CICR y de la Comisión permitirían determinar mejor el respectivo enfoque y garantizar una complementariedad necesaria. Es indispensable, pues, que, una vez establecida, la Comisión se ponga en contacto con el CICR». Cf. XV Mesa Redonda del Instituto Internacional de Derecho Humanitario (San Remo, 4-8 de septiembre de 1990), *RICR*, n^o 103, enero-febrero de 1991, pp. 69-70.

IV. CONCLUSIÓN

Conviene recordar que, ya en 1937, el CICR emprendió trabajos para mejorar y reforzar el artículo 30 del Convenio de Ginebra de 1929, proponiendo un procedimiento de encuesta. Por desgracia, no se siguieron esas recomendaciones (cf. capítulo II 1.B).

Ha habido que esperar más de medio siglo para que pueda constituirse una Comisión que será, sin duda, un medio importante para reforzar y desarrollar el mecanismo de la encuesta.

La constitución de la Comisión prevista en el artículo 90 del Protocolo I tiene otras ventajas. En el pasado, el CICR recibió varias veces solicitudes de encuesta, que a menudo le pusieron en situación embarazosa, ya que él mismo nunca puede constituirse en comisión de encuesta.⁶³ El CICR podrá, en adelante, invitar a la parte demandante a dirigirse a la Comisión que, al presentar un informe confidencial, responde, por lo demás, a las condiciones que el CICR se había fijado en caso de solicitud de encuesta.⁶⁴ Por último, vemos en esto un excelente medio de cumplir la obligación de «*hacer respetar*» las normas humanitarias, estipulada en el artículo primero común a los cuatro Convenios de Ginebra.⁶⁵

No cabe duda de que la Comisión es un medio suplementario para reforzar la aplicación y el respeto del DIH. Es un órgano complementario, pero distinto del CICR, que debería permitir que éste continúe desempeñando sus tareas tradicionales, al mismo tiempo que conserva su reputación de imparcialidad y de neutralidad.

Françoise Krill

Françoise Krill es licenciada en Derecho por la Universidad de Neuchâtel (Suiza) y tiene el título de abogada. De 1978 a 1980 fue delegada del CICR en Chad y en Líbano. De 1981 a 1984 trabajó para el Departamento Federal de Asuntos Exteriores, para el cual prestó servicio, de 1982 a 1983, en la Embajada suiza en Nairobi. Desde 1984 es miembro de la División Jurídica del CICR. Ha publicado varios artículos en la *RICR*, en particular «La acción del CICR en favor de los refugiados» (*RICR*, nº 88, julio-agosto de 1988, pp. 344-367).

⁶³ Cf. «Directrices por lo que atañe a violaciones contra el derecho internacional humanitario», *RICR*, nº 44, marzo-abril de 1981, pp. 84-86.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Actas de la CDDH*, IX, p. 205, párrafo 16, CDDH/SR 56.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abi-Saab, Georges: «The implementation of humanitarian law», *The new humanitarian law of armed conflict*, publ. por A. Cassese, Nápoles, Giuffrè, 1979, 501 páginas, pp. 310-346.
2. Andries, André: «Fonctionnement de la Commission internationale d'établissement des faits», *Commission interdépartementale belge de droit humanitaire*, 1990, 12 páginas mecanografiadas.
3. Bothe, Michael y Partsch, Karl Joseph y Solf, Waldemar A.: *New rules for victims of armed conflicts: Commentary on the two 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 1949*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, 746 páginas.
4. Bretton, Philippe: «La mise en oeuvre des Protocoles de Genève de 1977», *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger*, París, vol. 95, nº 2, marzo-abril de 1979, pp. 379-423.
5. David, Eric: «Les dispositions du Protocole I sont-elles propices à l'établissement des faits?», *Séminaire de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, Reunión 1980-1981, documento multicopiado, 12 páginas, Bruselas, abril de 1981.
6. Graefrath, Bernard: «Die Untersuchungskommission im Ergänzungsprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12.8.1949», *Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität*, Berlín, RDA, nº 1, 1981, pp. 9-15.
7. Ihrai, S.: «Les mécanismes d'établissement des faits dans les Conventions de Genève de 1949 et dans le Protocole I de 1977», *Travaux du Centre d'Etude de l'Académie de droit international de La Haye*, S. 1986, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 153-168.
8. Kussbach, Erich: «Commission internationale d'établissement des faits en droit international humanitaire», *Revista de derecho penal militar y derecho de la guerra*, Bruselas, XX1/2, 1981, pp. 79-116.
9. Levie, Howard S.: *Protection of war victims: Documents on Protocol I to the 1949 Geneva Conventions*, 4 volúmenes, Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, Inc., vol. I, 1979, xxx + 542 p. y vol. II, 1980, xi + 545 páginas y vol. III, 1980, xi + 565 páginas y vol. IV, 1981, xiii + 535 páginas y suplemento, 1985, 45 páginas.
10. Lysaght, Charles: «The attitude of Western Countries (toward the development of humanitarian law)», *The new humanitarian law of*

- armed conflict*, publ. por A. Cassese, Nápoles, 1979, 501 páginas, pp. 349-385.
11. Obradovic, Konstantin: «Les mécanismes d'enquête et de constatation des violations du droit humanitaire», *La guerre aujourd'hui*, obra colectiva, Berger-Levrault, París, 1986, pp. 187-214.
 12. Partsch, Karl Joseph: «Fact-Finding and inquiry» en *Encyclopedia of public international law*, publ. por Rudolf Bernhardt, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1981, vol. 1, pp. 61-62.
 13. Partsch, Karl Joseph: «Zur neutralen Kontrolle im humanitären Völkerrecht», *Informationsschriften des Deutschen Roten Kreuzes*, cuaderno 3, julio de 1989, pp. 8-10.
 14. Schäfer, Olaf: «Der Artikel 90 des I. Zusatzprotokolls — Ein Mittel zur Beachtung des humanitären Völkerrechts?», *Informationsschriften des Deutschen Roten Kreuzes*, cuaderno 1, octubre de 1988, pp. 38-39.
 15. Takemoto, Masayuki: «International fact-finding commission under international humanitarian law», *Hogaku Ronshu*, Osaka, vol. 28, nº 1 y 2, 1978, pp. 18-26 y 91-111.
 16. Takemoto, Masayuki: «The inquiry procedure under international humanitarian law», *Kansai University Review of Law and Politics*, Osaka, nº 1, marzo de 1980, pp. 21-46.
 17. *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, publ. por Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann, CICR, Ginebra y Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1986, 1647 páginas.
-