

Preocupados por la ocupación: análisis crítico de la evolución histórica del derecho de la ocupación

Yutaka Arai-Takahashi*

Yutaka Arai-Takahashi, licenciado en derecho por la Universidad de Keio, es profesor de Derecho Internacional y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Kent en Bruselas y en la Facultad de Derecho de Kent.

Resumen

El autor de este artículo examina la evolución histórica del derecho de la ocupación desde dos ángulos. En primer lugar, analiza el discurso y la práctica académicos con respecto a la prohibición global de que la Potencia Ocupante modifique las leyes y la estructura administrativa del país ocupado, conforme a lo dispuesto en el artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1907. Muchas Potencias Ocupantes y estudiosos han procurado racionalizar las excepciones a este “principio general” que gobierna la totalidad del corpus del derecho de la ocupación. Esos estudios respaldan la índole contingente del derecho de la ocupación, cuya interpretación depende del contexto histórico y social. En la segunda parte del artículo se aborda el modo en que el derecho de la ocupación, desarrollado como proyecto europeo, racionalizó la exclusión del sistema del colonialismo del marco de ese ordenamiento jurídico. La evaluación histórica de esta rama del jus in bello sería incompleta y tendenciosa si no abordara las narrativas de esa exclusividad estructural.

* El autor desea expresar su sincero agradecimiento a Eyal Benvenisti y Michael Siegrist, así como a otros revisores anónimos, por sus útiles observaciones acerca de la versión anterior de este artículo.

Descriptor: derecho de la ocupación, evolución histórica, artículo 43 del Reglamento de La Haya, Potencia Ocupante, autoridad legislativa, principio conservacionista, necesidad, ocupación colonial, Primera Guerra Mundial, Segunda Guerra Mundial, Guerra Fría, ocupación de Irak.

En este artículo, se examina la evolución de las doctrinas relativas al derecho de la ocupación a lo largo de su historia, desde fines del siglo XVIII hasta nuestros días. Aunque en él se reseñan los principales cambios que han afectado el marco normativo del derecho de la ocupación, su alcance no abarca la realización de un examen histórico pormenorizado, sino que se centra concretamente en dos rasgos fundamentales que subyacen al desarrollo histórico del derecho de la ocupación: en primer lugar, los discursos jurídicos sobre la limitada autoridad legislativa de la Potencia Ocupante, consignada en el artículo 43 de los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907¹ (y, más adelante, en el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra de 1949) y el concepto de “necesidad” que opera como excepción a dicho principio en ese instrumento; y, en segundo lugar, las narrativas y el discurso que justifican la exclusión de las “ocupaciones coloniales” del marco normativo del derecho de la ocupación.

Como se verá, la primera cuestión se relaciona con las excepciones que, en esencia, se reconocen como parte integrante del marco normativo del derecho internacional humanitario. En contraste con esas excepciones, la segunda cuestión tiene que ver con el paradigma institucional del colonialismo que constituyó una excepción a todo el corpus del derecho de la ocupación. Hay dos razones que pueden justificar el examen histórico combinado de estas dos cuestiones que, a primera vista, nada tienen que ver entre sí. Primero, la inaplicabilidad sistémica del derecho de la ocupación (y del *jus in bello* en su totalidad) al colonialismo (consistente en la invasión y ocupación de territorios no occidentales) pudo observarse desde el siglo XIX hasta la ola de descolonizaciones que tuvo lugar después de 1945, el período que coincidió con la época más importante para la consolidación del derecho de la ocupación. Segundo, la exclusión sistémica del colonialismo del ámbito del derecho de la guerra es claro ejemplo de la oposición binaria entre la

1 El texto auténtico en francés del artículo 43 es idéntico en las versiones del Reglamento de La Haya de 1899 y 1907 y reza así: “*L’autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l’occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d’assurer, autant qu’il est possible, l’ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays*” (Desde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, éste tomará todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país). Sin embargo, los textos en inglés exhiben pequeñas diferencias. Mientras que el artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1899 dice: “*The authority of the legitimate power having actually passed into the hands of the occupant, the latter shall take all steps in his power to re-establish and insure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country*”, el mismo artículo del Reglamento de La Haya de 1907 reza: “*The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country*”.

ley como es y la ley como debería ser (o, en este caso, entre el derecho de la ocupación como fue y como debería haber sido)².

El cuerpo principal del artículo se divide en dos partes. En la primera se aborda la evolución histórica del corpus general del derecho de la ocupación, desde su nacimiento en el período que siguió a las guerras napoleónicas hasta nuestros días, con especial atención a la interacción entre la norma global basada en el principio “conservacionista” y el concepto de “necesidad”, ambos tomados del artículo 43 de los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907 (conceptos posteriormente recogidos en el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra de 1949). Conforme al principio “conservacionista”, las Potencias Ocupantes no tienen permitido modificar las leyes y autoridades administrativas del Estado ocupado³. No obstante, se permiten excepciones a este principio general si la Potencia Ocupante tropieza con un “impedimento absoluto” que le impida respetar las leyes locales. Se considera que una situación de este tipo representa el concepto de “necesidad”. Además, el enfoque de dos niveles inherente a esta disposición (el principio “conservacionista” como norma general, con el “concepto de necesidad” que prevé motivos para las excepciones a esa norma) también puede discernirse en el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra, aunque con algunos cambios.

En contraste, la segunda parte del artículo ofrece una crítica de los discursos históricos a los que se ha echado mano para justificar el funcionamiento del sistema del colonialismo *por fuera* del régimen normativo de la ocupación. Se reseñará el modo en que las doctrinas dominantes sobre la ocupación desconocieron una corriente lateral de etos anticolonialista en los pueblos colonizados durante la era colonial. El autor considera que, en nuestro mundo poscolonial, los exámenes históricos del derecho de la ocupación no serían completos si no abordasen el modo en que las ocupaciones que condujeron al control colonial se colocaron fuera de los límites impuestos por el derecho de la ocupación. Cabe destacar nuevamente que, si bien los motivos de “necesidad” que dan lugar a excepciones en el marco del artículo 43 del Reglamento de La Haya (y del artículo 64 del IV Convenio de Ginebra) son elementos “endógenos” contemplados *dentro* del marco del derecho de la ocupación, la exclusión del contexto colonial de la esfera del derecho de la ocupación constituyó el problema estructural de la inequidad que subyace a este ordenamiento jurídico. En esta parte del artículo, el autor se propone poner en tela de juicio el efecto de la estrecha compartimentación de nuestro marco analítico en los actuales estudios del derecho de la ocupación.

- 2 A nivel epistemológico, se considera que el dualismo basado en esta distinción deriva de la tradición filosófica occidental fundada en el esquema binario (mente/cuerpo, objetivo/subjetivo, empírico/metafísico, realidad/apariencia y ellos/nosotros). V. Marianne Constable, “Genealogy and jurisprudence: Nietzsche, Nihilism, and the Social Scientification of Law”, en *Law & Social Inquiry*, vol. 19, n.º 3, 1994, pp. 555–556.
- 3 Gregory H. Fox, “The Occupation of Iraq”, en *Georgetown Journal of International Law*, vol. 36, n.º 1, 2005, p. 195.

Evolución histórica del derecho de la ocupación, con especial referencia al “principio conservacionista”

Reseña

En esta parte del artículo, analizaremos la génesis y la evolución histórica del marco normativo del derecho de la ocupación, con especial referencia al “principio conservacionista”. Como ya se ha dicho, éste es uno de los principios generales que han regido la totalidad de la estructura normativa del derecho de la ocupación. Indica que las Potencias Ocupantes no están, en general, autorizadas a modificar las leyes y las estructuras administrativas locales en los territorios ocupados. Evidentemente, este concepto se desprende de los supuestos que subyacen al derecho de la ocupación. La Potencia Ocupante no adquiere soberanía sobre el Estado derrocado y ocupado. Su papel consiste en actuar sólo como custodio temporal del territorio hasta que cese la ocupación⁴. La interacción entre el principio conservacionista y el concepto de “necesidad” como excepción a este principio proporciona el microcosmos para los discursos y proposiciones académicos acerca del derecho de la ocupación en su conjunto⁵. Como se verá más adelante, los parámetros de los motivos de “necesidad” pueden extenderse incluso por demás, con el propósito de reclamar una mayor autoridad legislativa para cumplir objetivos de política en los territorios ocupados o meramente para justificar el desconocimiento de normas concretas del derecho de la ocupación.

4 V., por ejemplo, Gerhard von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1957, pp. 27–37; y G. H. Fox, nota 3 *supra*, p. 199.

5 La norma encarnada en el artículo 43 del Reglamento de La Haya es de carácter general en relación con las normas más detalladas contenidas en las disposiciones subsiguientes de la sección III del Reglamento. Aun así, en la práctica judicial y en los textos académicos a veces se ha invocado esta norma general para encarar una cuestión particular regida por la disposición específica. Por ejemplo, en la sentencia de la causa *Impuesto sobre el valor agregado*, el Supremo Tribunal de Israel dictaminó que, aun si de los artículos 48 y 49 del Reglamento de La Haya se infiere la prohibición general de introducir impuestos nuevos, son posibles las excepciones si se aplica el motivo de “necesidad” de mantener “la administración normal” conforme a lo dispuesto en el artículo 43, y ello sin que sea necesario clasificar esos impuestos como “otras contribuciones en dinero” de conformidad con el artículo 49: HCJ 69+493/81, *Abu Aita [o Abu Ita] et al. v. Commander of the Judea and Samaria Region et al.*, 37(2) *Piskei Din* 197 (1983); extracto en inglés en el *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 13, 1983, p. 348 (en adelante, caso Abu Aita); y en *Palestinian Yearbook of International Law*, vol. 4, 1987–1988, pp. 186–209. V. también Yoram Dinstein, “Taxation under Belligerent Occupation”, en Jürgen Jekewitz, Karl H. Klein, Jörg D. Kühne, Hans Petersmann y Rüdiger Wolfrum (ed.), *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung: Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1989, pp. 122–123; Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 128.

Génesis del régimen jurídico de la ocupación

En la era del Iluminismo, autores clásicos como Vattel⁶, Jean-Jacques Rousseau⁷ y Georg F. von Martens⁸ preconizaron algunos de los principios elementales de las leyes de la guerra, en particular la distinción entre combatientes y no combatientes y la protección de la vida y los bienes de los no combatientes contra las calamidades de la guerra⁹. La denominada doctrina Rousseau–Portalís sugiere que la guerra se caracterizaba como una relación entre Estados, no entre particulares¹⁰. Por cierto, esta doctrina se desarrolló en una época en la que los juristas casi no trazaban distinción alguna entre las nociones de ocupación y de conquista.

La Revolución Francesa y las guerras napoleónicas, y las semillas de revolución y nacionalismo (romantizado) que esos acontecimientos sembraron en toda Europa occidental desde el siglo XVIII hasta mediados del XIX, sacudieron los cimientos monárquicos conservadores de los órdenes políticos y constitucionales en

- 6 Emmerich de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, J. P. Aillaud, París, 1835, pp. 178–179 y 230, párrafos 150 (trato humano de los prisioneros de guerra) y 200 (donde el autor señala que, pese al derecho del conquistador de apoderarse de los bienes públicos, los individuos conservan sus propiedades). Sin embargo, el derecho de la ocupación, distinto del derecho de conquista, aún no había aparecido. Ninguna parte de este tratado hace referencia a la terminología jurídica de la ocupación. V. también Eyal Benvenisti, “The Origins of the Concept of Belligerent Occupation”, en *Law and History Review*, vol. 26, n.º 3, 2008, pp. 622, 624–625 (donde el autor señala que Vattel no traza distinción alguna entre ocupantes y conquistadores).
- 7 Si bien no previó un régimen jurídico especial para la ocupación como tal, Rousseau consideraba la guerra como un fenómeno que sólo podía darse entre gobiernos y destacó la inmunidad de las vidas y bienes de los particulares. Argumentó que: “La guerra no es, por lo tanto, una relación de hombre a hombre, sino de estado a estado, en la cual los particulares no son enemigos sino accidentalmente, no como hombres ni como ciudadanos, sino como soldados [...] Aun en plena guerra, un príncipe justo, si se apodera en un país enemigo de todo lo que pertenece al pueblo, respeta la persona y los bienes de los particulares”. Jean-Jacques Rousseau, *El Contrato social*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 2001, Libro Primero, IV (“De la esclavitud”), p. 184. El texto original en francés es el siguiente: “*La guerre n'est donc point une relation d'homme à homme, mais une relation d'Etat à Etat, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes, ni même comme citoyens, mais comme soldats . . . Même en pleine guerre, un prince juste s'empare bien, en pays ennemi, de tout ce qui appartient au public, mais il respecte la personne et les biens des particuliers*”.
- 8 Georg F. von Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, J. C. Dieterich, Göttingen, 1789, vol. II, Libro VIII, en particular el capítulo III, párr. 234, pp. 343–344 (prohibición de ataques contra mujeres, niños y ancianos), y párr. 235, pp. 345–346 (protección de los derechos de los soldados vencidos en su carácter de prisioneros de guerra, salvo como represalia contra “gentes bárbaras”).
- 9 V., sin embargo, la crítica de Karma Nabulsi a la idea prevaleciente de que Rousseau fue el creador de este principio fundamental del derecho de la guerra moderno (distinción entre combatientes y no combatientes): Karma Nabulsi, *Traditions of War: Occupation, Resistance, and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 184–203 (donde Nabulsi argumenta que Rousseau, en su alegato en favor de la participación de civiles en guerras justas libradas en defensa propia, consideraba que el patriotismo era un elemento esencial).
- 10 Esta doctrina lleva el nombre de J.-J. Rousseau y del jurista francés Jean-Etienne-Marie Portalís, y también fue preconizada por el diplomático francés Talleyrand: E. Benvenisti, nota 6 *supra*, p. 626. Con respecto al argumento de Rousseau, v. J.-J. Rousseau, nota 7 *supra*, Libro Primero, IV.

Europa continental¹¹. Podría decirse que la rudimentaria base representada por el derecho de la ocupación beligerante surgió como una técnica para gestionar esos órdenes territoriales y constitucionales/administrativos caóticos¹². Dicho de otro modo, fue fruto de los cambios geopolíticos y constitucionales que se difundieron en Europa occidental a principios del siglo XIX¹³. Los revolucionarios declararon y libraron la guerra a las monarquías absolutas en otros países a la vez que actuaban para liberar a las poblaciones locales oprimidas. Lo hicieron firmemente convencidos de los beneficios que sus acciones acarrearían al pueblo. En efecto, en la constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 se declaraba expresamente que “la nación francesa renuncia a las guerras cuyo objetivo sea la conquista y jamás usará sus fuerzas contra la libertad de ningún pueblo”¹⁴. Muchos de esos revolucionarios actuaron con el propósito de emancipar a los pueblos oprimidos por sus monarcas¹⁵.

Tras la restauración del orden conservador europeo, cristalizada en el Congreso de Viena de Metternich, surgieron los “principios” del mantenimiento (o de la restauración) de la soberanía y la independencia de los Estados ocupados durante las guerras napoleónicas, pese a las numerosas transformaciones territoriales¹⁶. Es verdad que estos principios se basaban en el arraigado “derecho a la seguridad” y en la independencia de los Estados soberanos¹⁷, pero aún no se los había reconocido como principios definidos del derecho de la ocupación. Los principios eran compatibles con la tendencia reaccionaria de la Santa Alianza de 1815, cimentada en el delicado equilibrio del poder. Con las ideas del liberalismo y la autodeterminación nacional ya difundidas por toda Europa por la Revolución Francesa y las guerras

11 Paul W. Schroeder, *The Transformation of European Politics: 1763–1848*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 72; Nehal Bhuta, “The antinomies of transformative occupation”, en *European Journal of International Law*, vol. 16, n.º 4, 2005, pp. 721, 730.

12 V. Fyodor F. Martens, *La paix et la guerre: la Conférence de Bruxelles 1874; Droit et devoirs des belligérants (leur application pendant la guerre d’Orient 1874–1878); La Conférence de La Haye 1899*, traducido del ruso al francés por el conde N. de Sancé, Arthur Rousseau, París, 1901, pp. 274–275.

13 N. Bhuta, nota 11 *supra*; Martti Koskeniemi, “Occupied zone: ‘a zone of reasonableness?’”, en *Israel Law Review*, vol. 41, 2008, pp. 13, 30.

14 Constitución de Francia del 3 de septiembre de 1791, Título VI, primer párrafo, disponible en inglés en: <http://www.duke.edu/web/secmod/primarytexts/FrenchConstitution1791.pdf> (consultado el 13 de abril de 2012).

15 M. Koskeniemi, nota 13 *supra*, p. 30. Sin embargo, esta creencia popular se ve ensombrecida por algunas historias turbias enterradas en los archivos. V. Timothy C.W. Blanning, *The French Revolution in Germany: Occupation and Resistance in the Rhineland 1792–1802*, Oxford University Press, New York, 1983, p. 148 (donde se describen los pillajes, el vandalismo y la violación como botines de guerra durante la ocupación de Renania y España); Marc Blancpain, *La vie quotidienne dans la France du Nord sous les occupations (1814–1944)*, Hachette, París, 1983, p. 21 (donde el autor narra cómo los crímenes de violación, pillaje y vandalismo fueron devueltos en la misma moneda por los cosacos y la caballería asiática del ejército ruso de ocupación en el norte de Francia), citado en K. Nabulsi, nota 9 *supra*, p. 24.

16 En el período posnapoleónico, la nueva era ofreció a algunos Estados alemanes que habían formado parte del Sacro Imperio Romanogermánico, como Hanover, Hesse-Kassel y Oldenburgo, la muy necesaria oportunidad de restablecer la autoridad política y recuperar los territorios perdidos durante los años de la Confederación del Rin. Para otros Estados, la era representó la ocasión de avanzar hacia la integración de los Estados germanoparlantes a través de la Confederación Germánica. Algunos Estados, como Sajonia, veían con buenos ojos el modelo de la Confederación, en particular porque garantizaba la independencia y soberanía de sus miembros: v. Lawrence J. Flockert, “Statebuilding and nation-building in the ‘Third Germany’: Saxony after the Congress of Vienna”, en *Central European History*, vol. 24, n.º 3, 1991, pp. 268, 276.

17 V. E. de Vattel, nota 6 *supra*, Libro 2, párr. 49.

napoleónicas, las otras dos revoluciones gestadas en Francia en 1830 y 1848 encendieron revueltas populares en demanda de reformas constitucionales y realineamientos políticos en todo el continente. Poco a poco, este escenario contribuyó al surgimiento del orden europeo constituido por Estados-nación de base etnolingüística asentados en la idea de la soberanía nacional, concepto éste que, podría afirmarse, se remonta al sistema nacido de la paz de Westfalia¹⁸. Es durante este período de transformaciones en Europa que el régimen jurídico de la ocupación comenzó a separarse conceptualmente del de la conquista¹⁹. A diferencia de la noción de conquista, que otorgaba un derecho soberano válido sobre los territorios conquistados, se consideraba que la ocupación dejaba intacta la soberanía del gobierno derrocado.

Origen de la hipótesis “conservacionista” del derecho de la ocupación desde la perspectiva académica

El origen histórico de la hipótesis “conservacionista” del derecho de la ocupación²⁰ puede buscarse a través del examen de los tratados clásicos. Tanto Hersch Lauterpacht²¹ como Benvenisti²² sugieren que el perfeccionamiento doctrinario del derecho de la ocupación debe mucho al tratado de August Wilhelm Heffter, de 1844. Heffter sugirió que, salvo en el caso de la *debellatio*, la ocupación era meramente una forma de control temporal que suspendía el ejercicio de los derechos soberanos del Estado ocupado, sin causar la transferencia de la soberanía como tal²³. Por otra parte, el análisis de la obra *Précis du droit des gens modernes de l'Europe*, de Georg Friedrich von Martens (1789)²⁴, corrobora la tesis de que el marco

18 E. Benvenisti, nota 6 *supra*, pp. 623, 628. No obstante, Croxton argumenta que el concepto de la soberanía conservó un carácter ambiguo por muchos siglos después de ese acontecimiento: Derek Croxton, “The Peace of Westphalia of 1648 and the origins of sovereignty”, en *International History Review*, vol. 21, n.º 3, 1999, pp. 569–591.

19 Cabe añadir que, habida cuenta del elemento relacionado con el control efectivo, el régimen jurídico de la ocupación se consideró análogo al mucho más antiguo régimen jurídico del bloqueo: James M. Spaight, *War Rights on Land*, Macmillan, Londres, 1911, p. 328.

20 Con respecto al término “principio conservacionista”, v. G. H. Fox, nota 3 *supra*, pp. 199, 234–240.

21 Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. 2: *War, Peace and Neutrality*, ed. Hersch Lauterpacht, 5ª edición, Longmans, Londres, 1935, p. 344.

22 E. Benvenisti, nota 6 *supra*, p. 630.

23 Heffter señaló que: “Sólo tras lograr la derrota absoluta de una autoridad estatal (*debellatio*) y tornar a ésta incapaz de toda resistencia ulterior, la parte victoriosa puede asumir la autoridad del Estado e iniciar su propia -aunque usurpatoria- relación estatal con el pueblo derrotado... Hasta ese momento, sólo puede existir una confiscación fáctica de los derechos y bienes de la anterior autoridad estatal, que mientras tanto quedan en suspenso”. D. August Wilhelm Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, E. H. Schroeder, Berlin, 1844, pp. 220–221 (traducido del alemán por el autor del presente artículo). El texto original reza: “*Erst wenn eine vollständige Besiegung der bekriegten Staatsgewalt (debellatio) eingetreten und dieselbe zu fernem Widerstande unfähig gemacht ist, kann sich der siegreiche Theil auch der Staatsgewalt bemächtigen, und nun ein eigenes, wiewohl usurpatorisches, Staatsverhältniß mit dem besiegten Volke beginnen... Bis dahin findet lediglich eine thatsächliche Beschlagnahme der Rechte und des Vermögens der inzwischen suspendirten bisherigen Staatsgewalt Statt*” (la ortografía es la que aparece en el original).

24 G. F. von Martens, nota 8 *supra*.

normativo básico de la ocupación, incluido el principio conservacionista, se desarrolló con posterioridad al Congreso de Viena (1814–1815). Como señala Bhuta²⁵, en el texto de este autor alemán clásico la hipótesis conservacionista brilla por su ausencia. Este tratado, publicado en el mismo año de la Revolución Francesa, ni menciona el concepto jurídico de la “ocupación beligerante” ni distingue los derechos de los ocupantes de los de los conquistadores, en la guerra terrestre²⁶. Von Martens hasta declaró que:

La razón por la cual se ha ocupado una provincia enemiga determina, sobre todo, si se tiene derecho a modificar, en mayor o menor medida, su forma de gobierno. El enemigo no está obligado a preservar la constitución del país conquistado. Tampoco está obligado a permitir que ese país siga gozando de los derechos y privilegios que su Soberano le ha otorgado...²⁷

Contrariamente a la tendencia conservacionista del posterior Reglamento de La Haya, el conquistador “no está obligado a preservar la constitución del país conquistado, ni a permitir que sus súbditos sigan gozando de los derechos y privilegios que su anterior Soberano le ha otorgado”²⁸. Muchos estudiosos coinciden en que los rasgos principales del principio conservacionista, como las limitaciones al derecho de la Potencia Ocupante a modificar la legislación local en los territorios ocupados y a su derecho a administrar los bienes públicos²⁹ se fueron reconociendo de forma gradual durante el período de transformación social de Europa que se extendió desde principios hasta mediados del siglo XIX.

25 N. Bhuta, nota 11 *supra*, pp. 726–727, n. 30.

26 V. G. F. von Martens, nota 8 *supra*, Libro VIII, capítulos III (“De la manière de faire la guerre”) y IV (“Des conventions qui se font avec l’ennemi dans le cours de la guerre”), pp. 339–369.

27 *Ibid.*, Libro VIII, capítulo III, párr. 238, pp. 348–349 (traducido al inglés por el autor del presente artículo). El texto original en francés dice: “Le motif pour lequel on a occupé une province ennemie décide surtout, si l’on se permet d’altérer plus ou moins le forme du gouvernement. L’ennemi n’est pas obligé de conserver la constitution du pays conquis, ni de lui laisser les droits & les privilèges que son Souverain lui a accordés...”. V. también el amplio derecho a apoderarse de los bienes de los territorios ocupados o conquistados: *ibid.*, párr. 239, p. 349, donde se argumenta que “el enemigo está igualmente autorizado a apoderarse de los bienes del enemigo... ya se trate de bienes inmuebles (conquista) o muebles (botín), no sólo para 1) obtener lo que se le adeuda o un equivalente, sino también para 2) compensar el costo de la guerra y 3) obligar al enemigo a consentir en una paz equitativa y, por último, 4) privar al enemigo del deseo o de las fuerzas para renovar las injurias que dieron lugar a la guerra”; el original dice: “L’ennemi est également autorisé à s’emparer des biens de l’ennemi... soit des biens immeubles (Conquête, Eroberung), soit des biens meubles (Butin, Beute), tant 1) pour obtenir ce qui lui est dû ou un équivalent, que 2) pour se dédommager des frais de la guerre & 3) pour obliger l’ennemi à donner les mains à une paix équitable, enfin 4) pour ôter à l’ennemi l’envie ou les forces de renouveler les injures qui ont donné lieu à la guerre”.

28 N. Bhuta, nota 11 *supra*, pp. 726–727, n. 30.

29 Paul Challine, *Le droit international public dans la jurisprudence française de 1789 à 1848*, Domat-Montchrestien, París, 1934, pp. 122–124 (refiriéndose al dictamen del Tribunal de Casación de 1841, según el cual la ocupación no podía derogar las leyes vigentes en el territorio ocupado), citado en E. Benvenisti, nota 6 *supra*, p. 628.

Formulación del derecho de la ocupación y consolidación del principio conservacionista a fines del siglo XIX

En el clima político que reinaba en Europa tras los acontecimientos de 1848, el principio “conservacionista” se transformó en un vehículo normativo adecuado no sólo para mantener el status quo conservador de los Estados poderosos, sino también para los Estados-naciones emergentes, que favorecían la protección de la vida y de los bienes de sus ciudadanos a la vez que se interesaban por mantener sus leyes intactas en caso de que fueran ocupados por otro Estado³⁰. Más tarde, a partir de mediados del siglo XIX, el principio de la preservación (o mínima alteración) de las leyes y estructuras administrativas de los territorios ocupados comenzó a responder también a los intereses de la burguesía, cuya importancia iba en aumento. En consonancia con la filosofía del *laissez faire* (dejar hacer)³¹, este principio se aplicó a fin de reducir al mínimo los efectos adversos de la ocupación en los derechos de los particulares (incluido el derecho a la propiedad privada)³². Según Karma Nabulsi, los principios conservacionistas del derecho de la ocupación se vieron consolidados por el moderado instinto conservador de los abogados internacionales predominantes (burgueses), quienes desempeñaron un papel esencial en la redacción de los textos jurídicos fundamentales del derecho de la guerra durante la segunda mitad del siglo XIX³³. Entre esos textos figuran las *Instrucciones para el Gobierno de los Ejércitos de los Estados Unidos en Campaña*, de 1863 (el Código Lieber), la Declaración de Bruselas de 1874 (o Proyecto de Bruselas)³⁴, el *Manual sobre las Leyes de la Guerra Terrestre* de 1880 (el *Manual de Oxford*), y el derecho de La Haya como culminación de las actividades de redacción de tratados en las Conferencias de Paz de 1899 y 1907. Esos abogados favorecían el enfoque basado en la ley y el orden y la preservación del status quo del territorio local (es decir, el enfoque que subyace a lo que Nabulsi llama la “tradición grociana de la guerra”)³⁵.

Del otro lado del Atlántico, al formular los reglamentos para la ocupación por la Unión de los territorios de los Confederados durante la Guerra de Secesión de Estados Unidos, Francis Lieber limitó la capacidad legislativa del ocupante al caso de

30 E. Benvenisti, nota 6 *supra*, p. 634.

31 Para mediados del siglo XIX, esta ideología predominaba en casi todos los países de Europa occidental; sus aspectos principales eran la libertad de los derechos de propiedad privada y el libre mercado: v. Marion W. Gray, “Modifying the traditional for the good of the whole”: commentary on state-building and bureaucracy in Nassau, Baden, and Saxony in the early nineteenth century”, en *Central European History*, vol. 24, n.º 3, 1991, pp. 293, 301.

32 V., por ejemplo, el artículo 46 del Reglamento de La Haya de 1907 (el respeto de la propiedad privada y la prohibición de confiscar propiedad privada).

33 K. Nabulsi, nota 9 *supra*, pp. 158–174.

34 V. *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une convention internationale concernant la guerre, protocoles des séances plénières, protocoles de la Commission déléguée par la conférence, annexes* (1874). Como se sabe, esta iniciativa humanitaria del zar Alejandro II de Rusia finalmente no fue ratificada.

35 K. Nabulsi, nota 9 *supra*, p. 172. Al emplear el término “tradición grociana de la guerra”, la autora centra su análisis en los trabajos de formulación de leyes entre 1874 y 1949. Por consiguiente, no sugiere que la semilla del principio conservacionista del derecho de la ocupación ya se había sembrado en la época posterior a la Paz de Westfalia (1648).

“necesidad militar”, conforme al artículo 3 del Código de 1863. Según esta disposición:

La ley marcial en un país hostil consiste en la suspensión, por la autoridad militar ocupante, del derecho penal y civil y de la administración y gobierno locales en el lugar o territorio ocupado y en la sustitución de éstos por el gobierno y la fuerza militares, así como en el dictado de leyes de carácter general, *en la medida en que la necesidad militar exija la aplicación de esa suspensión, sustitución o dictado*. El comandante de las fuerzas puede resolver que la administración de las leyes civiles y penales continúe en forma total o parcial, como en tiempo de paz, a menos que la autoridad militar disponga otra cosa³⁶.

Habida cuenta de la estrecha amistad que unía a este emigrado alemán con Johan Caspar Bluntschli, es muy probable que la estructura textual de esta disposición haya sufrido la influencia de las disposiciones análogas sobre los poderes legislativos del ocupante que luego aparecieron en la Declaración de Bruselas y el *Manual de Oxford*, uno de cuyos arquitectos principales fue precisamente Bluntschli³⁷.

Orígenes del artículo 43 de los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907

Para comprender por qué el principio conservacionista y la excepción a éste configurada por el “concepto de necesidad” se incluyeron en el artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1899 y también en el de 1907³⁸, es importante echar un vistazo a sus precursores: los artículos 2 y 3 de la Declaración de Bruselas de 1874. Según el artículo 2 de la Declaración de Bruselas:

“Cuando la autoridad de la Potencia legítima se suspende y pasa de hecho a manos de la Potencia Ocupante, ésta tomará todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y garantizar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos”³⁹.

A continuación, el artículo 3 de este tratado abortado establece que: “Con este fin, deberá mantener las leyes que se hallaban vigentes en el país en tiempo de

36 Instrucciones para el Gobierno de los Ejércitos de los Estados Unidos en Campaña, publicadas como Órdenes Generales n.º 100, del 24 de abril de 1863 (Código Lieber), art. 3 (el subrayado es del autor).

37 V. Betsy Baker Röben, “The method behind Bluntschli’s ‘modern’ international law”, en *Journal of the History of International Law*, vol. 4, n.º 2, 2002, pp. 249, 250–256 (donde la autora analiza la influencia de Lieber sobre Bluntschli en lo que respecta a la investigación de las leyes de la guerra e incluso del derecho internacional en su totalidad).

38 Este análisis se centra en las negociaciones que condujeron a la adopción del Reglamento de La Haya de 1899, porque el artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1907 es idéntico al artículo 43 del Reglamento de 1899 en su texto original en francés, aunque hay pequeñas diferencias en las dos versiones en inglés. V. nota 1 *supra*.

39 Texto original en francés: “L’autorité du pouvoir légal étant suspendue et ayant passé de fait entre les mains de l’occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d’assurer, autant qu’il est possible, l’ordre et la vie publique”.

paz y no las modificará, suspenderá ni sustituirá a menos que sea necesario”⁴⁰. A primera vista, estas dos disposiciones parecen incoherentes. Mientras que el artículo 2 parece conferir a los ocupantes amplia autoridad legislativa, el artículo 3 condiciona el ejercicio de esa competencia al concepto de la necesidad. No obstante, cuando los artículos 2 y 3 de la Declaración de Bruselas se consideran en conjunto, queda claro que tanto el poder de modificar, suspender o reemplazar previsto en el artículo 3, como el poder de sancionar (“*prendra toutes les mesures*”) (“tomará todas las medidas”) previsto en el artículo 2, pueden ejercerse en caso de necesidad⁴¹. Si bien la Declaración de Bruselas nunca entró en vigor, el contenido normativo y la estructura del texto (la norma general acerca de la autoridad legislativa del ocupante, sujeta a la excepción en caso de necesidad) se insertaron en los artículos 43 y 44 del *Manual de Oxford*, adoptado por el Instituto de Derecho Internacional en 1880⁴².

Más adelante, las dos disposiciones aparentemente incongruentes de la Declaración de Bruselas se integraron en la disposición única contenida en el Reglamento de La Haya de 1899. Esta medida se debió a la necesidad de resolver la controversia principal entre los delegados de la Primera Conferencia de Paz de La Haya (1899), en la que se discutió con vehemencia si el artículo 3 de la Declaración de Bruselas debía mantenerse a fin de prevenir cambios excesivos en la legislación de un territorio ocupado. En la séptima sesión de la Conferencia de La Haya, el 8 de junio de 1899, algunos representantes destacaron la importancia de esta disposición para las potencias pequeñas, teniendo en cuenta las limitaciones impuestas a la Potencia Ocupante beligerante por las palabras “*que s’il y a nécessité*” (a menos que sea necesario). En contraste, la propuesta alternativa contemplaba eliminar esta disposición y conferir a las Potencias Ocupantes mayor capacidad legislativa a cambio de ciertas obligaciones específicas⁴³. Cuando se realizó la votación, esta disposición se

40 La versión original en francés reza: “*A cet effet, il maintiendra les lois qui étaient en vigueur dans le pays en temps de paix, et ne les modifiera, ne les suspendra ou ni les remplacera que s’il y a nécessité*”.

41 Como comentario al paso, la interpretación textual del artículo 43 de los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907 puede conducir a la conclusión de que las limitaciones al poder de legislar podrían aplicarse sólo a las medidas legislativas que se adopten para restablecer el orden público y la vida civil, pero no a otras medidas. No obstante, la mayoría de los autores coinciden en que las limitaciones a los poderes legislativos del ocupante en el marco del art. 43 se aplican a la totalidad de la legislación. V. Edmund H. Schwenk, “Legislative power of the military occupant under Article 43, Hague Regulations”, en *Yale Law Journal*, vol. 54, 1945, p. 395.

42 En el artículo 43 del *Manual de Oxford de la Guerra Terrestre* (1880) se establece lo siguiente: “*L’occupant doit prendre toutes les mesures qui dépendent de lui pour rétablir et assurer l’ordre et la vie publique*” (“El ocupante deberá tomar todas las medidas debidas y necesarias para restablecer y garantizar el orden y la seguridad públicos”). En el artículo 44 del mismo Manual se estipula que: “*L’occupant doit maintenir les lois qui étaient en vigueur dans le pays en temps de paix, et ne les modifier, ne les suspendre ou ne les remplacer que s’il y a nécessité*” (“El ocupante deberá mantener las leyes que se hallaban vigentes en el país en tiempo de paz y no las modificará, suspenderá ni sustituirá a menos que sea necesario”; disponible en la base de datos del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR): <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/140?OpenDocument> (consultado el 13 de abril de 2012).

43 V. la declaración del barón de Bildt (Suecia y Noruega), quien se refirió a la idea de de Marten de que era importante “asegurar que las obligaciones del conquistador se limitaran y circunscribieran” (“*de trouver les obligations du vainqueur limitées et circonscrites*”): *Conférence Internationale de la Paix - La Haya 18 mai-29 juillet 1899 (1899)* (Conferencia Internacional de la Paz – La Haya, 18 de mayo a 29 de julio de 1899), Resumen general, tercera parte [Segunda Comisión], p. 120.

retuvo por un estrecho margen (13 votos contra 10 y una abstención), al menos hasta que fuese examinada nuevamente en una sesión posterior⁴⁴. En la octava sesión, el señor Bihourd, representante de Francia, propuso una solución de compromiso: eliminar el artículo 3, pero integrar su espíritu en el artículo 2. La parte pertinente de su propuesta era la siguiente: “*en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays*” (“respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país”)⁴⁵. Por consiguiente, fue gracias a la propuesta de Bihourd que la frase clave “*sauf empêchement absolu*” (“salvo impedimento absoluto”) fue introducida en el texto francés auténtico de los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907⁴⁶ en lugar de la frase “*que s’il y a nécessité*” (a menos que sea necesario) que había aparecido en el artículo 3 de la Declaración de Bruselas y en el artículo 44 del *Manual de Oxford*. De todos modos, la diferencia terminológica era tan sólo semántica. Los juristas han terminado por interpretar que el término “*sauf empêchement absolu*” (“salvo impedimento absoluto”) encarna el concepto de “necesidad”⁴⁷, idea ésta que ha sido objeto de abundante debate en los estudios académicos de la esfera jurídica⁴⁸.

El derecho de la ocupación durante la Primera Guerra Mundial

Muchas de las medidas de ocupación adoptadas durante la Primera Guerra Mundial plantearon las primeras dificultades en la interpretación del artículo 43 del Reglamento de La Haya. Ello se observó principalmente en relación con dos posiciones diametralmente opuestas: las medidas adoptadas por las autoridades ocupantes alemanas en Bélgica durante la guerra, y las decisiones belgas tomadas después de la guerra, que invalidaron las leyes promulgadas durante el período de la ocupación. Charles Rousseau señala que la norma general sobre la autoridad legislativa también fue infringida por el comandante en jefe británico como autoridad ocupante de Mesopotamia, cuando ésta pertenecía a la Turquía otomana (la zona en la cual los británicos luego crearon el Reino de Irak)⁴⁹. Además, la rudimentaria disposición sobre la protección

44 Ibid., pp. 120–121.

45 En la octava sesión, celebrada el 10 de junio de 1899, se alcanzó la unanimidad con respecto a la cláusula de compromiso propuesta por el señor Bihourd; *ibíd.*, pp. 126–127.

46 Art. 43 del Reglamento de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo al Convenio (II) de La Haya de 1899 relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, La Haya, 29 de julio de 1899; y art. 43 del Reglamento de La Haya sobre las leyes y usos de la guerra terrestre, anexo al Convenio (IV) de La Haya de 1907 relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, La Haya, 18 de octubre de 1907.

47 V., entre otros, Christian Meurer, *Die Völkerrechtliche Stellung der vom Feind Besetzten Gebiete*, Mohr, Tübingen, 1915; y E. H. Schwenk, nota 41 *supra*, p. 393.

48 E. H. Schwenk, nota 41 *supra*, p. 393. Con respecto a la práctica de los Estados, v. las medidas adoptadas durante la ocupación alemana de Bélgica durante la Primera Guerra Mundial, justificadas en base a una interpretación muy amplia del “concepto de necesidad”. En un ejemplo más reciente, el Tribunal Supremo de Israel invocó el motivo de la necesidad para justificar la introducción del IVA como impuesto nuevo en los territorios palestinos ocupados, omitiendo las implicancias de los artículos 48 y 49 del Reglamento de La Haya: caso *Abu Aita*, nota 5 *supra*, pp. 274 y ss.

49 El “Iraq Occupied Territories Code” (Código de los Territorios ocupados de Irak) (1915) promulgado por el comandante en jefe británico se basaba en los códigos civil y penal de India. Esto trajo aparejados profundos cambios en las leyes y en el poder judicial locales, que Rousseau describió como “errements” (“yerros”): Charles Rousseau, *Le droit des conflits armés*, Pédone, París, 1983, p. 153, párr. 99.

de la población civil bajo ocupación contenida en el Reglamento de La Haya fue insuficiente para encarar la deportación de civiles durante la ocupación de Bélgica y del norte de Francia en la Primera Guerra Mundial⁵⁰. Ésta fue una de las razones que impulsó al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) a preparar, en el período entre guerras, el proyecto de texto de Tokio sobre la protección de las poblaciones civiles, que posteriormente constituiría la base del IV Convenio de Ginebra⁵¹.

Durante la Primera Guerra Mundial, las autoridades ocupantes en Bélgica desecharon todas las limitaciones impuestas por el Reglamento de La Haya a fin de introducir cambios radicales en las estructuras administrativas y jurídicas⁵². Interpretaron que el artículo 43 del Reglamento de La Haya autorizaba la transferencia de la autoridad legislativa ampliada al “Gobierno General” alemán⁵³. La puesta en práctica de esta política incluyó cambios administrativos de amplio alcance, como los intentos de alterar el marco político belga en favor de los flamencos, en ese entonces desfavorecidos⁵⁴. Charles de Visscher consideraba que las medidas alemanas equivalían a un abuso de poder del ocupante, según la doctrina del derecho administrativo de Francia (“*l’excès de pouvoir et le détournement de pouvoir*”) (exceso de autoridad y abuso de poder)⁵⁵.

50 Ibid., p. 1258, párr. 101C. V. también Matthew Stibbe, “The internment of civilians by belligerent states during the First World War and the responses of the International Committee of the Red Cross”, en *Journal of Contemporary History*, vol. 41, n.º 1, 2006, pp. 5–19.

51 El Proyecto de Convenio Internacional del CICR sobre la Condición y protección de los civiles de nacionalidad enemiga que se hallan en territorio perteneciente a un beligerante u ocupado por él fue presentado a la XV Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Tokio en 1934: v. Jean S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, (IV) Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, CICR, Ginebra, 1958, pp. 4–5. El Proyecto de Convenio de Tokio se adoptó por unanimidad en la Resolución XXXIX, con el título *Projet de convention concernant la condition et la protection des civils de nationalité ennemie qui se trouvent sur le territoire d’un belligérant ou sur un territoire occupé par lui*: v. *La Quinzième Conférence Internationale de la Croix-Rouge, tenue à Tokio, du 20 au 29 octobre 1934, Compte Rendu*, pp. 262, 203–209 (donde figura el texto completo de este proyecto de convenio).

52 V. Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, 2ª edición, Princeton University Press, Princeton, 2004, pp. 32–44; Annette Becker, “The dilemmas of protecting civilians in occupied territory: the precursory example of World War I” (próxima publicación).

53 C. Rousseau, nota 49 *supra*, p. 140, párr. 93; Michael Ottolenghi, “The Stars and Stripes in Al-Fardos Square: the implications for the international law of belligerent occupation”, en *Fordham Law Review*, vol. 72, 2003–2004, pp. 2177 y 2188.

54 Según Charles Rousseau, la potencia ocupante alemana publicó el 27 de marzo de 1917 un decreto (*arrêté*) que introducía la separación de la administración entre Flandes y Valonia y creaba el Consejo de Flandes. Se refiere asimismo a otra práctica anómala de las Potencias Centrales en Rusia durante la Primera Guerra Mundial: la creación del Consejo de Regencia, que ejercía el poder supremo y estaba integrado por el Arzobispo de Varsovia y dos seculares; y la proclamación de la independencia de Ucrania por la Rada de Kiev, que apoyaba a Alemania: C. Rousseau, nota 49 *supra*, p. 140, párr. 93.

55 Charles de Visscher, “*L’occupation de guerre d’après la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique*”, en *Law Quarterly Review*, vol. 34, 1918, pp. 72–81, quien señala que “el abuso [cometido por el ocupante] se produce no sólo cuando, al promulgar las medidas que exceden a su competencia, la Potencia Ocupante sobrepasa los límites objetivos de sus atribuciones provisionales; se presenta también cuando el ocupante emplea sus poderes para fines ajenos al verdadero objetivo de su misión en un país ocupado” (traducción del CICR; el texto francés reza: “*L’abus [commis par l’occupant] n’existe pas seulement quand, édictant des mesures qui excèdent sa compétence, l’occupant dépasse les limites objectives de ses attributions provisoires: il se présente également lorsque l’occupant use de ses pouvoirs dans un but et pour des motifs étrangers à l’objet véritable de sa mission en pays occupé*”).

En contraste, la práctica de posguerra de los tribunales belgas se basó en que *todas* las leyes promulgadas por las autoridades ocupantes alemanas eran ilegales⁵⁶. La interpretación hecha por Alemania para justificar sus extensos poderes legislativos durante la Primera Guerra Mundial fue vehementemente impugnada en varios dictámenes judiciales belgas⁵⁷. En la causa *Mathot v. Longué*⁵⁸, el Tribunal de Apelaciones de Lieja, contrariamente a otras decisiones⁵⁹, rechazó cualquier margen de maniobra en el ámbito legislativo por parte de la Potencia Ocupante, dictaminando que “los decretos de la Potencia Ocupante... no son leyes, sino simples órdenes de la autoridad militar del ocupante”⁶⁰, y que por consiguiente, los decretos alemanes habían carecido de “valor jurídico”⁶¹. Subyacía a las decisiones de los tribunales belgas la así llamada “escuela belga”⁶², según la cual los actos legislativos y administrativos ejecutados por la Potencia Ocupante constituyen meras órdenes de facto que carecen de efectos jurídicos⁶³. Benvenisti critica este enfoque por su carácter “extremo”⁶⁴, señalando que el enfoque judicial belga sufrió una evolución despareja⁶⁵. Durante la ocupación alemana en la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal de Casación retomó la tendencia judicial prevaleciente durante la Primera Guerra Mundial, consistente en negarse a dictar sentencia en relación con medidas legislativas adoptadas por la Potencia Ocupante⁶⁶.

Tras el fin de la Primera Guerra Mundial, los Aliados ocuparon Renania a través de la Alta Comisión Interaliada para Renania (1919–1930). Sin embargo, puesto que su fundamentación jurídica era el Tratado de Versalles, este acto puede

56 E. Benvenisti, nota 52 *supra*, pp. 44–46.

57 V., por ejemplo, Tribunal de Apelaciones de Bruselas, *De Brabant y Gosselin v. T. y A. Florent*, 22 de julio de 1920, (1919–1922) 1 AD 463, n.º 328; Tribunal de Apelaciones de Lieja, *Mathot v. Longué*, 19 de febrero de 1921, 1 AD 463, n.º 329. Compárense estos casos con Tribunal de Apelaciones de Lieja, *Bochart v. Comité de Aprovisionamiento de Corneux*, 28 de febrero de 1920, 1 AD 462, n.º 327.

58 Caso *Mathot v. Longué*, nota 57 *supra*.

59 V., por ejemplo, la causa *Bochart*, nota 57 *supra* (en la que se confirma la medida legislativa de la Potencia Ocupante, la Orden de Alemania del 8 de agosto de 1918, que, aunque se adoptó para el beneficio personal de sus propios nacionales, tenía por objeto regular el alto precio de las hortalizas); y la causa *City of Malines v. Société Centrale pour l'Exploitation du Gaz*, Tribunal de Apelaciones de Bélgica, Bruselas, 25 de julio de 1925, citado en Arnold D. McNair and H. Lauterpacht (ed.), *Annual Digest of Public International Law Cases: 1925–1926*, n.º 362 (1929), p. 475 (donde se reconocía la autoridad jurídica de la Potencia Ocupante para promulgar decretos administrativos, los cuales eran en parte responsables del incremento en el suministro de gas, como medidas justificadas por la necesidad de responder a las necesidades de la población civil).

60 Caso *Mathot v. Longué*, nota 57 *supra*, p. 464.

61 *Ibid.* El Tribunal añadió que: “... es inaceptable aducir que en virtud del Convenio [de La Haya] se haya atribuido a la Potencia Ocupante parte alguna del poder legislativo... se desprende del propio texto del Convenio y de los trabajos preliminares que la única intención era... restringir el abuso de fuerza por la Potencia Ocupante y no asignar ni reconocer a ésta autoridad alguna en la esfera de la justicia... La ley sigue siendo atributo exclusivo de la autoridad nacional, mientras que la Potencia Ocupante posee el poder de facto y nada más”. V. también el caso *De Brabant y Gosselin v. T. y A. Florent*, nota 57 *supra*.

62 C. de Visscher, nota 55 *supra*, pp. 72–81; E. Benvenisti, nota 52 *supra*, pp. 44–47, 194.

63 C. Rousseau, nota 49 *supra*, pp. 139 y 153, párrs. 92 y 99, y los casos allí citados.

64 E. Benvenisti, nota 52 *supra*, p. 46.

65 *Ibid.*, pp. 194–195.

66 V., por ejemplo, Tribunal de Casación de Bélgica, *In re Anthoine*, 24 de octubre de 1940, [1919–1922] causa AD n.º 151.

considerarse un caso de ocupación no beligerante (*occupatio pacifica*)⁶⁷. En el discurso jurídico del período entre guerras, pese a las desviaciones de las normas generales sobre el poder legislativo de los ocupantes que se produjeron durante la Primera Guerra Mundial, el marco normativo de la ocupación permaneció inalterado. Feilchenfeld, escribiendo durante la Segunda Guerra Mundial, observó que la supervivencia del derecho de la ocupación entre 1918 y 1935 se debió en gran medida a la ausencia de ocupaciones en gran escala durante ese período ya que, de haberse producido, esos hechos hubiesen representado una dura prueba para los requisitos normativos⁶⁸.

El derecho de la ocupación en relación con la Segunda Guerra Mundial

Como señala Benvenisti, durante la Segunda Guerra Mundial, tanto las tres principales potencias del Eje –Alemania, Italia y Japón– como la URSS ejercían una práctica de la ocupación en la que omitían y rechazaban por completo los principios fundamentales del derecho de la ocupación. Esos países intentaron alcanzar el control perpetuo por vía de la anexión de los territorios ocupados o del establecimiento de Estados títeres⁶⁹. Como se sabe, las atrocidades cometidas en los territorios ocupados durante la Segunda Guerra Mundial reflejaron una forma de ocupación caracterizada por una brutalidad extrema. Ejemplo de ello fue la práctica basada en la ideología nazi formulada para llevar el cabo el Holocausto⁷⁰.

El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (en adelante, TMI) emitió el famoso dictamen de que, para 1939, las normas encarnadas en el Reglamento

67 Art. 428 del Tratado de Versalles (1919). V. Y. Dinstein, *International Law of Belligerent Occupation*, nota 5 *supra*, p. 36 (donde el autor aduce que incluso la primera fase de esta ocupación, basada en el acuerdo del Armisticio, podía clasificarse como una "ocupación pacífica (no beligerante)". V. también *ibid.*, p. 270 (donde el autor examina el argumento de Francia y Bélgica de que la reocupación conjunta del valle del Ruhr en 1923 se basó en el artículo 430 del Tratado de Versalles).

68 Ernst H. Feilchenfeld, *The International Economic Law of Belligerent Occupation*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington DC, 1942, p. 23, párr. 93. Según Bhuta, "Feilchenfeld observó que las 'viejas reglas' [relativas a la ocupación, contenidas en el derecho de La Haya] para 1914 básicamente habían dejado de ser válidas, y que la única razón por la que no se las denunció entre 1918 y 1935 fue que 'no volvieron a ser puestas a prueba por ocupaciones en gran escala causadas por grandes guerras'": N. Bhuta, nota 11 *supra*, p. 733. Sin embargo, el presente autor argumenta que este punto de vista se basa en un entendimiento erróneo de la obra de Feilchenfeld: Feilchenfeld no llegó tan lejos como para afirmar que el derecho de La Haya sobre la ocupación ya estaba obsoleto cuando comenzó la Primera Guerra Mundial. Lo que sí subrayó fue la falta de aplicación práctica de este marco normativo en el período entre guerras.

69 E. Benvenisti, nota 52 *supra*, pp. 60–72.

70 Yutaka Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 328–329. Julius Stone aduce que el derecho de la ocupación de La Haya sobrevivió a las dos guerras mundiales debido principalmente a "dos imperativos contrapuestos: el deseo de los Aliados, en ambas guerras, de culpar a Alemania de violaciones deliberadas de las normas, y el deseo de Alemania de... explotar el amplio margen que las normas dejaban a la *machtspolitik* de la ocupación [*sic*]": Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict*, Rinehard, New York, 1954, p. 727.

de La Haya eran declaratorias del derecho internacional consuetudinario⁷¹. Sin embargo, un examen más minucioso revela que ese dictamen debe analizarse con cautela a fin de comprender el proceso de esa evolución. La parte pertinente dice:

Las normas de la guerra terrestre expresadas en el Convenio [de La Haya de 1907] indudablemente representaban *un avance respecto del derecho internacional vigente a la fecha de su adopción*. Sin embargo, en el convenio se declaraba expresamente que éste constituía un intento de “revisar las leyes y costumbres generales de la guerra”, reconociendo así la vigencia de éstas en aquel momento; pero, para 1939, las normas contenidas en el Convenio eran reconocidas por todas las naciones civilizadas y se consideraban declaratorias de las leyes y costumbres de la guerra mencionadas en el artículo 6(b) de la Carta [del TMI]⁷².

Si se parte de la base de que la mayor parte de las normas sobre la ocupación contenidas en los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907 no eran declaratorias de las leyes consuetudinarias cuando se las adoptó como normas convencionales, deben haberse transformado gradualmente en derecho consuetudinario en algún momento del período que media entre 1899 y 1939. Sin embargo, no es posible identificar el momento preciso en el cual las disposiciones sobre la ocupación establecidas en el Reglamento de La Haya de 1899 maduraron hasta convertirse en normas consuetudinarias⁷³. No obstante, podría argüirse que, para el momento en que todas las normas pertinentes del Reglamento de La Haya de 1899 se reiteraron en el Reglamento de La Haya de 1907, el *núcleo* de las doctrinas relativas a la ocupación se había “cristalizado”⁷⁴. Esta opinión se sustenta en el texto del preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899, cuya contraparte idéntica, contenida en el preámbulo del IV Convenio de La Haya de 1907, fue citada por el TMI: “Se considera importante... revisar las leyes y costumbres generales de la guerra, *sea con miras a definirlas con mayor precisión* o de determinar ciertos límites con objeto de modificar su severidad en la medida posible”⁷⁵. Cabe recordar que tanto el principio conservacionista como la excepción basada en el “concepto de necesidad” estipulada en el artículo 43 de los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907 tenían sus equivalentes en sus antecedentes (el Código Lieber, el *Manual de Oxford* y la Declaración de Bruselas). Como se ha visto en las secciones anteriores, podemos al menos suponer que el principio conservacionista ya enunciado en los discursos

71 TMI, *The Trial against Goering, et al.*, sentencia del 1º de octubre de 1946, Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, *The Trial of the Major War Criminals*, (1947), vol. 1, en pp. 64–65; reproducido en “Judicial decisions, International Military Tribunal (Nuremberg), judgment and sentences”, en *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, pp. 172, 248–249.

72 *Ibid.* (el subrayado es del autor).

73 E. Benvenisti, nota 52 *supra*, p. 8; y G. von Glahn, nota 4 *supra*, pp. 10–12.

74 E. Benvenisti, nota 6 *supra*, p. 642.

75 II Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, y su Anejo: Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 29 de julio de 1899, preámbulo, tercer párrafo (el subrayado es del autor).

jurídicos de mediados del siglo XIX se hallaba enraizado en el derecho consuetudinario desde hacía más tiempo que otras normas detalladas sobre la ocupación.

Las ocupaciones de los Aliados inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial

Tras la Segunda Guerra Mundial, las ocupaciones efectuadas por los Aliados y la URSS en territorios de Alemania, Italia y Austria, en otros países del Eje en Europa y en Japón presagiaron la naciente rivalidad de la Guerra Fría. Proporcionaron una base experimental para dos ideologías económicas y políticas que rivalizaban entre sí⁷⁶, lo cual a su vez aportó buena parte del ímpetu *político* orientado a descartar el bagaje conservacionista de los Reglamentos de La Haya⁷⁷. Esencialmente, esas ocupaciones representaron los primeros prototipos de la ocupación “transformadora” orientada a la democratización. A diferencia de los regímenes de ocupación beligerante establecidos en Sicilia y el norte de Italia, la ocupación por los Aliados de los territorios meridionales y centrales de Italia tiene su explicación en el acuerdo de armisticio⁷⁸. Independientemente de los fundamentos jurídicos, las autoridades aliadas se ocuparon de abolir las leyes fascistas. La ocupación de Japón por Estados Unidos en la posguerra, con su amplia gama de poderes legislativos, se basó en el Instrumento de Rendición⁷⁹. Esto permitió a Estados Unidos emprender una reforma democrática y profunda de la herencia imperial y militarista de Japón, sin las limitaciones que imponía el principio conservacionista y sin las otras restricciones previstas en el Reglamento de La Haya de 1907.

En contraste, hubo una multiplicidad de justificaciones que explicaban el objetivo político de los Aliados de llevar a cabo el proceso de desnazificación e introducir reformas democráticas radicales en Alemania Occidental. Anticipando las ocupaciones y la implementación de profundas reformas en las leyes y las instituciones, los Aliados occidentales insistieron en obtener una rendición incondicional, con el propósito de librarse del principio conservacionista y de las otras limitaciones impuestas por el Reglamento de La Haya. Podría argumentarse que, si bien la soberanía seguía en manos del pueblo alemán, las potencias aliadas ejercían unos “derechos soberanos” autoconferidos⁸⁰. Pese a la intención declarada de los Aliados de excluir el derecho de la ocupación como fuente de su autoridad, algunos comentaristas explican las medidas adoptadas por los Aliados dentro del

76 Se ha dicho que Stalin declaró sin rodeos que “quien ocupa un territorio también le impone su propio sistema social. Todos imponen sus propios sistemas hasta donde lleguen sus ejércitos”: Simon Chesterman, “Occupation as liberation: international humanitarian law and regime change”, en *Ethics & International Affairs*, vol. 18, n.º 3, 2004, p. 51.

77 N. Bhuta, nota 11 *supra*, p. 734.

78 E. Benvenisti, nota 52 *supra*, pp. 84–91.

79 V. Niisuke Ando, *Surrender, Occupation, and Private Property in International Law: An Evaluation of US Practice in Japan*, Oxford University Press, Oxford, 1991, p. 87; E. Benvenisti, nota 52 *supra*, pp. 92–93; Robert Cryer, “Of custom, treaties, scholars, and the gavel: the influence of the international criminal tribunals on the ICRC customary law study”, en *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 11, n.º 2, 2006, p. 241, n.º 14.

80 M. Koskeniemi, nota 13 *supra*, p. 34.

marco de los Reglamentos de La Haya. Su metodología es inferir las justificaciones a partir de las excepciones de “necesidad” previstas en el artículo 43, aduciendo que el hecho de conservar las leyes raciales de Nuremberg y otras disposiciones jurídicas de los nazis hubiera hecho peligrar la seguridad de la Potencia Ocupante⁸¹. Por otra parte, otros autores consideran la ocupación de Alemania por los Aliados⁸² como un ejemplo típico de *debellatio* (subyugación) tras el colapso del gobierno vigente y la toma del control absoluto por las fuerzas armadas ocupantes⁸³. Hans Kelsen afirmó expresamente que Alemania dejó de existir como Estado soberano⁸⁴, en gran medida debido al colapso de la totalidad de los gobiernos central y locales (*debellatio*)⁸⁵. Empíricamente, el derrumbe del gobierno nazi fue la bisagra que permitió a los Aliados asumir la autoridad para la ocupación⁸⁶, sin esperar a que Doenitz firmase la rendición incondicional proclamada en la Declaración de Berlín del 5 de junio de 1945⁸⁷. En opinión del autor del presente artículo, parece formalista atribuir un gran peso normativo a esa Declaración, teniendo en cuenta que para ese momento, la maquinaria gubernamental alemana había dejado de existir.

81 Myres S. McDougal y Florentino P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1961, p. 770. V. también el anterior Manual Militar del Reino Unido: Oficina de Guerra del Reino Unido, *The Law of War on Land, Being Part III of the Manual of Military Law*, HMSO, Londres, 1958, p. 143, n. 1.

82 Se considera que el estado de ocupación de Alemania llegó a su fin en 1952, cuando cambió el carácter jurídico de las fuerzas armadas extranjeras (estadounidenses) allí apostadas: tras la celebración del acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas entre Alemania Occidental y Estados Unidos, puede considerarse que la permanencia del ejército estadounidense en Alemania se basó en el consentimiento del gobierno territorial: S. Chesterman, nota 76 *supra*, p. 55.

83 G. von Glahn, nota 4 *supra*, pp. 276–285. Compárese, sin embargo, con Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 7ª edición, H. Lauterpacht, Longmans, Londres, 1952, p. 553, párr. 237a; Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, vol. II, Librairie de l'Université, Ginebra, 1954, pp. 468–469; Y. Dinstein, *International Law of Belligerent Occupation*, nota 5 *supra*, pp. 32–33.

84 Kelsen argumentó que: “Al abolir el último gobierno de Alemania, las potencias victoriosas destruyeron la existencia de Alemania como Estado soberano. Desde su rendición incondicional, al menos desde la abolición del gobierno de Doenitz, Alemania ha dejado de existir como Estado en el sentido del derecho internacional... el estado de guerra ha cesado, porque ese estado sólo puede existir entre Estados beligerantes”. Hans Kelsen, “The legal status of Germany according to the Declaration of Berlin”, en *American Journal of International Law*, vol. 39, n.º 3, 1945, p. 519. En otro artículo, Kelsen reforzó su punto de vista: “... las cuatro Potencias Ocupantes han asumido la soberanía sobre el ex territorio alemán y su población, aunque el término “soberanía” no fue utilizado en el texto de la Declaración [de Berlín, 5 de junio de 1945]... todo ello está en plena consonancia con el derecho internacional general, que autoriza a un Estado victorioso, tras la denominada *debellatio* de su oponente, a establecer su propia soberanía sobre el territorio y la población del Estado subyugado. La *debellatio* implica la terminación automática del estado de guerra. Por consiguiente, no es posible celebrar un tratado de paz con Alemania, porque un tratado de paz presupone la existencia continua de los beligerantes oponentes como sujetos del derecho internacional y un estado jurídico de guerra en sus relaciones mutuas”. Hans Kelsen, “Is a peace treaty with Germany legally possible and politically desirable?”, en *American Political Science Review*, vol. 41, n.º 6, 1947, p. 1188.

85 Pueden encontrarse argumentos similares en S. Chesterman, nota 76 *supra*, p. 54; y G. von Glahn, nota 4 *supra*, pp. 275–286.

86 Al cruzar la frontera alemana, la confianza de los aliados en la derrota total de la Alemania nazi fue uno de los factores que los indujo a excluir el derecho de la ocupación como fundamentación de la ocupación: E. Benvenisti, nota 52 *supra*, p. 91.

87 En contraste, Hersch Lauterpacht consideró que la rendición incondicional fue un factor importante: L. Oppenheim, nota 83 *supra*, p. 553, párr. 237a.

Sin embargo, en los sucesos acaecidos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial la doctrina de la *debellatio* pronto se tornó arcaica. Como señala Benvenisti⁸⁸, se consideró que esa doctrina era incompatible con las ideas de la soberanía y la autodeterminación de los pueblos encarnadas en la Carta de las Naciones Unidas⁸⁹. Además, el artículo 2(2) común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 contempla la amplia aplicabilidad del IV Convenio de Ginebra sin considerar el caso excepcional de la *debellatio*. Por ende, si la ocupación de Alemania por los aliados hubiese tenido lugar después de 1949, la ocupación se hubiera regido plenamente por el IV Convenio de Ginebra⁹⁰. Con sujeción a los artículos 47 y 6(3) de ese Convenio⁹¹, las políticas transformadoras de los aliados se podrían haber defendido con mayor coherencia invocando los parámetros más amplios de los hechos que constituyen un caso de necesidad, enunciados en el artículo 64 del Convenio.

El Artículo 64 del IV Convenio de Ginebra

Desde 1949, el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra sirve como complemento del artículo 43 del Reglamento de La Haya. Los autores del pasado señalaron en numerosas ocasiones que la estructura de la disposición mencionada en primer término está pensada como “una amplificación y aclaración” de la segunda⁹² y no como una revisión de los términos relativos al poder legislativo de la Potencia Ocupante⁹³. Sin embargo, el lenguaje del artículo 64 sugiere claramente que amplía las facultades legislativas de la Potencia Ocupante, porque articula objetivos específicos que subyacen a la noción de necesidad⁹⁴. Además, al establecer una dimensión más flexible de las facultades legislativas del ocupante, el artículo 64 da prioridad a la necesidad de garantizar los derechos y el bienestar de la población ocupada. Esto se evidencia en las múltiples obligaciones positivas que incumben a los ocupantes en el marco del IV Convenio. En este sentido, cabe recordar que uno de los principales

88 E. Benvenisti, nota 52 *supra*, pp. 94–95.

89 Carta de las Naciones Unidas, artículos 1(2) y 55.

90 Adam Roberts, "What is a military occupation?", en *British Yearbook of International Law*, vol. 55, 1985, pp. 249, 270–271; E. Benvenisti, nota 52 *supra*, pp. 95–96.

91 Para un análisis detallado del artículo 47 del IV Convenio de Ginebra, v. Robert Kolb, "Étude sur l'occupation et sur l'article 47 de la IVème Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: le degré d'intangibilité des droits en territoire occupé", en *African Yearbook of International Law*, vol. 10, 2002, p. 267; Robert Kolb y Sylvain Vité, *Le droit de l'occupation militaire: perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, Bruselas, 2009.

92 Joyce A. C. Gutteridge, "The Geneva Conventions of 1949", en *British Yearbook of International Law*, vol. 26, 1949, p. 324.

93 Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Vol. 2: The Law of Armed Conflict*, Stevens & Sons, Londres, 1968, p. 194.

94 Esto queda demostrado por la enumeración de los motivos de seguridad de la Potencia Ocupante; de hacer efectivas las obligaciones de los Convenios de Ginebra (y de otras normas del derecho internacional); y de encarar las necesidades humanitarias de la población civil bajo ocupación: Y. Dinstein, *International Law of Belligerent Occupation*, nota 5 *supra*, pp. 112–116. V. también Yoram Dinstein, "Legislation under Article 43 of the Hague Regulations: belligerent occupation and peacebuilding", Programa de Investigación sobre Política Humanitaria y Conflictos, Universidad de Harvard, Occasional Paper Series, otoño de 2004, n.º 1; y Marco Sassòli, "Legislation and maintenance of public order and civil life by Occupying Powers", en *European Journal of International Law*, vol. 16, n.º 4, 2005, p. 661.

aportes de este tratado es la introducción de una “carta de derechos” para la población local⁹⁵. Es de suponer que esa reorientación en favor de los derechos de la población local refleja la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y el surgimiento de los Estados de bienestar en Europa (y del “New Deal” (“Nuevo Trato”), si se piensa en el gobierno de Estados Unidos antes de la Segunda Guerra Mundial y durante la misma). Básicamente, conforme al IV Convenio de Ginebra, los beneficiarios principales de los motivos relacionados con la necesidad ya no son las elites políticas y militares del Estado soberano derrocado, ansiosas por que se preserven sus leyes e instituciones hasta su retorno al poder, sino los integrantes de la población ocupada, que posee la soberanía⁹⁶. Este aspecto puede ser especialmente pertinente en los casos de “ocupación prolongada”⁹⁷, en la cual pueden invocarse motivos de necesidad para justificar la promulgación de leyes nuevas destinadas a encarar las cambiantes necesidades sociales de la población civil⁹⁸.

Guerra fría: no reconocimiento del estatuto de ocupación y no aplicación del derecho de la ocupación

En el discurso académico posterior a 1949, mientras que la “defunción” del artículo 43 del Reglamento de La Haya nunca se declaró⁹⁹, los debates académicos sobre la capacidad legislativa de la Potencia Ocupante en el marco de esta disposición (y del artículo 64 del IV Convenio de La Haya) fueron de índole más bien moderada, salvo en el caso de la ocupación de los territorios palestinos por Israel¹⁰⁰. Esto puede explicarse en parte por el motivo fortuito de que los Estados pertinentes raras veces habían recurrido al derecho de la ocupación. La mayoría no reconocía la aplicabilidad del derecho de la ocupación a los territorios ocupados de facto¹⁰¹, independientemente de que esas ocupaciones fuesen consecuencia de las guerras por representación libradas por las dos superpotencias durante la Guerra Fría¹⁰². Esta situación aletargó por varias décadas los debates sobre el poder legislativo de la Potencia Ocupante y sobre el marco normativo del derecho de la ocupación en su totalidad. El derecho de la ocupación había quedado excluido porque el concepto

95 E. Benvenisti, nota 52 *supra*, p. 105.

96 *Ibid.*

97 Para un análisis de la “ocupación prolongada” en el caso concreto de los territorios palestinos ocupados, v. Adam Roberts, “Prolonged military occupation: the Israeli-occupied territories since 1967”, en *American Journal of International Law*, vol. 84, n.º 1, 1990, pp. 44–103.

98 Y. Dinstein, *International Law of Belligerent Occupation*, nota 5 *supra*, pp. 116–120.

99 E. Benvenisti, nota 52 *supra*, p. 31.

100 V. la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Israel (deliberando en calidad de Alto Tribunal de Justicia): HCJ 390/79, *Mustafa Dweikat et al. v. Government of Israel et al.* (causa *Elon Moreh*), 34(1) *Piskei Din* 1, extracto publicado en *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 9, 1979, p. 345; HCJ 393/82, *A Cooperative Society Lawfully Registered in the Judea and Samaria Region v. Commander of the IDF Forces in the Judea and Samaria Region et al.* (causa de la Cooperativa de Vivienda de los Maestros), 37(4) *Piskei Din* 785, extracto en inglés publicado en *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 14, 1984, pp. 301, 302; y HCJ 61/80, *Haetzni v. Minister of Defence et al.*, 34(3) *Piskei Din* 595, extracto en inglés publicado en *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 11, 1981, pp. 358, 359 (siguiendo a Landau JP).

101 N. Bhuta, nota 11 *supra*, p. 734.

102 A. Roberts, nota 90 *supra*, pp. 299–301.

de la ocupación como tal se asociaba erróneamente con un régimen desaparecido o incluso ilegal¹⁰³. Esta situación se explica en parte por la especial importancia normativa atribuida al derecho de la autodeterminación de los pueblos durante y después del proceso de descolonización¹⁰⁴. Asimismo, la resistencia de los potenciales ocupantes o de los ocupantes de facto a reconocer el estatuto de la ocupación se explica por la larga lista de gravosas obligaciones positivas que les impondría el IV Convenio de Ginebra¹⁰⁵.

La ocupación de Irak: “resucitación” del derecho de la ocupación y amplia autoridad legislativa de los ocupantes

La ocupación de Irak¹⁰⁶ encabezada por las fuerzas británicas y estadounidenses¹⁰⁷ despertó al derecho de la ocupación de su estado de “hibernación” y confirmó la vigencia continua de muchas normas originadas en los Reglamentos de La Haya¹⁰⁸, a la vez que reconoció la amplitud de las facultades legislativas conferidas a la Autoridad Provisional de la Coalición (APC). La resolución 1483 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (22 de mayo de 2003), adoptada en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, reconoció expresamente a Estados Unidos y al Reino Unido como las Potencias Ocupantes que estaban obligadas

103 V. Y. Dinstein, *International Law of Belligerent Occupation*, nota 5 *supra*, pp. 2–3. Sin embargo, compárese con Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross y Keren Michaeli, "Illegal occupation: framing the occupied Palestinian territories", en *Berkeley Journal of International Law*, vol. 23, 2005, pp. 551, 609–612; Orna Ben-Naftali, "Pathological occupation: normalizing the exceptional case of the occupied Palestinian territory and other legal pathologies", en Orna Ben-Naftali (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law – Pas de Deux*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 129, 161–162.

104 La evaluación de los efectos del principio de la autodeterminación de los pueblos y su carácter imperativo en la legalidad de la ocupación *prolongada* se halla fuera del alcance del presente artículo. Con respecto a esta cuestión, v. Yaël Ronen, "Illegal occupation and its consequences", en *Israel Law Review*, vol. 41, 2008, p. 201; O. Ben-Naftali, nota 103 *supra*, pp. 129–200.

105 M. Koskeniemi, nota 13 *supra*, p. 16.

106 Para un análisis de este tema, v., entre otros, S. Chesterman, nota 76 *supra*, p. 61; Marten Zwanenburg, "Existentialism in Irak: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation" (Existencialismo en Irak: la resolución 1483 del Consejo de Seguridad y el derecho de la ocupación), en *International Review of the Red Cross*, vol. 86, n.º 856, 2004, p. 745; Kaiyan Homi Kaikobad, "Problems of belligerent occupation: the scope of powers exercised by the Coalition Provisional Authority in Iraq, April/May 2003–June 2004", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, n.º 1, 2005, p. 253; M. Sassòli, nota 94 *supra*. Se reconoce ampliamente que la resolución 1546 del Consejo de Seguridad (8 de junio de 2004), adoptada en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, dio formalmente por terminado el estatuto de ocupación por las fuerzas de la coalición a finales de junio de 2004, pese a que la situación en el terreno apenas había cambiado: K. H. Kaikobad, esta nota, p. 273; M. Sassòli, nota 94 *supra*, p. 684. V., sin embargo, Adam Roberts, "The end of occupation: Iraq 2004", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, n.º 1, 2005, pp. 27, 37–39.

107 Para un análisis detallado del estatuto jurídico de muchos otros Estados que aportaron tropas, v. Siobhán Wills, "Occupation law and multi-national operations: problems and perspectives", en *British Yearbook of International Law*, vol. 77, n.º 1, 2006, p. 256.

108 Compárese con la resolución 674 del Consejo de Seguridad, del 29 de octubre de 1990, que condenó ciertos actos de las fuerzas de ocupación de Irak en Kuwait cometidos en violación del IV Convenio de Ginebra: resolución 674 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, del 29 de octubre de 1990 (adoptada en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas), párrafos operativos 1 y 3 y preámbulo, párrafo 3.

a respetar “las obligaciones establecidas en el derecho internacional aplicable”¹⁰⁹. Los amplios parámetros del poder legislativo conferido a las Potencias Ocupantes pueden explicarse por el particular marco normativo vigente en Irak ocupado. Este marco fue creado por las leyes de la ocupación y las resoluciones 1483 y 1511 del Consejo de Seguridad¹¹⁰. Dicho de otro modo, estas resoluciones obligatorias confirieron una superestructura normativa al edificio subyacente compuesto por el derecho de la ocupación¹¹¹. Sin embargo, si bien se contemplaba la posibilidad de modificar las obligaciones de las Potencias Ocupantes de conformidad con el derecho internacional humanitario vigente, en virtud del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas¹¹², estas resoluciones basadas en el capítulo VII no “sustituían” el derecho de la ocupación tradicional formado por los instrumentos de La Haya y de Ginebra¹¹³. Habida cuenta de que la finalidad principal del derecho de la ocupación es garantizar los derechos y el bienestar de los habitantes de los territorios ocupados, es fundamental que toda modificación de este cuerpo del derecho internacional humanitario se efectúe de manera clara y explícita¹¹⁴. Aunque las resoluciones pertinentes del Consejo confirieron a la Autoridad Provisional de la Coalición amplias potestades legislativas para implementar objetivos “transformativos” en las esferas políticas y económicas sin que esos actos estuvieran sujetos a las limitaciones impuestas por el derecho de la ocupación¹¹⁵, las medidas legislativas de la Autoridad no estuvieron libres de controversia¹¹⁶.

A las claras, la experiencia en Irak ha contribuido a suprimir toda inhibición política en relación con el reconocimiento del estatuto de ocupación. Desde entonces, las autoridades internacionales se han mostrado dispuestas a reconocer ese estatuto en diferentes escenarios. Además de su Opinión consultiva sobre el caso del *Muro*¹¹⁷, la Corte Internacional de Justicia, en su causa contenciosa *Actividades armadas en el territorio del Congo*, reconoció a Uganda como Potencia

109 Resolución 1483 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 22 de mayo de 2003, preámbulo, párr. 13.

110 Resolución 1511 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 6 de octubre de 2003, adoptada en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

111 David Scheffer señala que la combinación del derecho de la ocupación con las facultades conferidas al Consejo en virtud del capítulo VII era “tanto única en su género como excepcionalmente riesgosa”: David J. Scheffer, “Beyond occupation law”, en *American Journal of International Law*, vol. 97, n.º 4, 2003, pp. 842, 846.

112 S. Chesterman, nota 76 *supra*, p. 52.

113 K. H. Kaikobad, nota 106 *supra*, p. 264.

114 M. Sassòli, nota 94 *supra*, pp. 681–682; resolución 1483 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 22 de mayo de 2003, párr. 8(e).

115 Esta cuestión se halla fuera del alcance del presente artículo. V. el artículo de Gregory H. Fox en este número de la *International Review*.

116 Puede considerarse que las medidas que exceden los motivos de necesidad son, entre otras: la simplificación del procedimiento para celebrar contratos públicos; la modificación de la Ley de Sociedades de Irak; la liberalización del comercio y de la inversión extranjera; y permitir que inversores extranjeros posean empresas iraquíes sin obligación alguna de devolver beneficios a Irak. V. también M. Zwanenburg, nota 106 *supra*, pp. 757–759; M. Sassòli, nota 94 *supra*, p. 679; Jordan J. Paust, “The United States as Occupying Power over portions of Iraq and special responsibilities under the laws of war”, en *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 27, 2003, pp. 12–13 (donde se critica la privatización del sector de la producción y distribución del petróleo de Irak).

117 Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión consultiva, 9 de julio de 2004, Informes CIJ 2004, p. 136.

Ocupante en la región de Ituri¹¹⁸. Del mismo modo, la Comisión de Reclamaciones de Eritrea-Etiopía determinó la existencia de casos de ocupación beligerante en los territorios adyacentes a la frontera entre los países¹¹⁹. Estos episodios reflejan un marcado contraste con la tendencia imperante en las décadas anteriores de evitar el reconocimiento abierto de los estados de ocupación¹²⁰, pero aún no han dado lugar a cuestiones trascendentes en relación con la competencia legislativa de las respectivas Potencias Ocupantes.

Conclusiones del análisis histórico del derecho de la ocupación

En el período que se extiende entre 1815 y 1949, muchas Potencias Ocupantes hicieron caso omiso de sus obligaciones o se arrogaron una autoridad legislativa excepcional más amplia invocando diversas justificaciones. No obstante, el principio conservacionista, como norma general que rige la totalidad del corpus del derecho de la ocupación, ha resistido en buena parte las vicisitudes de la historia. La causa principal de la longevidad de este principio que subyace al artículo 43 de los Reglamentos de La Haya es la aplicación de los motivos de “necesidad” como excepciones maleables. Del mismo modo, los parámetros ampliados de los motivos de necesidad previstos en el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra probablemente confirmen la norma general relativa a la autoridad legislativa de la Potencia Ocu-

118 CIJ, *Actividades armadas en el territorio del Congo (DRC v. Uganda)*, Sentencia, 19 de diciembre de 2005, Informes CIJ 2005, párr. 178. V. también *ibid.*, párrs. 216–217 (aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al territorio ocupado en cuestión).

119 V., por ejemplo, Comisión de Reclamaciones de Eritrea-Etiopía, *Dictamen Parcial: Frente Central – Reclamaciones de Eritrea 2, 4, 6, 7, 8 y 22, 28 (entre el Estado de Eritrea y la República Democrática Federal de Etiopía)*, 28 de abril de 2004, párr. 57. Asimismo, las escaramuzas entre Rusia y Georgia y la intervención rusa en Osetia del Sur en 2008 pueden describirse como una ocupación, aunque el grado de control ejercido por las fuerzas rusas sigue siendo objeto de controversia: véase Misión de investigación internacional independiente sobre el conflicto de Georgia, creada por el Consejo de la UE el 2 de diciembre de 2008, *Informe*, vol. II, septiembre de 2009, p. 311. En este informe, se señala que el derecho de la ocupación “se aplica a todas las zonas en las cuales las acciones militares rusas tuvieron consecuencias para las personas y bienes protegidos”. Sin embargo, se añade de inmediato que “la medida del control y la autoridad ejercidos por las fuerzas rusas puede diferir de una región geográfica a otra”, con referencia a los territorios de Osetia del Sur y Abjasia, administrados por las autoridades de facto y mucho más “libres” que otras zonas. En apoyo de esta opinión, v. Kristen E. Boon, “The future of the law of occupation”, en *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 46, 2009, pp. 107, 109.

120 M. Koskenniemi, nota 13 *supra*, p. 16 (con referencia a la preocupación de los abogados internacionales por el “colapso” del derecho de la ocupación debido a los escasos estados de ocupación reconocidos desde 1945, salvo en el caso de la ocupación israelí y la ocupación de Irak por las fuerzas británicas y estadounidenses en 2003).

pante en virtud de esta disposición¹²¹. La disposición es suficientemente elástica y está bien dotada para justificar medidas legislativas que aborden una amplia variedad de realidades políticas y programas de reforma en los territorios ocupados¹²². Como motivo secundario, se puede añadir que el hecho de cuestionar la premisa conservacionista del derecho de la ocupación implicaría impugnar la índole transitoria de este régimen normativo. Ello sería incompatible no sólo con la soberanía de la población ocupada sino también con su derecho a la autodeterminación.

En esencia, el régimen jurídico de la ocupación no es una excepción a la tesis de que el derecho es una construcción social que depende de realidades sociales divergentes. Por ende, los discursos académicos que rodean a este régimen jurídico están abiertos a diferentes ideas contemporáneas y a las realidades políticas¹²³.

La exclusión de la “ocupación colonial” del corpus normativo del derecho de la ocupación

Introducción

Procederemos ahora a examinar la crítica según la cual, hasta que se desencadenó el proceso de la descolonización, el derecho de la ocupación era mayormente un “proyecto europeo”¹²⁴ que nunca se consideró aplicable a la “ocupación colonial”¹²⁵. En esta parte, se formula una crítica de esta faceta históricamente inicua del derecho de la ocupación durante el período colonial. Como se ha visto en la sección precedente, la imagen del derecho de la ocupación se ha visto empañada por numerosos casos en los que la excepción basada en el “concepto de necesidad” se invocó para justificar desviaciones de la norma general enraizada en la idea conservacionista. No obstante, esas excepciones siempre operaron dentro de los pará-

121 V., en particular, Tribunal Supremo de Israel, HCJ 337/71, *Christian Association for the Holy Places v. Minister of Defence et al.*, 26(1) *Piskei Din* 574, pp. 581–582, cuyo extracto en inglés figura en *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 2, 1972, p. 354 (donde se invoca el motivo de la necesidad de garantizar el bienestar de la población local para justificar una medida legislativa adoptada en relación con un conflicto laboral). Es verdad que el Tribunal sólo se refirió al motivo de necesidad previsto en el artículo 43 del Reglamento de La Haya, porque reconoció la aplicabilidad de las normas equivalentes del derecho consuetudinario contenidas en el IV Convenio de Ginebra, pero no la aplicabilidad del Convenio como tal: *ibid.*, p. 580, extracto en inglés en *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 2, 1972, pp. 354, 356 (según Sussman J.). No obstante, puede inferirse que, como el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra aborda los motivos de necesidad con mayor hincapié en el bienestar de la población civil, la lógica de esta decisión se aplicaría de manera más convincente con respecto a esta disposición.

122 Y. Dinstein, *International Law of Belligerent Occupation*, nota 5 *supra*, pp. 110–116.

123 E. Benvenisti, nota 6 *supra*, p. 648.

124 V. *ibid.*, p. 647. Para un análisis completo, v. N. Bhuta, nota 11 *supra*.

125 Con respecto al reconocimiento académico de este término, v., entre otros, M. Koskenniemi, nota 13 *supra*, p. 34; Sean Watts, “Combatant status and computer network attack”, en *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, n.º 2, 2010, pp. 436; Joseph P. Fishman, “Locating the international interest in international cultural property”, en *Yale Journal of International Law*, vol. 35, n.º 2, 2010, p. 400; y Susan H. Williams, “Democracy, gender equality, and customary law: constitutionalizing internal cultural disruption”, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18, n.º 1, 2011, p. 80.

metros normativos del derecho de la ocupación. En contraste, la inaplicabilidad del derecho de la ocupación al control colonial fue nada más ni nada menos que una excepción a la totalidad del corpus del *jus in bello*.

El análisis que se propone va más allá del examen del derecho de la ocupación habitualmente realizado en el pasado. A principios del siglo XIX, Jeremy Bentham reconoció implícitamente el marco de la conceptualización tripartita (el derecho tal como ha sido; el derecho tal como es; y el derecho como debe ser)¹²⁶. Recientemente, Anthea Roberts enfocó esta estructura analítica desde una nueva perspectiva¹²⁷. Siguiendo las mismas líneas, nos proponemos ampliar en esta parte los parámetros de nuestra investigación, superando la perspectiva del *derecho de la ocupación tal como ha sido* a fin de abarcar la proyección normativa retrospectiva del *derecho como debería haber sido*¹²⁸. Ese análisis crítico ayudará a elucidar diferentes narrativas y racionalizaciones sobre el modo en que el derecho de la ocupación no fue aplicado en el contexto colonial. Este prisma crítico y contextual también puede ayudar a evaluar el modo en que la aplicación del actual derecho de la ocupación es vulnerable a la acusación de "subjetividad política"¹²⁹. En esta parte se postula que, tras la fachada de su inocua neutralidad de valores, el derecho de la ocupación ocultó durante largo tiempo una dicotomía tácita: por una parte, la aplicación de este marco normativo (y de todo el corpus del *jus in bello*) sólo entre naciones "civilizadas" capaces de ejercer la soberanía en las relaciones

126 Según Bentham, los personajes del derecho pueden desempeñar dos papeles, el del "Expositor" y el del "Censor", y explica que: "Corresponde al *Expositor* explicarnos lo que la ley es, tal como la entiende; al *Censor*, indicarnos lo que él cree que *debe ser*. Por lo tanto, el primero se ocupa principalmente de manifestar o investigar *hechos*; el segundo, de analizar *razones*". Jeremy Bentham, *A Fragment on Government*, ed. F. C. Montague, Clarendon Press, Oxford, 1891, pp. 98–99, subrayado en el original, se omite la nota al pie. Con respecto al Expositor, Bentham añadió que se le asignan dos tareas: el "asunto de la historia", esto es, demostrar la historia de la ley ("representar a la Ley en el estado en que se *ha hallado*"; y el "asunto de la simple demostración" ("representar a la Ley en el estado en que se *encuentra* por el momento"), lo cual se basa en "*articulación, narración y conjetura*": *ibid.*, pp. 116–117, subrayado en el original.

127 Roberts presenta un análisis tripartito de la ley tal como ha sido ("descriptivo"); la ley como es ("normativo"); y la ley como debe ser ("prescriptivo"): Anthea Elizabeth Roberts, "Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation", en *American Journal of International Law*, vol. 95, n.º 4, 2001, p. 761.

128 Cabe recordar que uno de los dos principios que Koskeniemi aplica para interpretar el derecho internacional se relaciona precisamente con la cuestión de lo que el derecho debería ser. Propone que el principio del reflejo de los valores subjetivos, como lo que es justo, razonable y de buena fe, debe emplearse en paralelo con el principio de la concordancia con la voluntad de los Estados: Martti Koskeniemi, "The politics of international law", en *European Journal of International Law*, vol. 1, n.º 1, 1990, pp. 4, 21, 23. V., sin embargo, *ibid.*, p. 24, donde argumenta que el contenido de lo que es justo está lejos de ser determinable. V. también Ralph Wilde, "Are human rights norms part of the *jus post bellum*, and should they be?", en Carsten Stahn y Jann K. Kleffner (ed.), *Jus Post Bellum: Towards a Law of Transition From Conflict to Peace*, TMC Asser Press, La Haya, 2008, p. 164.

129 Este aspecto está vinculado al argumento de que el derecho como construcción social puede describirse como "una forma de política congelada": Kader Asmal, "Truth, reconciliation and justice: the South African perspective", en *Modern Law Review*, vol. 63, n.º 1, 2000, p. 15, n. 72. Compárese con la famosa afirmación de Hersch Lauterpacht de que "si el derecho internacional es, en cierto modo, el punto de fuga del derecho, el derecho de la guerra está, quizás aun más patentemente, en el punto de fuga del derecho internacional": Hersch Lauterpacht, "The problem of the revision of the law of war", en *British Yearbook of International Law*, vol. 29, 1952, p. 382.

internacionales, y, por la otra, el sistema de colonialismo impuesto a la amplia mayoría de los países no occidentales privados de soberanía.

La metodología de esta parte del artículo se estructura sobre los supuestos subyacentes del movimiento de los estudios jurídicos críticos. Cabe recordar que, a la vez que propone la (re)unificación del derecho tal como es y el derecho tal como debería ser en su discurso legal, los estudios jurídicos críticos ponen de relieve una crítica *contextual* de la estructura jurídica internacional actual. Apoyan el objetivo antifundacionista de descubrir identidades heterogéneas y conflictos de intereses como la realidad de la sociedad internacional¹³⁰. Además, el enfoque incluyente y culturalmente sensible de los estudios jurídicos críticos¹³¹, sumado a su propuesta de alzar el “velo del poder”¹³², refuerza nuestra retrospectiva crítica de la naturaleza históricamente exclusiva del derecho de la ocupación. Con el estímulo de esta metodología, en esta parte del artículo el autor se propone desenmascarar el supuesto binario, apenas velado, en el que se basaba la totalidad del *jus in bello*.

La era del imperialismo y la exclusividad del derecho de la ocupación

Entre 1815 y 1914, Europa gozó de un siglo de “relativa paz” que coincidió con el apogeo del imperialismo en su período tardío. En este escenario, numerosas potencias europeas pequeñas y grandes rivalizaban por agrandar su territorio y construir imperios fuera del continente. La “ocupación” y adquisición de territorios no occidentales (o no cristianos) por medio de la agresión o la coerción casi no se condenaban como hechos ilícitos. Muchos Estados creían firmemente en su “*mission civilisatrice*” (misión civilizadora) pese a sus prácticas “incivilizadas” contra las poblaciones indígenas¹³³. Ralph Wilde señala que “la idea de la ‘misión civilizadora’, como una de las lógicas subyacentes del colonialismo, tenía la finalidad de

130 Anthony Carty, "Critical international law: recent trends in the theory of international law", en *European Journal of International Law*, vol. 2, n.º 1, 1991, pp. 1, 66.

131 *Ibid.*, pp. 67–68, 71. Sin duda, este aspecto es influido por el movimiento de los estudios jurídicos críticos nacido con anterioridad en la cultura jurídica estadounidense, que resaltó la “diversidad de respuestas culturales”: Robert W. Gordon, "Critical legal histories", en *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, pp. 57, 70–71, 112. Esta línea de crítica resuena también en las teorías del enfoque tercermundista del derecho internacional: v. Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004; Bhupinder S. Chimni, "The past, present and future of international law: a critical Third World approach", en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8, n.º 2, 2007, p. 499. V. también la afinidad metodológica del feminismo en el derecho internacional: Hilary Charlesworth, Christine Chinkin y Shelley Wright, "Feminist approaches to international law", en *American Journal of International Law*, vol. 85, n.º 4, 1991, p. 613.

132 R.W. Gordon, nota 131 *supra*, p. 109.

133 Brett Bowden, "The colonial origins of international law, European expansion and the classical standard of civilization", en *Journal of the History of International Law*, vol. 7, n.º 1, 2005, p. 2, quien argumenta que: "En prácticamente todos los frentes, la expansión europea consistía mayormente en un acto agresivo que por lo general involucraba la conquista violenta y la supresión de los pueblos indígenas". Pese a esta afirmación, no deja de observar que, durante el mismo período, los pueblos no europeos libraban enfrentamientos igualmente violentos entre sí: *ibid.*

“remediar la incapacidad de autogobierno percibida... y también de fortalecer las capacidades locales, a veces con el propósito de posibilitar una autoadministración que satisficiera las normas [de la civilización]”¹³⁴. El *Zeitgeist* reinante en Europa hizo que mediante el Acta General de la Conferencia de Berlín (1885) se legitimara en forma efectiva la “repartición de África”¹³⁵.

Es verdad que, en el siglo XIX, no todas las instancias de la adquisición de derechos soberanos y territorios fuera de los Estados occidentales se realizaban mediante la agresión. Aun así, los que parecían ser casos de ocupación “pacífica” (*occupatio pacifica*) basada en acuerdos entre los gobernantes nativos y las potencias europeas, o incluso en acuerdos entre dichos gobernantes y empresas europeas¹³⁶, a menudo se llevaban a cabo en situaciones de coerción¹³⁷. Lo que es más, algunos casos de dominio colonial, lejos de ser un modelo benigno marcado por el desarrollo de la infraestructura económica y social, fueron marcados por actos que, si se hubiesen cometido en los territorios metropolitanos de las naciones “civilizadas”, hubieran constituido violaciones muy graves de los derechos humanos¹³⁸. Cabe señalar que, incluso en la Gran Bretaña victoriana, existía un supuesto binario sobre el cual se construyeron los conceptos británicos de *imperium et libertas*: las prácticas y los principios políticos liberales que definían las características de la infraestructura interna británica de ningún modo se extendieron de buena gana a sus posesiones coloniales¹³⁹.

134 Ralph Wilde, "From trusteeship to self-determination and back again: the role of the Hague Regulations in the evolution of international trusteeship, and the framework of rights and duties of occupying powers", en *Loyola Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 31, 2009, p. 103.

135 La Conferencia también aprobó que el Estado Libre del Congo se convirtiera esencialmente en la colonia privada del rey Leopoldo II de Bélgica. En una declaración controvertida, la Conferencia encomió a Leopoldo II por su papel de agente "civilizador" de los nativos del Congo.

136 A. Anghie, nota 131 *supra*, p. 233.

137 B. Bowden, nota 133 *supra*, p. 1. V. también A. Anghie, nota 131 *supra*, pp. 73–74, que examina el ejemplo del tratado de cesión celebrado entre los jefes wyanasa de Nyasaland (actualmente Malaui) y el Imperio Británico en el decenio de 1890 y a principios del siglo XX. Para consultar análisis de la cuestión de los "tratados desiguales" impuestos a la Turquía otomana, Siam, China y Japón, v. *ibid.*, pp. 72–73; y Gerrit W. Gong, *The Standard of 'Civilization' in International Society*, Clarendon Press, Oxford, 1984, pp. 64–65.

138 V. Jan-Bart Gewald, "Imperial Germany and the Herero of southern Africa: genocide and the quest for recompense", en Adam Jones, *Genocide, War Crimes and the West: History and Complicity*, Zed Books, Londres, 2004, cap. 3, p. 59; Balakrishnan Rajagopal, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 55; Adam Hochschild, *King Leopold's Ghost: A Story of Greed, Terror, and Heroism in Colonial Africa*, Macmillan, Nueva York, 1998 (análisis de la situación del Congo bajo el rey Leopoldo); Larry May, *Genocide: A Normative Account*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 254, 262 (donde se examinan las consecuencias del exterminio de los habitantes indígenas de Tasmania y de las Islas del estrecho de Torres, en la Australia británica). V. también Robert Gellately y Ben Kiernan (ed.), *The Specter of Genocide: Mass Murder in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

139 Hugh Cunningham, "Jingoism in 1877–78", en *Victorian Studies*, vol. 14, n.º 4, 1971, p. 453, citado en K. Nabulsi, nota 9 *supra*, p. 110.

La dicotomía tácita entre el régimen jurídico de la ocupación aplicado entre las naciones “civilizadas” y el sistema colonialista impuesto a los países “incivilizados”

En esta sección, el autor se propone desarrollar la tesis de que los paradigmas del derecho de la ocupación se formularon básicamente como un “proyecto europeo”. Se puede asumir que, hasta que se puso en marcha el proceso de descolonización, con respecto al control no consensuado de un territorio extranjero operaba una dicotomía tácita entre el régimen jurídico de la ocupación que se aplicaba únicamente entre las naciones “civilizadas”, y el sistema colonialista impuesto a los pueblos “incivilizados”. Ninguna parte del corpus del *jus in bello* se consideraba aplicable a la “ocupación colonial” o a la anexión forzada de territorios no europeos¹⁴⁰. A título de comparación, cabe destacar que el paradigma normativo de la ocupación beligerante se dejaba de lado con respecto a las potencias europeas tan sólo en el caso de la *debellatio*¹⁴¹.

Este pensamiento binario se basaba, sin duda alguna, en la idea de que la soberanía era un “regalo de la civilización”¹⁴². La soberanía era, en la mayoría de los casos, un privilegio atribuido sólo a los miembros de “la familia de los Estados europeos”¹⁴³, excluyendo de este modo a los países no europeos¹⁴⁴. Como las sociedades no occidentales no tenían derecho a la soberanía, la barrera invisible que separaba a las naciones “civilizadas” de las “incivilizadas” abolió la aplicación de la totalidad del *jus in bello* a los conflictos armados que condujeron a la “ocupación colonial” de las sociedades no occidentales¹⁴⁵. Bhuta señala que

140 Anthony Anghie y Bhupinder S. Chimni, “Third World approaches to international law and individual responsibility in internal conflicts”, en *Chinese Journal of International Law*, vol. 2, n.º 1, 2003, p. 77.

141 Para consultar exámenes de las implicancias jurídicas de la doctrina de la *debellatio*, v. D.A.W. Heffter, nota 23 *supra*, p. 220; J. M. Spaight, nota 19 *supra*, pp. 330–332 (donde el autor critica la anexión británica del Estado Libre de Orange y del Transvaal mediante la proclama del 1º de junio de 1900, pese a la ausencia de un estado de *debellatio* en ese momento); E. H. Feilchenfeld, nota 68 *supra*, p. 7, párr. 25 (donde se argumenta que “si un beligerante conquista la totalidad del territorio de un enemigo... el Estado enemigo cesa de existir, se aplican las normas sobre la sucesión del Estado relativas a la anexión completa, y dejan de ser aplicables las normas que rigen la mera ocupación”); E. Benvenisti, nota 52 *supra*, pp. 29, 92–93.

142 N. Bhuta, nota 11 *supra*, p. 729. V. also Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870–1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

143 N. Bhuta, nota 11 *supra*, p. 729, haciendo referencia a P.W. Schroeder, nota 11 *supra*, p. 9; Antony Anghie, “Finding the peripheries: sovereignty and colonialism in nineteenth-century international law”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 40, n.º 1, 1999, p. 1.

144 Para un análisis detallado, v. A. Anghie, nota 131 *supra*, pp. 32–114.

145 V. Gerry Simpson, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 20. Bhuta se refiere al caso en que el imperio ruso declaró expresamente la inaplicabilidad del derecho de la ocupación cuando se apoderó de Bulgaria, que pertenecía al Imperio Otomano: N. Bhuta, nota 11 *supra*, p. 729. V. también Dorris P. Graber, *The Development of the Law of Belligerent Occupation, 1863–1914*, Columbia University Press, Nueva York, 1949, p. 133.

La distinción anómala (desde el punto de vista del derecho internacional clásico) entre el control efectivo y los derechos soberanos sobre el territorio, que constituye el núcleo del derecho de la ocupación, y la prohibición establecida por el derecho de que el ocupante militar introduzca cambios constitucionales fundamentales, no se aplicaba a las guerras coloniales o “acciones policiales” contra pueblos y territorios menos civilizados y por ende no soberanos¹⁴⁶.

Como consecuencia, la ocupación militar de territorios no europeos bastaba para que las potencias europeas reclamasen derechos soberanos sobre esos territorios¹⁴⁷. Por otra parte, junto con el descubrimiento, la conquista y la cesión, la ocupación de *terra nullius* era una de las modalidades que una nación “civilizada” podía invocar para adquirir soberanía sobre el “mundo no cristiano”¹⁴⁸. Como argumento secundario, se puede añadir que la naturaleza transitoria del régimen normativo de la ocupación no era compatible con la intención declarada de las potencias coloniales de ejercer la soberanía sobre los territorios colonizados¹⁴⁹.

Conviene tener presente que, cuando el imperialismo llegó a su máxima expresión a finales del siglo XIX, muchas normas relativas a la ocupación ya se habían consagrado en el Código Lieber (1863), en el abortado Proyecto de Bruselas (1874) y en el *Manual de Oxford* (1880). Por otra parte, muchas “ocupaciones de territorios” realizadas en el curso de aventuras imperiales tuvieron lugar después de la Primera Conferencia de Paz de La Haya (1899)¹⁵⁰. En palabras de Bhuta: “Como cuestión de principio y de práctica, la ocupación beligerante en su manifestación del siglo XIX se aplicó exclusivamente a las guerras terrestres entre soberanos europeos”¹⁵¹. El abismo conceptual entre las naciones “civilizadas” e “incivilizadas” puede discernirse fácilmente. Durante la guerra franco-prusiana

146 N. Bhuta, nota 11 *supra*, p. 729; Sharon Korman, *The Right to Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*, Oxford University Press, 1996, pp. 56, 61.

147 Se entendía que esos derechos soberanos abarcaban el derecho de exigir lealtad. Cabe destacar que, conforme al artículo 45 del Reglamento de La Haya de 1907, se prohíbe a la Potencia Ocupante obligar a una población de nacionalidad extranjera bajo su ocupación a prestar juramento de lealtad. V. también N. Bhuta, nota 11 *supra*, p. 729.

148 E. Benvenisti, nota 6 *supra*, p. 647. V. también Malcolm N. Shaw, “Territory in international law”, en *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 13, 1982, pp. 61, 79 ss.

149 M. N. Shaw, nota 148 *supra*.

150 Entre los numerosos ejemplos posteriores a 1874 figura, por ejemplo, la ocupación de Bulgaria por Rusia (1877–1878) y la “política transformativa” basada en “*un nouvel ordre de choses*” (nuevo orden de cosas) que se implementó en ese país; la política británica de afirmar su soberanía sobre Egipto y Chipre mediante la ocupación en 1914, sin obligarse por las restricciones establecidas en el artículo 43 del Reglamento de La Haya; y las ocupaciones y las posteriores anexiones por Estados Unidos de Hawái (1898), Filipinas (1898), y Puerto Rico (1898). V. E. Benvenisti, nota 6 *supra*, pp. 636, 641, 645. Asimismo, incluso Feilchenfeld, un célebre jurista especializado en derecho de la ocupación, miraba con escepticismo la aplicabilidad del derecho de la ocupación a la ocupación y colonización de Manchuria por Japón, después de 1937 (sin mencionar la ocupación y colonización japonesa de Manchuria en 1931). Con respecto a la invasión de Abisinia por Italia, consideró que era “claramente una ocupación”, pero omitió examinar la aplicabilidad del derecho de la ocupación a este caso: E. H. Feilchenfeld, nota 68 *supra*, p. 23, párr. 94.

151 N. Bhuta, nota 11 *supra*, p. 729.

(1870-1871), puede decirse que los prusianos aplicaron el derecho consuetudinario de la ocupación, dejando relativamente intactas las leyes francesas¹⁵². Del mismo modo, en la guerra hispano-estadounidense de 1898, las fuerzas estadounidenses ocupantes conservaron a los funcionarios españoles en Manila¹⁵³. Durante la segunda guerra anglo-bóer (1899-1902), el hecho de que las fuerzas ocupantes británicas desconocieran las normas consuetudinarias sobre la ocupación fue lo que incitó a Spaight a criticar las medidas adoptadas contra las poblaciones de habla holandesa¹⁵⁴. En contraste, el Imperio Otomano, tan cosmopolita y poderoso en el pasado, no era considerado del todo "civilizado". Por ello, la ocupación de Bulgaria por Rusia en 1877-1878 fue excluida de las restricciones del derecho de la ocupación, y quien habló a favor de esa exclusión fue nada menos que Fyodor F. Martens¹⁵⁵.

Con respecto al sistema de colonialismo aplicado fuera de Europa, su exclusión del régimen jurídico de la ocupación respondía a un presunto objetivo: las amplias franjas de territorio habitadas por "pueblos incivilizados" eran vistas como botines imperiales y como objeto de conquista por las potencias europeas, las cuales no estaban limitadas por el paradigma normativo del *jus in bello* que regía la conducción de la guerra, la ocupación beligerante y los posibles crímenes de guerra¹⁵⁶. Siguiendo esta línea de pensamiento, Koskenniemi aduce que "el derecho de la ocupación colonial que hizo su aparición a finales del siglo XIX" ofrecía la ventaja de "habilitar a las potencias coloniales para que dominaran a los no europeos, pero sin las cargas administrativas que conlleva la soberanía formal"¹⁵⁷. Muchos comentaristas afirman que la exclusión del régimen jurídico de la ocupación beligerante se fundamentaba en la idea de la jerarquía racial¹⁵⁸.

152 J. M. Spaight, nota 19 *supra*, pp. 323-330. Sin embargo, hubo algunos casos de suspensión de las leyes francesas: v. F. F. Martens, nota 12 *supra*, pp. 275-276. Asimismo, muchas de las medidas tomadas por Prusia, como la exigencia del pago de grandes sumas de dinero en concepto de reparaciones conforme al artículo 11 del Armisticio General del 28 de enero de 1871, fueron muy severas, como se señaló en la *Revue de droit international et de législation comparée*, vol. 3, 1871, pp. 377-379 (no obstante, esto fue reemplazado por una disposición más moderada del artículo 3 del tratado celebrado el 26 de febrero de 1871, cuya finalidad era prolongar el armisticio: *ibíd.*, p. 379). V. J. M. Spaight, nota 19 *supra*, p. 324.

153 J. M. Spaight, nota 19 *supra*, p. 364. En Santiago de Cuba, el general Shafter inicialmente mantuvo intactas las autoridades municipales. Sin embargo, más adelante el presidente McKinley decidió reemplazar las autoridades civiles españolas por una administración militar: *ibíd.*

154 Aparte de la anexión de los territorios, se refirió a la severidad de los reglamentos de la ley marcial adoptada en mayo de 1901, que incluían castigos a mujeres, la "política" de incendiar casas para intimidar a la población y la creación de "campos de concentración": *ibíd.*, pp. 332, 340-341, 343, 350-353.

155 F. F. Martens, nota 12 *supra*, p. 279. Esta opinión recibió el apoyo de Spaight: J. M. Spaight, nota 19 *supra*, pp. 329, 357.

156 A. Anghie y B. S. Chimni, nota 140 *supra*.

157 M. Koskenniemi, nota 13 *supra*, p. 34; M. Koskenniemi, nota 142 *supra*, pp. 112-178.

158 K. Nabulsi, nota 9 *supra*, pp. 120, 141. V. también John Vincent, "Racial equality", en Hedley Bull y Adam Watson (ed.), *The Expansion of International Society*, Clarendon Press, Oxford, 1984, pp. 239-254.

“Nivel de civilización”

Para Fyodor Fyodorovich Martens, campeón de la cláusula epónima¹⁵⁹, las concepciones universalistas del derecho internacional sólo existían entre los pueblos occidentales civilizados¹⁶⁰. Creía firmemente que “no cabía esperar que los turcos o los chinos observaran las leyes y costumbres de la guerra elaboradas mediante el esfuerzo común de las naciones cristianas y civilizadas”¹⁶¹. La columna vertebral “marcialista” de Francis Lieber, que no se diferenciaba mucho de su etos antiabolucionista en el contexto interno estadounidense¹⁶², se reflejaba con fidelidad en su entendimiento de que: “La idea fundamental de todo el derecho internacional es la noción de que todas las naciones civilizadas de nuestra raza forman una familia de naciones”¹⁶³. Estas opiniones se entrelazan estrechamente con la idea del “nivel de civilización”¹⁶⁴. Esta idea denota el “mecanismo jurídico” por el cual las naciones históricamente eran incluidas o excluidas de la “sociedad internacional de los Estados”¹⁶⁵. Según la tesis de Gerrit Gong, la sociedad internacional de los Estados europeos equivalía a la “sociedad internacional” en su conjunto, porque era la única “sociedad” compuesta por “Estados civilizados”¹⁶⁶. El supuesto que subyace a esta hipótesis es que, en los encuentros entre pueblos europeos y no europeos y en los “choques de civilizaciones”, el nivel de civilización europeo que exhibía “los atributos del sistema en evolución de los Estados de Westfalia” se consideraba superior a los niveles de civilización de los pueblos no europeos. Como corolario, el nivel de la civilización europea constituía el punto de referencia para medir los diferentes “niveles de civilización” alcanzados por los Estados no occidentales¹⁶⁷.

159 La historia detallada de cómo se atribuyó al jurista ruso el mérito de la redacción de un preámbulo originalmente elaborado por un diplomático belga, el barón Lamberrmont (representante belga en la Conferencia de Bruselas de 1874, que envió el proyecto al representante belga en la Conferencia de La Haya, A. M. F. Beernaet), puede leerse en K. Nabulsi, nota 9 *supra*, p. 161.

160 *Ibid.*, p. 164. Incluso justificó la ocupación “transformativa” de Bulgaria por Rusia (“*un nouvel ordre de choses*” (un nuevo orden de cosas) entre 1877 y 1878: F. F. Martens, nota 12 *supra*, pp. 267–296, esp. pp. 271–272, 278–280, 287, 289, 294.

161 F. F. Martens, nota 12 *supra*, pp. 46–47.

162 K. Nabulsi, nota 9 *supra*, pp. 164–165.

163 Francis Lieber, “Twenty-seven definitions and elementary positions concerning the laws and usages of war”, en *Miscellaneous Writings*, J. B. Lippincott, Filadelfia, 1881, vol. II, pp. 223 y 125, citado en K. Nabulsi, nota 9 *supra*, pp. 159, 164–165.

164 Georg Schwarzenberger, “The Standard of Civilisation in International Law”, en George W. Keeton y Georg Schwarzenberger (ed.), *Current Legal Problems*, Stevens & Sons Ltd, Londres, 1955, p. 220 (donde el autor argumenta que: “La prueba para determinar si un Estado era civilizado y, por ende, acreedor a pleno reconocimiento como personalidad internacional, por lo común se basaba meramente en si su gobierno era suficientemente estable como para asumir compromisos vinculantes en el marco del derecho internacional, si era capaz de proteger adecuadamente la vida, la libertad y los bienes de los extranjeros, y si estaba dispuesto a hacerlo”); G. W. Gong, nota 137 *supra*. V. also B. Bowden, nota 133.

165 B. Bowden, nota 133 *supra*, p. 1.

166 G. W. Gong, nota 137 *supra*, pp. 3–5.

167 Antony Anghie, “Francisco de Vitoria and the colonial origins of international law”, en *Social & Legal Studies*, vol. 5, n.º 3, 1996, pp. 322, 332. V. also A. Anghie, nota 143 *supra*.

Observaciones finales sobre la exclusividad del derecho de la ocupación

En esta parte se ha demostrado que el derecho de la ocupación, desarrollado principalmente como construcción social entre potencias europeas con derecho a la soberanía, banalizó el destino de las poblaciones no europeas privadas de soberanía. Cabe destacar que uno de los pocos estudiosos occidentales del derecho público internacional que expresó su preocupación con respecto a esta dicotomía en el entendimiento fue Hersch Lauterpacht. A la vez que criticaba a James Lorimer por su exclusión de las “sociedades bárbaras y salvajes” de la aplicación del concepto de soberanía e incluso del *corpus general* del derecho internacional¹⁶⁸, este erudito en derecho público internacional afirmó en 1947 que: “A los efectos del reconocimiento, el derecho internacional moderno no conoce de distinciones entre Estados civilizados y no civilizados, ni entre Estados dentro y fuera de la comunidad internacional de los Estados civilizados”¹⁶⁹. El marco dicotomizado que prevaleció desde el siglo XIX hasta mediados del siglo XX era incongruente desde el punto de vista normativo. Como señala Anghie¹⁷⁰, mientras que se privó de soberanía a las naciones no occidentales¹⁷¹, muchas compañías con derechos especiales constituidas en las potencias occidentales con fines de colonización¹⁷² contaban con derechos “soberanos” para celebrar tratados con naciones no occidentales con el fin de adquirir la “soberanía” sobre su tierra. Además, e irónicamente, las naciones no occidentales se consideraban “soberanas” únicamente para transferir su soberanía a la sociedad comercial de que se tratase¹⁷³. En efecto, en nuestro mundo poscolonial, los países del mundo en desarrollo afirman en forma unánime que, lejos de haberles faltado soberanía, su “soberanía nativa” sobrevivió al sistema colonial internacional¹⁷⁴. Como conclusión, la exención de la “ocupación colonial” de las restricciones del derecho de la ocupación facilitó el control colonial de las potencias europeas. Si bien esto constituía una grave incongruencia cognitiva, se racionalizó sobre la base del concepto del “nivel de civilización”.

168 James Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, William Blackwood and Sons, Edinburgo y Londres, 1884, vol. I, pp. 101–102, donde señala que: “Como fenómeno político, la humanidad, en su estado actual, se divide en tres zonas o esferas concéntricas: la de la humanidad civilizada, la de la humanidad bárbara y la de la humanidad salvaje”.

169 Hersch Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1947, p. 31, n. 1.

170 A. Anghie, nota 131 *supra*, p. 233.

171 Si no estaban plenamente colonizadas, estaban subordinadas al sistema semicolonial de los tratados de capitulación, como Persia, Siam (Tailandia), China y Japón. V. *ibid.*, pp. 84–86; y G.W. Gong, nota 137 *supra*, p. 211.

172 V., por ejemplo, la British East India Company, que administró India después de la batalla de Plassey (1757) hasta 1857 (la Rebelión de la India o la Revuelta de Sepoy), y la empresa de cartera del rey Leopoldo de Bélgica, creada para administrar su colonia privada en el Congo, que constituyó la base del posterior Estado Libre del Congo.

173 A. Anghie, nota 131 *supra*, p. 233.

174 *Ibid.*, p. 212.

Conclusión global

La primera parte principal de este artículo consistió en una reseña de la evolución histórica del derecho de la ocupación, vista a través del prisma de las normas generales relativas a la autoridad legislativa de la Potencia Ocupante. Esa reseña se centró en el principio conservacionista establecido en el artículo 43 del Reglamento de la Haya y en las flexibles formas en que se ha interpretado el “concepto de necesidad” tanto en la práctica como en la doctrina jurídicas. Demostró cómo el concepto de “necesidad” previsto en el artículo 43 ha servido como un “vocabulario fluido” que se fue ajustando a las diferentes necesidades de las Potencias Ocupantes¹⁷⁵. Cuando fue complementado por el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra de 1949, este concepto se reorientó hacia la promoción de los derechos y el bienestar de las poblaciones civiles bajo ocupación. Los análisis realizados en ambas partes de este artículo corroboran la tesis de que el derecho es “una forma de política congelada”¹⁷⁶ y que la totalidad del discurso jurídico como construcción social subraya la importancia del análisis y el entendimiento contextuales¹⁷⁷. Esto es demostrado por muchas obras doctrinarias, convincentes o no, que procuran racionalizar lo que parecen ser desviaciones de la norma general predicada en base al etos conservacionista.

Por otra parte, la segunda parte principal del artículo, en la que se criticaron ciertos aspectos de la exclusión de la “ocupación colonial” del derecho de la ocupación, presta apoyo a una de las grandes tesis del movimiento de los estudios jurídicos críticos: que el derecho, en su calidad de sistema de control normativo, depende y es parasitario del “poder social institucionalizado”¹⁷⁸. Hasta el período de la descolonización, todo el edificio conceptual del derecho de la ocupación permanecía encastrado en la entonces exclusiva “sociedad internacional”, la cual, durante el siglo XIX y hasta mediados del XX, abarcó exclusivamente a la familia europea y norteamericana de las “naciones civilizadas”. El derecho de la ocupación era producto de “comunidades interpretativas”¹⁷⁹ limitadas, equipadas con la duradera herencia del concepto del “nivel de civilización”. El “descubrimiento” del proceso paralelo oculto (la exclusión de la “ocupación colonial” de la esfera normativa del derecho de la ocupación) revela el modo en que nuestro

175 M. Koskenniemi, nota 13 *supra*, p. 35.

176 K. Asmal, nota 129 *supra*, p. 15, n. 72.

177 Los sociólogos descriptivos sostienen que las descripciones del conocimiento social, incluido el derecho, son “contingentes” y que son “un resultado problemático de diálogos, traducciones y proyecciones intersubjetivos”: v. Christine B. Harrington y Barbara Yngvesson, “Interpretive sociological research”, en *Law & Social Inquiry*, vol. 15, n.º 1, 1990, pp. 135, 144.

178 Compárese con Gary Peller, “The metaphysics of American law”, en *California Law Review*, vol. 73, 1985, pp. 1151, 1168, 1170.

179 Es inevitable que el marco normativo formado por conceptos jurídicos, principios, doctrinas y prácticas de interpretación evolucione siempre que surgen “comunidades interpretativas”: Michael S. Moore, “Interpreting interpretation”, en Andrei Marmor (ed.), *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 1, 21.

conocimiento social de esta rama particular del derecho internacional humanitario ha dependido de la historicidad particular, de diálogos intersubjetivos, de transacciones y de la proyección normativa del círculo privilegiado y exclusivo de los Estados “civilizados”¹⁸⁰.

180 V. también el razonamiento que sigue el derecho interno estadounidense: C. B. Harrington y B. Yngveson, nota 177 *supra*, pp. 147, 144; Austin Sarat "Leading law into the abyss: what (if anything) has sociology done to law?", en *Law & Social Inquiry*, vol. 19, n.º 3, 1994, pp. 609, 620.