

## **Aplicación del derecho internacional humanitario: control y sanción en caso de su violación, medidas nacionales e internacionales de implementación**

*José Antonio PASTOR RIDRUEJO\**

### **1.- Generalidades**

El Derecho Internacional es el ordenamiento jurídico que rige en el interior de la sociedad internacional, y constituye afirmación tan tópica como cierta que el precario nivel de institucionalización de esta sociedad conlleva la consecuencia de que el referido ordenamiento adolezca de serias deficiencias en los planos normativo, ejecutivo y de solución de controversias. Y retenemos ahora, a efectos de nuestra ponencia, las deficiencias en el plano ejecutivo: a falta de instituciones apropiadas, el control y la sanción de las violaciones del Derecho Internacional son sumamente imperfectos. Ocurre, sin embargo, y

---

\* José Antonio Pastor Ridruejo, español, profesor. Catedrático de Derecho Internacional Público en la Facultad de la Universidad Complutense de Madrid desde 1978. Representante especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para El Salvador desde 1981. Presidente del grupo CPE de Cooperación Judicial en el primer semestre de 1989. Presidente del Real Instituto de Estudios Europeos. Desde 1986 hasta el presente es Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores.

éste es el punto de arranque de nuestro estudio, que estas deficiencias son aún mayores en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario.

En efecto, este último sector del Derecho Internacional tiene, ciertamente, un objetivo bien difícil de alcanzar que, extremando un tanto las ideas, se podría decir que constituye casi la cuadratura del círculo: humanizar una realidad esencialmente inhumana, una actividad inhumana por naturaleza, la guerra, poniendo límites o cortapisas a la violencia inherente al empleo de la fuerza armada. Pues bien, demuestra la experiencia que no hay destinatarios de las normas jurídicas peor dispuestos a su observancia que las fuerzas armadas en el curso de las hostilidades. Obsesionadas estas fuerzas por la idea de alcanzar la victoria o evitar la derrota, las violaciones del Derecho Internacional Humanitario son tan frecuentes como graves. No hay en estas palabras exageración alguna; basta con repasar las noticias que difunden en estos últimos tiempos los medios de comunicación. Pero, paradójicamente, esta deshumanización no se da sólo en el campo de batalla y en el fragor de los combates. Veremos que se manifiesta también, aunque con menor intensidad y de manera más sutil y solapada, en el marco, que se supone más frío y sereno, de las conferencias diplomáticas en que se elabora el *ius in bello*. Porque lo que éstas no han conseguido es el establecimiento de los medios de control y verificación minimamente satisfactorios. Y retomamos la idea inicial de la ponencia: si el Derecho Internacional en su conjunto tiene una serie de males endémicos, y uno de ellos es la precariedad de los medios de control y garantía y de las instituciones encargadas de sancionar sus violaciones, esta precariedad se agudiza sin duda alguna en el Derecho Internacional Humanitario. Por las razones sumariamente expuestas, sus medios de control y sanción son extremadamente débiles. Tales medios no están a la altura del fin perseguido: la protección de derechos elementales de la persona humana en el supuesto de conflicto armado, es decir en el supuesto en que el respeto de esos derechos corre mayores riesgos.

Mas esta comprobación no debe disuadir del estudio de estos medios y de un esfuerzo, tenaz, paciente e ilusionado, tendiente a su mejoramiento. Tal es el propósito de la presente ponencia, y en el entendido de que no tratamos aquí cuestiones que contribuyen cier-

tamente a la mayor efectividad del Derecho Internacional Humanitario pero que, a nuestro juicio, no caen propiamente dentro del ámbito del estudio por no ser medios de control, verificación o sanción. Me refiero particularmente a las importantísimas obligaciones que pesan sobre los Estados parte en los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario de difundir el conocimiento de sus normas.

Tomando en consideración el bien o el mal llamado Derecho de Ginebra -esto es las cuatro Convenciones del 12 de agosto de 1949 y el primer Protocolo adicional de 1977- vamos a considerar aquí los siguientes supuestos: a) los mecanismos de control y verificación propiamente dichos; b) las instituciones judiciales -nacionales e internacionales- encargadas de la imposición de sanciones penales; c) en una interpretación amplia, flexible y en absoluto formalista, otras instituciones cuyas funciones no son en sí mismas de control o sanción sino esencialmente de asistencia pero cuya ayuda es de capital importancia para la protección **real y efectiva** de las víctimas de la guerra. Dados los límites temporales impuestos a la presente ponencia, el examen va a ser sumario y sintético.

## **2.- Mecanismo de control y verificación**

Podemos decir en términos muy generales que los mecanismos de control y verificación propiamente dichos son aquellos que se ocupan de la comprobación en la realidad de que se han cometido violaciones de los instrumentos convencionales y de asegurar la observancia de dichos instrumentos. En el marco del Derecho Internacional Humanitario hay que hablar primariamente, en este orden de ideas, de la llamada Comisión Internacional de Encuesta establecida por el art. 90 del Protocolo adicional I, que es la única institución permanente que existe al respecto.

Digamos en primer lugar que la Comisión que nos ocupa no es una institución intergubernamental sino independiente. O lo que es lo mismo, está integrada por quince miembros de alta reputación moral y de reconocida imparcialidad, que actúan a título personal. En cuanto a sus funciones son, básicamente, dos: en primer lugar, la de investigar cualquier hecho del que se alegue que constituye una infracción grave de las Convenciones o del Protocolo; y en segundo lugar, la de ejercer

buenos oficios para asegurar el retorno a una actitud de respeto a las Convenciones y al Protocolo. El art. 90 citado regula con cierto detalle el procedimiento que ha de seguir la Comisión, al término del cual presentará a las partes interesadas un informe acerca de las conclusiones a que haya llegado la Sala que haya conocido los hechos, acompañado de las recomendaciones que considere oportunas.

Nótese que la Comisión no es un órgano jurisdiccional, pues no dicta sentencias vinculantes desde el punto de vista jurídico. Es, todo lo más, un órgano cuasi-jurisdiccional, que se limita a investigar los hechos y a hacer recomendaciones. Pese a la modestia de estas funciones, el Protocolo I no pudo prever el carácter automático de la competencia de la Comisión. Porque, en efecto, para que ésta pueda ejercer sus funciones es preciso que las dos partes en conflicto hayan aceptado su competencia, bien *ad hoc* o para un supuesto determinado, bien por el juego convergente de declaraciones unilaterales, hechas en el momento de firma, ratificación o adhesión al Protocolo o en cualquier otro momento. Y hay que decir que, de un modo general, los Estados no han demostrado gran entusiasmo por la Comisión. Aunque el organismo está constituido, es decir, en condiciones de funcionar, desde el día 25 de junio de 1991, solo 34 Estados han formulado la declaración unilateral en aceptación de la competencia de la Comisión. Además, si analizamos la lista, podremos comprobar que faltan Estados que son posibles clientes de sus servicios (valga la expresión). Así, si Croacia y Bosnia-Herzegovina la han aceptado, no lo han hecho Serbia y Montenegro (o República Federal de Yugoslavia). La Comisión no está actuando en el territorio de la antigua Yugoslavia.

Con independencia de esta institución permanente de encuesta, hay que señalar que las Convenciones de Ginebra de 1949 prevén de modo muy general y sin regulación detallada procedimientos de encuesta (*fact-finding*) cuando se aleguen violaciones de los instrumentos. Pero estas encuestas *ad hoc* requieren el consentimiento -muy difícil de obtener- de todas las partes interesadas. Es sumamente pobre, por no decir nula, la experiencia al respecto.

### 3.- Instituciones judiciales

Las cuatro Convenciones de 1949 y el Protocolo adicional I de 1977 (el aplicable a los conflictos armados de carácter internacional) establecen la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas legislativas oportunas en determinación de las penas que se han de aplicar a las personas que hayan cometido u ordenado cometer infracciones graves a las referidas Convenciones y Protocolo. Ello supone, en último análisis, la obligación de esos Estados de castigar, mediante sus tribunales penales, a las personas en cuestión. Estas son las medidas nacionales de ejecución del Derecho Internacional Humanitario a que se refiere el título de la ponencia.

Hay que señalar que la actitud de muchos Estados a este respecto es por lo menos perezosa. La obligación de tomar medidas legislativas ha sido objeto de aplicación más bien escasa, omisión que ciertamente no demuestra gran entusiasmo ni interés por el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario, en la reciente conferencia sobre Protección a las víctimas de la Guerra (Ginebra, 1993, 1994, 1995) preparatoria de la próxima Conferencia Internacional de la Cruz Roja (diciembre 1995) -conferencia decepcionante en muchos aspectos- no prosperó una propuesta holandesa, apoyada por otros Estados de la Unión Europea -particularmente España y Suecia- más Canadá, Australia y Nueva Zelanda, de crear una institución a la que los Estados hubiesen de informar periódicamente sobre las medidas adoptadas para la aplicación y difusión del Derecho Internacional Humanitario. La propuesta no era revolucionaria, ni siquiera avanzada, pese a lo cual encontró numerosas resistencias. En la reunión de enero de 1995, los expertos solo pidieron recomendar que la próxima Conferencia de la Cruz Roja invite (y subrayamos la palabra) a los Estados a suministrar al CICR la información que pueda ser de ayuda a otros Estados en sus esfuerzos por aplicar y difundir el Derecho Internacional Humanitario; y a que se esfuercen en particular en el más completo intercambio de información al respecto. En definitiva, vaguísimas obligaciones de comportamiento que apenas nada positivo significan.

En cualquier caso, las extremas dificultades de distinto tipo para la aplicación penal del Derecho Internacional Humanitario por tribunales nacionales en conflictos muy recientes -antigua Yugoslavia, Ruanda- han llevado al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a crear, en el marco del capítulo VII de la Carta, tribunales penales internacionales (resolución 827 de 25 de mayo de 1993 respecto a la antigua Yugoslavia; resolución 955, de 8 de noviembre de 1994 respecto a Ruanda). Se trata de tribunales *ad hoc* en ambos casos. Y debiendo castigar uno y otro tribunal determinados crímenes internacionales, entre esos crímenes figuran las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, tal y como se determinan en las Convenciones de 1949 y en el Protocolo adicional de 1977 (I). En estos momentos, y aún con notable retraso y lentitud, han empezado sus actuaciones en La Haya el tribunal para la antigua Yugoslavia, al que hay que desear el mayor éxito posible. Todavía no está actuando el constituido para Ruanda, tribunal que tropezará sin duda con innumerables dificultades, entre otras, las derivadas de la necesidad de castigar, junto con los tribunales ruandeses, nada menos que 500.000 ejecuciones sumarias.

Hay que decir en este orden de cosas que, con independencia de los tribunales *ad hoc* que acabamos de mencionar, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas elaboró en el período de sesiones de 1994 un Proyecto de Estatuto de Tribunal Internacional Penal (permanente), entre cuyas competencias *ratione delicti* entraría el castigo de los crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario. El proyecto fue examinado por la VI Comisión de la Asamblea General en el otoño de 1994, y posteriormente -abril de 1995- por el Comité Especial que celebrará otra reunión en agosto del presente año. Poniendo de relieve el alto interés de la creación del tribunal en orden a la sanción de los crímenes de guerra, señalemos que las dificultades técnicas, y sobre todo las políticas, que suscita el tribunal permanente, no hacen prever, contra lo deseado por algunos Estados y sectores de opinión, su inmediata creación.

#### **4.- Instituciones de asistencia y ayuda**

Por lo que respecta a las instituciones que tienen básicamente funciones de ayuda y asistencia, sin excluir misiones colaterales de

control y persuasión, hay que decir que las cuatro Convenciones de 1949 establecen el sistema de las llamadas potencias protectoras. En efecto, según el artículo común (8) aquellas convenciones se aplican "con la colaboración y bajo el control de las potencias protectoras encargadas de salvaguardar los intereses de las partes en conflicto", estando obligadas dichas partes a facilitar "en la mayor medida posible" la labor de los representantes o delegados de aquellas potencias. Pero las dificultades de designación de tales potencias, unidas a la indefinición genérica de sus funciones y al carácter sumamente discrecional de la obligación que pesa sobre las partes de facilitar el trabajo de los delegados de las repetidas potencias, han motivado, lamentablemente, el no funcionamiento de hecho del sistema. No funcionamiento que se explica asimismo porque el CICR puede desempeñar perfectamente las tareas asignadas a las potencias protectoras. En cualquier caso, el art. 5 del Protocolo I trata de superar las dificultades de designación, concediendo al CICR, o a cualquier otra organización humanitaria imparcial, el derecho de brindar buenos oficios al respecto y en todo caso el de ofrecerse como sustituto de las potencias protectoras, ofrecimiento -se dice en el p. 4 del art. 5- que las partes en conflicto aceptarán sin demora.

Mención aparte merece en este orden de consideraciones el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y las sociedades nacionales de las Cruz roja.

En lo que concierne al CICR y otros organismos humanitarios imparciales, las Convenciones de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977 sientan jurídicamente el apoyo para su actuación. Así, de una parte, se señala que las disposiciones de las Convenciones no constituyen obstáculo para las actividades humanitarias del CICR u otros organismos humanitarios imparciales, entidades a las que los Estados partes pueden convenir en ofrecer el desempeño de las tareas asignadas a las potencias protectoras. Además, de otro lado, si las víctimas de la guerra no se benefician con la protección de tales potencias o de un organismo humanitario imparcial, la Potencia en cuyo poder se encuentren deberá (se trata de una obligación) "solicitar a un organismo humanitario, como el CICR, que se encargue de desempeñar las tareas humanitarias asignadas... a las potencias protectoras" (art. 10

común a las Convenciones). Y todo ello sin perjuicio de un derecho de iniciativa humanitaria del propio CICR y otras instituciones humanitarias, especialmente interesante -lo veremos enseguida- en los conflictos armados de carácter no internacional.

Quiero llamar la atención sobre la particular importancia de estas últimas disposiciones porque cuando, en tonos descalificatorios y por lo tanto no científicos, se niega de una manera global la efectividad del Derecho Internacional Humanitario e incluso se cuestiona la utilidad normativa de esta rama del Derecho Internacional, se está olvidando la labor impagable que, sobre la base de disposiciones de instrumentos convencionales, despliegan el CICR y otros organismos humanitarios para la protección a las víctimas de la guerra. Labor que, sin duda de ninguna clase, salva vidas y alivia de modo considerable los sufrimientos de las víctimas de los conflictos armados, heridos y enfermos, prisioneros de guerra, población civil. ¡Qué duda cabe de que la guerra sería mucho más cruel e inhumana sin las actividades del CICR y otros organismos humanitarios! Insisto, son estos los hechos que nunca debieran ser ignorados en cualquier apreciación de conjunto, científica e imparcial, de la eficacia del Derecho Internacional Humanitario.

Y una última observación sobre las instituciones que nos ocupan, especialmente el CICR, para señalar que además de la función básica de asistencia y ayuda, pueden desempeñar, colateralmente, funciones estimables de control y persuasión. Así, es práctica del CICR presentar informes al Estado en cuyo territorio actúa sobre los incumplimientos del Derecho Internacional Humanitario imputables a sus fuerzas armadas. Informes confidenciales, por supuesto, según los estándares de actuación del CICR, pero que como hemos dicho suponen el ejercicio de una labor nada desdeñable en su conjunto de verificación y persuasión.

## **5.- Conflictos armados no internacionales**

Salvo en el supuesto de las sanciones judiciales, nacionales o internacionales, las consideraciones precedentes se refieren esencialmente a los conflictos armados de carácter internacional. En las que se refieren a los conflictos armados no internacionales, las normas e



instituciones sobre su control y verificación son aún más insatisfactorias que en el caso de los conflictos de carácter internacional.

Como es bien sabido, los especialmente crueles conflictos internos se rigen por el art. 3 común de las Convenciones de 1949 y por el Protocolo adicional II de 1977. También resulta de sobra conocido que el art. 3 común impone a los contendientes una serie de obligaciones elementales y de buen sentido. El Protocolo II, por su parte, regula de manera muy parca y genérica el comportamiento de los contendientes en los conflictos internos. Pero ni las Convenciones ni el Protocolo II crean nada que se parezca a mecanismos de control y verificación como los examinados hasta ahora en el marco de los conflictos internacionales. Lo único que hace el art. 18 del Protocolo II es establecer un claro derecho de iniciativa humanitaria en favor de las sociedades de socorro establecidas en el territorio del Estado parte. Y de hecho, el propio CICR ofrece sus servicios para la importante tarea de visitar a las personas internadas en centros de detención y también para el alivio de otros sufrimientos propios de las víctimas de guerra.

Pero en el orden relativo a la verificación del Derecho Internacional Humanitario en los conflictos internos, hay que tener en cuenta las posibilidades que ofrece un inciso del art. 3 común de las Convenciones de 1949 cuando dice:

"Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones de la presente Convención".

Entiendo que estos acuerdos especiales pueden referirse no sólo a las disposiciones propiamente sustantivas de las Convenciones sino también a las relativas a la verificación y control de las violaciones. Y dado que, a mi juicio, las disposiciones convencionales del Derecho Internacional Humanitario deben interpretarse extensivamente siempre que tal interpretación redunde en favor de las víctimas de la guerra, cabe pensar que el acuerdo especial entre las partes contemplado en el art. 3 común de las Convenciones puede referirse a las disposiciones del Protocolo adicional I, el aplicable a los conflictos armados de carácter internacional. Cabría en este sentido, a mi entender, que el

acuerdo especial en cuestión extendiese a un conflicto interno las competencias de la Comisión de Encuesta establecida en el art. 90 del Protocolo I, haciendo por supuesto los ajustes y adaptaciones necesarios. Y cabría también que el referido acuerdo especial crease sus propios mecanismos de control, entre otros una comisión de encuesta *ad hoc*. En fin, son muy variadas las posibilidades que en este campo se abren a las partes. Y señalo que no me estoy moviendo en el campo de las elucubraciones teóricas o académicas. Me consta que en este momento, habiendo ratificado muy recientemente Colombia el Protocolo II, se especula en el país sobre la eventualidad de la firma de un acuerdo especial entre las autoridades de la República y las fuerzas guerrilleras que, entre otras, cosas estableciera algún mecanismo especial de verificación y control del cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario.

## 6.- **Apreciación de conjunto**

Resulta claramente de cuanto llevamos dicho que la eficacia del Derecho Internacional Humanitario es, en su conjunto, pobre pero cierta. Me explico en las líneas que siguen.

Se desprende, en efecto, de cuanto llevamos dicho en esta ponencia, que los medios de control, verificación y sanción del Derecho Internacional Humanitario no brillan por su eficacia sino más bien por su precariedad. La competencia de la Comisión Internacional de Encuesta del Protocolo I es voluntaria, y hasta ahora, en la lista de Estados que han aceptado esa competencia se destaca la ausencia de los que más se prestarían a la acción de la Comisión. De hecho, en unos tiempos convulsionados por crueles conflictos armados, la Comisión aún no ha tenido ocasión de actuar y esto es altamente significativo. En cuanto a la sanción judicial de las violaciones, el hecho de que la Comunidad Internacional organizada haya tenido que crear tribunales penales internacionales *ad hoc* es buena muestra de lo poco que cabe esperar de los tribunales nacionales de países azotados por los peores conflictos. El Tribunal Penal Internacional permanente, por su parte, tardará en ser una realidad, y nunca como ahora desearía errar en una predicción. En fin, la institución de las potencias protectoras ha sido

un fracaso, sólo aliviado por la acción alternativa del CICR y otras entidades humanitarias imparciales.

Y al encontrar esta última acción su base jurídica en las Convenciones de 1949 y en los Protocolos adicionales de 1977, afirmo rotundamente que el dato de mayor interés de eficacia del Derecho Internacional Humanitario se sitúa justamente en la referida acción. A nadie cabe duda de que las guerras, internas o internacionales, sería mucho más crueles sin los instrumentos convencionales del Derecho Internacional Humanitario y sin la labor del CICR y de otros organismos humanitarios imparciales apoyada en esos instrumentos. Es ésta a mi juicio una realidad incontrovertible de la que hay que dejar constancia nítida. Es indudable que la Comunidad Internacional, sobre toda la Comunidad internacional de seres humanos, tiene contraída una deuda importante de gratitud con estas entidades humanitarias.

Pero volviendo al tema central de la ponencia, un espíritu insatisfecho con la actual situación ha de preguntarse cuál será el porvenir a corto y medio plazo de la efectividad del Derecho Internacional Humanitario. Pues bien, a fuerza de realismo y de cara al futuro, tengo que acabar esta ponencia con unas notas pesimistas, refiriéndome concretamente a la marcha de los trabajos en la Conferencia en curso sobre protección a las víctimas de la guerra. Se trata de un complejo proceso de diplomacia declaratoria, iniciado en agosto de 1993, a convocatoria del gobierno suizo, y cuya culminación está prevista en la Conferencia Mundial de la Cruz Roja de diciembre de 1995. En ese proceso, la preocupación central y más visible de las delegaciones y de los expertos ha sido, lógicamente, la de encontrar medios prácticos de promoción del pleno respeto del Derecho Internacional Humanitario.

No voy a entrar en las vicisitudes y vericuetos de los debates, muy dificultosos e intrincados, del proceso referido, pero sí señalaré que, a juicio por ejemplo de las delegaciones de los quince Estados miembros de la Unión Europea y de otras delegaciones, la marcha de los trabajos no puede ser más frustrante ni decepcionante. Ello es así porque los expertos gubernamentales han adoptado en su mayor parte actitudes fuertemente politizadas, intensamente impregnadas de inte-

reses estatales, hasta el punto de que muchas delegaciones participantes se han llegado a preguntar si tiene sentido el ejercicio y si había sido oportuna la convocatoria de la Conferencia. Muchas delegaciones piensan con razón que una conferencia sobre protección de las víctimas de la guerra no puede fracasar. Lo cierto es que, en su reunión ginebrina de la última semana de enero de 1995, los expertos no han sido capaces de hacer una recomendación a la Conferencia Mundial de la Cruz Roja de diciembre de 1995 que suponga un avance mínimamente significativo en pro del respeto, esto es de la eficacia, del Derecho Internacional Humanitario. Como dijo un experto gubernamental, los delegados asistían a la conferencia más preocupados por proteger la soberanía de los Estados que por amparar a las víctimas de la guerra. Me temo que estas duras palabras encierran un importante fondo de verdad y es que, por triste y desesperanzador que sea y, como lo he dicho al principio, la deshumanización de la guerra no sólo se da en el fragor de la batalla; se manifiesta también, aún de forma más solapada y sutil, en el marco que se supone más frío y sereno de las conferencias diplomáticas.

Lamento acabar mi ponencia con estas consideraciones pesimistas, aunque también realistas, pero entiendo que cualquier intento de mejorar la eficacia del Derecho Internacional Humanitario debe estimular los espíritus y espolear las conciencias partiendo de la realidad, por dura y cruda que resulte, y no de las buenas intenciones utópicas de algunos sectores bienpensantes de opinión.

Madrid, junio de 1995