

EL CICR Y LA REGLA DE LA CONFIDENCIALIDAD COMO GARANTÍA FUNCIONAL DE SU ACTUACIÓN: REFLEXIONES AL HILO DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA DE 27 DE JULIO DE 1999

MILENA COSTAS TRASCASAS

SUMARIO

1. Introducción; 2. El CICR: una Institución única en su género; 2.1. El CICR como asociación de Derecho privado suizo; 2.2. El CICR como organización no gubernamental; 2.3. El CICR: sujeto de Derecho internacional; 3. Análisis de la Decisión del TPIY de 27 de julio de 1999; 3.1. Los argumentos de la Fiscalía: el interés de la justicia; 3.2. Los argumentos del CICR: el interés de la confidencialidad; 3.2. La decisión del Tribunal; 3.2.1. La naturaleza de la relación entre ambas instituciones; 3.2.2. La ausencia de una regla procedimental adecuada; 3.2.3. El respeto de la confidencialidad del CICR como norma de Derecho internacional consuetudinario; 3.2.3.1. El mandato del CICR bajo el Derecho internacional convencional y consuetudinario; 3.2.3.2. Los principios que informan la acción del CICR en el cumplimiento de su mandato; 3.2.3.3. El impacto negativo de la declaración sobre la capacidad del CICR para cumplir con su mandato; 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Como resultado de una petición presentada confidencialmente y *ex parte* por la Oficina del Fiscal ante el Tribunal Penal para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia (TPIY), el 10 de febrero de 1999, en el asunto “Simic” (1), éste se ha visto, por primera vez, compelido a pronunciarse sobre un tema extremadamente deli-

(1) Blagoje SIMIC, Milan SIMIC, Miroslav TADIC, Stevan TODOROVIC y Simo ZARIC, han sido acusados por violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y de las leyes y usos de guerra y por crímenes contra la humanidad.

cado: decidir si un antiguo empleado del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) podía acudir ante esta instancia judicial para testificar sobre unos hechos que había presenciado durante el desempeño de su trabajo al servicio del Comité en los municipios de Bosanski Samac y Odzak (Bosnia Herzegovina).

Teniendo en cuenta los atributos de esta particular organización humanitaria, la cual, sin pretenderlo y a fuerza de desplegar una acción independiente, neutral e imparcial, se ha visto convertida en la principal garante de la legalidad humanitaria internacional, era previsible que la decisión del Tribunal fuera algo más que una mera cuestión de trámite. Y efectivamente, la Sala III de Primera Instancia dio respuesta a dos cuestiones, sin duda alguna relevantes: ¿ existe en Derecho internacional convencional o consuetudinario alguna norma que conceda al CICR un interés en la confidencialidad de su información y que le permita impedir la declaración? Y en caso afirmativo, ¿tiene este interés carácter general y absoluto o deberá sopesarse - caso por caso- con el interés de la justicia, teniendo en cuenta la importancia que represente la información para el enjuiciamiento del caso perseguido?.

De sobra es conocido que el TPIY fue creado *ad hoc* por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993 (2). Mediante su Resolución 808 el Consejo calificaba de “amenaza a la paz y a la seguridad internacionales” las violaciones generalizadas del Derecho internacional humanitario (DIH) que tenían por escenario el territorio de la antigua Yugoslavia (3) y, especialmente alarmado por las masacres de civiles y la práctica de la “limpieza étnica”, decidía la creación de un tribunal internacional para la persecución y castigo de las personas responsables, como medida que “contribuiría a la restauración y al mantenimiento de la paz”. Posteriormente la Resolución 827 (4), tras confirmar la precedente, se refería expresamente al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas como base jurídica para el establecimiento del Tribunal y aprobaba el Estatuto del mismo (5).

(2) U.N. Doc. S/RES/808, de 22 de febrero de 1993.

(3) El artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas asigna al Consejo de Seguridad la competencia de calificar una situación de “amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión” y de adoptar las medidas necesarias “de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

(4) U.N. Doc. S/RES/827, de 25 de mayo de 1993.

(5) Los artículos 11, 12 y 13 del Estatuto fueron modificados por la resolución 1166 (1998) del Consejo de Seguridad, de 13 de mayo de 1993.

Resultante de un informe previo que había sido presentado por el Secretario General (6), el Estatuto fija la estructura, marco y funcionamiento del nuevo órgano jurisdiccional y se completa con unas “Reglas sobre el Procedimiento y sobre Prueba” (7) que resultan aplicables “a la etapa preliminar del proceso, al juicio propiamente dicho y a las apelaciones, a la admisión de pruebas, a la protección de las víctimas y los testigos y otros acusados pertinentes” (8).

Pues bien, de conformidad con la Regla 73, en cualquier momento del proceso las partes pueden plantear a la Sala una cuestión escrita u oral, referida a un problema particular y que no se haya previsto en las propias Reglas sobre el Procedimiento y sobre Prueba (9). En este caso, la Fiscalía del Tribunal Penal pedía que la Sala estableciera una regla que sirviera para decidir si el Tribunal podía admitir como prueba la información que aportaba de manera voluntaria un antiguo traductor del CICR. El hecho de que fuera el propio testigo quien había tomado la iniciativa de contactar con la Oficina del Fiscal para comunicarle su disposición a declarar sobre los hechos que había presenciado mientras desempeñaba su trabajo al servicio del Comité y que podían ser trascendentes para el enjuiciamiento de la causa que se sigue contra Simic y otros, complicaba aún más la decisión del Tribunal.

Haciendo frente a las alegaciones de la Fiscalía, la Decisión de 27 de julio de 1999 de la Sala III concluye finalmente que el antiguo empleado

(6) Doc. UN. S/25704 y Add. 1, adoptado siguiendo el párrafo 2 de la resolución 808 (1993).

(7) Las Reglas sobre el Procedimiento y sobre Prueba fueron adoptadas por el TPIY el 11 de febrero de 1994 y entraron en vigor el 14 de marzo de ese mismo año. Enmendadas en numerosas ocasiones, han sido revisadas por última vez el 14 de julio de 2000. *Reglas sobre el Procedimiento y sobre Prueba* (http://www.un.org/icty/basic/rpe/IT32_rev18.htm#Rule), (IT/REV,18).

(8) Cf. Art. 15 del Estatuto TPIY.

(9) La regla 73 “Other Motions” dice así:

- (A) After a case is assigned to a Trial Chamber, either party may at any time move before the Chamber by way of motion, not being a preliminary motion, for appropriate ruling or relief. Such motions may be written or oral, at the discretion of the Trial Chamber.
- (B) Decisions on such motions are without interlocutory appeal save with the leave of a bench of three Judges of the Appeals Chamber which may grant such leave
 - (i) If the decision impugned would cause such prejudice to the case of the party seeking leave as could not be cured by the final disposal of the trial including post-judgement appeal; or
 - (ii) If the issue in the proposed appeal is of general importance to proceedings before the Tribunal or in international law generally (...).

del CICR quedaba exento de prestar declaración (10). La decisión del Tribunal, que incluye una opinión separada del Juez HUNT, llega a la conclusión del carácter absoluto del derecho del CICR a no desvelar la información obtenida en el curso de su trabajo (y que se encuentre en su poder o en el de sus actuales o antiguos empleados); un derecho que se afirma por su carácter consuetudinario y que, como tal, es oponible a los demás sujetos de Derecho internacional, creándoles un correlativo deber de respeto.

Aunque sin valor de cosa juzgada (11), el acierto de esta decisión procedimental se ve confirmada en el Proyecto de Reglas de la Corte Penal Internacional (CPI), cuya Regla 73(4) exige *expressis verbis* al Comité de la obligación de divulgar cualquier tipo de información, documentos o pruebas obtenidos en el curso del desempeño de sus funciones (12). Ello

(10) En la decisión de la Sala III intervinieron los jueces Patrick ROBINSON (Presidente), David HUNT y Mohamed BENNOUNA; *Decision on the Prosecution Motion under Rule 73 for a ruling concerning the Testimony of a Witness*, de 27 de Julio de 1999, Prosecutor v. Blagoje SIMIC, Milan SIMIC, Miroslav TADIC, Stevan TODOROVIC y Simo ZARIC (<http://www.un.org/icty/simic/trialc3/decision-e/90727EV59549.htm>). A partir de ahora *Decisión*.

(11) La Sala III del Tribunal tuvo la oportunidad de manifestarse sobre el valor de este fallo en una nueva Decisión, dictada con motivo de la petición interpuesta por el acusado Stevan Todorovic por la que pedía la reapertura del caso con el objeto de que el CICR entregara al Tribunal los informes que habían sido elaborados por el Comité sobre los campos que se encontraban bajo su control e identificara a las personas que habían inspeccionado los centros y entrevistado a los detenidos. Refiriéndose a su decisión de 29 de julio de 1999, la Sala declaró que el principio de cosa juzgada tiene validez *inter partes*, esto es, impide que la Fiscalía plantee de nuevo la cuestión en un procedimiento interlocutorio entre él y el CICR, a menos que la propia Sala se muestre dispuesta a reconsiderar su decisión. Además, su decisión tiene el valor de ser un precedente judicial aplicable en otras causas. El Tribunal concede al acusado (que no fue parte en la decisión precedente) el derecho de recurrir, si bien la decisión de 7 de junio de 2000 rechaza la petición por considerar que su decisión fue acertada y que no existen nuevas circunstancias que justifiquen su modificación. *Decision on (1) Application by Stevan Todorovic to Re-open the Decision of 27 July 1999, (2) Motion by ICRC to Re-open Scheduling order of 18 November 1999, and (3) Conditions for access to Material*, de 28 de febrero de 2000; (<http://www.un.org/icty/simic/trialc3/decision-e/00228PN511785.htm>); *Decision Denying Request for Assistance in Securing Documents and Witnesses from the International Committee of the Red Cross*, de 7 de junio de 2000 (<http://www.un.org/icty/simic/trialc3/decision-e/00607PNF12851.htm>).

(12) El párrafo 4 de este artículo reza: "La Corte considerará privilegiados y, en consecuencia no sujetos a divulgación, incluso por conducto de testimonio de alguien que haya sido o sea funcionario o empleado del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la información, los documentos u otras pruebas que lleguen a manos de ese Comité en el desempeño de sus funciones con arreglo a los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja o como consecuencia del desempeño de esas funciones, a menos que: a) El Comité, tras celebrar consultas de conformidad con la subregla 6, no se oponga por escrito a la divulgación o haya renunciado de otra manera a este privilegio; o; b) La información, los documentos o las otras pruebas consten en declaraciones y documentos públicos del Comité". *Proyecto de texto definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba preparado por la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional*. Doc. UN. PCNICC/2000/INF/3/Add.1, de 12 de julio de 2000.

quiere decir que ninguna persona que tenga o haya tenido una relación laboral con el CICR podrá ser obligada a declarar -ni tampoco podrá hacerlo voluntariamente- ante la futura Corte Penal Internacional, a menos que: a) el Comité renuncie expresamente a este privilegio y b) que tales informaciones consten en otros documentos o declaraciones, que ya hayan sido hechas públicas por el propio Comité (13).

Pero, además de solucionar la cuestión práctica del derecho del CICR a oponer la confidencialidad de su información ante la demanda de cualquier jurisdicción internacional, la Decisión de la Sala III del TPIY constituye un importante precedente judicial. En efecto, la Sala, tras referirse a las bases y al contenido del mandato que el Derecho internacional confiere a esta institución, después de analizar los principios fundamentales que guían y caracterizan al Movimiento de la Cruz Roja, aporta en su decisión nuevos e interesantes elementos que, en nuestra opinión, justifican y confirman el contenido y alcance de la personalidad jurídica internacional del CICR.

2. EL COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: UNA INSTITUCIÓN ÚNICA EN SU GÉNERO

Antes de examinar el contenido de la Decisión adoptada por el Tribunal para la ex Yugoslavia, es preciso que hagamos unas consideraciones previas acerca del papel único que desempeña el CICR dentro del orden jurídico internacional.

(13) La Comisión Preparatoria tuvo muy claro, desde el principio de las negociaciones, que era necesario incluir una provisión que protegiera la información del CICR. No obstante, algunos representantes gubernamentales mostraron su preocupación por la cuestión de quién debía tener la última palabra a la hora de negar una declaración: el CICR o la Corte. A pesar de la oposición de los que señalaban que el Comité no podía estar “por encima” de la CPI, el Proyecto de las Reglas de Procedimiento y Prueba, consagra el derecho del CICR a decidir en último término, si bien, suavizado por la subregla 73 (6) que prevé la posibilidad de que se establezca un diálogo entre las dos Instituciones en el caso de que la Corte determinara que “la información, los documentos u otras pruebas en poder del Comité revisten gran importancia para una determinada causa”. A fin de resolver la cuestión mediante la cooperación, deberán tener presentes “las circunstancias de la causa, la pertinencia de la prueba, la posibilidad de obtenerla de una fuente distinta del Comité, los intereses de la justicia y de las víctimas y el desempeño de sus funciones [de la Corte] y las del Comité”. Stéphane JEANNET, “Testimony of ICRC delegates before the International Criminal Court”, *R.I.C.R.*, diciembre 2000, vol. 82 n° 840, p. 998-999.

A primera vista, el Comité Internacional de la Cruz Roja es una institución que presenta caracteres contradictorios, al ser, por un lado, un organismo de composición uninacional (sus miembros son exclusivamente suizos) pero que desarrolla su acción a escala internacional y, por otro, un organismo privado (se rige por el Derecho suizo) pero oficialmente encargado de funciones que se derivan directamente del Derecho internacional convencional. Sin embargo, tal y como veremos, son precisamente tales elementos - necesarios y constitutivos del *status* particular y privilegiado que ocupa esta organización en Derecho internacional- los que confieren al CICR el carácter de “institución única en su género” (14).

2.1. EL CICR COMO ASOCIACIÓN DE DERECHO PRIVADO SUIZO

Fundado en el año 1863, el CICR, además de ser uno de los componentes del Movimiento internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (15), es una institución humanitaria e independiente, que tiene su sede central en Ginebra. Sus Estatutos de 24 de junio de 1986 (16) la definen como una “asociación regida por los artículos 60 y siguientes del Código Civil Suizo”, lo cual quiere decir que goza de la personalidad jurídica de Derecho interno y, por consiguiente, que su actividad, en principio, se encuentra sujeta a las normas de Derecho privado suizo. Sin embargo, la capacidad de acción jurídica del CICR no se acaba en el ámbito interno. Al menos, esto es lo que nos indica el acuerdo de sede firmado entre el CICR y el Consejo federal el 19 de marzo de 1993 (17). En efecto, su ar-

(14) La expresión procede de Jean PICTET; *Une institution unique dans son genre: le CICR*, Institut Henry Dunant, Pedone, Ginebra, 1985.

15 Los miembros de la Cruz Roja internacional son el Comité Internacional, la Federación internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las sociedades nacionales de la Cruz Roja o la Media Luna Roja. Vid. Art. 1 (2) de los Estatutos del Movimiento adoptados por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja en octubre de 1986.

(16) El CICR se dota de estatutos el 15 de noviembre de 1915, adoptando unos nuevos el 10 de marzo de 1921. Ulteriormente éstos han sido revisados en numerosas ocasiones. Los estatutos de 24 de junio de 1986 vienen a reemplazar a los del 21 de junio de 1973. Podemos encontrar el texto de los mismos en la (R.I.C.R.), de septiembre de 1986, n° 147, pp. 581-587.

(17) “Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Comité international de la Croix-Rouge en vue de déterminer le statut juridique du Comité en Suisse”, publicado en el *Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération (RO)*, 1993 II, p. 1504. Ver también la *R.I.C.R.*, n° 293 marzo-abril 1993, pp. 152-160.

título primero apunta el doble ámbito de actuación jurídica de esta institución cuando reconoce, además de su “capacidad legal en Suiza”, su “personalidad jurídica internacional”. El reconocimiento unilateral que hace Suiza de la subjetividad internacional del CICR tiene importancia, ya que viene a constatar una situación de hecho que ya se venía observando en la escena internacional: la capacidad del CICR para establecer relaciones directas con los demás sujetos de Derecho internacional.

Mediante la firma de este acuerdo, lo que pretendían las partes era definir y aclarar el conjunto de las relaciones jurídicas existentes entre el Comité y el Gobierno Suizo, para situarlas en el plano del Derecho internacional público. Esto era necesario para evitar la situación jurídica un tanto confusa que producía el hecho de que Suiza en determinadas ocasiones se apartara de su tradicional neutralidad (así ocurrió por ejemplo cuando aplicó de manera autónoma las sanciones decretadas por las Naciones Unidas en la guerra del Golfo) (18). En tales circunstancias, el CICR se veía obligado a desmarcarse de las autoridades federales para afirmar claramente en el plano internacional, además de su independencia, el carácter estrictamente humanitario y neutral de la misión de sus delegados que actúan en su calidad de representantes del CICR y no como nacionales de un Estado determinado. El nuevo acuerdo persigue evitar toda confusión entre la política exterior suiza y la actividad del Comité, así como entre la neutralidad de Suiza y la neutralidad humanitaria del CICR. Pero la independencia y libertad de acción que el Consejo Federal Suizo garantiza al Comité (19) conlleva, a cambio, que este último asuma la responsabilidad por los actos que realice en cumplimiento de sus funciones y del mandato humanitario que desarrolla. A esta finalidad responde el artículo 20 titulado “La no responsabilidad de Suiza”, a través del cual se exime a este país de la responsabilidad internacional a que pudiera dar lugar la actividad del CICR dentro de su territorio, ya sea por los actos y omisiones del CICR, ya sea por los de sus colaboradores. También con el fin de salvaguardar en cualquier circunstancia el libre funcionamiento del CICR y la total independencia de las personas concernidas en el ejercicio de sus funciones, se instituyen a su favor y en beneficio de sus miembros las inmunidades y los

(18) Suiza, a pesar de no ser miembro de las Naciones Unidas, ha aplicado de manera autónoma las sanciones decretadas contra Irak, Libia y Serbia /Montenegro. Sobre este particular *Vid.* Christian DOMINICÉ, “L'accord de siège conclu par le Comité international de la Croix Rouge avec la Suisse”. *R.G.D.I.P.*, 99(1)1995, pp. 9-10.

(19) Cf. Art. 2 del acuerdo.

privilegios clásicos, así como la inviolabilidad de los locales y de los archivos del CICR. El mecanismo de arreglo de “discrepancias” establecido por el acuerdo nos remite igualmente al orden jurídico internacional mediante la designación del arbitraje como el medio más adecuado para la solución de cualquier diferencia que pudiera surgir entre las partes en cuanto a la aplicación o a la interpretación del acuerdo (20).

2.2. EL CICR COMO ORGANIZACIÓN NO GUBERNAMENTAL

Pese a lo categórico de la afirmación contenida en el artículo primero del acuerdo de 1993, el reconocimiento de la existencia jurídica del CICR plantea un problema de calificación, pues, formalmente, el Comité internacional es una organización no gubernamental (ONG), una categoría que, como es sabido, carece de un estatuto jurídico reconocido en Derecho internacional (21).

El Instituto de Derecho Internacional, en su resolución de 1950, definía las ONGs como asociaciones creadas por iniciativa privada con el objeto de realizar sin ánimo de lucro una actividad de interés general (22). Persiguiendo objetivos de muy distinta significación y alcance, las ONGs se insertan en el ámbito de las relaciones internacionales con la finalidad de influir o de corregir la acción de los sujetos de Derecho internacional (23). Tradicionalmente estas entidades han sido consideradas como una

(20) El tribunal arbitral estará integrado por tres miembros, incluido su presidente. El Consejo Federal Suizo y el CICR designarán, cada uno, a un miembro del tribunal arbitral. En caso de desacuerdo con respecto a la persona del presidente, corresponderá su designación al presidente de la Corte Internacional de Justicia (o en su defecto al Vicepresidente o al miembro más antiguo de la Corte); Cf. art. 22 del Acuerdo.

(21) Sobre este tema vid. Manuel PÉREZ GONZÁLEZ, “En torno al status de las Asociaciones internacionales en Derecho Internacional privado y en Derecho de Gentes”, R.E.D.I., 1977, vol. XXX, n° 23, pág. 315; José Manuel SOBRINO HEREDIA, “Consideraciones en torno a la dimensión “mundialista” de la política comunitaria de cooperación para el Desarrollo”, *Revista de Instituciones Europeas*, n° 3, vol. 12, 1985, pp. 757-774.

(22) De la definición adoptada por el IDI en esta sesión se desprende que una ONG debe presentar las siguientes características: 1) la organización debe poseer un carácter internacional, si no es por la composición de sus miembros, al menos en lo que respecta a su actividad; 2) la ONG debe tener un carácter exclusiva o esencialmente privado y por fin, 3) su finalidad no debe ser lucrativa. Instituto de Derecho Internacional, *Sesión de Bath de Septiembre de 1950*, Hans WEHBERG (publ.). *Tableau Général des Résolutions (1873-1956)*. Bâle, 1957.

(23) Art. 1 de la Convención de Estrasburgo de 1986 sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las ONGs.

subcategoría de persona privada, sin que su naturaleza trasnacional o el hecho de que actúen al margen de todo interés exclusivamente nacional hayan sido considerados como elementos suficientes para dotarles de un estatuto internacional: las ONGs sólo serán destinatarias de las normas de Derecho internacional o sólo podrán reclamar su aplicación a través de la intervención de un Estado (24).

Ya que por definición el CICR es un organismo privado suizo destinado al cumplimiento de una finalidad pública, su inclusión dentro de esta categoría, a primera vista, no plantea ningún problema (25). Sin embargo, no podemos obviar que existen algunos elementos que separan y distinguen substantivamente al CICR del resto de las ONGs.

El primer dato a tener en cuenta es que el CICR asume por la vía convencional auténticas responsabilidades internacionales dirigidas a garantizar la aplicación de un mínimo de normas humanitarias en el curso de los conflictos armados (26). Para el desarrollo de las funciones que le han sido asignadas, el CICR necesita relacionarse de forma directa con los demás sujetos de Derecho internacional. Así, a diferencia de las demás ONGs, el Comité negocia directamente con los Estados y mantiene vínculos especiales con ciertas organizaciones internacionales, con muchas de las cuales ha suscrito acuerdos internacionales (27). Destaca en particular la relación de

(24) La citada Convención del Consejo de Europa de 24 de abril de 1986 sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las ONGs apunta a que se reconozca la personalidad jurídica a estas organizaciones en los órdenes internos de los Estados partes, con exclusión por lo tanto de la subjetividad en el plano internacional (art. 2.1).

(25) En este sentido, Raymond RANJEVA, "Les organisations non gouvernementales et la mise en oeuvre du droit international", *R.des C.* (1997), tomo 270, pág. 95. Paul de la PRADELLE, *La Conférence Diplomatique et les Nouvelles Conventions de Genève du 12 Août 1949*, Paris, 1951, p. 18; Giuseppe BARILE, "Caractère du Comité international de la Croix Rouge", *Rivista di diritto internazionale* 62 (1979), p. 112; Nguyen QUOC DIHN, Patric DAILLIER, Alain PELLET, *Droit International Public*, 6^e édition, Paris, 1999, pp. 694-695; Pierre Marie DUPUY *Droit International Public*, Paris, 1998, pp. 239 y 527-528.

(26) Sobre el carácter internacional del CICR, vid. G. BARILE *loc. cit.*, pp. 111-115. Según este autor el CICR pertenece a la categoría de órganos internacionales de funciones, pues ejerce una función internacional por la imposición de una voluntad común de los Estados.

(27) Así, los acuerdos de cooperación para coordinar sus actividades con las organizaciones internacionales, como por ejemplo el acuerdo de cooperación entre el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos y el Comité Internacional de la Cruz Roja publicado en la *R.I.C.R.*, de julio-agosto de 1996, n° 136 pp. 477-480 (también con miras a potenciar sus relaciones mutuas el Comité ha concertado acuerdos con la Organización de la Unidad Africana, la Unión Europea y la Organización de la Conferencia Islámica).

cooperación que le une a las Naciones Unidas por su cualidad de observador y por el papel que desempeña en el control de la aplicación del DIH (28). Como consecuencia de la misión que cumple en los conflictos armados internos, establece contactos con las partes beligerantes o los grupos armados opuestos, también sujetos -efímeros- del orden internacional (29).

Han sido precisamente las relaciones que el Comité ha desarrollado con los sujetos que integran la comunidad internacional y, especialmente, las establecidas con los Estados, las que han ido perfilando el contenido preciso de los derechos y obligaciones que conforman su personalidad jurídica. Ello se constata en la práctica internacional, donde los Estados reflejan una tendencia creciente a conceder al CICR un tratamiento jurídico muy similar al que dan a las organizaciones internacionales y que se demuestra mediante la atribución al Comité de las tres capacidades básicas y probatorias de la subjetividad internacional (30): a) el *ius ad tractatum*: los Estados concluyen con el CICR acuerdos que, desde el punto de vista del Derecho interno, se asimilan a los tratados internacionales (31). En particular, los acuerdos de Sede son convenios bilaterales destinados a definir el estatuto de una delegación del CICR en el Estado donde se establece, cuya similitud con los concluidos por las OI va más allá del mero apelativo (32); b) el *ius legationis*: se tiende a tratar a las delegaciones del

(28) El Comité ha suscrito convenios internacionales con la Organización de las Naciones Unidas (también con las Comunidades europeas) sobre prestación de socorros y ayuda alimentaria.

(29) En el conflicto de Chiapas el CICR estableció un contacto directo con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y desarrolló un papel fundamental de intermediario neutral entre la parte insurrecta y las autoridades gubernamentales. Béatrice MÉGEVAND, "Entre la insurrección y el Gobierno. La acción del CICR en México", *R.I.C.R.*, enero-febrero 1995, n° 127, pp. 101-115. P. RUGGIER nos ofrece algunos ejemplos de acuerdos suscritos con partes beligerantes; "L'organisation de la Croix-Rouge internationale sous ses aspects juridiques", *R.C.A.D.I.*, 1953-I, p. 432.

(30) En este sentido Christian DOMINICÉ, "La personnalité juridique dans le système du droit des gens". *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski, 1996, pp. 158-171.

(31) Paul REUTER, "La personnalité juridique internationale du Comité international de la Croix Rouge", *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, 1984, pág. 790.

(32) Hasta el momento el CICR ha firmado 57 acuerdos de sede. Se trata de acuerdos bilaterales destinados a definir el estatuto de una delegación del CICR en el Estado en el que se establece, por medio de los cuales se instituyen, en beneficio de los miembros de la Delegación, la inviolabilidad de los locales y los privilegios e inmunidades clásicas, la inmunidad de los miembros de la Delegación y su inmunidad de jurisdicción por los actos que realicen en el cumplimiento de sus funciones. Asimismo contienen disposiciones sobre el arreglo de las controversias que puedan surgir, ya sea con terceras partes, ya sea con el Estado de acogida.

CICR como si fueran verdaderas misiones diplomáticas, otorgándoles el derecho de legación activa y pasiva (33); c) a diferencia del resto de los organismos privados, los Estados permiten que el Comité recurra a los mecanismos generales de la responsabilidad internacional para hacer valer sus derechos. No obstante, en la práctica el CICR ha adoptado frente a los Estados una actitud más bien reservada, sin que se pueda citar ningún ejemplo en el que se haya adoptado una acción de reclamación cuando sus bienes o delegados han sido atacados en situaciones un tanto oscuras (34). Sin embargo, existe al menos un ejemplo en el que el CICR hizo valer sus derechos directamente en el plano del Derecho internacional frente a las Naciones Unidas y que destaca por el hecho de que, en este caso, la reclamación internacional (consecuencia del asesinato de tres de sus delegados ocurrido en el Congo Katanga en 1961) fue presentada sin la intervención del Estado nacional de las víctimas (35).

(33) Efectivamente, un estudio detenido de los acuerdos de sede concluidos por el CICR y los Estados, muestran la tendencia a tratar a las Delegaciones del CICR como si fueran misiones diplomáticas. La garantía a sus delegados de los privilegios e inmunidades clásicas, los modos de arreglo que se establecen -normalmente el recurso al arbitraje internacional-, los procedimientos seguidos por el Comité a la hora de nombrar o destituir un delegado (presenta cartas credenciales y de notificación a los Ministerios de AAEE) o el mismo hecho de que el Presidente del CICR, en ciertas ocasiones, reciba ante las autoridades estatales el trato de Jefe de Estado o de Gobierno, son elementos que, en su conjunto, nos hacen pensar que los Estados reconocen al CICR la capacidad de acreditar misiones de carácter diplomático. A pesar de todos estos datos, consideramos que sería excesivo afirmar que existe una práctica uniforme y consistente en la materia; en cualquier caso parece que es ésta la solución hacia la que se encamina la práctica. François BUGNION, *Le Comité international de la Croix Rouge et la protection des victimes de guerre*, Genève, 1994, p. 1133-1144; Christian DOMINICÉ, "La personnalité juridique internationale du CICR". *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, 1984, p. 669.

(34) A pesar de la renuncia del Comité a pedir una reparación, debido a la desproporción existente entre los daños materiales que él había sufrido y los registrados en la población tunecina, el Gobierno francés aceptó dar al CICR una indemnización por los daños que habían sufrido sus camiones y recursos como consecuencia del bombardeo de Sakiet Sidi Youssef. Procesos verbales del CICR, sesiones plenarias de 13 de febrero, 6 de marzo y 1 de mayo de 1958. Citado por F. BUGNION, *op. cit.*, p. 1135.

(35) Comprobado por una comisión de encuesta designada por las partes que los ocupantes de la ambulancia habían perecido en una zona controlada por las tropas de las Naciones Unidas y que los proyectiles provenían de las armas que habitualmente utilizaban esas fuerzas, las Naciones Unidas entregaron al Comité una suma de dinero para que fuera distribuida a las familias de las víctimas. Destaca, por tanto, el hecho de que en este caso la reclamación internacional fue presentada por el CICR y no por los países de la nacionalidad de las víctimas. Sobre este suceso, ver los Informes de Actividad del CICR de 1961 (p. 12 y ss) y de 1962 (pp. 14-15).

Todas estas capacidades denotan que el CICR es una institución que goza de competencias propias de una organización internacional gubernamental y demuestran que su acción se rige por el Derecho internacional (36), puesto que, a diferencia del resto de las ONGs, posee una personalidad jurídica funcional dimanante del DIH.

Sin lugar a dudas, otra diferencia notable reside en el hecho de que el Comité, representa una referencia indispensable en el proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional aplicable a los conflictos armados. Impulsor de la codificación de las normas del Derecho internacional humanitario, el CICR ha desempeñado y desempeña un papel único en la formación, desarrollo y sistematización de esta materia. No en vano ha sido el órgano encargado de elaborar los proyectos de la mayor parte de las convenciones que rigen la materia y ha auspiciado la celebración de las dos Conferencias Diplomáticas (la de 1949 y la de 1974-1977) que darían su fruto con la aprobación de lo que hoy constituye el núcleo duro del Derecho aplicable a los conflictos armados, las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977. Como corolario de la iniciativa que asume en el proceso de codificación, se ha reconocido la autoridad particular del Comité (por ser exterior a las partes de las negociaciones diplomáticas) para interpretar las normas del DIH (37).

Una vez superada por las Naciones Unidas la aparente contradicción entre la propia existencia del DIH y el principio básico en Derecho internacional que prohíbe el uso de la fuerza como medio de solución de las controversias internacionales, el CICR, a través de su estatuto consultivo, primero, (38) y a partir de 1990 como consecuencia de su condición de

(36) Como acertadamente señala P. REUTER (loc. cit., p. 789), en el supuesto de que los agentes del CICR violasen una regla que afecta al ejercicio de sus funciones (así por ejemplo la regla de la imparcialidad o de discreción) no serían las reglas del Derecho suizo sobre la responsabilidad civil ni las reglas del Estado que alega la violación las que se aplicarían, sino más bien las del Derecho internacional. De la misma manera, si los agentes del CICR fueran objeto de una violación de una norma de Derecho internacional por parte de un Estado, sería igualmente este ordenamiento jurídico y no el nacional el que debería ser aplicado.

(37) En el marco de esta actividad se encuadra la ardua tarea que el CICR emprendió por encargo de la XXVI Conferencia Internacional de determinar mediante el análisis de la práctica de los Estados y de su *opinio iuris*, las normas de DIH que forman parte del Derecho internacional consuetudinario.

(38) El estatuto consultivo que se concedía con la apoyatura jurídica del art. 71 de la Carta, en general no concede a las ONGs la posibilidad de intervenir. Tan sólo en algunas comisiones del Consejo Económico y Social (tales como la Comisión de Derechos Humanos o el Comité coordinador de la cooperación con las ONGs) se concede a ciertas ONGs el estatuto de participación o un derecho de iniciativa con carácter permanente, según el correspondiente reglamento de procedimiento aplicable. Christian KÖENIG, "Reflexiones jurídicas acerca del estatuto de observador del Comité Internacional de la Cruz Roja en las Naciones Unidas", R.I.C.R., n° 103, enero-febrero de 1991, pp. 40-43.

observador, se ha visto integrado en los trabajos que, sobre las cuestiones humanitarias, tienen lugar en el seno de sus órganos tanto principales como subsidiarios. Los padrinos de la resolución 45/6 de la Asamblea General pusieron en evidencia la distancia que separa al CICR de las demás ONGs (39). Según éstos, el estatuto de observador se reserva a las organizaciones internacionales y la excepción hecha con el Comité internacional en ningún caso puede verse como un posible precedente, pues responde a su papel único y al mandato que le confían las Convenciones de Ginebra y que lo distinguen del resto de organizaciones humanitarias, las cuales no podrán beneficiarse de las mismas prerrogativas (40). En el plano práctico los representantes del CICR, aparte de disponer de un acceso directo y permanente, pueden intervenir en las reuniones dando su punto de vista sobre cualquier cuestión que entre dentro del ámbito de su competencia. De esta forma el CICR, que actúa de manera directa junto con los demás actores de la escena internacional, tiene la posibilidad de influir directamente en los procesos de toma de decisiones para que, junto al interés político, también respeten las necesidades de carácter humanitario, obligando a los Estados miembros en cuestión a su observancia. Particularmente importante será el papel que desempeñe el CICR en el seno de la Asamblea General (41), pues de nuevo se le brinda la posibilidad de participar e influir en el proceso de codificación y desarrollo del DIH, defendiendo sus intereses en las resoluciones normativas que pudieran adoptarse en el seno de este órgano (42).

(39) Su particular estatuto tan sólo ha sido compartido a partir de 1994 por otras dos ONGs, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y la Orden Soberana de Malta. Sobre esta cuestión, *Vid.* Wilfried REMANS, "The Granting of Observer Status by the General Assembly of the United Nations to the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies", *International Law: Theory and Practice*, K. Wellens (ed.), pp. 347-362.

(40) La Asamblea General, por su resolución 46/496 de 1994, ha decidido que la concesión de la condición de observador se limite con carácter general en el futuro a los sujetos de DI, Estados y OI, lo que no impedirá que este estatuto se pueda conceder a otras entidades con carácter *ad hoc* para ciertos períodos de sesiones o para tareas de órganos determinados.

(41) Aunque sin derecho a voto, el Comité tiene acceso a toda la documentación y asiste a las sesiones de la Asamblea General y de sus Comisiones.

(42) Así, por ejemplo, el CICR jugó un papel destacado en el proceso de elaboración de la resolución 49/59 de 9 de diciembre de 1994 por medio de la cual la Asamblea General adoptó la *Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado*, cuyo artículo 20 señala en particular que "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará: a) La aplicabilidad del derecho internacional humanitario ni de las normas universalmente reconocidas de derechos humanos según figuran en instrumentos internacionales en relación con la protección de las operaciones de las Naciones Unidas y del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, ni a la responsabilidad de ese personal de respetar ese derecho y esas normas".

Por último, hay que mencionar el papel destacado que el Comité internacional desempeña en el proceso de aplicación y de control del DIH. En muchas ocasiones particularmente sensibles y altamente politizadas, el CICR ha sido la única organización humanitaria a la que se le ha garantizado el acceso. Un buen ejemplo de la posición privilegiada que ocupa esta organización respecto de las demás es la resolución del Consejo de Seguridad 771 de 13 de agosto de 1992, que hace un llamamiento “a todas las partes en conflicto para garantizar a las organizaciones humanitarias internacionales responsables y al CICR *en particular*, el acceso a campos, prisioneros y centros de detención en Yugoslavia” (43).

2.3. EL CICR, SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL

La cuestión de la atribución de la personalidad jurídica al CICR no está exenta de controversia doctrinal, fundamentalmente porque la conclusión final a la que podemos llegar depende de la noción de “sujeto de Derecho internacional” de la que se parta (44). Para los que consideran que es sujeto de Derecho internacional toda entidad que es destinataria de derechos y obligaciones que proceden directamente del orden jurídico internacional, la conclusión será afirmativa (45). La propia Decisión del

(43) La cursiva es nuestra. El acuerdo que fue suscrito por todas las partes el 6 de Junio de 1992 en el conflicto de la antigua Yugoslavia prueba la confianza que suscita la acción del CICR frente a otras organizaciones gubernamentales (regionales o universales) y no gubernamentales. Dicho acuerdo establecía el deber de las partes de consentir y cooperar con las operaciones orientadas a asistir a las víctimas del conflicto de Bosnia-Herzegovina, declarando que *en particular* se darían todo tipo de facilidades al Comité Internacional de la Cruz Roja. *Declarations of the International Committee of the Red Cross (22.5.1992-14.6.1996)*. Dossier elaborado por el CICR.

(44) Entre los innumerables estudios en torno a la personalidad jurídica internacional del CICR pueden consultarse, además de los ya citados: Julio A. BARBERIS, “El Comité Internacional de la Cruz Roja como sujeto de derecho de gentes”, *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, Genève, 1984, pp. 635-641; Christian DOMINICÉ, “La personnalité juridique internationale du CICR”. *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, Genève, 1984, pp. 663-672. Denise PLATTNER, “Le statut du délégué du CICR sous l’angle du principe de l’inviolabilité de sa personne”. *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, Genève, 1984, pp.761-769; Richard SOGNO-BEZZA, *La personnalité juridique du Comité International de la Croix-Rouge*, Paris, Université de Paris II, Droit, Économie et Sciences sociales, 1974;

(45) Así v.gr. Julio A. BARBERIS, *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, 1984, pp. 153-159.

TPIY, que examinaremos, señala que las funciones de carácter internacional y de utilidad pública que el CICR desempeña “se derivan directamente del Derecho internacional, esto es, de las Convenciones de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales” (46). Diferente (o quizás menos clara) será la respuesta si, a la noción de sujeto que acabamos de mencionar, añadimos la circunstancia de que la entidad de que se trate deba tener capacidad para “hacer valer sus derechos por la vía de una reclamación internacional” (47). Se ha considerado, en este sentido, que el *locus standi* ante el Tribunal Internacional de Justicia representa el criterio definitorio de un sujeto del orden internacional (48). En este orden de ideas y ante la incuestionada incapacidad del CICR para presentar una reclamación ante el TIJ49, estamos de acuerdo con RANJEVA en que lo determinante para atribuir la personalidad jurídica internacional a una entidad es la capacidad de presentar de forma directa una pretensión de carácter internacional y no la posibilidad de la acción contenciosa delante de una jurisdicción internacional (50). Esto ha sido puesto de relieve por el TIJ al afirmar por vía consultiva en el asunto de la *Reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas* que la aptitud para presentar una reclamación internacional es “la capacidad de recurrir a los métodos habituales reconocidos por el Derecho internacional para el establecimiento, la presentación y la resolución de pretensiones. Entre estos métodos, podemos mencionar la protesta, la encuesta, la investigación y la

(46) *Decisión...*, p. 46.

(47) El Tribunal Internacional de Justicia, en el asunto de la *Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, llegaba a la conclusión de que la Organización de las Naciones Unidas era un sujeto de Derecho internacional, lo cual significa que “dispone de la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones internacionales y que tiene la capacidad de hacerlos valer por la vía de una reclamación internacional”. *C.I.J., Recueil*, 1949, p. 179. Teniendo en cuenta las dos capacidades, PERRUCHOUD llega a la negación de la personalidad jurídica del CICR, mientras que, por ejemplo, BUGNION obtiene la conclusión contraria. Richard PERRUCHOUD, *Les Résolutions des conférences internationales de la Croix-Rouge*, Institut Henry Dunant, Genève, 1979, p.71; F. BUGNION, *loc. cit.*, pp. 1127-1128.

(48) R. RANJEVA (*loc. cit.*, p. 64), admitiendo que el Estatuto del TIJ excluye toda posibilidad de participación de una ONG en un procedimiento contencioso ante el Tribunal, considera que en materia consultiva, a falta de una definición de la noción de “organización internacional”, podría ser una vía abierta a estas organizaciones no gubernamentales “teniendo en cuenta que la decisión del Tribunal se funda más bien en consideraciones de oportunidad que de legalidad”.

(49) *Vid.* el art. 38 del Estatuto del TIJ.

(50) R. RANJEVA, *loc. cit.*, pp. 97-98.

petición de someter un asunto a un tribunal arbitral o a la Corte, en la medida en que su Estatuto lo permita” (51).

En el caso del CICR es lógico pensar que los Estados, al mismo tiempo que aceptan su acción, están reconociendo las competencias y los derechos que le resultan necesarios e imprescindibles para la realización de sus funciones así como para demandar su respeto (52). Es evidente que el CICR no podría cumplir con la misión que se le asigna si tuviera que recurrir a la protección diplomática de Suiza o, en su defecto, a la de cualquier otro Estado, cada vez que un sujeto de Derecho Internacional atentara contra los derechos que le han sido reconocidos (53). Por eso, en aras de la eficacia de su cometido, el Comité debe estar capacitado para recurrir inmediata y directamente a los procedimientos del Derecho Internacional para así hacer valer sus derechos. Serán las finalidades y objetivos -eminente-mente humanitarios- de este organismo los que determinen los métodos y medios a los que debe recurrir para el desarrollo y defensa de su mandato. No hay que olvidar en este sentido que, además de la vía contenciosa, existen otros medios, tales como la negociación, el recurso a comisiones internacionales de encuesta o incluso a los tribunales arbitrales, que destacan de entre los demás mecanismos de solución de controversias como los más adaptados a las particulares características del CICR; que el CICR no pueda o no quiera recurrir a otros medios de solución no quiere decir que carezca de personalidad jurídica.

Llegados a este punto, existe una última cuestión que debemos tratar y que hace referencia al carácter *sui generis* del procedimiento o modo a través del cual la comunidad internacional ha atribuido al CICR su estatuto. La ausencia de un tratado o de un acto específico a través del cual los Estados hayan reconocido (expresa o implícitamente) la existencia jurídica del Comité podría inducirnos a pensar que quiebra uno de los caracteres esenciales del Derecho internacional: su carácter consensual. Porque, efectivamente, de acuerdo con el Derecho internacional, el cumplimiento de una norma que no es imperativa sólo puede reclamarse a un Estado si éste ha dado previamente su consentimiento. Si concedemos al CICR la condición de sujeto de Derecho internacional, podríamos estar quebrantando esta regla en tanto en cuanto estemos reconociendo que una asociación privada, que persigue sus propias finalidades y objetivos,

(51) C.I.J., *Recueil*, 1949, p.177.

(52) *Ibid.* p. 182.

(53) F. BUGNION, *op. cit.*, p. 1128.

puede participar en la elaboración de normas que están llamadas a imponerse a los Estados soberanos.

En este sentido, hay que señalar que la peculiaridad del proceso a través del cual los Estados han dotado al CICR de la capacidad para realizar actos con eficacia jurídica en el orden internacional reside en que estamos ante un reconocimiento de carácter tácito que se ha visto reflejado en la práctica de los Estados. La personalidad jurídica del CICR se ha impuesto a los Estados por la fuerza de los hechos y responde a la necesidad de su existencia como única solución para paliar las deficiencias de los propios poderes públicos. Tal interpretación sería, por otra parte, perfectamente congruente con la visión dinámica de la sociedad internacional que nos da el Tribunal Internacional de Justicia en la citada opinión consultiva de 1949, donde afirma que “los sujetos de derecho en un sistema jurídico no son necesariamente idénticos en cuanto a la naturaleza o a la extensión de sus derechos y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad” (54). Pues, después de todo, tal y como señala REUTER, la personalidad jurídica no es más que un “instrumento técnico eficaz y sutil que responde a las necesidades prácticas de la vida social” (55). En consecuencia, si *de facto* existen ciertas entidades cuya acción se manifiesta por su inserción en el medio internacional, dando prueba de que ejercen derechos y asumen obligaciones en el sistema jurídico internacional, no hay razón para negarles la subjetividad internacional (56).

No podríamos afirmar que en 1949 los Estados partes en las Convenciones de Ginebra, por el hecho de atribuir determinadas funciones al CICR, tuvieran *in mente* dotar a esta Institución de tradición humanitaria de un estatuto jurídico internacional al que se une la capacidad para reclamar el beneficio de sus derechos. Lo que pretendían era simplemente hacerle beneficiario de ciertos derechos. En cambio, ha sido la práctica reciente, especialmente la desarrollada en las relaciones entre el Comité y los Estados, la que ha permitido consolidar una regla internacional consuetudinaria que le otorga la personalidad jurídica internacional (57). Al igual que ocurre en el caso de la Santa Sede, se trata de una regla específica e individualizada, por lo que el reconocimiento de esta capacidad no

(54) *Ibid.* pár. 178.

(55) P. REUTER, *loc. cit.*, p. 783.

(56) Philippe GAUTIER, “O.N.G. et personnalité internationale: á propos de l'accord conclu le 29 novembre 1996 entre la Suisse et la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge”. *R.B.D.I.*, 30 (1) 1997, p.180.

(57) C. DOMINICÉ, *loc. cit.*, nota 26, p. 158.

es susceptible de ampliarse a otras ONGs: la inscripción del CICR en el orden internacional responde a una necesidad de la sociedad internacional y se encuentra consagrada por la práctica de los Estados.

Precisamente la Decisión del TPYI, que comentaremos en breve, confirma la dimensión internacional de la personalidad jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja, aportando nuevos elementos, cuando señala que “las funciones y objetivos del CICR se derivan directamente del Derecho internacional, esto es, de las Convenciones de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales” (58). En cuanto al contenido de la personalidad jurídica, teniendo en cuenta su carácter funcional, el TPIY recurre a la lógica de los poderes implícitos: “las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos deben construirse a la luz de sus objetivos y finalidades fundamentales tal y como han sido descritas más arriba y por esta razón deben ser interpretadas como concediendo al CICR los poderes y los medios necesarios para el cumplimiento de su mandato” (59). Por último, recogiendo el parecer de la propia Fiscalía, el Tribunal reconoce que “el CICR tiene personalidad jurídica internacional” y que “su mandato le fue conferido por la comunidad internacional” (60).

No obstante, la Oficina del Fiscal y el CICR no llegan a un acuerdo en cuanto a las consecuencias que se derivan de la atribución de tal *status*, ya que, según mantiene la primera, no existe en Derecho internacional ninguna regla que conceda con carácter general y absoluto la confidencialidad de la información del CICR, ni que, consecuentemente, requiera su consentimiento para que el testigo en cuestión preste su declaración.

3. ANÁLISIS DE LA DECISIÓN DEL TPIY DE 27 DE JULIO DE 1999

3.1. LOS ARGUMENTOS DE LA FISCALÍA: EL INTERÉS DE LA JUSTICIA

En sus alegaciones, la Fiscalía sopesa las repercusiones negativas que, para el desempeño de la labor humanitaria del CICR, previsiblemente, se derivarían de la declaración del testigo, con la gravedad de la ofensa y la importancia que el testimonio tiene para el caso en cuestión. Una vez valorados estos extremos, llega a la conclusión de la necesidad de que el antiguo traductor del Comité declare (61).

(58) *Decisión...*, pág. 46.

(59) *Decisión...*, pág. 72.

(60) *Decisión...*, pág. 35.

(61) *Decisión...*, párs. 28 y 29.

Aunque reconoce que el buen funcionamiento del Comité depende en gran medida de la confidencialidad de la información que obtiene como consecuencia del desempeño de su mandato humanitario, la Fiscalía afirma que existe otro interés que el Tribunal también debe considerar: el interés de la justicia. En su opinión, el TPIY sólo podrá llegar a una decisión que se considere justa, tanto para los acusados como para las víctimas, en el caso de que todas las pruebas relevantes sean puestas a su disposición. En este sentido, la Fiscalía hace hincapié en que los hechos que el antiguo traductor del CICR presencié con motivo de las diversas visitas que había realizado a los centros de detención de la zona y de su presencia en el intercambio de civiles supervisados por el Comité, se caracterizan por ser especialmente relevantes e imprescindibles para probar la culpabilidad de algunos de los acusados en el caso *Simic y otros* (62). La declaración del testigo es, por lo tanto, fundamental y crucial para la solución del caso, pues de ella depende la prueba de la comisión de violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, de las leyes o usos de la guerra y de crímenes contra la humanidad.

Por otra parte, considera que la tarea de determinar y decidir si se debe eximir o no a un testigo del deber de declarar, corresponde al propio Tribunal y no al Comité internacional. Quiere esto decir que el CICR en ningún caso puede impedir de manera unilateral que su antiguo intérprete tes-

(62) Según la Segunda Acta de Acusación desde septiembre de 1991 y hasta al menos el 31 de diciembre de 1993 Blagoje SIMIC, Milan SIMIC, Miroslav TADIC, Stevan TODOROVIC y Simo ZARIC, junto con otros civiles serbios y oficiales militares, planearon y cometieron o consintieron que se ejecutara en los municipios de Bosanski Samac y Odzak una política de depuración étnica así como otras muchas violaciones graves del Derecho internacional humanitario. Debido a la situación privilegiada de estas dos localidades -enclavadas en el filo norte del "corredor de Posavina"- el control de la zona era crucial para los bosnios de Serbia, pues de esta forma se garantizaban la franja territorial que une por el este a Serbia con los serbios de Krajina en Croacia y otras partes del oeste de Bosnia y Herzegovina. Con este objeto, y tras la toma de estos municipios por la fuerza, las autoridades serbias de Bosnia y Herzegovina establecieron un "gabinete de crisis" que sustituyó a la asamblea municipal legalmente elegida. Desde ahí se planeó y desarrolló un plan de "limpieza étnica" en contra de la población de origen no serbio: las personas que no huyeron o fueron expulsadas fueron detenidas o arrestadas ilegalmente, sometidas a leyes discriminatorias o a trabajos forzados. Las cifras hablan por sí solas acerca de los resultados de esta línea de conducta: en tres años, la población bosnio-croata y bosniomusulmana de Bosanski Samac pasa de 17000 a 300 y en la vecina Odzac, tras los acuerdos de Dayton en 1995, la práctica totalidad de la población era serbia. Prosecutor v. Blagoje SIMIC, Milan SIMIC, Miroslav TADIC, Stevan TODOROVIC y Simo ZARIC, *Case n° IT-95-9 (Second Amendment Indictment* de 25 de marzo de 1999), párrs. 1-13, (<http://www.un.org/icty/indictment/english/sim-r2ai990325e.pdf>).

tifique sobre los hechos que ha presenciado en su capacidad oficial. Como fundamento de esta opinión, la Fiscalía alega dos motivos.

En primer lugar, y como cuestión de derecho general, porque el CICR no disfruta de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales internacionales. Según la Oficina del Fiscal, tal inmunidad no se deriva ni de la personalidad jurídica funcional del CICR ni tampoco encuentra sus bases en el Derecho internacional (63). Descartada la posibilidad de que las normas de Derecho convencional o consuetudinario que regulan la materia (así por ejemplo el Convenio de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas) puedan aplicarse -ni siquiera por analogía- al caso del CICR, no hay razón por la cual el TPIY deba respetar la negativa del CICR a que el testigo preste testimonio, máxime cuando el empleado del CICR se ha presentado voluntariamente ante el Tribunal, pues tampoco existe ninguna norma de Derecho internacional general que requiera que el CICR dé su consentimiento para permitirle declarar.

En segundo lugar, la Fiscalía considera que la afirmación según la cual el testimonio pondría en peligro la capacidad del CICR para llevar a cabo su misión humanitaria no se encuentra lo suficientemente probada en el presente caso (64). El hecho de que la práctica de la confidencialidad del CICR no sea del todo uniforme (puesto que en ocasiones el Comité ha hecho públicas declaraciones referidas a ciertas violaciones del DIH) es una prueba irrefutable para la Fiscalía de que su información no dispone de ninguna inmunidad o privilegio que pueda ser invocada por este organismo ante la Sala. Si bien reconoce la capacidad del Tribunal para excluir una declaración en determinadas situaciones en las que se reúnan circunstancias excepcionales, considera que ninguna de estas causas concurre en el caso que se juzga y que, consecuentemente, la declaración deberá ser admitida, ya sea con o sin el consentimiento del CICR.

No obstante lo anterior, la Fiscalía apunta que el interés que tiene el CICR en la confidencialidad de su trabajo, podría ser adecuada y sobradamente protegido, si se adoptan ciertas medidas protectoras de carácter preventivo, dirigidas a ocultar la identidad del testigo y a evitar que la información se revele fuera del Tribunal. De esta forma, las posibles repercusiones negativas del testimonio sobre la acción futura del CICR podrían ser reducidas al mínimo (65).

(63) Decisión..., p.6.

(64) Ibid.

(65) Decisión..., párs. 30 y 31.

3.2. LOS ARGUMENTOS DEL CICR: EL INTERÉS DE LA CONFIDENCIALIDAD

Admitida por la Sala -a petición de la Fiscalía- la capacidad del CICR para comparecer en el proceso en calidad de *amicus curiae* (66), el Comité presenta el 13 de abril de 1999 una declaración en la que expresa las bases jurídicas sobre las que apoya sus argumentos y que incluye, entre otros documentos y declaraciones, las opiniones de los Profesores J. CRAWDFORD, J. SALMON y E. DAVID (67).

Haciendo frente a la posición de la Oficina del Fiscal, el Comité internacional declara que existen en Derecho internacional bases claras que permiten mantener la confidencialidad de la información y que obligan al Tribunal a rechazar el testimonio de su antiguo empleado, a saber, su mandato humanitario, los principios sobre los que opera, su inmunidad, la naturaleza privilegiada de sus comunicaciones y el impacto del testimonio en sus operaciones, así como el privilegio de la doctrina de la confidencialidad en Derecho nacional.

Sin duda alguna, el argumento más contundente que maneja en contra de la revelación del testimonio es el daño que éste produciría sobre la capacidad del Comité para cumplir en el futuro con su mandato humanitario.

Según el Comité, el respeto de la obligación de confidencialidad es una característica esencial de su mandato y constituye un instrumento necesario e imprescindible para el efectivo cumplimiento de las funciones que ha asumido por la vía convencional (68). En este sentido, el Tribunal

(66) De acuerdo con la Regla 74 la Sala puede, cuando así lo considere conveniente para la solución del caso, invitar o permitir a un Estado, organización o persona, intervenir en el proceso y someterle declaraciones sobre cualquier cuestión (de hecho o de derecho) que ella misma le especifique. Sobre la base de este artículo, las Salas han recibido varias peticiones de diversa procedencia (Estados, organizaciones no gubernamentales, organizaciones y corporaciones). Los jueces del Tribunal en su séptima sesión plenaria adoptaron unas líneas directrices informales sobre la práctica de los *amici curiae*. John R.W.D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, Transnational Pub.Nueva York, 1998, pp. 273-274.

(67) En el momento de la elaboración de este artículo, tanto la declaración del CICR como las opiniones de los expertos anejas, todavía no han sido hecho públicas por el TPIY; de ahí que no se haga referencia expresa a las mismas, sino a los extractos que de ellas aparecen mencionados en la propia Decisión del Tribunal.

(68) La posición del CICR en lo que respecta al testimonio de las personas que realizan una actividad bajo su responsabilidad ya había sido expuesta en una declaración presentada con motivo del establecimiento del Tribunal *ad hoc* para la antigua Yugoslavia. En su opinión, esta posibilidad pondría en peligro su misión humanitaria por las siguientes razones: 1) violaría la promesa de confidencialidad que asume tanto con las víctimas como con las partes del conflicto; 2) socavaría la confianza que depositan en su acción las partes y las víctimas; 3) pondría en peligro a las víctimas y a los delegados del CICR; 4) podría provocar que en esa, o en futuras situaciones se le negara el acceso a las víctimas al Comité; *Statement of the ICRC of 25 February 1993 on its position regarding the establishment of the ICTY*.

debe tener en cuenta que la eficacia de su acción humanitaria depende, en gran medida, del acceso directo y duradero a las víctimas; un acceso que sólo se logra si los delegados del Comité garantizan a las partes la confidencialidad de la información que obtienen en el desarrollo de sus actividades operacionales.

En virtud de las funciones que le han sido atribuidas por la comunidad internacional, el CICR trabaja por una mejor aplicación del DIH, especialmente en los casos de conflicto armado internacional o de otra índole (69). Su mandato se deriva de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos Adicionales de 1977 y aparece recogido en los Estatutos del Movimiento que le asignan el cometido de asumir “las tareas que le reconocen los Convenios de Ginebra” y de “trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional aplicable en los conflictos armados” así como de “recibir las quejas relativas a las violaciones alegadas contra dicho derecho” (70).

Pues bien, el CICR cree firmemente que el desarrollo de su labor humanitaria, en particular de las actividades de supervisión y asistencia a las víctimas de los conflictos armados, se vería seriamente puesta en peligro si, de alguna forma, se le relacionara con la represión -que no prevención- de las violaciones que sufre el DIH (71). Como sabemos, en la práctica, el derecho del CICR de acceso a las víctimas depende en gran medi-

(69) Art. 4.1 d). De conformidad con su derecho de iniciativa extraconvencional (se deriva de sus propios Estatutos y no de los Convenios), el CICR puede proponer a los gobiernos el acceso a las personas privadas de libertad como consecuencia de una situación de disturbios o de tensiones interiores.

(70) Art. 4. 1 c) y d) de los Estatutos del Comité Internacional de la Cruz Roja de 24 de junio de 1998.

(71) En general, el DIH debe aplicarse según tres modalidades complementarias, a saber: a) la promoción del derecho; b) la supervisión directa y asistencia a las víctimas; y c) la represión de las violaciones. Los Estados encomendaron específicamente al CICR el cometido de trabajar en las dos primeras modalidades de aplicación, lo que comprende emprender acciones, en caso de conflicto armado o de violencia interna, para persuadir a las partes de que respeten el DIH, cesen de cometer violaciones de este Derecho o prevengan la comisión de tales violaciones. Esto implica el suministro de información sobre el DIH, la promoción del respeto de este Derecho, la educación, la persuasión y la verificación de dicho respeto. Pero no equivale a desempeñar un papel punitivo en respuesta a las violaciones o participar en mecanismos represivos. El CICR tiene la firme convicción de que su labor, en particular respecto de la supervisión directa y la asistencia a las víctimas, se vería grandemente afectada si resultara implicado en la represión de las violaciones. Cf. Stéphane JEANNET, “Recognition of the ICRC’s long-standing rule of confidentiality”, *R.I.C.R.*, n° 838, junio 2000, p. 406.

da del consentimiento de las partes (72). Es más, en el supuesto de los conflictos armados internos o de disturbios interiores la acción del Comité se basa exclusivamente en su derecho de iniciativa, sin que las partes tengan la obligación legal de permitir su intervención. Por eso, el CICR insiste en el hecho de que en tales situaciones, la clave para ganarse la confianza de los Estados y, en consecuencia, para superar las barreras de la soberanía territorial, está en presentarse ante las partes enfrentadas como un organismo neutral e independiente que, inspirado por los principios de imparcialidad y neutralidad, adopta la discreción como método de trabajo.

El Tribunal debe entender que la actitud de reserva que manifiesta el Comité por lo que respecta a las observaciones y comprobaciones que hacen sus delegados en el marco de sus actividades, en ningún modo pretende obstruir la acción de la justicia. La confidencialidad no es más que un instrumento que le permite establecer una relación de confianza con las autoridades concernidas a la hora de aceptar en su territorio sus actividades, y por ende, la posibilidad de tener un acceso directo y duradero a las víctimas. Para preservar esta relación, el CICR únicamente ha colaborado con los tribunales internacionales hasta donde se lo han permitido los principios que rigen su acción. En este sentido insiste en que la única finalidad por la cual recurriría a hacer una declaración pública es la de detener la violación del DIH. Lo haría, por tanto, en beneficio de las víctimas afectadas o amenazadas, pero en ningún caso en relación con la determinación de la responsabilidad penal de un individuo o como consecuencia de su participación en un proceso penal. En este sentido, es ya doctrina consolidada del CICR que, en caso de que sus delegados comprobaran con motivo de su trabajo la existencia de violaciones del DIH, únicamente se puedan realizar declaraciones públicas en supuestos excepcionales, bajo ciertas condiciones y siempre que esté demostrado que las gestiones confidenciales (que consisten en sugerencias, observaciones e informes que se remiten exclusivamente a las autoridades concernidas) no han logrado poner término a las mismas. Llegado el caso, tales declaraciones son de carácter muy general y nunca contienen una denuncia pública, directa y mucho menos personalizada de las violaciones.

Por todos estos motivos, la aceptación del testimonio que el antiguo empleado se dispone a prestar constituiría un precedente peligroso. Crea-

(72) Sobre este aspecto Vid. Ruth ABRIL STOFFELS, *La asistencia humanitaria en los conflictos armados: configuración jurídica, principios rectores y mecanismos de garantía*, Tesis Doctoral, Madrid, U.C.M., 2000, pp. 123-140.

ría en las partes implicadas en los conflictos armados u otras situaciones de violencia interna una clara desconfianza hacia la labor del Comité, lo cual, en último término, revertiría en las víctimas de tales circunstancias. Pues, ciertamente, existe el riesgo de que las autoridades nacionales o los grupos armados opuestos, temerosos de que, en tanto que testigos potenciales, los delegados o empleados del CICR declaren subsiguientemente en relación con las personas que vieron o con los hechos que presenciaron, puedan en lo sucesivo cambiar de actitud, negando o restringiendo el acceso de los delegados del Comité a las prisiones, así como las facilidades que se les ofrece en el caso de detención.

Alternativamente, el CICR introduce como argumento la doctrina del privilegio, desarrollada en los sistemas del *common law* (y que considera aplicable en el presente caso), donde el Derecho nacional reconoce -por considerarlo importante para el interés público- un privilegio necesario para desarrollar y proteger una relación particular, que depende de la confianza que depositan las partes en la confidencialidad (73).

Finalmente, y en lo que se refiere a la posibilidad alegada por la Fiscalía de adoptar medidas protectoras que pudieran garantizar la confidencialidad de su información, el Comité considera que la cuestión central consiste en determinar si la declaración en sí debe ser revelada al Tribunal y no si la evidencia, ya revelada, debe ser confinada a él. En este último supuesto, la capacidad del Comité para el desarrollo de su actividad sobre la base de la confianza se vería, sin lugar a dudas, dañada, *incluso* si la revelación se limitara al Tribunal (74).

3.3. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

3.3.1. La naturaleza de la relación entre ambas instituciones

Ante el conflicto de intereses que se le plantea, la Sala III llama la atención sobre el hecho de que los mandatos de ambas instituciones internacionales - CICR y TPIY-, aunque independientes, se hallan unidos por una relación de complementariedad, ya que, en términos generales, lo que ambos pretenden es garantizar el respeto del DIH. Ahora bien, en lo que se refiere a la finalidad -preventiva o represiva- perseguida, ambos manda-

(73) *Decisión...*, pág. 18.

(74) *Decisión...*, pág. 20.

tos difieren. Así, mientras que la actividad del CICR se orienta hacia la prevención de las violaciones del DIH, el Tribunal internacional interviene *a posteriori*, esto es, una vez que éstas ya han ocurrido, para perseguirlas y reprimirlas (75).

Tanto la Fiscalía como el Comité admiten este punto de partida como válido, aunque no coinciden en cuanto a las consecuencias que cabe inferir de la complementariedad en aquellos casos en los que, como el presente, existe un conflicto entre las necesidades de los mandatos de las dos instituciones. Para la primera, ninguna de éstas tiene poder legal para imponer a la otra su propia valoración acerca de cómo debe resolverse un determinado asunto. Probada la imposibilidad de llegar a un acuerdo de buena fe entre ambas instituciones, es la Sala la que debe decidir lo que es más apropiado (76). Aunque la Fiscalía “no discute que el CICR tiene una apariencia de personalidad jurídica de acuerdo con el Derecho internacional, ni que el CICR tiene un mandato reconocido por la comunidad internacional” (77), no oculta su contrariedad ante los obstáculos impuestos por el Comité a la declaración, cuando señala que “corresponde al Tribunal y no al CICR decidir si los testigos pueden comparecer o no ante el Tribunal” (78), afirmando la preeminencia de las necesidades del órgano jurisdiccional sobre el interés de la organización humanitaria: “aceptar este argumento de control sería una abdicación de la función judicial para el Tribunal Internacional” (79).

La conclusión a la que llega el CICR es distinta: el mandato del CICR es independiente del que asume el Tribunal, pero también forma parte del “orden público” internacional, que el Tribunal ha de aplicar (80). Consecuentemente, el TPIY, que no tiene jurisdicción sobre el CICR, se encuentra obligado a respetar el deber absoluto de mantener la confidencialidad de las actividades operacionales del CICR y a no admitir una declaración que supondría la violación de tal deber.

Perspicazmente, la Sala elude este problema jurídico y centra la cuestión, que, en su opinión, no consiste en dilucidar si el Tribunal Internacional tiene jurisdicción sobre el CICR o poder para obligarle a presentar tal información, sino en saber si, a la luz de las Reglas procedimentales, el

(75) *Decisión...*, pár. 79.

(76) *Decisión...*, pár. 26.

(77) *Decisión...*, pár. 24.

(78) *Ibid.*

(79) *Decisión...*, pár. 25.

(80) *Decisión...*, pár. 15.

Comité posee un interés genuino y relevante en mantener la confidencialidad de la información (81).

3.3.2. La ausencia de una regla procedimental apropiada

En primer lugar, la Sala procede a examinar las reglas de carácter procesal que rigen su funcionamiento, en orden a determinar si contienen alguna norma que se refiera *in concreto* a la admisión de la información y que pudiera aplicarse en el presente caso.

El Tribunal internacional ha preferido la adopción de un procedimiento de prueba más bien flexible (82), rechazando la opción de elaborar unas reglas detalladas y rígidas que, añadidas a las dificultades materiales de recopilación de las fuentes de prueba, habrían obstaculizado y en muchos casos provocado el sobreseimiento o, simplemente, la no-incoación del proceso.

Siendo en la práctica imposible unificar todas y cada una de las reglas aplicables a los procedimientos de los más diversos países, en las Reglas sobre el Procedimiento y sobre Prueba se ha optado por el establecimiento de diez reglas generales, que constituyen, en esencia, el marco dentro del cual debe desarrollarse todo proceso (83). La ausencia de reglas técnicas y detalladas se ve subsanada por la acción de los jueces, que disponen del poder para revisar todas las pruebas relevantes y, en el caso de que así fuera necesario, están capacitados para crear nuevas reglas que ayuden a la Sala en su decisión (84).

Esto no significa que la jurisdicción internacional disponga de unas garantías menores a las ofrecidas por el proceso penal que se desarrolla ante los tribunales nacionales, pues el incidente de la prueba se nutre ante la instancia internacional de muchos principios y garantías procesales, que traen su origen en la práctica estatal y que han sido reconocidos comúnmente como principios generales del Derecho (85).

(81) *Decisión...*, pág. 36.

(82) M. Cherif BASSIOUNI y Peter MANIKAS, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, 1996, pág. 950.

(83) Las reglas establecen un régimen para la admisión del testimonio bastante amplio y liberal, *Decisión...*, pág. 40.

(84) *Vid.* la opinión disidente del Juez Mc DONALD donde se afirma que "Because of the absence of specific rules, the Trial Chamber has made rules which it considered would best facilitate the process.". *Prosecution Motion for Production of Defence Witness Statements*, del 27 de noviembre de 1996 en el caso *Tadic* (IT-94-1-T), pág. 34.

(85) Sobre este particular *Vid.* Anne-Marie LA ROSA, "Trascendental reto para los tribunales penales internacionales: conciliar las exigencias del derecho internacional humanitario y de un procedimiento equitativo", *R.I.C.R.*, n° 144, noviembre-diciembre de 1997, pp. 677-695.

Así, la Regla 89 c) contiene lo que constituye la norma general aplicable en el proceso probatorio, es decir, la admisibilidad de cualquier elemento de prueba que sea considerado por el Tribunal como relevante y con valor probatorio. En este sentido, los jueces del Tribunal para la ex Yugoslavia han llamado la atención sobre el hecho de que el TPIY no se halla vinculado por las reglas de prueba nacionales (86) que no constituyan principios generales del Derecho, entendiendo por tales aquellas reglas que han sido adoptadas como solución a un problema concreto por un número sustancial de sistemas jurídicos de destacado reconocimiento (well-recognised legal systems) (87).

Más concretamente y en lo que respecta a la admisión del testimonio como elemento de evidencia ante el Tribunal, hemos de decir que las Salas disponen de amplios poderes de apreciación en la admisión, práctica y posterior valoración de las declaraciones (la jurisprudencia del Tribunal admite, por ejemplo, el testimonio de referencia, esto es, el testimonio basado en algo que ha dicho otra persona) (88). Pero lo cierto es que, fuera de la regla general del 89 c), no existe, ni dentro de las Reglas de Procedimiento ni en el Derecho procesal internacional, ninguna otra provisión o pauta que nos ayude a resolver el problema concreto de si el Tribunal debe o no admitir el testimonio del antiguo empleado del CICR. De ahí que la Sala se pregunte e indague sobre la existencia de una regla en Derecho internacional general, que reconozca el interés del CICR en la confidencialidad y que le otorgue un derecho a impedir el testimonio de su empleado.

(86) Así, por ejemplo, en el conocido asunto *Tadic* la Sala II declara inaplicable el principio -alegado por la defensa- *unus testis, nullus testis*. Ello le lleva a admitir como prueba concluyente la declaración de tan sólo un testigo por considerar que el requisito de la corroboración -todavía aplicable en Derecho civil- no debía ser exigido por el Tribunal, pues no forma parte del Derecho internacional consuetudinario vigente. *Tadic Opinion and Judgment* (IT-94-1-T), de 7 de mayo de 1997, párrs 535-539.

(87) "...Where a substantial number of well-recognised legal systems adopt a particular solution to a problem it is appropriate to regard that solution as involving some quite general principle of law such as is referred to in Sub-rule 89 (b)", *Vid. Separate Opinion of Judge Stephen on Prosecution Motion for Production of Defence Witness Statements*, de 27 de noviembre de 1996 en el asunto *Tadic* (IT-94-1-T), pág. 6.

(88) Siempre y cuando sea pertinente, tenga valor probatorio y ofrezca ciertas garantías de fiabilidad, *Vid. Decision on the Defense Motion on Hearsay*, con motivo del caso *Tadic* (IT-94-1-T) del 5 de agosto de 1996, párrs. 7, 15, 16 y 19.

3.3.3. El respeto de la confidencialidad del CICR como norma de Derecho internacional consuetudinario

En la parte fundamental de su Decisión la Sala demuestra, aportando numerosos ejemplos procedentes de la práctica desarrollada por los Estados y las organizaciones internacionales en sus relaciones con el CICR; 1) que el CICR ha asumido por encargo de la comunidad internacional un mandato humanitario integrado por normas de origen tanto convencional como consuetudinario, y 2) en particular, que existe una regla que prohíbe la revelación de la información que el Comité adquiere como consecuencia del desarrollo de sus funciones.

3.3.3.1. El mandato del CICR bajo el Derecho internacional convencional y consuetudinario

Antes de examinar si existe o no una norma de Derecho internacional que proteja la confidencialidad de la información del CICR, el Tribunal analiza las bases jurídicas en las que se basa el mandato humanitario de esta institución. Con este objeto, la Sala define al Comité como una “organización humanitaria independiente, que goza en Derecho internacional de un *status* especial, basado en el mandato humanitario que la comunidad internacional le ha conferido” (89). Unas palabras que ponen de relieve el papel preponderante que desempeña el CICR en la tarea de velar por la aplicación del Derecho humanitario no sólo se deriva de las convenciones internacionales sino que, además, se ha visto confirmado en la aceptación de su práctica por los Estados.

En efecto, existen disposiciones específicas del Derecho internacional, en las que se hace alusión de manera expresa al CICR, atribuyéndole de forma directa determinadas responsabilidades. En virtud de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, el CICR desempeña actividades de asistencia y protección a las víctimas de los conflictos armados internacionales (90). También como consecuencia de su carácter de intermediario neutro e imparcial, puede actuar como Potencia Protectora o como sustituto de la Potencia Protectora (91). De igual forma, su derecho a visitar y entrevistar a los prisioneros de gue-

(89) *Decisión...*, pág. 46.

(90) Art. 9 C.G., (I), (II), (III) ; art. 10 C.G., (IV); art. 81.1 P.A., (I).

(91) Art. 10.3 C.G., (I), (II), (III); art. 11.3 C. G., (IV)

rra aparece consagrado por estos instrumentos (92). Finalmente, el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra, le habilita para adoptar las iniciativas de carácter humanitario que considere adecuadas en el caso de conflicto armado no internacional (93).

Especialmente relevante para el Tribunal es el hecho de que las funciones del Comité procedan directamente de las Convenciones de Ginebra, unos instrumentos que han sido aprobados por la práctica totalidad de la comunidad internacional (94). La aplicación universal de las provisiones humanitarias que éstos contienen, unida a la aceptación generalizada del carácter consuetudinario de la mayor parte de las mismas, lleva a la Sala a la conclusión de que los Estados Partes, al aceptar y ratificar las Convenciones de Ginebra, han reconocido el papel especial del CICR al mismo tiempo que su mandato (95).

Pero no sólo los Estados, sino también otros muchos órganos internacionales (entre ellos el propio TPIY), han destacado la importante labor del CICR, reconociendo la especificidad de su mandato y de sus métodos de trabajo. La Sala de Apelaciones del TPIY en el asunto *Tadic* se refirió a la unánimemente reconocida autoridad, competencia e imparcialidad del CICR, al igual que la importancia de su misión estatutaria para la promoción y el control del respeto del DIH (96). Igualmente significativo es el hecho de que el CICR fuera requerido por el Presidente del TPIY en el marco del conflicto para la ex Yugoslavia para la inspección de las condiciones de detención y el tratamiento de las personas acusadas, detenidas en la Unidad de inspección de las Naciones Unidas, como consecuencia lógica de “la larga experiencia práctica de esta organización independiente e imparcial en la inspección de las condiciones de detención en toda clase de conflictos armados y de disturbios interiores” (97).

(92) El sistema de supervisión de los prisioneros de guerra y detenidos se encuentra establecido por los artículos 126 C.G. (III) y 143 C.G. (IV).

(93) Esta disposición habilita a un organismo imparcial “tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja” a ofrecer sus servicios a las Partes contendientes.

(94) En septiembre de 2000, todos los Estados miembros de las Naciones Unidas (189) eran partes en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; 157 en el Protocolo Adicional I y 150 en el Protocolo Adicional II, (http://www.cicr.org/spa/partes_cg).

(95) *Decisión...*, pág. 48.

(96) *Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case nº IT-94-1-AR72, 2 de octubre de 1995, pág. 73.

(97) La carta por la que se formaliza el acuerdo se refiere al CICR como una organización independiente e imparcial con amplia experiencia en la inspección de las condiciones de detención en toda clase de conflictos armados y disturbios interiores. Carta de 28 de abril de 1995. *Intercambio de cartas entre el Sr. Antonio Cassese, presidente del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Sr. Cornelio Sommaruga, presidente del CICR*, publicado en la *R.I.C.R.*, marzo-abril de 1996, nº 134, pp. 257-260.

El hecho es que el CICR y las Naciones Unidas se complementan cada vez más en sus labores humanitarias. Ambas instituciones cooperan estrechamente tanto en las actividades sobre el terreno como en sus esfuerzos por aumentar el respeto del Derecho humanitario internacional, un *partenariat* que se refleja en las resoluciones del Consejo de Seguridad, de la Asamblea General y de sus órganos subsidiarios, así como en los informes del Secretario General (98). En su decisión, la Sala del TPIY da especial importancia al apoyo que recibió la Resolución 45/6 de la Asamblea General titulada “carácter de observador para el Comité Internacional de la Cruz Roja, en consideración del papel y los mandatos especiales que le confieren los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949”. Un apoyo que fue puesto de manifiesto en la presentación que, en nombre de los copatrocinadores, hizo el Representante Permanente de Italia ante las Naciones Unidas refiriéndose al CICR como una institución única en su especie y exclusiva en su status, gracias al mandato que le confieren los Convenios de Ginebra; también el representante de Estados Unidos señalaba que el mandato único del CICR sitúa al Comité en un lugar aparte de las demás organizaciones o agencias de asistencia humanitaria (99).

Respaldata por 131 Estados y adoptada unánimemente y sin votación por la Asamblea General, esta resolución viene a ser la expresión de la *opinio iuris* de los Estados en lo que se refiere al reconocimiento del mandato del CICR. De esta forma, la comunidad internacional confirma el papel único del Comité al ser la primera vez que se otorga a una institución que no sea una organización gubernamental (hasta ese momento disponían de ese estatuto algunos de los órganos especiales de las Naciones Unidas, determinadas organizaciones internacionales regionales, ciertos Estados no miembros o algunos movimientos de liberación nacional). La atribución de esta capacidad no debe verse como un pre-

(98) Muchas resoluciones del Consejo de Seguridad mencionan expresamente al Comité Internacional de la Cruz Roja con el fin de proteger sus funciones: para que las partes en conflicto le garanticen la posibilidad de acceder y de permanecer sin obstáculos en los campos de prisioneros y centros de detención (S/RES/771 (1992), de 13 de agosto de 1992; S/RES/1010 (1995), de 10 de agosto de 1995 sobre las personas presuntamente detenidas en Srebrenica; como organización adecuada para cooperar con la ONU encaminando la asistencia alimentaria (S/RES/666 (1990), de 13 de septiembre de 1990; S/RES 688 (1991), de 5 de abril de 1991 sobre el acceso de la ayuda humanitaria al Kurdistán iraquí; S/RES/837 (1993), de 6 de junio de 1993 referida a Somalia o la S/RES/770 (1992) respecto a la ex Yugoslavia.

(99) Decisión..., pág. 50.

cedente peligroso con posibilidades de desembocar en un proceso, en el que otras ONGs, no tan universalmente reconocidas, pretendieran también obtener el estatuto de observador. Más bien al contrario, este reconocimiento pone de relieve el especial cometido que la comunidad internacional asigna al CICR que, al contrario de todas las otras organizaciones no gubernamentales, posee una “personalidad jurídica funcional” dimanante del Derecho internacional humanitario (100).

3.3.3.2. *Los principios que informan la acción del CICR en el cumplimiento de su mandato*

También los Estados en sus relaciones con el Comité han aceptado los siete principios fundamentales sobre los que opera, así como la confidencialidad de su acción, como medios o instrumentos necesarios para el efectivo cumplimiento de sus funciones.

No cabe duda de que el reconocido prestigio del CICR como guardián del DIH y su “autoridad moral” se basan en el hecho de que esta institución actúa en el más estricto respeto de los principios de humanidad, imparcialidad, neutralidad, independencia, carácter voluntario, unidad y universalidad.

En particular, el desarrollo de una acción neutral, imparcial e independiente es el medio que permite al CICR llevar a cabo su misión y que hacen posible la aplicación del principio esencial del movimiento: la humanidad (101). De ahí que los principios de neutralidad, imparcialidad e independencia hayan sido definidos como principios “derivados” o

(100) C. KOENIG, loc. cit., p. 41. En el mismo sentido se manifiesta F. BUGNION, op. cit., p. 1128. En su informe de actividad presentado en 1998 el CICR señalaba que la resolución de la Asamblea General significa el reconocimiento oficial de su papel y de su personalidad jurídica internacional: “Le statut spécial du CICR en tant que “gardien” du droit humanitaire a été largement reconnu au niveau international. Son rôle et sa personnalité juridique internationale ont été officiellement reconnus en 1990, quand, l’Assemblée générale des Nations Unies a accordé le statut d’observateur à l’institution”. CICR. Rapport d’Activité 1998, p. 330.

(101) Este principio que rige la acción de la Cruz Roja fue definido de la siguiente manera: “La Cruz Roja, a la que ha dado nacimiento la preocupación de prestar auxilio, sin discriminación, a todos los heridos en los campos de batalla, se esfuerza bajo su aspecto internacional y nacional, en prevenir y aliviar el sufrimiento de los hombres en todas circunstancias. Tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana. Favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz duradera entre todos los pueblos”, Jean PICTET, *Los Principios Fundamentales de la Cruz Roja*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1979, p. 3.

“mediáticos”, es decir, aquellos principios que no se refieren a los objetivos, sino a los medios necesarios para lograrlos (102). Se trata por lo tanto de principios que inspiran en todo momento su acción y que permiten al CICR gozar de la confianza de las partes y contar con el consentimiento que le resulta imprescindible en el cumplimiento de su misión a favor de las víctimas (103). Por su parte, la exigencia de la confidencialidad es definida por el Tribunal como un instrumento imprescindible para el adecuado cumplimiento de los tres principios derivados (imparcialidad, neutralidad e independencia) que examinamos a continuación.

La *imparcialidad* significa que el CICR debe cumplir sus funciones sin tomar partido a favor de ninguna de las partes. Este principio responde al ideal de la Cruz Roja, que le impide excluir de su interés humanitario a cualquier persona mediante la introducción de justificaciones o de criterios discriminatorios (basados en la nacionalidad, raza, religión, condición social o credo político) (104). En el despliegue de sus actividades de protección y asistencia, su intervención debe limitarse a socorrer a los individuos dando prioridad a las necesidades más urgentes y atendiéndolos en proporción a sus sufrimientos (105).

Sin olvidar que no se corresponde en todos sus aspectos con la tradicional concepción de la neutralidad estatal instituida por el Derecho de gentes, la *neutralidad* es un principio central y clave para el despliegue de la acción de esta institución humanitaria que le obliga a mantenerse al margen del conflicto armado (106). Como espectadores privilegiados, los delegados del Comité han de abstenerse de realizar cualquier acción que pudiera ser percibida por las partes, bien como una injerencia -directa o indirecta- en las hostilidades (neutralidad armada), bien como una toma de postura respecto a las ideologías -políticas, religiosas o raciales- enfrentadas (neutralidad ideológica). Siendo consecuente con este principio, el CICR trata a todos los implicados en las hostilidades en plano de igualdad

(102) Por su parte, la unidad, la universalidad y el carácter voluntario son principios orgánicos o institucionales que atañen a la forma de la institución y a sus funciones. *Ibid.* pág. 11.

(103) Estos principios fueron proclamados por primera vez en la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja que tuvo lugar en Viena en 1965 y se encuentran recogidos en el Preámbulo de los Estatutos de la Cruz Roja adoptados por la XXV Conferencia Internacional en 1986.

(104) Nótese que no se excluye la discriminación por razón de sexo o de edad.

(105) J. PICTET, *op. cit.* (nota 97) p. 3.

(106) Marion HARROF-TAVEL, “Neutralité et impartialité. De l’importance et de la difficulté, pour le Mouvement international de la Croix Rouge et du Croissant Rouge, d’être guidé par ces principes”, *R.I.C.R.*, 1989, p. 563.

y no juzga ni la política ni la legitimidad de los gobiernos ni de las partes en conflicto (107).

Por fin, el Comité Internacional sólo podrá garantizar su *acción independiente* si actúa al margen de cualquier interés político, confesional o económico. Es particularmente importante el desvincular la acción humanitaria de los poderes públicos, de manera que el CICR pueda actuar sobre la base de sus propias decisiones, que deben ser adoptadas por sus órganos y de acuerdo con sus propios procedimientos (108).

Más que un principio, la exigencia de la confidencialidad representa para el CICR una “herramienta de trabajo” o, de manera más general, una “práctica”, pues su respeto es un factor indispensable para el buen funcionamiento de la institución (109). La Sala se muestra convencida de que la práctica constante del CICR de no hacer declaraciones públicas sobre actos específicos cometidos en violación del DIH, que pudieran ser atribuidos a determinadas personas, refleja su compromiso fundamental con los principios de neutralidad, imparcialidad e independencia (110).

La Sala admite el argumento del Comité en el sentido de que si éste no respetara el carácter confidencial de la información que cae en su poder como consecuencia del ejercicio de sus funciones, las partes perderían lógicamente la confianza que depositan en la institución, negándole el beneficio “operacional” que, de manera general, conceden a sus delegados.

El CICR, que debe la eficacia de su acción al ejercicio de lo que el Profesor PÉREZ GONZÁLEZ denomina “diplomacia discreta” (111), es consciente de la importancia que los gobiernos y las partes en conflicto dan a la confidencialidad de sus gestiones. En consecuencia, y a diferencia de otras organizaciones, evita, en la medida de lo posible, el recurso a la denuncia pública, asumiendo la práctica de no desvelar a terceras partes la información que llega al conocimiento de su personal en el desempeño de sus funciones. De hecho, obliga a todo su personal a firmar una “promesa de discreción” por medio de la cual sus empleados aceptan el respe-

(107) J. PICTET, op. cit. pp. 47-54.

(108) *Ibid.*, pp. 55-63.

(109) *Decisión.*, pár.55.

(110) *Decisión.*, pars.63 y 64.

(111) Manuel PEREZ GONZÁLEZ, “Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, 1997, p. 384.

to de esta obligación que les impide declarar ante los tribunales y, en particular, declarar en contra de un acusado sin su previo consentimiento. Como es lógico, la práctica de la confidencialidad únicamente obliga respecto de la información obtenida cuando éstos actúan en el desempeño de sus funciones oficiales y humanitarias (la prohibición no abarcaría por lo tanto a la información que llegara a su poder actuando como personas privadas o a los datos que no se encuentren relacionados con las actividades humanitarias) (112).

El respeto de la confidencialidad no sólo constituye un instrumento útil para la labor del CICR, sino que, además, se encuentra avalado y reconocido por la práctica internacional. Su importancia capital se demuestra por el hecho de que el CICR ofrece esta garantía cuando negocia el acceso a los detenidos e incluso en muchos casos es impuesta por las partes como *conditio sine qua non*. También es frecuente que en los acuerdos de Sede que el CICR concluye con los Estados contengan una disposición en tal sentido. En su declaración el CICR señala algunos ejemplos de casos en los que él mismo ha sido requerido y, tras la presentación de sus motivos, exonerado de declarar ante una comisión de expertos o tribunales nacionales (113).

Por otra parte, la Sala considera que la Fiscalía no ha podido demostrar ninguna inconsistencia en la práctica de la confidencialidad desarrollada por el CICR.

El Comité no niega que en determinadas ocasiones, tal y como destacaba la Fiscalía, haya hecho públicas declaraciones. Así, por ejemplo, en 1946, permitió que tres de sus delegados prestaran testimonio ante el Tribunal Militar de Núremberg en la forma de respuestas escritas a las cuestiones planteadas por la defensa (114). Sin embargo, el hecho de que el CICR en ciertas circunstancias haya hecho declaraciones públicas o se

(112) En este sentido se expresa la subregla 73 (5) del Proyecto de Reglas de la CPI (cit. supra nota 12) que garantiza la confidencialidad al CICR sin perjuicio "de la admisibilidad de la misma prueba obtenida de una fuente distinta del Comité y sus funcionarios o empleados cuando esa fuente haya obtenido la prueba con independencia del Comité y de sus funcionarios o empleados".

(113) *Decisión...*, pág. 60.

(114) Precisamente esta posibilidad ha sido incorporada a su Reglamento interior de 24 de junio de 1998 "Should members of honorary members of the ICRC be called upon to testify in connection with legal proceedings -whether as parties to those proceedings, as witnesses or as expert witnesses- regarding facts which have come to their knowledge as a result of their membership of the ICRC, they must keep prior permission from the Assembly to do so", *Decisión...*, pág.60.

reserve el derecho de hacerlas, no significa que no pueda continuar siendo consistente en su práctica (115).

Es normal que el CICR, que permanece en contacto con las autoridades como consecuencia de la actividad supervisora o fiscalizadora que ejercen sus delegados durante las visitas a los centros de detención, señale a menudo a las mismas los actos o las omisiones que le parezcan contrarias al DIH (116). Sin embargo, el carácter confidencial de estos trámites es la regla y su carácter público la excepción: el CICR recurre a la publicidad como *ultima ratio* y únicamente cuando las violaciones son tan patentes que hacen necesario, en interés de las víctimas, informar a la comunidad internacional para que se ponga término a tales actos (117). En este sentido, el CICR se reserva el derecho de adoptar una posición pública si: a) las violaciones del DIH son graves y repetidas; b) las gestiones confidenciales no han logrado que cesen las violaciones; c) la publicidad beneficia a las personas o poblaciones afectadas o amenazadas; d) los delegados del CICR han sido testigos directos de esas violaciones, o bien la existencia y la amplitud de las mismas se conocen por medio de fuentes seguras y comprobables (118). En cualquier caso, antes de hacer pública determinada información, el Comité debe estar totalmente convencido de que su capacidad para llevar a cabo su mandato no va a resultar perjudicada (119).

(115) Decisión..., pág. 63.

(116) Por otro lado, el CICR está habilitado para recibir denuncias de presuntas violaciones y persuadir a las autoridades para que corrijan las deficiencias verificadas por sus delegados. M. PÉREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* nota 114, p. 387.

(117) En otras ocasiones el CICR ha intervenido públicamente para advertir a las partes acerca de las consecuencias de las medidas a las que pretenden recurrir. "Gestiones del Comité Internacional de la Cruz Roja en caso de violaciones contra el Derecho internacional humanitario", *R.I.C.R.*, n° 44, marzo-abril 1981, pp. 80-81.

(118) "Gestiones del Comité Internacional de la Cruz Roja en caso de violaciones contra el Derecho internacional humanitario", *R.I.C.R.*, n° 44, marzo-abril 1981, pág.84.

(119) El CICR en su Declaración ante el Tribunal señala el precedente que se produjo en el conflicto italo-etíope en 1936. Ante las acusaciones que Etiopía dirigía contra Italia por haber utilizado gas venenoso, el Secretario General y el Comité de los Quince de la Liga de las Naciones pidieron al CICR información al respecto. Alegando el principio de neutralidad sobre el que opera, la negativa del CICR fue rotunda. En una declaración pública, su Presidente, Max HUBER, explicaba las razones de la misma. En primer lugar, porque el CICR desea mantener la confianza de las partes; en segundo, porque el CICR desea evitar posibles acusaciones de parcialidad y, en tercer lugar, porque el papel del CICR no consiste en actuar como un juez de instrucción. S. JEANNET, *loc. cit.*, nota 71. Sobre este caso *vid.* F. BUGNION, *op. cit.*, pp. 172-176.

De acuerdo con estos condicionantes, el Tribunal confirma que el CICR tan sólo ha levantado en la práctica la confidencialidad de su información para hacer declaraciones genéricas y no para hacer mención o acusar a individuos. Por eso considera que la declaración de sus empleados -presentes o pasados- no puede ser desvelada sin la previa aprobación del Comité (120).

3.3.3.4. *El impacto negativo de la declaración sobre la capacidad del CICR para cumplir con su mandato*

Como consecuencia de todo lo anteriormente indicado, la Sala concluye que la declaración del antiguo empleado del CICR tendría un efecto claramente negativo sobre la capacidad del Comité para cumplir ulteriormente con el mandato humanitario que por encargo de la comunidad internacional le asignan las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. Con el objeto de excluir su declaración, el Tribunal reconoce que los Estados Partes en estos instrumentos han adquirido una obligación convencional, que concede al CICR el derecho a impedir unilateralmente que se revele en un procedimiento judicial (interno o internacional) la información obtenida como consecuencia del desempeño de sus actividades y que se encuentre en posesión de alguno de sus empleados (121). Pues considera que las Partes han aceptado los principios fundamentales sobre los que opera y, en particular, que la confidencialidad es necesaria para que el CICR desempeñe eficazmente sus funciones. Es más, el Tribunal identifica los dos elementos necesarios para llegar a afirmar que también existe una norma en Derecho internacional consuetudinario con el mismo contenido (concediendo por tanto derecho al CICR a no revelar su información): la práctica reflejada de manera consistente por los Estados en sus relaciones con el CICR y la *opinio iuris* de los Estados que se manifiesta en el carácter universal adquirido por las Convenciones de Ginebra (122).

(120) Decisión..., pág. 59.

(121) "La Sala llega a la conclusión de que las Partes en los Convenios de Ginebra y en sus Protocolos han adquirido una obligación convencional de garantizar que en diligencias judiciales no se revele información en posesión de un empleado del CICR relativa a la labor del CICR, y que, a la inversa, el CICR tiene derecho a insistir en que las Partes en los Convenios de Ginebra y en los Protocolos no revelen tal información", *Decisión...*, pág. 73.

(122) *Decisión...*, pág. 74. A la vista de sus conclusiones sobre la índole consuetudinaria de la norma, la Sala consideró que no era necesario examinar la cuestión de la aprobación de medidas de protección.

El derecho del CICR a exigir el respeto de la confidencialidad de su acción es absoluto, ya que se trata de una regla que, debidamente interpretada en su contexto, es clara y, por lo tanto, no admite ninguna calificación ni debe ser sopesada con ningún otro interés en presencia: “su efecto es simple: como una cuestión de derecho, sirve para impedir a la Sala la admisión de la información” (123). El carácter absoluto de esta norma fue, sin embargo, puesto en duda por el Juez HUNT en su opinión disidente. Reconoce este juez que puede existir una norma consuetudinaria según la cual sea absoluta la protección de la información del CICR ante los tribunales nacionales, pero en cambio, no se muestra totalmente convencido de que la aplicación de esta norma se pueda extender a los tribunales internacionales (124).

Finalmente, hay que señalar que la decisión de la Sala III no abre las puertas respecto de otras organizaciones, ya que responde al papel central y único que desempeña el CICR en el régimen establecido por las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales (125).

4. CONCLUSIÓN

La Decisión de la Sala de Primera Instancia que acabamos de comentar viene a ser un ejemplo más del carácter evolutivo e innovador que,

(123) *Decisión...*, p. 76.

(124) El Juez alega tres razones: 1) el CICR no ha demostrado la existencia de una práctica y la aceptación general de la misma, es más, considera que “es un paso enorme asumir que los Estados hubieran contemplado en la época de los Convenios de Ginebra la existencia de una inmunidad similar en los tribunales penales internacionales (creados por primera vez casi medio siglo después) o que desde entonces hayan contemplado la existencia de tal inmunidad”; 2) La falta de desarrollo de las normas internacionales en lo que se refiere a las normas de procedimiento y de prueba nos remite a los principios generales procedentes de los derechos internos donde sólo existe una hipótesis de protección absoluta de la información (la relacionada con las comunicaciones confidenciales entre abogado y cliente). Fuera de este caso, son los propios tribunales los que deben decidir caso por caso sobre esta cuestión; 3) Al menos existen dos casos (cuando la información que se busca es exculpativa y cuando el acusado está convencido de que esa información es de importancia trascendental” en los que sería reprochable el establecimiento del carácter absoluto de esta regla. Aunque todos estos motivos le lleven a excluir el carácter absoluto de la confidencialidad el Juez HUNT reconoce que, como ocurre en el presente caso, sería rara la situación en la que el Tribunal hiciera pública información en detrimento del interés del CICR; *Opinión disidente del Juez HUNT*, párrs. 23, 32 y 33.

(125) *Decisión...*, p. 72.

desde su creación, ha venido demostrando la jurisprudencia del Tribunal internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (126).

La admisión del derecho que tiene el CICR a la confidencialidad de su información constituye un precedente judicial de indudable trascendencia, pues presupone el reconocimiento inequívoco, la confirmación, de la subjetividad del CICR. Así, esta organización pasa de ser actor -indispensable- de las relaciones internacionales a sujeto (por supuesto derivado, funcional y relativo) del Derecho internacional.

Su inserción en este sistema jurídico conlleva determinadas consecuencias. Implica, en primer lugar, que para el buen cumplimiento de sus funciones, poseerá la capacidad para establecer relaciones con los demás sujetos (Estados, organizaciones internacionales o partes beligerantes), que serán regidas *in toto* por el orden jurídico internacional. En segundo lugar, que el CICR tiene determinados deberes y, por consiguiente, que puede incurrir en responsabilidad por cualquier conducta distinta a la prescrita. También de acuerdo con las normas del Derecho internacional público podrá, por fin, reclamar directamente el respeto de sus derechos.

Pero, además, la subjetividad le da al CICR la posibilidad de participar en el proceso de formación de nuevas normas de Derecho internacional. El reconocimiento que hace el Tribunal de la práctica de la confidencialidad constituye una prueba irrefutable de que la doctrina interna del CICR es un cuerpo de normas que, además de regir el comportamiento interno de esta organización, está integrado por reglas de Derecho internacional humanitario *in statu nascendi*, con la potencialidad de trascender a nivel internacional, no sólo dando lugar a la creación de nuevas normas convencionales, sino también contribuyendo a la formación de normas de carácter consuetudinario.

(126) Luigi CONDORELLI, "Le Tribunal Penal International pour l'ex Yougoslavie et sa jurisprudence", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, 1997, pp. 247-274.