

La aplicación del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos en situaciones de ocupación prolongada: ¿sólo cuestión de tiempo?

Vaios Koutroulis*

Vaios Koutroulis es *maître d'enseignement* en la Universidad Libre de Bruselas (ULB) y *chargé de cours* en la Facultad Libre de Derecho de Lille.

Resumen

En el presente artículo, se aborda el tema de la incidencia del factor temporal en la aplicación del derecho internacional humanitario (DIH) y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en “ocupaciones beligerantes prolongadas”. El autor intenta demostrar que el DIH se aplica en su totalidad a ese tipo de situaciones y que las adaptaciones necesarias pueden efectuarse mediante la interpretación de las

* Todos los sitios web citados en el presente artículo fueron consultados el 28 de junio de 2012, salvo que se indique lo contrario. Los documentos de los órganos de la ONU están disponibles en <http://www.un.org/es/documents/index.shtml>. Del mismo modo, salvo que se indique lo contrario, las referencias a los procesos judiciales orales y escritos de la CIJ están disponibles en [http:// www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).

normas del DIH existentes. En cuanto al DIDH, el carácter prolongado de una ocupación aumenta la importancia del respeto y la aplicación de los derechos humanos. Sin embargo, no es posible invocarlo para influir en la interpretación del concepto de un estado de excepción que da lugar a la suspensión de normas del DIDH.

Descriptor: ocupación prolongada, derecho internacional humanitario, derecho de los derechos humanos, derecho de la ocupación, duración de la ocupación, principio conservacionista, anexión de hecho, estado de emergencia

El artículo 42 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 (Reglamento de La Haya) ofrece una definición de ocupación: “Se considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación no se extiende sino a los territorios donde esa autoridad esté establecida y en condiciones de ejercerse”¹. Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) proporciona la siguiente definición: “La ocupación se define como un período de transición que sigue a la invasión y precede al acuerdo de cese de las hostilidades”². La determinación de las situaciones que se encuadran dentro de esta definición trasciende el objeto de este texto³. En cambio, éste se centrará en el factor temporal de una ocupación y, más precisamente, en lo que los juristas han denominado “ocupaciones prolongadas”⁴.

Ninguna de las definiciones que aparecen arriba indica la duración de la ocupación beligerante. Sin embargo, la ocupación se considera una condición

- 1 Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo al IV Convenio de La Haya, de 18 de octubre de 1907, relativo a las leyes y las costumbres de la guerra terrestre, disponible en línea en <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebART/195-200053?OpenDocument>. El texto original del Convenio y el Reglamento está en francés.
- 2 TPIY, *The Prosecutor v. Mladen Naletilic and Vinko Martinovic*, Caso n.º. IT-98-34-T, Fallo (Sala de Primera Instancia), 31 de marzo de 2003, párr. 214. Eyal Benvenisti define la ocupación como una situación en la que las fuerzas de uno o más Estados ejercen control efectivo en un territorio de otro Estado sin tener en cuenta la voluntad de este último, Eyal Benvenisti, “Occupation, belligerent”, en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 920, párr. 1.
- 3 Para obtener más información sobre este tema, v. el artículo de Tristan Ferraro publicado en el presente volumen y Adam Roberts, “What is a military occupation?”, en *British Year Book of International Law*, vol. 55, 1985, pp. 249-305; Robert Kolb y Sylvain Vité, *Le droit de l'occupation militaire: perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruselas, Bruylant, 2009, pp. 61-114; Yutaka Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 3-4; Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 31-49; Vaíos Koutroulis, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, París, Pedone, 2010, pp. 19-94.
- 4 V., en especial, Adam Roberts, “Prolonged military occupation: the Israeli-occupied territories since 1967”, *American Journal of International Law*, vol. 84, n.º 1, 1990, pp. 44-103; Y. Dinstein, nota 3 *supra*, pp. 116-120; Richard Falk, “Some legal reflections on prolonged Israeli occupation of Gaza and the West Bank”, *Journal of Refugee Studies*, vol. 2, n.º 1, 1989, pp. 40-51.

temporaria⁵ o, según la Suprema Corte de Israel, una condición “inherentemente temporaria”⁶. Las ocupaciones prolongadas parecen contradecir en esencia ese carácter temporario. Debe notarse que la palabra “temporario” puede llevar a interpretaciones erróneas en este contexto. Puede querer decir tanto “no permanente; provisorio” como “de duración breve; transitorio”. En situaciones de ocupación beligerante, “temporario” significa, en primer lugar, “no permanente, provisorio”. Refleja la idea de que una ocupación beligerante no cambia la condición del territorio ocupado sino que suspende el ejercicio de los derechos soberanos en dicho territorio⁷. Una importante consecuencia del carácter provisorio de una ocupación es la norma según la cual la Potencia ocupante debería respetar, en la medida de lo posible, el statu quo en el territorio ocupado y abstenerse de introducir cambios permanentes, una norma que algunos expertos denominan “principio conservacionista”⁸. El concepto de ocupación prolongada, por otra parte, se relaciona con la duración de una ocupación beligerante y, por lo tanto, se refiere al segundo significado de la palabra “temporario”. La Suprema Corte de Israel reconoce que “el carácter

- 5 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*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1958, p. 275 (en adelante, *Comentario IV CG*); Adam Roberts, “Transformative military occupation: applying the laws of war and human rights”, *American Journal of International Law*, vol. 100, n.º 3, 2006, p. 582; Michael J. Kelly, “Critical analysis of the International Court of Justice ruling on Israel’s security barrier”, *Fordham International Law Journal*, vol. 29, 2005-2006, p. 223; Eyal Benvenisti, “Origins of the concept of belligerent occupation”, *Law and History Review*, vol. 26, n.º 3, 2008, pp. 621 y 623.
- 6 Suprema Corte de Israel, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel et al.*, Caso n.º HCJ 2056/04, Fallo, 30 de junio de 2004, párr. 27; Suprema Corte de Israel, *Zaharan Yunis, Muhammad Mara’abe et al. v. The Prime Minister of Israel et al.*, Caso n.º HCJ 7957/04, Fallo, 15 de septiembre de 2005, párr. 22 (con otras referencias a la jurisprudencia israelí); los fallos están disponibles en http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/04/560/020/A28/04020560.A28.pdf y http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/04/570/079/A14/04079570.A14.pdf (consultado el 30 de agosto de 2012).
- 7 V. art. 47 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 12 de agosto de 1949, U.N.T.S. (Colección de Tratados de las Naciones Unidas) (en adelante, UNTS) n.º 973, 1950, p. 318 (en adelante IV CG), y art. 43 del Reglamento de La Haya, que establece que, en situaciones de ocupación, “[l]a autoridad legítima pas[a] de hecho a manos del ocupante...”. V. también Ministerio de Defensa del Reino Unido, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 278, párr. 11.9 (en adelante *Manual militar* del Reino Unido); República Federal de Alemania, Ministerio Federal de Defensa, *Humanitarian Law in Armed Conflicts - Manual*, VR II 3, agosto de 1992, párrs. 529-530 (en adelante *Manual militar* de Alemania); Canadá, *Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels*, Defensa Nacional, Jefe de Estado de Defensa, Oficina del Fiscal General Militar, 13 de agosto de 2001, B-GJ-005-104/FP-021, p. 12-2, párrs. 1205-1206 (en adelante *Manual militar* de Canadá); Estados Unidos, *The Law of Land Warfare*, Manual de campo del Ejército, FM 27-10, 1956, pp. 138, 140, párrs. 353 y 358 (en adelante, *The Law of Land Warfare* de EEUU); *Comentario IV CG*, nota 5 *supra*, p. 275; Hans-Peter Gasser, “Protection of the civilian population”, en Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008 (2ª ed.), pp. 277-278; Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruselas, Bruylant, 2008 (4ª ed.), pp. 562-565; E. Benvenisti, nota 5 *supra*, p. 623.
- 8 V., por ej., Gregory H. Fox, *Humanitarian Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 233-237; A. Roberts, nota 5 *supra*, p. 580; Kristen E. Boon, “Obligations of the new occupier: the contours of a *jus post bellum*”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 31, n.º 1, 2009, p. 60.

temporario [de una ocupación] puede ser prolongado”⁹. El interrogante de las situaciones de ocupación prolongada es si su duración afecta las normas aplicables en las ocupaciones beligerantes.

¿Pero cuáles son esas normas? Además del derecho internacional humanitario (DIH) y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), la ocupación también puede estudiarse desde la perspectiva del derecho a la autodeterminación o desde el punto de vista de las normas que regulan el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (*jus ad bellum* o *jus contra bellum*). En ese sentido, la duración de una ocupación beligerante puede afectar el ejercicio de esos derechos. Se ha afirmado, por ejemplo, que una ocupación prolongada es ilegal *per se*, puesto que se la considera una anexión de hecho¹⁰. Del mismo modo, si una ocupación se establece en el ejercicio del derecho de un Estado a la defensa propia, la duración de la ocupación se tendrá en cuenta al evaluar el carácter necesario y proporcionado de esa defensa propia. Está claro que, a mayor duración de la ocupación, más difícil le resultará al Estado probar que se cumplen las condiciones de defensa propia relativas a la necesidad y la proporcionalidad¹¹. Por interesantes que resulten, estas cuestiones trascienden el alcance del presente artículo, que se limitará a la influencia de la duración de la ocupación en el DIH y el DIDH. Sin embargo, antes de iniciar el análisis, es importante definir los tipos de situaciones que cabe calificar de “ocupaciones prolongadas”.

Ocupación prolongada: en busca de una definición

Cuando se analiza el significado de “ocupación prolongada”, debe quedar en claro desde el inicio que ni los tratados del DIH ni el DIH consuetudinario hacen una distinción entre ocupación “breve” y ocupación “prolongada”. En ausencia de una definición formal de ocupación prolongada en el DIH convencional y el DIH consuetudinario, cualquier intento por definir esos términos será arbitrario en esencia o, como admite Adam Roberts en su influyente artículo sobre el tema de

9 Suprema Corte de Israel, *Jamayat Askan Alma'Almun Althaunia Almahduda Almasaulia, Lawful registered Cooperative in regional Command of Judea and Samaria v. Commander of IDF Forces in the Judea and Samaria region – the Superior Planning Council for the Judea and Samaria region*, Caso n.º HCJ 393/82, Fallo, 12 de diciembre de 1983, p. 13, párr. 12 (archivo del autor) (en adelante, caso Askan).

10 Palestina: Corte Internacional de Justicia (CIJ), Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Procedimiento consultivo (en adelante, CIJ, Procedimiento consultivo sobre el muro), Declaración oral del abogado Georges Abi-Saab, 23 de febrero de 2004, CR 2004/1, p. 46; v. también CIJ, Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 9 de julio de 2004, Informes CIJ 2004 (en adelante, CIJ, Opinión consultiva sobre el muro), Opinión separada del juez Al-Khasawneh, p. 237, párr. 9.

11 Sudáfrica: CIJ, Procedimiento consultivo sobre el muro, Declaración escrita del Gobierno de la República de Sudáfrica, 30 de enero de 2004, p. 15, párr. 37; República Democrática del Congo (RDC), CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)* (Actividades armadas en el territorio del Congo (*República Democrática del Congo c. Uganda*)), Méritos, Procedimiento escrito, Respuesta de la República Democrática del Congo, 29 de mayo de 2002, pp. 240-242, párrs. 3.173-3.176; Antonio Cassese, *Self-determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 99; Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford, Oxford University Press, 2008 (3ª ed.), pp. 154-155.

la ocupación prolongada, es “una tarea inconducente”¹². La arbitrariedad se aplica tanto al elemento temporal como a otras características particulares que pueden atribuirse a una ocupación prolongada. Por ejemplo, el Consejo de Seguridad de la ONU ha empleado la frase “ocupación prolongada” con referencia a la ocupación israelí de territorios palestinos en 1980, es decir, trece años después del inicio de la ocupación¹³. Según Roberts, una ocupación prolongada “es aquella que tiene lugar durante más de cinco años y se extiende a un período en el que las hostilidades se reducen drásticamente, es decir, un período que se asemeja a un tiempo de paz”¹⁴. Así, para Roberts, la ocupación prolongada tiene dos características: una temporal (cinco años) y otra esencial, que se relaciona con la ausencia casi total de hostilidades. En opinión de Yoram Dinstein, una ocupación prolongada se asociaría únicamente con la duración¹⁵. Este autor, sin embargo, introduce otra distinción al proponer la existencia de ocupaciones “semiprolongadas”, cuya duración se extiende “algunos años (en lugar de décadas)”¹⁶. Menciona al respecto ocupaciones que se prolongaron durante poco más de tres años¹⁷.

La referencia a ocupaciones “semiprolongadas” y el hecho de que el argumento de “ocupación prolongada” se esgrime en ciertos casos a los tres o cuatro años de iniciada la ocupación merecen un comentario¹⁸. Se propone que, a pesar de la dificultad implícita para determinar un período preciso en el tema que aquí se considera, tres o cuatro años son, en cualquier caso, un lapso muy breve para permitir que el ocupante amplíe su poder sobre la base de la duración de la ocupación. Así lo confirma la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso de las actividades armadas en el territorio del Congo (*República Democrática del Congo c. Uganda*), donde, entre otros temas, la Corte trató la aplicación del DIH a la ocupación de una parte del territorio de la República Democrática del Congo por Uganda. Aunque la CIJ no determinó explícitamente los límites temporales de la ocupación en cuestión, el texto del fallo indica que la ocupación existía desde

12 A. Roberts, nota 4 *supra*, p. 47. V. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Primera reunión de expertos sobre Ocupación y otras formas de administración de territorios extranjeros, Informe redactado y editado por T. Ferraro, Ginebra, CICR, abril de 2012, pp. 72-78 (capítulo sobre ocupaciones prolongadas sin comentarios sobre la definición del concepto).

13 Res. 471 del Consejo de Seguridad de la ONU, 5 de junio de 1980, p. 2, párr. 6; Res. del Consejo de Seguridad de la ONU 476, 30 de junio de 1980, p. 1, párr. 1.

14 A. Roberts, nota 4 *supra*, p. 47.

15 Y. Dinstein, nota 3 *supra*, p. 116.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*, pp. 116-117.

18 Suprema Corte de Israel, *The Christian Society for the Sacred Places v. Minister of Defence*, citado por Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 146. Siguiendo la misma línea de pensamiento, Dinstein cita Jurisdicción Civil Original de Singapur, *Public Trustee v. Chartered Bank of India, Australia and China*, 1956, *International Law Reports*, vol. 23, pp. 693-694 (Y. Dinstein, nota 3 *supra*, p. 117).

hacia casi cinco años (cuatro, como mínimo)¹⁹. Pero en ningún momento la CIJ indica que la ocupación podría tener carácter prolongado o semiprolongado o que su duración podría tener influencia en las normas aplicables²⁰. Uganda no fundamentó sus argumentos en una aplicación más amplia del derecho de la ocupación en la que se tuviera en cuenta el elemento temporal²¹. Lo mismo se aplica a los jueces que adjuntaron declaraciones u opiniones separadas o en disenso; ninguno invocó el tiempo como un factor a considerar en la aplicación de las normas pertinentes del derecho de la ocupación²². En vista de lo anterior, no se justifica la existencia de una categoría de ocupación “semiprolongada”.

Es preciso, entonces, pasar a la cuestión importante, es decir, si es necesario definir el término “ocupación prolongada”. Para el autor del presente artículo, en el DIH no figura una categoría jurídica específica de ocupación prolongada. Eso quiere decir que, como se verá más abajo²³, no existe un régimen jurídico específico que regule las ocupaciones prolongadas. Dicho en otros términos, el punto de partida de este análisis es que las mismas normas del DIH se aplican a todas las ocupaciones, independientemente de su duración. La palabra “prolongado” es un adjetivo descriptivo. Por lo tanto, dedicarse a definir “ocupación prolongada” sería un error, pues se daría por sentado que constituye una categoría independiente, lo que, a su vez, implicaría precisamente que existe un régimen jurídico específico que regula las ocupaciones prolongadas. Roberts acierta al advertir (aunque con cierta cautela) contra el peligro de plantear que las ocupaciones prolongadas constituyen una categoría específica²⁴.

Sin duda, el hecho de que las ocupaciones prolongadas no forman parte de una categoría específica dentro de las ocupaciones beligerantes en el sentido de que

19 La duración de la ocupación fue de cinco años desde la fecha en que la RDC retiró su consentimiento a la presencia de fuerzas de Uganda en territorio congoleño (agosto de 1998) hasta la retirada de las fuerzas ugandesas (junio de 2003); v. CIJ, Actividades armadas en el territorio del Congo (*República Democrática del Congo c. Uganda*), Fallo, 19 de diciembre de 2005, Informes CIJ 2005, pp. 254-255, párr. 254 (en adelante, *RDC c. Uganda*, Fallo). De todos modos, se consideró que el territorio estuvo ocupado al menos desde la creación de una nueva provincia en territorio congoleño y su administración por parte de Uganda en junio de 1999; v. *ibíd.*, p. 230, párr. 175.

20 La CIJ determinó que Uganda había violado, entre otros, los arts. 43, 46 y 47 del Reglamento de La Haya y el art. 53 del IV CG: *ibíd.*, p. 244, párr. 219.

21 Uganda rechazó la acusación de la RDC de que las fuerzas ugandesas ocuparon territorio de la RDC y no se explayó sobre la aplicación del derecho de la ocupación, CIJ, Actividades armadas en el territorio del Congo (*República Democrática del Congo c. Uganda*), Méritos, Procedimientos escritos, Respuesta de la República de Uganda, vol. 1, 21 de abril 2001, en especial pp. 180 y ss., párrs. 329 y ss.; *ibíd.*, Dúplica enviada por la República de Uganda, vol. 1, 6 de diciembre de 2002, pp. 75-78, 86-91, 181-182, párrs. 170-174, 198-210, 407.

22 CIJ, *RDC c. Uganda*, Fallo, nota 19 *supra*, pp. 284 y ss. El juez Parra-Aranguren fue el único que se refirió a una adaptación de la interpretación del art. 43 del Reglamento de La Haya. Sin embargo, criticó a la mayoría porque no tomó en cuenta las cuestiones geográficas -no temporales- en la apreciación de la conformidad de las acciones de Uganda con el art. 43 del Convenio de La Haya; v. *ibíd.* Opinión separada del juez Parra-Aranguren, p. 305, párr. 48.

23 V. el análisis bajo el título “El derecho internacional humanitario se aplica en su totalidad en ocupaciones prolongadas” *infra*, pp. 172-176.

24 A. Roberts, nota 4 *supra*, p. 51. A pesar de su advertencia, Dinstein considera que Roberts “propone la noción de que la ocupación prolongada debería incluirse dentro de una categoría especial del derecho de la ocupación beligerante”; v. Y. Dinstein, nota 3 *supra*, p. 120.

no están regidas por normas diferentes no necesariamente significa que la duración de una ocupación no afecta de ningún modo la aplicación del DIH y el DIDH. Por ello, en el análisis que se hará en este artículo, se tendrá en cuenta si la duración de una ocupación afecta la interpretación y la aplicación de esas normas y en qué medida lo hace. Es en ese sentido que se hará referencia a ocupaciones “prolongadas”.

La ausencia de una definición precisa de ocupación prolongada genera incertidumbre a la hora de seleccionar antecedentes pertinentes para su estudio²⁵. Sin embargo, el ejemplo más importante de ocupación prolongada es el de los territorios palestinos (incluida Gaza) por parte de Israel (en adelante, TPO)²⁶. De hecho, es principalmente en referencia a los TPO que se ha empleado el concepto de ocupación prolongada principalmente en el contexto de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)²⁷, en la jurisprudencia²⁸ y en la bibliografía jurídica²⁹.

25 V. los antecedentes citados por A. Roberts, nota 4 *supra*, pp. 48-51; Y. Dinstein, nota 3 *supra*, p. 117.

26 El autor de este artículo piensa que Gaza continúa bajo ocupación beligerante, a pesar de la retirada israelí de 2005. Sin presentar los argumentos en detalle, se plantea, en primer lugar, que la presencia de tropas enemigas en territorio ocupado no es condición *sine qua non* para que exista una ocupación beligerante; en segundo lugar, que el art. 42 del Reglamento de La Haya no exige que la Potencia ocupante sea la única autoridad en el territorio ocupado ni que se haga cargo de la totalidad de la administración del mismo; y, en tercer lugar, que Israel ejerce el control necesario sobre la Franja de Gaza para que se considere que el territorio está ocupado. Para conocer más detalles, v. V. Koutroulis, nota 3 *supra*, pp. 181-189; Vaïos Koutroulis, “Of occupation, *jus ad bellum* and *jus in bello*: a reply to Solon Solomon’s ‘The great oxymoron: *jus in bello* violations as legitimate non-forcible measures of self-defense: the post-disengagement Israeli measures towards Gaza as a case study’”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 10, n.º 4, 2011, pp. 900-906 y las referencias que allí aparecen. La gran mayoría de los Estados considera que Gaza es un territorio ocupado; v. Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante, AG ONU), Res. 64/94, 10 de diciembre de 2009, párrs. 4 y 10 (aprobada por 162 votos a favor, 9 en contra y 5 abstenciones); Res. AG ONU 65/105, 10 de diciembre de 2010, párrs. 5 y 10 (165 votos a favor, 9 en contra, 2 abstenciones); Res. AG ONU 66/79, 9 de diciembre de 2011, párrs. 5 y 10 (159 votos a favor, 9 en contra, 4 abstenciones). Todas estas resoluciones reconocen explícitamente que Israel es Potencia ocupante en la Franja de Gaza. Para profundizar en la idea de que Gaza no es territorio ocupado, v. R. Kolb y S. Vité, nota 3 *supra*, pp. 177-182; Yuval Shany, “Faraway, so close: the legal status of Gaza after Israel’s disengagement”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 8, 2005, pp. 369-383.

27 V. las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU citadas en la nota 13 *supra*. V. también las declaraciones de Azerbaiyán, 6.706ª sesión del Consejo de Seguridad de la ONU, 24 de enero de 2012, Doc. ONU S/PV.6706, p. 25; Cuba, Comisión política y especial de descolonización (Cuarta Comisión) de la AG de la ONU, Acta resumida del 8 de noviembre de 2011, Doc. ONU A/C.4/66/SR.22, p. 2; Irán, Tercera Comisión de la AG de la ONU, Acta resumida de la 37ª sesión, 2 de noviembre de 2009, Doc. ONU A/C.3/64/SR.37, p. 5; Bahreïn, Comisión política y especial de descolonización (Cuarta Comisión) de la AG de la ONU, Acta resumida de la 23ª sesión, 14 de noviembre de 2007, Doc. ONU A/C.4/62/SR.23, p. 3; Indonesia, Segunda Comisión de la AG de la ONU, Acta resumida de la 12ª sesión, 22 de octubre de 2007, Doc. ONU A/C.2/62/SR.12, p. 5 y Acta resumida del 20 de octubre de 2006, Doc. ONU A/C.2/ 61/SR.17, p. 6; Arabia Saudita, 66ª sesión plenaria de la AG de la ONU, 2 de diciembre de 2003, Doc. ONU A/58/PV.66, p. 1; Chipre, 66ª sesión plenaria de la AG de la ONU, 3 de diciembre de 2002, Doc. ONU A/57/PV.66, p. 8; Jamaica, 65ª sesión plenaria de la AG de la ONU, 2 de diciembre de 2002, Doc. ONU A/57/PV.65, p. 13; Sri Lanka, Cuarta Comisión de la AG de la ONU, Acta resumida de la 17ª sesión, 6 de noviembre de 2000, Doc. ONU A/C.4/55/SR.17, p. 3; Bangladesh, Cuarta Comisión de la AG de la ONU, Acta resumida de la 18ª sesión, 7 de noviembre de 2000, Doc. ONU A/C.4/55/SR.18, p. 7, 13 de octubre de 1999, Doc. ONU A/C.4/54/SR.9, p. 4. Por último, v. Informe del Relator especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967, anexo a Situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967, Nota del Secretario General, 13 de septiembre de 2011, Doc. ONU A/66/358.

28 Opinión separada de los jueces Al-Khasawneh y Elaraby, CIJ, Opinión consultiva sobre el muro, nota 10 *supra*, p. 237, párr. 9, y pp. 255 y ss. respectivamente, así como los fallos de la Suprema Corte de Israel citados o mencionados en las notas 73-75 y 95 *infra*.

29 V., entre otros, los autores citados en las notas 3 y 4 *supra*.

Así, se ha establecido un vínculo inextricable entre la noción de ocupación prolongada y la ocupación israelí de los territorios palestinos.

Respecto de esta cuestión, habría que hacer una última aclaración. A diferencia de otras situaciones que pueden considerarse ocupaciones prolongadas (como la ocupación del norte de Chipre por Turquía³⁰ o la de Sahara Occidental por Marruecos³¹), el caso de los TPO es el único en que la Potencia ocupante ha reconocido abiertamente la existencia de una ocupación prolongada³². Ese reconocimiento tuvo como consecuencia que la Suprema Corte de Israel tomara una considerable cantidad de decisiones respecto de la interpretación y la aplicación de varias normas del DIH y el DIDH relativas a la ocupación beligerante, algunas de las cuales también se refieren a la influencia de la naturaleza prolongada de la ocupación israelí en esas normas. A falta de otra jurisprudencia relevante, las decisiones de la Suprema Corte de Israel constituyen el material principal para evaluar la aplicación de los conjuntos de normas jurídicas antes mencionados a las ocupaciones prolongadas. Así, los vínculos de por sí estrechos entre el precedente de los TPO y la ocupación prolongada se tornan casi incestuosos. Por valioso que sea ese material, el hecho de que esté vinculado con un único precedente y provenga de tribunales nacionales de un Estado impone la precaución en el análisis³³.

Teniendo en cuenta las cuestiones mencionadas, a continuación se abordará el tema de las consecuencias que tiene el factor temporal en la aplicación de las normas del DIH a situaciones de ocupación beligerante.

- 30 Sobre la clasificación de la presencia de fuerzas turcas en Chipre como ocupación, v. AG ONU Res. 33/15, 9 de noviembre de 1978, párr. preambular 6 (110 votos a favor, 4 en contra, 22 abstenciones); AG ONU Res. 34/30, 20 de noviembre de 1979, párr. preambular 9 (99 votos a favor, 5 en contra, 35 abstenciones); AG ONU Res. 37/253, 13 de mayo de 1983, párr. preambular 8 y párr. 8 (103 votos a favor, 5 en contra, 20 abstenciones). V. también Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Loizidou v. Turkey* (Objeciones preliminares), Fallo, 23 de marzo de 1995, Demanda n.º 15318/89, párrs. 62-64; TEDH, *Loizidou v. Turkey*, Fallo, Méritos, 18 de diciembre de 1996, Demanda n.º 15318/89, párrs. 42-44, 56-57; TEDH, *Cyprus v. Turkey*, Fallo, 10 de mayo de 2001, Demanda n.º 25781/94, párrs. 75-76; todos disponibles en <http://www.echr.coe.int> (consultado el 5 de julio de 2012).
- 31 V. AG ONU Res. 34/37, 21 de noviembre de 1979, párr. preambular 9 y párrs. 5 y 6 (85 votos a favor, 6 en contra, 41 abstenciones); AG ONU Res. 35/19, 11 de noviembre de 1980, párr. preambular 7 y párr. 3 (88 votos a favor, 8 en contra, 43 abstenciones).
- 32 E. Benvenisti, nota 18 *supra*, pp. 189-190 y la práctica de los Estados allí mencionadas. Esto es coherente con la "reticencia de los Estados a considerar la relevancia del derecho de la ocupación incluso cuando se cumplen las condiciones de aplicabilidad"; Tristan Ferraro, "Enforcement of occupation law in domestic courts: issues and opportunities", *Israel Law Review*, vol. 41, n.º 1-2, 2008, p. 338.
- 33 V., por ej., Eyal Benvenisti, "Judicial misgivings regarding the application of international law: an analysis of attitudes of national courts", *European Journal of International Law*, vol. 4, n.º 1, 1993, pp. 160 y ss. Tristan Ferraro adopta una postura similar. Ferraro sostiene que "la aplicación del derecho de la ocupación por los tribunales nacionales [...] no parece proporcionar un sistema adecuado para la implementación del control y la supervisión de las medidas adoptadas por los ocupantes, T. Ferraro, nota 32 *supra*, p. 337. Por último, según Guy Harpaz y Yuval Shany, "La jurisprudencia de la Suprema Corte durante todos estos años puede considerarse un ejercicio de acrobacia judicial, puesto que simultáneamente regula y legitima la ocupación". Guy Harpaz y Yuval Shany, "The Israeli Supreme Court and the incremental expansion of the scope of discretion under belligerent occupation law", *Israel Law Review*, vol. 43, 2010, p. 515.

Ocupaciones prolongadas y derecho internacional humanitario

En primer lugar, se verá que la duración prolongada de una ocupación no puede invocarse como fundamento jurídico para excluir la aplicación de ninguna norma del DIH. Sin embargo, sí puede tener influencia en la forma en que se aplican ciertas normas del DIH a ese tipo de ocupaciones.

El derecho internacional humanitario se aplica en su totalidad en ocupaciones prolongadas

Como se ha señalado anteriormente, en la opinión del autor de este artículo, todas las normas del DIH relativas a situaciones de ocupación beligerante son aplicables hasta el término de la ocupación³⁴. En las normas del Reglamento de La Haya relativas a la ocupación, ningún artículo establece el cese de su aplicación³⁵. Los trabajos preparatorios del Reglamento de La Haya confirman que el alcance de la aplicación *ratione temporis* de esas normas es coherente con el alcance de la aplicación *ratione materiae*. Dicho de otro modo, las normas continúan aplicándose mientras exista una ocupación beligerante en el sentido que indica el artículo 42 del Reglamento de La Haya³⁶. Así lo confirma la CIJ en el fallo del caso *RDC c. Uganda*³⁷. Todo se torna más complejo con la aplicación del IV Convenio de Ginebra, cuyo artículo 6, párrafo 3 establece que:

En territorio ocupado, la aplicación del Convenio terminará un año después del cese general de las operaciones militares; no obstante, la Potencia ocupante estará obligada mientras dure la ocupación —si esta Potencia ejerce las funciones de gobierno en el territorio de que se trata—, por las disposiciones de los siguientes Artículos del presente Convenio: 1 a 12, 27, 29 a 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 a 77 y 143³⁸.

34 V. también CIJ, Opinión consultiva sobre el muro, nota 10 *supra*, Opinión separada del juez Elaraby, p. 255; V. Koutroulis, nota 3 *supra*, pp. 274-276; Christopher Greenwood, "The administration of occupied territory in international law", en Emma Playfair (ed.), *International Law and the Administration of Occupied Territories*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 263.

35 Reglamento de La Haya, arts. 42-56.

36 V. Koutroulis, nota 3 *supra*, pp. 156-157.

37 CIJ, *RDC c. Uganda*, Fallo, nota 19 *supra*, pp. 228, 231 y 254-255, párrs. 167, 178-179 y 254. La Corte consideró que Uganda fue responsable de violaciones del DIH (incluido el Reglamento de La Haya) hasta el 2 de junio de 2003, fecha de la retirada final de las tropas ugandesas del territorio de la RDC.

38 IV CG, p. 292.

El plazo de “un año” establecido en el artículo citado está considerado obsoleto por los expertos³⁹. No obstante, la CIJ lo ha “resucitado” en la Opinión consultiva sobre el muro⁴⁰. En otros trabajos se ha estudiado ampliamente la cláusula⁴¹. A los fines de este artículo, se verá primero que el artículo 6, párrafo 3 del IV Convenio de Ginebra ha sido reemplazado por el artículo 3(b) del Protocolo adicional I de 1977, que elimina el plazo de “un año” y exhorta a los Estados a aplicar todas las normas del DIH hasta el cese de la ocupación; y, segundo, que, incluso si se invoca el artículo 6, párrafo 3 del IV Convenio, el artículo no impone un criterio exclusivamente temporal para el cese de la aplicación de las normas del DIH relativas a la ocupación.

Artículo 3(b) del Protocolo adicional I como única disposición relevante para el cese de la aplicación de las normas del DIH que rigen para las ocupaciones beligerantes

El artículo 3(b) del Protocolo adicional I establece que:

“La aplicación de los Convenios y del presente Protocolo cesará [...] en el caso de territorios ocupados, al término de la ocupación, excepto [...] para las personas cuya liberación definitiva, repatriación o reasentamiento tenga lugar posteriormente⁴².”

Para los 172 Estados⁴³ que ratificaron el Protocolo, el límite temporal de “un año después del cese general de las operaciones militares” estipulado en el artículo 6, párrafo 3 del IV Convenio de Ginebra ha quedado abolido y las normas del DIH relativas a la ocupación se aplican hasta el “término de la

39 E. David, nota 7 *supra*, p. 263; Michael Bothe, Karl J. Partsch y Waldemar A. Solf, “Article 3”, en *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 59; Robert Kolb, “Deux questions ponctuelles relatives au droit de l’occupation de guerre”, *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 61, 2008, pp. 358-360; Orna Ben-Naftali, “A la recherche du temps perdu: rethinking Article 6 of the Fourth Geneva Convention in the light of the legal consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion”, *Israel Law Review*, vol. 38, 2005, p. 217; David Alonzo-Maizlish, “When does it end? Problems in the law of occupation”, en Roberta Arnold y Pierre-Antoine Hildbrand (eds.), *International Humanitarian Law and the 21st Century’s Conflicts, Changes and Challenges*, Lausana, Éditions Interuniversitaires Suisses, 2005, p. 106 (con algunas dudas).

40 CIJ, Opinión consultiva sobre el muro, nota 10 *supra*, p. 185, párr. 125.

41 V. Koutroulis, nota 3 *supra*, pp. 163-179. Para consultar una evaluación crítica de la aplicación del IV CG, art. 6, párr. 3 por parte de la CIJ, v. Ardi Imseis, “Critical reflections on the international humanitarian law aspects of the ICJ Wall advisory opinion”, *American Journal of International Law*, vol. 99, n.º 1, 2005, pp. 105-109; O. Ben-Naftali, nota 39 *supra*, pp. 214-220.

42 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977 (PA I), UNTS, vol. 1125, n.º I-17512, 1979, p. 8, art. 3(b).

43 Según la lista del CICR de Estados partes en los principales tratados del DIH, actualizada el 4 de junio de 2012, disponible en línea en [http://www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf) (consultado el 5 de julio de 2012).

ocupación”. Veinticuatro Estados no ratificaron el Protocolo y, por lo tanto, éste no es vinculante en su artículo 3(b) para esos países⁴⁴. Sin embargo, hay evidencia más que suficiente de que esos Estados apoyan la aplicación de lo dispuesto en el artículo 3(b).

En primer lugar, ese apoyo queda claro en los trabajos preparatorios del artículo 3(b), lo que revela la voluntad de los negociadores de dejar sin efecto el artículo 6, párrafo 3 del IV Convenio de Ginebra⁴⁵. Es, asimismo, significativo que el artículo 3 se haya aprobado por consenso ante el Grupo de Trabajo y la Primera Comisión así como en la Sesión plenaria⁴⁶. El consenso se extiende a Estados que no son parte del Protocolo adicional I y que participaron en la Conferencia Diplomática 1974-1977, específicamente, Estados Unidos, India, Indonesia, Irán, Israel, Pakistán, Somalia, Sri Lanka, Tailandia y Turquía⁴⁷. El hecho de que esos Estados no hayan ratificado el Protocolo debido a que no estaban de acuerdo con otras disposiciones controvertidas del documento no significa que se cuestione su adhesión a la norma estipulada en el artículo 3(b); en especial, porque su adhesión

44 Los Estados son Andorra, Azerbaiyán, Bután, Eritrea, Estados Unidos, India, Indonesia, Irán, Islas Marshall, Israel, Kiribati, Malasia, Myanmar, Nepal, Niue, Pakistán, Papúa Nueva Guinea, Singapur, Somalia, Sri Lanka, Sudán del Sur, Tailandia, Turquía y Tuvalu .

45 Borrador PA I, *Actas oficiales de la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados*, Ginebra (1974-1977) (en adelante, *Actas oficiales de la Conferencia diplomática 1974-1977*), Berna, Departamento de Política Federal, 1978, vol. I, Parte III, p. 4. V. también *ibíd.*, vol. VIII, CDDH/I/SR.8, 8ª sesión, 18 de marzo de 1974, p. 60, párr. 9; *ibíd.*, vol. III, pp. 16 y 17. Pakistán y Estados Unidos fueron dos de los Estados que propusieron enmiendas pertinentes. Para leer las opiniones expresadas por las delegaciones v., por ej., *ibíd.*, vol. VIII, CDDH/I/SR.10, 10ª sesión, 19 de marzo de 1974, p. 73, párrs. 21 y 25, y p. 74, párr. 35; *ibíd.*, vol. VIII, CDDH/I/SR.21, 21ª sesión, 13 de febrero de 1975, p. 196, párr. 33. En las enmiendas relativas al art. 3 se observa que la abolición del límite temporal estipulado en el art 6, párr. 3 del IV CG no fue cuestionada, v. *ibíd.*, vol. III, pp. 15-18.

46 *Ibíd.*, vol. VIII, CDDH/I/SR.26, 26ª sesión, 13 de marzo de 1975, pp. 247-248, párr. 4; *ibíd.*, vol. VI, CDDH/ SR.36, 36ª sesión plenaria, 23 de mayo de 1977, p. 57.

47 La lista de participantes está publicada en *ibíd.*, vol. II, pp. 29 y ss.

fue confirmada con posterioridad en la práctica⁴⁸. Por último, una serie de resoluciones de la Asamblea General de la ONU aprobadas después de que la CIJ emitiera la Opinión consultiva sobre el muro, si bien en el preámbulo mencionan la Opinión consultiva, en el párrafo operativo pertinente exigen que Israel “cumpla *plenamente* las disposiciones del IV Convenio de Ginebra”⁴⁹. Diecinueve de los 24 Estados que aún no han ratificado el Protocolo adicional I votaron a favor de esas resoluciones⁵⁰. Los elementos mencionados ilustran que, con excepción de Estados como Niue y Kiribati, la gran mayoría de los Estados que no son parte en el Protocolo han expresado su intención de apoyar la aplicación de todas las normas del DIH hasta el término de una ocupación. En ese aspecto, la restricción establecida en el artículo 6, párrafo 3 del IV Convenio de Ginebra ha sido rechazada.

- 48 El manual *Law of War Handbook* de Estados Unidos de 2007 cita el PA I, art. 3, entre las normas que rigen el término de la aplicación de los Convenios de Ginebra; Mayor K. E. Puls (ed.), *Law of War Handbook* (2005), JA 423, Charlottesville, Departamento de derecho internacional y operacional, The Judge Advocate General's Legal Center and School, 2005, p. 149, disponible en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/law-war-handbook-2005.pdf (consultado el 5 de julio de 2012). La Suprema Corte de Israel no invoca el art. 6, párr. 3 del IV CG, y se refiere a artículos cuya aplicación no se extiende más allá del límite temporal de “un año”: Suprema Corte de Israel. *Ajuri v. IDF Commander*, 3 de septiembre de 2002, HCJ 7015, 7019/02 (mención de art. 78); *Marab v. IDF Commander*, 5 de febrero de 2003, HCJ 3239/02, pp. 11-12, 16, 24-25, párrs. 21-22, 28, 42 (mención de arts. 78 y 113); *Yassin v. Commander of Kziot Military Camp*, 18 de diciembre de 2002, HCJ 5591/02, pp. 17-18, párr. 17 (mención de art. 85); todos disponibles en <http://elyon1.court.gov.il/eng/home/index.html> (consultado el 5 de julio de 2012). V. también David Kretzmer, “The Advisory Opinion: the light treatment of international humanitarian law”, *American Journal of International Law*, vol. 99, n.º 1, 2005, p. 91, nota 23; G. Harpaz y Y. Shany, nota 33 *supra*, p. 539 (con la observación de que Israel nunca objetó abiertamente el art. 3 del PA I). Las Altas Partes Contratantes del IV CG instaron a Israel a “respetar plena y efectivamente” dicho Convenio: la declaración “refleja el entendimiento común alcanzado por las Altas Partes Contratantes que participaron” en la conferencia. El texto de la declaración está reproducido en Pierre-Yves Fux y Mirko Zambelli, “Mise en oeuvre de la Quatrième Convention de Genève dans les territoires palestiniens occupés: historique d'un processus multilatéral (1997-2001)”, Anexo 1: Conferencia de las Altas Partes Contratantes en el IV Convenio de Ginebra, Ginebra, 5 de diciembre de 2001, *International Review of the Red Cross*, vol. 84, n.º 847, 2002, pp. 683-686. Aparte de Israel, Estados Unidos y Australia, los demás Estados parte del IV CG suscribieron la declaración (v. Communiqué de presse, Departamento Federal de Asuntos Exteriores de Suiza, 5 de diciembre de 2001). Más aún, en el contexto del Procedimiento consultivo sobre el muro ante la CIJ, ningún Estado invocó el art. 6, párr. 3 del IV CG para limitar la aplicación del derecho de la ocupación. Malasia y la Liga de Estados Árabes invocaron artículos que no estaban entre los aplicables más allá del límite temporal de “un año”: Malasia, CIJ, Procedimiento consultivo sobre el muro, Declaración escrita de Malasia, 30 de enero de 2004, pp. 48 y 49, párrs. 134 y 137; Liga de Estados Árabes, *ibíd.*, Declaración escrita de la Liga de Estados Árabes, 28 de enero de 2004, párrs. 9.7 y 9.10.
- 49 El subrayado es nuestro. Las resoluciones pertinentes son AG ONU Res. 60/107, 8 de diciembre de 2005, pp. 1, 3; AG ONU Res. 61/119, 14 de diciembre de 2006, pp. 1, 3; AG ONU Res. 62/109, 17 de diciembre de 2007, pp. 1, 3; AG ONU Res. 63/98, 5 de diciembre de 2008, pp. 2, 4; AG ONU Res. 64/94, 10 de diciembre de 2009, pp. 2, 4; AG ONU Res. 65/105, 10 de diciembre de 2010, pp. 2, 4; AG ONU Res. 66/79, 9 de diciembre de 2011, pp. 2, 4.
- 50 Los Estados que no votaron a favor de las resoluciones mencionadas anteriormente fueron Estados Unidos, Israel y las Islas Marshall; Niue y Kiribati no participaron en la votación. V. AG ONU, A/60/PV.62, 8 de diciembre de 2005, p. 16; AG ONU, A/61/PV.79, 14 de diciembre de 2006, p. 10; AG ONU, A/62/PV.75, 17 de diciembre de 2007, pp. 10-11; AG ONU, A/63/PV.64, 5 de diciembre de 2008, pp. 10-11; AG ONU, A/64/PV.62, 10 de diciembre de 2009, p. 12; AG ONU, A/65/PV.62, 10 de diciembre de 2010, p. 11; AG ONU, A/66/PV.81, 9 de diciembre de 2011.

El ejercicio de las funciones de gobierno como criterio fundamental para la aplicación del artículo 6, párrafo 3 del IV Convenio de Ginebra

Además de la relación entre el artículo 6, párrafo 3 del IV Convenio de Ginebra y el artículo 3(b) del Protocolo adicional I, el autor del presente artículo plantea que el artículo 6, párrafo 3 no contempla un criterio puramente temporal para el cese de la aplicación del derecho de la ocupación. De hecho, los trabajos preparatorios de esa disposición indican que el artículo 6, párrafo 3 se refiere en particular a ocupaciones en las cuales hubo un traspaso de las funciones de gobierno de la Potencia ocupante a las autoridades del territorio ocupado⁵¹. El período de “un año” se propuso como límite temporal porque, en una visión optimista, se consideró que, después de ese lapso, la Potencia ocupante ya habría traspasado algunas responsabilidades a las autoridades locales del territorio ocupado. Incluso durante las negociaciones, algunas delegaciones consideraron arbitrario ese límite temporal⁵². La inclusión de la segunda línea del artículo 6, párrafo 3 otorga carácter formal al vínculo entre el traspaso de responsabilidades y la aplicación del Convenio⁵³. Italia se manifestó claramente acerca de esa cuestión: “Una ocupación que se ha prolongado más allá del término de las hostilidades sólo implicaba obligaciones que debían abandonarse progresivamente, hasta que las autoridades locales se hicieran responsables de la administración”⁵⁴. Por lo tanto, algo que a primera vista parece un mero criterio temporal para no aplicar algunos artículos del IV Convenio de Ginebra es, en realidad, una condición sustancial que se relaciona con el traspaso del ejercicio del gobierno⁵⁵. Se trata nada menos que de una expresión del vínculo fundamental entre la aplicación del DIH y los hechos en el terreno⁵⁶. Entonces, queda claro que el artículo 6, párrafo 3 no fue formulado en relación con las ocupaciones prolongadas en las que no ha ocurrido el traspaso de poderes. Es decir, si se define “ocupación prolongada” sólo en función de un criterio temporal, el artículo 6, párrafo 3 del IV Convenio de Ginebra no es muy

51 El primer proyecto del IV Convenio de Ginebra estipulaba que el Convenio sería aplicable hasta el término de una ocupación, Proyecto del Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, en Acta final de la Conferencia diplomática de Ginebra de 1949, Berna, Departamento de Política Federal, (s.f.), vol. I, p. 114 (art. 4). Estados Unidos fue el que propuso una enmienda que contuviera el límite temporal de “un año” a la aplicación del Convenio, con la justificación de que la ocupación conduce a una devolución progresiva de las responsabilidades de gobierno a las autoridades locales y de que, luego de la devolución, la Potencia ocupante no debería estar sujeta a las obligaciones pertinentes del Convenio, *ibíd.* vol. II-A, p. 623.

52 Por ejemplo, los delegados de Bulgaria (*ibíd.*, vol. II-A, p. 624) y Noruega (*ibíd.*).

53 V. los comentarios sobre el art. 6 de la Comisión III de la Sesión plenaria de la Conferencia diplomática de Ginebra de 1949, *ibíd.*, p. 815.

54 *Ibíd.*, p. 625.

55 La importancia de distinguir entre los artículos listados en el art. 6, párr. 3 del IV CG y los excluidos de la cláusula también ha sido puesta en cuestión. Roberts observa que la gran mayoría de los artículos del IV CG relativos a la ocupación son aplicables incluso después del límite de “un año”, v. A. Roberts, nota 4 *supra*, pp. 55-56. Al comparar los arts. 49 y 53, que siguen siendo aplicables después del límite de “un año”, y el art. 50, cuya aplicación queda excluida, Kolb observa correctamente que las razones para la distinción entre las dos categorías de normas no siempre es clara, v. R. Kolb, nota 39 *supra*, pp. 355-356.

56 V. Koutroulis, nota 3 *supra*, pp. 168-169.

útil como fundamento jurídico para rechazar la plena aplicación del DIH. más aún porque la cláusula de ese párrafo ciertamente no eximiría de la aplicación de todas las normas del DIH consuetudinario más allá del límite de “un año”⁵⁷.

Habiendo demostrado así que todas las normas del DIH son aplicables a situaciones de ocupación prolongada, se considerará a continuación la posibilidad de adaptar la aplicación de esas normas a las circunstancias particulares de ese tipo de ocupaciones⁵⁸.

Adaptar el derecho internacional humanitario a las ocupaciones prolongadas

La influencia que ejerce la duración de la ocupación en la aplicación del DIH no está del todo clara. El tema central parece ser si debería concederse un mayor margen de acción a la Potencia ocupante o no. En ese sentido, el “dilema inherente”⁵⁹ en las ocupaciones de largo plazo es que su naturaleza prolongada puede invocarse para justificar ambas opciones⁶⁰. Los expertos han expresado opiniones a favor⁶¹ y en contra⁶² de conceder ese margen de acción.

Sin embargo, la realidad de las ocupaciones de largo plazo es muy compleja y no puede limitarse a un análisis binario, según el cual los poderes del ocupante bien se extienden, bien se reducen en ocupaciones prolongadas. Por ejemplo, reconocer que una Potencia ocupante tiene mayor libertad en su autoridad legislativa en situaciones de ocupación prolongada no implica automáticamente que ésta goza de la misma libertad respecto de la aplicación de todas las normas del DIH relativas a la ocupación. Partiendo de esta premisa, en primer lugar, este artículo se centrará en las normas del DIH cuya aplicación parece más flexible debido a la mayor duración de una ocupación. Luego, se mencionarán las normas del DIH cuya aplicación parece regirse por el principio inverso, es decir, cuanto más prolongada es la ocupación, más estricta se torna la aplicación de esas normas. La existencia de las dos categorías de normas indica que, en ocupaciones de mayor duración, la aplicación del DIH no admite soluciones rígidas y que la aplicación más o menos estricta de una norma concreta del DIH debido a las particularidades de una ocupación prolongada depende principalmente de la naturaleza de dicha norma.

57 R. Kolb, nota 39 *supra*, p. 359.

58 En este artículo no se tratará la posibilidad de adaptar el derecho de la ocupación del DIH mediante la aprobación de resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad.

59 La expresión aparece en Christine Chinkin, “Laws of occupation”, en Neville Botha, Michele Olivier y Delarey Van Tonder (eds.), *Multilateralism and International Law with Western Sahara as a Case Study*, Pretoria, Unisa Press, 2010, p. 178.

60 A. Roberts, nota 4 *supra*, pp. 52-53. V. también C. Chinkin, nota 59 *supra*, p. 178: “En una ocupación prolongada puede haber razones valederas para reconocer los poderes de un ocupante en ciertas cuestiones particulares, por ejemplo, cuando existe la necesidad de introducir cambios profundos y permanentes en la economía o el sistema de gobierno. Al mismo tiempo, puede haber razones valederas para limitar los poderes del ocupante en otros aspectos”.

61 Y. Dinstein, nota 3 *supra*, p. 120.

62 O. Ben-Naftali, nota 39 *supra*, pp. 218-219.

El factor temporal como elemento que permite una aplicación permisiva del derecho de la ocupación

Se considera que una ocupación prolongada otorga a la Potencia ocupante la posibilidad de realizar cambios de naturaleza más permanente en el territorio ocupado. Por ejemplo, Yoram Dinstein “toma casi como un axioma el hecho de que se conceda mayor margen al gobierno militar en la aplicación de sus poderes legislativos si la ocupación se extiende durante varios años”⁶³. Las principales normas del DIH cuya aplicación se ve afectada en ese sentido son las relacionadas con el “principio conservacionista”: artículo 43 del Reglamento de La Haya⁶⁴ y artículo 64 del IV Convenio de Ginebra⁶⁵.

La obligación de respetar el statu quo en el territorio ocupado en virtud de esos artículos no es excesivamente onerosa. Al contrario, se ha interpretado con cierta flexibilidad⁶⁶. La principal obligación impuesta por el artículo 43 del Reglamento de La Haya consiste en restablecer y conservar “el orden y la seguridad públicos” o —más precisamente, a la luz de la formulación de la versión francesa original (“*l'ordre et la vie publics*”)— “el orden y la vida públicos”⁶⁷. Se suele interpretar que esta última frase hace referencia a “toda la vida social, comercial y económica de la comunidad”⁶⁸. Así, la Potencia ocupante debe respetar las leyes del territorio ocupado

63 Y. Dinstein, nota 3 *supra*, p. 120.

64 Reglamento de La Haya, art. 43: “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”.

65 IV CG, art. 64, p. 328: “Permanecerá en vigor la legislación penal del territorio ocupado, salvo en la medida en que pueda derogarla o suspenderla la Potencia ocupante, si tal legislación es una amenaza para su seguridad o un obstáculo para la aplicación del presente Convenio. A reserva de esta última consideración y de la necesidad de garantizar la administración efectiva de la justicia, los tribunales del territorio ocupado continuarán actuando con respecto a todas las infracciones previstas en tal legislación. Sin embargo, la Potencia ocupante podrá imponer a la población del territorio ocupado las disposiciones que sean indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio, y garantizar la administración normal del territorio y la seguridad, sea de la Potencia ocupante sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación, así como de los establecimientos y de las líneas de comunicación que ella utilice”. V. al respecto, comentarios en T. Ferraro, nota 12 *supra*, pp. 72-74.

66 V. también, Marco Sassòli, “Legislation and maintenance of public order and civil life by Occupying Powers”, *European Journal of International Law*, vol. 16, n.º 4, 2005, pp. 663-680; Yoram Dinstein, “Legislation under Article 43 of the Hague Regulations: belligerent occupation and peacebuilding”, Programa de Investigación sobre Políticas Humanitarias y Conflicto (HPCR), Universidad de Harvard, Occasional Paper Series, otoño de 2004, p. 8, disponible en línea en <http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/OccasionalPaper1.pdf> (consultado el 5 de julio de 2012); Edmund H. Schwenk, “Legislative power of the military occupant under Article 43, Hague Regulations”, *Yale Law Journal*, vol. 54, 1944-1945, pp. 395 y ss.

67 M. Sassòli, nota 66 *supra*, pp. 663-664; David Kretzmer, *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, Albany, State University of New York Press, 2002, pp. 58-59; E. H. Schwenk, nota 66 *supra*, p. 393.

68 Tribunal Penal de Apelaciones establecido en la zona bajo control británico en Alemania, *Grahame v. The Director of Prosecutions*, Zona bajo control británico, Comisión de Control, 26 de julio de 1947, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, vol. 14, 1947, p. 232. La Suprema Corte de Israel, caso Askan, nota 9 *supra*, p. 19, párr. 18, establece que el art. 43 “abarca el orden y la vida públicos en todos sus aspectos [...], económico, social, educativo, higiénico [sic], médico, de tránsito y otras cuestiones similares vinculadas con la vida en una sociedad moderna”.

“salvo impedimento absoluto”. Esos términos están especificados en el artículo 64, párrafo 2 del IV Convenio de Ginebra⁶⁹. La Potencia ocupante no enfrenta impedimentos absolutos para efectuar cambios en la legislación que sean indispensables para, primero, poder cumplir las obligaciones derivadas del IV Convenio; segundo, garantizar la administración normal del territorio; y, tercero, garantizar la seguridad de la Potencia ocupante y de los miembros y los bienes de las fuerzas o la administración de ocupación⁷⁰. En la práctica, las limitaciones impuestas por la excepción “salvo impedimento absoluto” son mucho menos estrictas que lo que sugiere su formulación por la negación⁷¹. Esto se ve confirmado por la interacción entre el artículo 43 del Reglamento de La Haya y el artículo 64, párrafo 2 del IV Convenio de Ginebra. Como ya se ha mencionado, de acuerdo con el primero de los dos artículos, la Potencia ocupante debería conservar el orden y la vida públicos y, al mismo tiempo, respetar las leyes del territorio ocupado. Sólo es posible eludir el cumplimiento de tales obligaciones en casos excepcionales. Entre esos casos, el artículo 64, párrafo 2 del Convenio incorpora la necesidad de garantizar la administración normal del territorio ocupado. Sin embargo, conservar el orden y la vida públicos es una parte fundamental de la obligación del ocupante de garantizar la administración normal del territorio ocupado. Así, las dos partes de la norma estipulada en el artículo 43 del Reglamento de La Haya se vuelven, en gran medida, tautológicas; el ocupante debería conservar el orden y la vida públicos sin interferir en las leyes locales a menos que esa interferencia sea necesaria para la administración normal del territorio, una administración que, por cierto, incluye la conservación del orden y la vida públicos. En vista de lo expuesto, no existe ninguna razón para no pensar que la duración prolongada de una ocupación podría influir en el significado y el alcance de lo que se necesita para “garantizar la administración normal” del territorio ocupado.

La obligación de conservar “el orden y la vida públicos” estipulada en el artículo 43 del Reglamento de La Haya ha sido aplicada por tribunales nacionales de manera permisiva y la jurisprudencia ha considerado válidos varios cambios en el statu quo del territorio ocupado⁷². A pesar de ello, la duración de la ocupación

69 *Comentario IV CG*, nota 5 *supra*, p. 335; M. Sassòli, nota 66 *supra*, pp. 669-671; Y. Dinstein, nota 66 *supra*, pp. 4-6. El análisis de Schwenk confirma que las excepciones hechas en el art. 64 del IV CG son coherentes con la interpretación de la frase “salvo impedimento absoluto” antes de la aprobación del IV CG, art. 64, v. E. H. Schwenk, nota 66 *supra*, pp. 399-402

70 V. IV CG, art. 64, párr. 2, nota 65 *supra*. Para consultar un análisis riguroso del alcance de esta disposición, v. M. Sassòli, nota 66 *supra*, pp. 674-675 y 678-679. El derecho penal está regulado específicamente en el IV CG, art. 64, párr. 1.

71 Se ha considerado, por ejemplo, que una Potencia ocupante no debería de ningún modo aplicar la legislación nacional violatoria del derecho internacional en general y, en particular, de las normas relativas a los derechos humanos. V. *Manual militar* del Reino Unido, nota 7 *supra*, pp. 278-279, párr. 11.11; M. Sassòli, nota 66 *supra*, pp. 676-678; Robert Y. Jennings, “Government in commission”, *British Year Book of International Law*, vol. 23, 1946, p. 132, n. 1; F. A. Mann, “The present legal status of Germany”, *International Law Quarterly*, vol. 1, n.º 3, 1947, p. 321.

72 V. E. David, nota 7 *supra*, pp. 567-568 y 571-572; D. Kretzmer, nota 67 *supra*, pp. 62 y ss.; Yoram Dinstein, “The Israel Supreme Court and the law of belligerent occupation: Article 43 of the Hague Regulations”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 25, 1995, pp. 12-16. Para consultar un análisis completo del alcance del art. 43, con referencia a los trabajos preparatorios de la disposición, v. E. H. Schwenk, nota 66 *supra*, pp. 395 y ss.

se ha invocado como un factor que da lugar a una aplicación aún más permisiva del artículo 43 y de otras normas del DIH vinculadas con la conservación del statu quo del territorio ocupado. En ese aspecto, la Suprema Corte de Israel ha hecho mención de la duración de la ocupación israelí de los territorios palestinos como justificación para aprobar nuevas leyes impositivas⁷³ o para llevar a cabo proyectos de infraestructura con efectos permanentes en los territorios ocupados, como la construcción de autopistas⁷⁴ o de líneas de transmisión eléctrica de alta tensión⁷⁵. La justificación se basa en evitar que la vida se detenga y favorecer el normal desarrollo del territorio ocupado⁷⁶. El fallo del caso Askan sobre la construcción de autopistas constituye un ejemplo de la jurisprudencia de la Corte hasta 1983 y amerita una presentación más minuciosa.

El tema central presentado ante la Corte fue si la Potencia ocupante podía avanzar en la realización de un proyecto “que tiene efectos permanentes” que “trascienden los límites temporales del propio gobierno militar”⁷⁷. La Suprema Corte de Israel recurrió primero al artículo 43 del Reglamento de La Haya y afirmó que la distinción entre una ocupación de corto plazo y una de largo plazo afecta el significado de la frase “el orden y la vida públicos”⁷⁸. La Corte explicó que:

[E]n una ocupación de corto plazo, predominan las necesidades vinculadas con la seguridad. En cambio, durante una ocupación militar de largo plazo, adquieren preponderancia las necesidades de la población local. [...] Por lo tanto, las medidas legislativas (como la creación de nuevos impuestos o la modificación de las tasas de los impuestos existentes) que pudieran ser inadecuadas para un gobierno militar de corto plazo podrían no serlo para un gobierno militar de largo plazo⁷⁹.

73 Suprema Corte de Israel, *Bassil Abu Aita et al. v. The Regional Commander of Judea and Samaria and Staff Officer in Charge of Matters of Custom and Excise – Omar Abdu Kadar Kanzil et al. v. Officer in Charge of Customs, Gaza Strip Region and the Regional Commander of the Gaza Strip*, HC 69/81 – HC 493/81, 5 de abril de 1983, pp. 133-134, párr. 50, disponible en línea en http://elyon1.court.gov.il/files_eng/81/690/000/z01/81000690.z01.pdf (consultado el 5 de julio de 2012). No se comenta aquí la subordinación de los arts. 48 y 49 del Reglamento de La Haya al art. 43 pues la duración de la ocupación no se invoca como argumento a favor de esa subordinación. Si se desea leer un comentario relacionado con este tópico, v. Y. Dinstejn, nota 72 *supra*, pp. 16-20.

74 Suprema Corte de Israel, caso Askan, nota 9 *supra*, p. 39, párr. 36.

75 V. la jurisprudencia mencionada en Y. Dinstejn, nota 3 *supra*, pp. 118-119.

76 V. “Declaración del Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 5 de diciembre de 2001”, Conferencia de las Altas Partes Contratantes del IV Convenio de Ginebra, párr. 3, disponible en línea en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdpve.htm> (consultado el 5 de julio de 2012): “la Potencia ocupante [...] debe garantizar la protección, la seguridad y el bienestar de la población que vive bajo la ocupación. Ello implica también que se ha de permitir el desarrollo normal del territorio, si la ocupación es prolongada”. V. también Cuba, Procedimiento consultivo sobre el muro, Declaración escrita presentada por la República de Cuba, 30 de enero de 2004, p. 12.

77 Suprema Corte de Israel, caso Askan, nota 9 *supra*, p. 17, párr. 16.

78 *Ibid.*, pp. 23-24, párr. 22.

79 *Ibid.*, p. 24, párr. 22.

A pesar de la insistencia en el hecho de que en el Reglamento de La Haya no estaba prevista esa distinción, la Suprema Corte de Israel no rechazó el Reglamento por irrelevante. Aceptó que estaba obligada a aplicarlo, pero afirmó que “la dimensión temporal puede tenerse en cuenta al considerar las políticas adecuadas en casos en los cuales el mismo Reglamento contempla la formulación de políticas”⁸⁰. Se considera que el artículo 43 es suficientemente flexible para adecuar esas interpretaciones incorporando el factor temporal en el análisis de las frases “el orden y la vida públicos” y “salvo impedimento absoluto”⁸¹. La Corte se pronunció inequívocamente al respecto:

La vida de una población, como la vida de un individuo, no es estática, sino que está en un movimiento constante que comprende desarrollo, crecimiento y cambio. Un gobierno militar no puede pasar eso por alto. No puede hacer que la vida se detenga.

El alcance de la autoridad del gobierno militar, entonces, llega hasta la implementación de las medidas necesarias para el crecimiento, el cambio y el progreso. La conclusión es que un gobierno militar puede favorecer el desarrollo de la industria, el comercio, la agricultura, la educación, la salud y los servicios de bienestar social, amén de otros aspectos administrativos necesarios para garantizar la satisfacción de las necesidades cambiantes de la población en una zona sujeta a ocupación beligerante⁸².

Esas acciones están sujetas a las restricciones impuestas por el carácter temporario del gobierno militar, por el hecho de que el ocupante no es el gobernante soberano del territorio ocupado⁸³. La Corte afirmó que las inversiones que promueven el crecimiento y el desarrollo del territorio ocupado y que, a la vez, traen cambios permanentes en ese territorio “están permitidas si son razonablemente necesarias para satisfacer las necesidades de la población local”⁸⁴. En cuanto a las medidas que la Potencia ocupante tiene prohibido implementar, la Corte citó “cambios institucionales” o medidas que “impliquen un cambio sustancial en las instituciones fundamentales” del territorio ocupado⁸⁵. El gobierno militar no estaba obligado a adoptar medidas de gran alcance para el desarrollo del territorio ocupado. Según la Corte, ese margen de apreciación estaba reflejado en la formulación del artículo 43 (el ocupante debe tomar “*todas las medidas que están a su alcance*” a fin de garantizar “*en cuanto sea posible*” el orden y la vida públicos)⁸⁶. Para la Potencia ocupante, existe

80 Ibid., p. 25, párr. 22.

81 Ibid.

82 Ibid., pp. 28-29, párr. 26.

83 Ibid., p. 27, párr. 23.

84 Ibid., pp. 30-31, párr. 27.

85 Ibid., p. 31, párr. 27.

86 Ibid., p. 33, párr. 29 (el subrayado es nuestro).

un nivel mínimo en lo que respecta a garantizar el orden y la vida públicos de la población local por debajo del cual el gobierno militar que funciona como un gobierno en regla no debe descender, y ciertamente existe un nivel máximo en lo que respecta a garantizar el orden y la vida públicos de la población que el gobierno militar que funciona como gobierno provisional no debe sobrepasar. Entre esos dos niveles existe un campo de autoridad en el cual hay permiso y no obligación de elegir entre diversas opciones...⁸⁷

Así pues, la Potencia ocupante puede elegir actuar o no con el fin de hacer inversiones fundamentales, y la elección que realice dependerá de factores como “la capacidad física del ocupante, la mano de obra (civil y militar) a su disposición y los recursos financieros”⁸⁸. Finalmente, la Suprema Corte de Israel estableció un vínculo entre el artículo 46 del Reglamento de La Haya, relativo a la expropiación de propiedad privada, y el artículo 43, y decidió que el plan de construcción de una autopista y las expropiaciones necesarias para su ejecución cumplieran con las disposiciones del Reglamento de La Haya⁸⁹.

El fallo presenta varias cuestiones interesantes. Primero, la Corte afirmó que las disposiciones del Reglamento de La Haya siguen siendo aplicables en situaciones de ocupación prolongada. Segundo, admitió que la duración de la ocupación debería tenerse en cuenta “en casos en los cuales el Reglamento da margen para la formulación de políticas”⁹⁰, y no respecto de todas las disposiciones del Reglamento de La Haya. Asimismo, este aspecto se confirma en el hecho de que la Corte no invocó la duración de la ocupación con el fin de modificar el alcance del artículo 46 del Reglamento de La Haya directamente. De hecho, el artículo 46 es una disposición muy clara, sin excepciones⁹¹. La Corte podría haber considerado la duración como un elemento “externo” al Reglamento de La Haya, capaz de modificar directamente la aplicación de las disposiciones de dicho Reglamento, independientemente de su formulación. Sin embargo, prefirió no hacerlo. En cambio, vinculó el artículo 46 con el artículo 43, cuyo texto da lugar a la integración de consideraciones que se vinculan con la duración de la ocupación. Tercero, al recurrir al artículo 43, la Suprema Corte de Israel afirmó que la duración de la ocupación afecta el alcance de las frases “el orden y la vida públicos” y “salvo impedimento absoluto”. En una ocupación prolongada, las necesidades de la población local adquieren mayor importancia. Eso permite al ocupante adoptar medidas que quedarían excluidas en una ocupación de corto plazo, con el fin de satisfacer esas necesidades. La Corte no proporcionó una explicación detallada respecto de la influencia del factor temporal en la frase “salvo impedimento absoluto” del artículo 43. Aparentemente, consideró evidente que, en ocupaciones prolongadas, a una Potencia ocupante no le sería posible respetar las leyes locales. Como ya se

87 *Ibíd.*, p. 33-34, párr. 29.

88 *Ibíd.*

89 *Ibíd.*, pp. 34-37, párr. 31 y pp. 39-41, párrs. 35-37.

90 *Ibíd.*, p. 25, párr. 22.

91 Reglamento de La Haya, art. 46: “La propiedad privada no puede ser confiscada”.

ha explicado, esa visión encuentra fundamento jurídico en la interacción entre el artículo 43 del Reglamento de La Haya y el artículo 64, párrafo 2 del IV Convenio de Ginebra. Cuarto, la Corte estableció los límites de la extensión de la autoridad de la Potencia ocupante. Esos límites se basan en el carácter temporario (léase: “no soberano”) de la administración del ocupante. La Corte afirmó, en términos generales, que las medidas aprobadas por la Potencia ocupante no deberían “hacer desaparecer la distinción entre un gobierno militar y un gobierno civil”, y se refirió principalmente a la obligación del ocupante de actuar como usufructuario de los bienes públicos inmuebles y no introducir cambios institucionales sustanciales en el territorio ocupado⁹². Lamentablemente, la Corte no previó la influencia que tendría el carácter prolongado de una ocupación en esos límites. Sin embargo, cuanto más dura una ocupación y más autoridad tiene la Potencia ocupante sobre la población local, más difícil resulta distinguir entre gobierno militar y civil. Si se permitiera que la Potencia ocupante tuviera un exceso de autoridad, ocurriría lo que algunos denominan “anexión gradual”⁹³. En consecuencia, es posible que, si la ocupación se prolonga, se considere que la Potencia ocupante debe ofrecer mayores garantías acerca del carácter no permanente o reversible de las medidas que adopta. Por último, la Suprema Corte de Israel dejó en claro que la Potencia ocupante no tiene la obligación de adoptar medidas para promover el crecimiento o el desarrollo del territorio ocupado. Tampoco en ese punto la Corte analizó lo suficiente las consecuencias del carácter prolongado de la ocupación para el “nivel mínimo en lo que respecta a conservar el orden y la vida públicos de la población local por debajo del cual el gobierno militar que funciona como un gobierno en regla no debe descender”⁹⁴. Como el factor temporal amplía el alcance de la frase “el

92 Nota 85 *supra*. La Corte admitió una excepción a esta norma, en los casos en los cuales las instituciones locales se oponen “sustancialmente a las nociones fundamentales de justicia y moralidad” (caso *Askan*, nota 9 *supra*, p. 27, párr. 23). Si bien esa excepción está formulada en términos amplios y poco precisos, se entiende que debería interpretarse como referida a los casos estipulados en el Reglamento de La Haya, art. 43, en conjunto con el IV CG, art. 64, párr. 2 (es decir, legislación violatoria de las normas fundamentales del DIDH).

93 Palestina, Procedimiento consultivo sobre el muro, Declaración escrita presentada por Palestina, 30 de enero de 2004, p. 274, párr. 596; Consejo Económico y Social de la ONU, Comité de Derechos Humanos, “Cuestión de la violación de los derechos humanos en los territorios árabes ocupados, incluida Palestina, Informe de la Misión de investigación de las Naciones Unidas establecida en cumplimiento de la resolución S-5/1 de la Comisión de 19 de octubre de 2000”, Doc. ONU E/CN.4/2001/121, 16 de marzo de 2001, p. 20, párr. 68; R. Falk, nota 4 *supra*, p. 46; Gamal Abouali, “Natural resources under occupation: the status of Palestinian water under international law”, *Pace International Law Review*, vol. 10, n.º 2, 1998, p. 508; Nota del editor adjunta al fallo de la Suprema Corte de Israel en el caso *Abu Ita*, *Palestinian Yearbook of International Law*, vol. 4, 1987-1988, p. 186; Theodor Meron, “Applicability of multilateral conventions to occupied territories”, *American Journal of International Law*, vol. 72, n.º 3, 1978, p. 550; G. H. Fox, nota 8 *supra*, p. 235. Durante la ocupación israelí de zonas del sur del Líbano, el Líbano había denunciado que la integración realizada por Israel de “la infraestructura económica y administrativa del sur del Líbano a su propia infraestructura” era una “anexión gradual”, v. la carta del 16 de julio de 1990 enviada por el Representante permanente del Líbano ante la ONU al Secretario General, Doc. ONU S/21396, 16 de julio de 1990, p. 1. V. también, Jordania, Procedimiento consultivo sobre el muro, Declaración escrita presentada por el Reino Hachemita de Jordania, 30 de enero de 2004, pp. 79-80, párr. 5.106 (referido a la anexión de facto).

94 V. nota 87 *supra* y el texto referido.

orden y la vida públicos”, ese mayor alcance también repercute en las obligaciones impuestas a la Potencia ocupante por el artículo 43 del Reglamento de La Haya. Así, como la Potencia ocupante debe “[tomar] todas las medidas que están a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos”, se entiende que la interpretación de las frases “en cuanto sea posible” y “todas las medidas que están a su alcance” se ve afectada en ambos casos por la duración prolongada de la ocupación. Cuanto más dure la ocupación, más difícil será para la Potencia ocupante asegurar que no hay absolutamente ninguna medida que pueda tomar para garantizar el desarrollo y el crecimiento del territorio ocupado o que no ha sido posible hacerlo. Así, en situaciones de ocupación prolongada, debería interpretarse que el estándar mínimo definido por la Corte exige a la Potencia ocupante al menos algunas obligaciones positivas para favorecer el crecimiento y el desarrollo del territorio ocupado. Eso podría ser particularmente útil en situaciones en las que la Potencia ocupante rechaza la aplicación de los instrumentos de derechos humanos en el territorio ocupado.

La cuestión del carácter prolongado de la ocupación fue presentada ante la Suprema Corte de Israel en un proceso reciente vinculado con la explotación de canteras en el territorio palestino ocupado (caso *Yesh Din*)⁹⁵. Invocando los artículos 43 y 45 del Reglamento de La Haya, el demandante, una asociación defensora de los derechos humanos, solicitó una orden para que cesaran las actividades de explotación en los territorios ocupados de Judea y Samaria, y para impedir el establecimiento de nuevas canteras o la expansión de las existentes en esos territorios⁹⁶. La Corte define el usufructo como el “derecho de usar y disfrutar de los bienes ajenos por un período de tiempo sin dañarlos ni menoscabarlos, si bien la propiedad naturalmente puede deteriorarse con el tiempo”⁹⁷. La Corte explicó que eso significa que el Estado ocupante “no tiene derecho a vender el bien ni a usarlo de manera de agotarlo o vaciarlo”⁹⁸. Sin hacer mención del carácter prolongado de la ocupación, la Corte aseguró que la mera actividad de extracción de minerales no se consideraba dañina para el capital y que, por lo tanto, no quedaba excluida por el artículo 55⁹⁹. Luego, la Corte consideró la cuestión de si la extracción minera estaba permitida sólo con respecto a las minas y canteras que ya existían antes de la ocupación, como proponía el demandante, o si la Potencia ocupante podía establecer nuevas, como aseguraba el demandado, invocando “las circunstancias

95 Suprema Corte de Israel, “*Yesh Din*”- *Volunteers for Human Rights v. The Commander of IDF Forces in the West Bank and others*, HCJ 2164/09, 26 de diciembre de 2011, disponible en línea en <http://www.yesh-din.org/userfiles/file/הווערכה%20ידן/psak.pdf> (consultado el 5 de julio de 2012).

96 *Ibid.*, pp. 4-5, párrs. 2-3. El art. 55 del Reglamento de La Haya reza: “El Estado ocupante no debe considerarse sino como administrador y usufructuario de los edificios públicos, inmuebles, bosques y explotaciones agrícolas que pertenezcan al Estado enemigo y se encuentren en el país ocupado. Deberá defender el capital de esas empresas y administrar conforme a las reglas del usufructo”.

97 Suprema Corte de Israel, caso *Yesh Din*, Fallo, nota 95 *supra*, p. 11, párr. 7.

98 *Ibid.*

99 *Ibid.*, pp. 12-14, párr. 8. Si se desea consultar un convincente análisis crítico sobre este tema, v. Guy Harpaz, Yuval Shany, Eyal Benvenisti, Amichai Cohen, Yael Ronen, Barak Medina y Orna Ben-Naftali, Opinión de expertos jurídicos, opinión acerca de los temas que surgen del fallo del caso *Yesh Din* en apoyo a la moción de los demandantes por la que solicitaban la revisión del fallo (revisión en banc), enero de 2012, pp. 38 y ss.

particulares de una ocupación beligerante de largo plazo”¹⁰⁰. La Corte adhirió a este último razonamiento. Admitió que:

la duración de la ocupación [...] requiere que la legislación se adapte a la realidad del terreno, que impone a Israel la obligación de asegurar la vida normal por un lapso que, si bien es temporario desde el punto de vista jurídico, en realidad, es de largo plazo. Así, el derecho convencional de la ocupación debe adaptarse a la duración prolongada de la ocupación, a la continuidad de la vida normal en la zona y a la sostenibilidad de las relaciones económicas entre las dos autoridades, la del ocupante y la del territorio ocupado¹⁰¹.

Sobre la base de esa decisión, la Corte sostuvo que el uso actual, limitado y razonable, de minerales del territorio ocupado no contravenía el artículo 55, si se lo adapta a las particularidades de una ocupación prolongada. Aparentemente, excluyó el establecimiento de nuevas canteras¹⁰². Respecto de las actividades de extracción en canteras establecidas durante la ocupación, en referencia a “los aspectos particulares” de la ocupación en cuestión, la Corte decidió que:

adoptar la perspectiva estricta del demandante podría tener como consecuencia la imposibilidad de que el jefe militar cumpliera con sus obligaciones en materia de derecho internacional. Por ejemplo, adoptar el punto de vista según el cual, en las actuales circunstancias, el jefe militar debe cesar las operaciones de las canteras podría tener un impacto negativo en la infraestructura existente y llevar al cierre de la industria, lo cual, a su vez, afectaría, sobre todo, el bienestar de la población local¹⁰³.

La Corte citó luego los aspectos de las actividades de extracción minera que benefician a la población local (como el empleo en las canteras y la capacitación de residentes palestinos, la comercialización de los productos extraídos a los colonos palestinos e israelíes en los territorios ocupados y el pago de regalías por parte de los operadores de las canteras) y concluyó que:

es, por lo tanto, difícil aceptar la afirmación tajante de los demandantes según la cual las operaciones de extracción en las canteras no promueven en modo alguno los intereses de la zona, en especial a la luz de los intereses económicos comunes de las partes israelí y palestina y el prolongado período de ocupación¹⁰⁴.

Los siguientes comentarios tratan sólo del uso de la naturaleza prolongada de la ocupación en los argumentos jurídicos de la Corte¹⁰⁵. Primero, contrariamente

100 Suprema Corte de Israel, fallo del caso Yesh Din, nota 95 *supra*, pp. 14-16 párrs. 7 y 9.

101 *Ibíd.*, p. 16, párr. 10.

102 *Ibíd.*, p. 17, párrs. 10-12.

103 *Ibíd.*, p. 18, párr. 13.

104 *Ibíd.*, p. 19, párr. 13.

105 Para un análisis crítico general del fallo, v. G. Harpaz *et al.*, nota 99 *supra*.

al enfoque adoptado en el caso *Askan*, aparentemente, en este caso, la Corte consideró que la duración de la ocupación imponía la adaptación de todas las normas del derecho de la ocupación, independientemente de si la formulación de una norma en particular admite tal adaptación o no. La postura de la Corte en esa materia no estuvo carente de ambigüedad: no queda claro si considera que el factor temporal altera directamente el alcance de aplicación del artículo 55 o si la adaptación se debe a la relación entre ese artículo y el artículo 43. En todo caso, en la medida en que el fallo podría interpretarse a favor de una influencia directa del factor temporal en la aplicación del artículo 55, la interpretación tiene sus inconvenientes. La formulación del artículo 55 no admite un cambio en el alcance de sus disposiciones de acuerdo con la duración de la ocupación¹⁰⁶ y la Corte no ofreció un fundamento jurídico alternativo para la modificación¹⁰⁷. Es preciso notar que Israel adoptó una postura similar en 1978 respecto de la explotación de nuevos campos petroleros en Sinaí y el Golfo de Suez. En ese caso, Israel invocó, entre otros argumentos, la duración de la ocupación de los dos territorios, exponiendo que evitar la explotación de los campos petroleros llevaría a la postergación del desarrollo de los territorios y al estancamiento económico¹⁰⁸. Sin embargo, el memorando de Israel contradecía el de Estados Unidos sobre el mismo tema, que rechazaba el derecho de Israel de ejecutar actividades de explotación de nuevos campos petroleros de conformidad con el derecho de la ocupación, sin mencionar que fuera posible relajar la prohibición debido a la duración de la ocupación¹⁰⁹. El memorando de Estados Unidos apuntaba que la admisión de ese derecho podría ser un incentivo contra la retirada y a favor de una extensión de la ocupación¹¹⁰.

Segundo, volviendo al fallo del caso *Yesh Din*, es importante destacar que las autoridades israelíes admitieron que la duración de la ocupación creaba obligaciones positivas para el ocupante¹¹¹. La Corte estuvo de acuerdo con esa postura¹¹². Eso implicaría que la operación de las canteras no es una decisión que la Potencia ocupante pueda tomar libremente, sino una obligación que surge de la obligación

106 Por ejemplo, es improbable que el significado del término “usufructo” se modifique según la duración de la ocupación.

107 V., en este mismo sentido, G. Harpaz *et al.*, nota 99 *supra*, pp. 45-48, que sostienen que la naturaleza de la prohibición de usar el capital de los recursos naturales es absoluta y no admite excepciones ni grados.

108 Ministerio de Asuntos Exteriores de Israel, “Israel: Ministry of Foreign Affairs memorandum of law on the right to develop new oil fields in Sinai and the Gulf of Suez”, 1 de agosto de 1977, *International Legal Materials*, vol. 17, n.º 2, 1978, pp. 434-435, párrs. 5 y 10.

109 Departamento de Estado de Estados Unidos, “United States: Department of State memorandum of law on Israel’s right to develop new oil fields in Sinai and the Gulf of Suez”, 1 de octubre de 1976, *International Legal Materials*, vol. 16, n.º 3, 1977, pp. 733-753. La ocupación en cuestión había comenzado en 1967.

110 *Ibid.*, p. 746: “Una norma que favorezca la posibilidad de obtener acceso irrestricto y de utilizar recursos y materias primas constituiría un incentivo a la ocupación territorial para un país que necesitara materia prima así como a la postergación de la retirada”. Para profundizar en las ideas que sostienen esta política, v. Brice M. Clagett y O. Thomas Johnson Jr., “May Israel as a belligerent occupant lawfully exploit previously unexploited oil resources of the Gulf of Suez?”, *American Journal of International Law*, vol. 72, n.º 3, 1978, pp. 577-578.

111 Israel, Ministerio de Justicia, HCJ 2164/09 *Yesh Din*, Respuesta en nombre de los demandados 1-2, 20 de mayo de 2010, párr. 52, disponible en <http://yesh-din.org/userfiles/file/Petitions/Quarries/Quarries%20State%20Response%20May%202010%20ENG.pdf> (consultado el 5 de julio de 2012): “En un estado de ocupación beligerante prolongada, se tiende a pensar que la administración militar adquiere obligaciones positivas adicionales en la zona que administra”.

112 Suprema Corte de Israel, fallo del caso *Yesh Din*, nota 95 *supra*, p. 18, párr. 12.

general del ocupante de conservar el orden y la vida públicos. Así, se confirma la opinión vertida anteriormente respecto de que la duración de la ocupación incrementa las obligaciones impuestas a la Potencia ocupante por el artículo 43 del Reglamento de La Haya.

Tercero, como lo han señalado siete expertos jurídicos israelíes en una opinión jurídica acerca del fallo del caso Yesh Din:

la prolongación de la ocupación afecta en términos generales la interpretación adecuada del artículo 43 y, por consiguiente, los poderes del jefe militar [...] pero su impacto general está sujeto a dos limitaciones estrictas y fundamentales: la primera es que la expansión no permite al jefe militar tener en cuenta consideraciones no admitidas por el artículo 43 ni actuar sin respetar otras disposiciones aplicables a su poder, y la segunda es que la expansión debe ejercerse para beneficio de la población local y no en su perjuicio¹¹³.

El autor del presente artículo está de acuerdo con los expertos en que el fallo del caso Yesh Din emplea el factor temporal para promover una interpretación más amplia de los artículos 43 y 55 y así evitar las dos limitaciones de su propia jurisprudencia¹¹⁴. Si se avanza aún más, y en el sentido de las opiniones sobre el fallo del caso Askan, puede interpretarse que la duración prolongada de la ocupación establece nuevos límites a la libertad de acción de la Potencia ocupante. A continuación, se hará un análisis de esos límites.

El factor temporal como elemento que permite una aplicación restrictiva del derecho de la ocupación

Además de ser una herramienta para la ampliación de los poderes del ocupante, la naturaleza prolongada de una ocupación también puede constituir un argumento para limitar la libertad de esos poderes. Se ha hecho referencia anteriormente a un ejemplo en ese sentido, en relación con la aplicación del artículo 43 del Reglamento de La Haya. El punto de partida para definir los límites a la libertad del ocupante es el reconocimiento de que la naturaleza prolongada de una ocupación trae aparejadas ciertas obligaciones positivas para la Potencia ocupante. Como se ha mencionado anteriormente, tanto las autoridades israelíes como la Suprema Corte de Israel reconocieron la existencia de tales obligaciones en el caso Yesh Din¹¹⁵. En ese aspecto, se deben tener en cuenta dos cuestiones. Una es el hecho de que la ampliación de los poderes del ocupante debería tener como finalidad el

113 G. Harpaz *et al.*, nota 99 *supra*, p. 30, párr. 84. Los expertos citan varios fallos de la Suprema Corte de Israel que confirman esa posición.

114 *Ibíd.*, p. 33, párr. 92. Tal como los expertos señalan correctamente, “la decisión adapta las disposiciones [es decir, los arts. 43 y 55] de modo de adecuarlas a la realidad del terreno en lugar de subordinar la realidad al estado de derecho y limitar las autoridades del jefe militar de modo que se adecue a las disposiciones del derecho de la ocupación”.

115 V. notas 111 y 112 *supra*.

beneficio de la población local¹¹⁶. La otra es que esa ampliación no debería desdibujar la distinción entre un gobierno militar y un gobierno nacional¹¹⁷. Como ya se ha expuesto, las ocupaciones prolongadas ponen a prueba esta última consideración. En una ocupación de corto plazo, para conservar la distinción, a veces basta con abstenerse de introducir cambios fundamentales en el territorio ocupado¹¹⁸. En cambio, en una ocupación prolongada, cuando el grado de dependencia de la Potencia ocupante por parte del territorio ocupado aumenta con los años, sólo con abstenerse no es suficiente, y puede ser necesario adoptar medidas complementarias para asegurar la Potencial reversibilidad (de acuerdo con la decisión última del soberano) de las medidas tomadas por el ocupante. En semejante contexto, la simple afirmación de que las medidas son temporarias puede resultar insuficiente. Así lo demuestra la Opinión consultiva sobre el muro de la CIJ. A pesar de las reiteradas declaraciones de Israel acerca de que el muro formaba parte de una medida temporaria y que Israel estaba “preparado y dispuesto [...] a adaptarla o descartarla¹¹⁹, la CIJ continuó oponiéndose y consideró que:

la construcción del muro y su régimen conexo crean un hecho consumado en razón de que podrían muy bien llegar a ser permanentes, en cuyo caso, y pese a la caracterización formal del muro por Israel, ello equivaldría a una anexión de facto¹²⁰.

Si bien la CIJ no mencionó explícitamente la duración prolongada de la ocupación, la decisión en sí indica que el fantasma de la anexión del territorio ocupado por parte de la Potencia ocupante no podría conjurarse con sólo reafirmar la naturaleza temporaria de las medidas adoptadas o la voluntad de revertirlas. Las dificultades para revertir las medidas “temporarias” adoptadas por la Potencia ocupante se observan en la situación de la Franja de Gaza posterior a la retirada de las fuerzas israelíes en 2005. La Suprema Corte de Israel determinó que, tras la retirada de las tropas en 2005, Gaza dejó de ser un territorio bajo ocupación beligerante¹²¹. No obstante, concedió que el Estado de Israel continuaba teniendo obligaciones con los residentes de la Franja de Gaza que resultan, entre otras,

116 Suprema Corte de Israel, caso Askan, nota 9 *supra*, p. 24, párr. 22 y pp. 28-29, párr. 26; G. Harpaz et al., nota 99 *supra*, p. 30, párr. 84.

117 Suprema Corte de Israel, caso Askan, nota 9 *supra*, p. 29, párr. 26.

118 Como propone la Suprema Corte de Israel, v. Suprema Corte de Israel, fallo del caso Askan, nota 9 *supra*, p. 27, párr. 23 y p. 31, párr. 27.

119 CIJ, Opinión consultiva sobre el muro, nota 10 *supra*, p. 182, párr. 116.

120 *Ibid.*, p. 184, párr. 121 (el subrayado es del original).

121 Suprema Corte de Israel, *Jaber Al-Bassiouni Ahmed et al. v. Prime Minister and Minister of Defence*, HJC 9132/07, Fallo, 30 de enero de 2008, párr. 12; Suprema Corte de Israel, *A and B v. State of Israel*, CrimA 6659/06 y otros, Fallo, 11 de junio de 2008, párr. 11. Los dos fallos están disponibles en línea en <http://elyon1.court.gov.il/eng/home/index.html> (consultado el 5 de julio de 2012). V. también Comisión pública para investigar el incidente marítimo del 31 de mayo de 2010 (La Comisión Turkel), *Informe*, Primera Parte, enero de 2011, pp. 50-53, párrs. 45-47, disponible en línea en <http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/3137Turkel%20Commission%20Report%20Part%201%20%28Spanish%20II%29.pdf> (consultado el 5 de julio de 2012).

de la relación establecida entre Israel y el territorio de la Franja de Gaza a lo largo de los años de administración militar israelí en el territorio, por lo cual la Franja de Gaza depende por completo de Israel en lo que respecta al suministro de energía eléctrica¹²².

Esta conclusión revela el alcance de la interdependencia entre el ocupante y el territorio ocupado durante una ocupación de largo plazo¹²³. Primero, es preciso observar que la Suprema Corte no explica el fundamento jurídico de lo expuesto. Si se analiza el razonamiento de la Corte, podría interpretarse que la decisión citada más arriba indica que una ocupación beligerante prolongada lleva a una ampliación de las obligaciones de la Potencia ocupante, más allá del término de la ocupación en cuanto tal. Sin embargo, no parece que fuera ésta la postura de la Suprema Corte de Israel, pues no menciona ninguna norma del DIH específica del derecho de la ocupación¹²⁴. Sin ahondar demasiado, podría considerarse que las palabras de la Corte confirman que Israel aún ejerce en Gaza el grado de control necesario para que continúe la ocupación¹²⁵. Al respecto, Dapo Akande sostiene que:

el criterio para el establecimiento de una ocupación puede no ser el mismo que el que se observa para su mantenimiento. [...] [A]un en casos en los cuales la anterior Potencia ocupante ya no ejerce el control que justificaría el establecimiento de la ocupación, si ejerce dicho control para evitar que otra Potencia ejerza pleno control, la Potencia ocupante mantiene la ocupación¹²⁶.

Nada indica que los Estados consideren que Gaza es territorio ocupado basándose en una concepción diferenciada entre el control necesario para el establecimiento de la ocupación y el necesario para su mantenimiento. El hecho de que una gran mayoría de Estados considera que Gaza es aún territorio ocupado¹²⁷ muestra que, en la práctica, el umbral necesario para que un Estado sea Potencia ocupante no requiere el control *total y exclusivo* del territorio ocupado. Sin embargo, el argumento de Akande sería relevante si se adopta una concepción restrictiva del

122 Suprema Corte de Israel, fallo del caso Al-Bassiouni, nota 121 *supra*, párr. 12. V. también Suprema Corte de Israel, *Physicians for Human Rights et al. v. Prime Minister of Israel et al.* y *Gisha Legal Centre for Freedom of Movement et al. v. Minister of Defence*, H CJ 201/09 y 248/09, Fallo, 19 de enero de 2009, p. 13, párr. 14. Los dos fallos están disponibles en línea en <http://elyon1.court.gov.il/eng/home/index.html> (consultado el 5 de julio de 2012).

123 El suministro de electricidad fue uno de los primeros temas en los que la Suprema Corte de Israel decidió tomar en cuenta el argumento de la “ocupación prolongada”. V. Suprema Corte de Israel, *The Jerusalem District Electric Company Ltd. v. The Minister of Energy and Infrastructure*, H CJ 351/80, Fallo, citado en Suprema Corte de Israel, fallo del caso Askan, nota 9 *supra*, p. 31, párr. 27.

124 Suprema Corte de Israel, fallo del caso Al-Bassiouni, nota 121 *supra*, párrs. 13 y ss.

125 Dinstein afirma que la verdadera fuente de esa obligación es que Gaza continúa bajo ocupación beligerante, Y. Dinstein, nota 3 *supra*, pp. 276-279. Como ya se ha observado, éste también es el punto de vista del autor del presente artículo, v. nota 26 *supra*.

126 Dapo Akande, “Classification of armed conflicts: relevant legal concepts”, en Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 48.

127 V. las referencias citadas en la nota 26 *supra*.

criterio del control para el propósito de establecer una ocupación beligerante¹²⁸. En ese caso, las posturas adoptadas por los Estados en relación con la condición de Gaza como territorio ocupado indican que, en situaciones de ocupación prolongada, la interdependencia entre el ocupante y el territorio ocupado puede disminuir el grado de control necesario para mantener una ocupación.

Además, en una ocupación prolongada, la Potencia ocupante tiene la obligación de adoptar medidas positivas para el bienestar y el desarrollo de la población local. El autor de este artículo adhiere a la postura de que el beneficio para la población local debe ser significativo. En consecuencia, “un resultado beneficioso, por pequeño, indirecto o hipotético que sea” no exime a la Potencia ocupante de las obligaciones que le impone el DIH¹²⁹. La importancia del “bienestar de la población local” también fue expresada durante las reuniones de expertos sobre la ocupación y otras formas de administración de territorios extranjeros organizadas por el CICR¹³⁰. Los expertos que participaron en esas reuniones analizaron formas de garantizar que las medidas adoptadas por la Potencia ocupante preservaran el bienestar de la población local e, *inter alia*, “adoptaron la opinión de que la ocupación de largo plazo requería que la Potencia ocupante tuviera en cuenta la voluntad de la población local, incluyéndola en el proceso de toma de decisiones”, si bien no se pusieron de acuerdo en cuáles eran los medios más adecuados lograr esto último¹³¹.

La duración prolongada de una ocupación beligerante también puede afectar la aplicación de la necesidad militar, que es, junto con las consideraciones humanitarias, uno de los dos pilares sobre los que se apoya todo el edificio del DIH. De hecho, las normas del DIH son el resultado del equilibrio entre esos dos elementos¹³². La necesidad militar no está definida en los convenios del DIH; sin

128 Similar a la visión de la CIJ en el fallo del caso *RDC c. Uganda*, nota 19 *supra*, pp. 229-231, párrs. 172-178. V. también La Comisión Turkel, nota 121 *supra*, pp. 51-53, párrs. 46-47. Para una evaluación crítica de esta interpretación, v. V. Koutroulis, nota 3 *supra*, pp. 47-58.

129 G. Harpaz *et al.*, nota 99 *supra*, p. 18, párrs. 45-46.

130 Los expertos “estuvieron todos de acuerdo en que el bienestar de la población local desempeñaba un papel primordial” en situaciones de ocupación prolongada, v. T. Ferraro, nota 12 *supra*, p. 72.

131 *Ibid.*, pp. 75-76.

132 Michael N. Schmitt, “Military necessity and humanity in international humanitarian law: preserving the delicate balance”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, n.º 4, 2010, p. 798. En el preámbulo del IV Convenio de La Haya, de 18 de octubre de 1907, relativo a las leyes y las costumbres de la guerra terrestre (nota 1 *supra*) se aclara que el texto de las disposiciones del Convenio “ha sido inspirado por el deseo de disminuir los males de la guerra, en cuanto lo permitan las necesidades militares”. V. también el preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868 con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra, 29 de noviembre/11 de diciembre de 1868, disponible en línea en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-declaration-1864-st-petersburg.htm> (consultado el 5 de julio de 2012).

embargo, varios manuales militares contienen definiciones del concepto¹³³. Según el *Manual militar* del Reino Unido:

La necesidad militar permite a un Estado que participa en un conflicto armado utilizar sólo el grado y el tipo de fuerza, siempre que no esté prohibida por el derecho de los conflictos armados, requerida para alcanzar el propósito legítimo del conflicto, es decir, la sumisión total o parcial del enemigo lo antes posible y con la mínima pérdida de vidas y los mínimos daños ocasionados a bienes¹³⁴.

La regla fundamental sobre el principio de necesidad militar es que, dado que ya ha sido considerado durante la elaboración de todas las normas del DIH, puede ser invocado sólo cuando las normas específicas del DIH permiten una excepción relevante y no para justificar actos violatorios del DIH¹³⁵. Existen excepciones basadas en la necesidad militar para varias normas del DIH; dichas excepciones pueden tener distinto alcance¹³⁶.

133 *Manual militar* del Reino Unido, nota 7, *supra* pp. 21-22, párr. 2.2. V., en esta misma línea, *Manual militar* de Canadá, nota 7 *supra*, p. 2-1, párr. 202; *The Law of Land Warfare* de Estados Unidos, nota 7 *supra*, p. 4; Francia, Ministerio de Defensa, *Manuel de droit des conflits armés*, Secretaría General de Administración, Dirección de Asuntos Jurídicos, Subdirección de Derecho Internacional y de Derecho Europeo, Oficina de Derecho de los Conflictos Armados, (s.f.), p. 48. Las definiciones aparecen en el Código Lieber de 1863. La necesidad militar aparece definida allí como “la necesidad de tomar las medidas indispensables para garantizar el final de la guerra, y que son legítimas de conformidad con el moderno derecho y los usos de la guerra” (art. 14), con el añadido de que “en general, la necesidad militar no incluye ningún acto de hostilidad que haga que el regreso a la paz sea innecesariamente difícil” (art. 16), *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field* (Código Lieber), 24 de abril de 1863, disponible en línea en <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/110?OpenDocument> (consultado el 5 de julio de 2012).

134 *Manual militar* del Reino Unido, nota 7 *supra*, pp. 21-22, párr. 2.2.

135 V. los manuales militares *supra*, así como el de Australia, Real Fuerza Aérea de Australia, *Operations Law for RAAF Commanders*, AAP 1003, Real Fuerza Aérea de Australia, 2004, 2ª ed., p. 50, párr. 6.7 (en adelante, *Manual militar* de la Real Fuerza Aérea de Australia), disponible en línea en <http://airpower.airforce.gov.au/Publications/Details/156/AAP1003-Operations-Law-for-RAAF-Commanders-2nd-Edition.aspx> (consultado el 5 de julio de 2012); *Manual militar* de Alemania, nota 7 *supra*, párrs. 131-132. V. también, CIJ, Procedimiento consultivo sobre el muro, Egipto, Memorando jurídico presentado por la República Árabe de Egipto, 28 de enero de 2004, p. 39; Liga de Estados Árabes, Declaración escrita de la Liga de Estados Árabes, 28 de enero de 2004, p. 52, párr. 9.5. Esto está confirmado en la doctrina jurídica, v. Comisión Jurídica Internacional, Informe de la Comisión Jurídica Internacional, 53ª sesión (23 de abril-1 de junio y 2 de julio-10 de agosto de 2001), Doc. ONU A/56/10, 2001, p. 219, párr. 19 y pp. 220-221, párr. 21; Nobuo Hayashi, “Requirements of military necessity in international humanitarian law and international criminal law”, *Boston University International Law Journal*, vol. 28, 2010, p. 52; M. N. Schmitt, nota 132 *supra*, pp. 796 y ss.; William Gerald Downey Jr., “The law of war and military necessity”, *American Journal of International Law*, vol. 47, 1953, pp. 253-254; Burrus M. Carnahan, “Lincoln, Lieber and the laws of war: the origins and limits of the principle of military necessity”, *American Journal of International Law*, vol. 92, n.º 2, 1998, p. 218; Gerald I. A. D. Draper, “Military necessity and humanitarian imperatives”, *Revue du droit pénal militaire et du droit de la guerre*, vol. 12, n.º 2, 1973, pp. 133-134; Hilary McCoubrey, “The nature of the modern doctrine of military necessity”, *Revue du droit pénal militaire et du droit de la guerre*, vol. 30, 1991, p. 221.

136 Para una enumeración completa de las disposiciones relevantes, v. Robert Kolb, “La nécessité militaire dans le droit des conflits armés: essai de clarification conceptuelle”, en Coloquio de Grenoble de la Sociedad francesa de derecho internacional, *La nécessité en droit international*, París, Pedone, 2007, pp. 176-178.

De particular interés para este tema es que la definición anteriormente citada establece un vínculo entre la apreciación de la necesidad militar y el factor temporal. En efecto, el “propósito legítimo del conflicto” se define como el sometimiento del enemigo “*lo antes posible*”¹³⁷. Eso podría querer decir que, cuanto más se prolongue un conflicto (y una ocupación beligerante), más imperiosa se torna la necesidad de derrotar al enemigo lo antes posible. Esa interpretación llevaría a una aplicación más amplia del principio de necesidad militar en situaciones de conflicto de largo plazo. No obstante, este autor no tiene conocimiento de que los Estados, la jurisprudencia internacional o la doctrina jurídica alguna vez hayan invocado una aplicación más amplia de la necesidad militar¹³⁸. De hecho, el factor temporal no parece estar incluido en el “propósito legítimo del conflicto” o “los fines de la guerra”, de acuerdo con la terminología del Código Lieber de 1863¹³⁹. Esto se confirma en el hecho de que el Código Lieber, así como algunos manuales militares, no contiene referencias al tiempo en su definición de necesidad militar¹⁴⁰. De todos modos, la duración de un conflicto o de una ocupación no pueden anular la norma fundamental según la cual no es posible invocar la necesidad militar para justificar actos violatorios del DIH¹⁴¹. Tampoco puede invocarse el carácter prolongado de una ocupación para incorporar consideraciones políticas, demográficas o económicas de la Potencia ocupante en la noción de necesidad militar¹⁴².

137 Algunos expertos hacen una distinción entre la función “restrictiva” y la función “permisiva” de la necesidad militar, v. Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 286-291. Las mismas ideas aparecen, con distinta terminología, en R. Kolb, nota 136 *supra*, pp. 164-173.

138 No se ha hallado nada que apunte a esa interpretación en los manuales militares de los Estados. Igualmente revelador es el hecho de que ninguno de los Estados que participaron en las fases oral y escrita del Procedimiento consultivo sobre el muro ante la CIJ mencionó la posibilidad de aplicar la necesidad militar de manera más amplia debido a la naturaleza prolongada de la ocupación en cuestión. Las intervenciones de los Estados están disponibles en línea en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=mwp&case=131&k=5a&p3=0> (consultado el 5 de julio de 2012). Más aún, esa interpretación tampoco fue propuesta por Israel ni por la CIJ en la Opinión consultiva sobre el muro.

139 V. texto del art. 14 del Código Lieber citado en la nota 133 *supra*.

140 *Ibid.* V. también *Manual militar* de la Real Fuerza Aérea de Australia, nota 135, p. 49, párr. 6.6; Noruega, *Norwegian Armed Forces Joint Operational Doctrine*, Autoridad de Organización e Instrucción, Comando de Defensa, p. 34, párr. 0247; *Manual militar* de Alemania, nota 7 *supra*, párr. 130.

141 V. nota 135 *supra* y el texto referido.

142 Esas consideraciones no están dentro del alcance de la necesidad militar. V. N. Hayashi, nota 135 *supra*, pp. 64 y ss., con un análisis de la decisión de la Suprema Corte de Israel en el caso de Elon Moreh. El caso tenía que ver con una orden de requisición de tierras de propiedad privada en Palestina con el propósito de establecer un asentamiento. La Corte sostuvo que la orden era nula porque estaba fundamentada en una decisión predominantemente política, por lo que quedaba fuera del alcance de la excepción a la necesidad militar estipulada en el art. 52 del Reglamento de La Haya (“No podrán exigirse empréstitos en especie y servicios del común o de los habitantes sino para atender a las necesidades del ejército que ocupe el territorio”), Suprema Corte de Israel, *Duweikat et al. v. Government of Israel et al.*, HCJ 390/79, 22 de octubre de 1979, reproducido en *International Legal Materials*, vol. 19, 1980, pp. 171-175. La Suprema Corte de Israel en general decidió que “[e]l Comandante militar puede no considerar los intereses nacionales, económicos y sociales de su propio Estado, en la medida que no afecten los intereses de la seguridad en la zona o los intereses de la población local”, Suprema Corte de Israel, fallo del caso Askan, nota 9 *supra*, p. 13, párr. 13. Esto fue reafirmado, respecto del art. 43 del Reglamento de La Haya, en el fallo del caso Yesh Din, Suprema Corte de Israel, fallo del caso Yesh Din, nota 95 *supra*, p. 15, párr. 8. V. también H. McCoubrey, nota 135 *supra*, p. 227; B. M. Carnahan, nota 135 *supra*, pp. 219 y ss.

Habiendo establecido que la duración prolongada de una ocupación no implica una aplicación más amplia de la necesidad militar, se analizará ahora si, en cambio, conduce a una aplicación más estricta. Como se ha observado anteriormente, el alcance de las excepciones relativas a la necesidad militar no es el mismo en todas las normas. Por ejemplo, el artículo 52 del Reglamento de La Haya admite la exigencia de empréstitos en especie y servicios del común o de los habitantes “para atender a las necesidades del ejército que ocupe el territorio”¹⁴³. El artículo 53 del IV Convenio de Ginebra estipula que está prohibido que la Potencia ocupante destruya propiedad privada o pública en el territorio ocupado, “excepto en los casos en que tales destrucciones sean absolutamente necesarias a causa de las operaciones bélicas”¹⁴⁴. Por último, el artículo 48 del Convenio brinda a las personas protegidas que no son súbditas de la Potencia cuyo territorio está ocupado la posibilidad de salir del territorio, a menos que su partida sea contraria a los intereses nacionales de la Potencia ocupante¹⁴⁵. Es evidente que la excepción prevista en el artículo 52 del Reglamento de La Haya tiene un alcance más restringido que la necesidad militar, pues sólo contempla las necesidades del ejército de ocupación¹⁴⁶. En el otro extremo del espectro, la excepción vinculada con los intereses nacionales de la Potencia ocupante es lo suficientemente amplia para considerar intereses que exceden la noción de necesidad militar propiamente dicha¹⁴⁷.

En la práctica de los Estados, los manuales militares y la jurisprudencia nacional e internacional hay pocas referencias a que la duración de la ocupación por sí sola puede tener influencia en la interpretación de las excepciones. Por ejemplo, con la excepción de Suiza mencionada más abajo, ninguno de los Estados que tuvieron intervención ante la CIJ en el Procedimiento consultivo sobre el muro propuso la exclusión de las excepciones por necesidad militar ni una interpretación más estricta debido a la duración de la ocupación. Si bien las interpretaciones del alcance de las excepciones por necesidad militar citadas por los Estados difieren entre sí, ninguno se refirió a la naturaleza prolongada de la ocupación como un factor que afectara su interpretación.¹⁴⁸ En el fallo del caso *Jamayat Askan*, la Suprema Corte de Israel apunta a concebir la exigencia de la necesidad militar del artículo 43 del

143 Reglamento de La Haya, art. 52.

144 IV CG, art. 53 (el subrayado es nuestro): “Está prohibido que la Potencia ocupante destruya bienes muebles o inmuebles, pertenecientes individual o colectivamente a personas particulares, al Estado o a colectividades públicas, a organizaciones sociales o a cooperativas, *excepto en los casos en que tales destrucciones sean absolutamente necesarias a causa de las operaciones bélicas*”.

145 IV CG, arts. 48 y 35.

146 Para una interpretación del alcance de esta excepción, v. Y. Arai-Takahashi, nota 3 *supra*, pp. 223-225.

147 Por ej., intereses económicos, v. *Comentario IV CG*, nota 5 *supra*, p. 236.

148 V. CIJ, Procedimiento consultivo sobre el muro, Declaración escrita de la Liga de Estados Árabes, pp. 86-87, párr. 9.13; Egipto, Memorando jurídico, p. 39; Palestina, Declaración escrita, 30 de enero de 2004, pp. 199-202 párrs. 442-449; Siria, Memorando presentado por la República Árabe Siria, 30 de enero de 2004, p. 17; Marruecos, Declaración escrita del Reino de Marruecos, 30 de enero de 2004, p. 11; Organización de la Conferencia Islámica, Declaración escrita de la Organización de la Conferencia Islámica, enero de 2004, p. 10, párr. 35; Francia, Declaración escrita de la República Francesa, 30 de enero de 2004, p. 10, párrs. 42-43; Irlanda, Declaración del Gobierno de Irlanda, enero de 2004, pp. 7-8, párrs. 2.8-2.9; Suecia, Nota verbal fechada el 30 de junio de 2004 de la Embajada del Reino de Suecia en los Países Bajos, junto con la Declaración del Reino de Suecia, 30 de enero de 2004, párr. 7.

Reglamento de La Haya de manera restringida en casos de ocupación prolongada: “en una ocupación militar de corto plazo, predominan las necesidades vinculadas con la seguridad y la necesidad militar. En cambio, durante una ocupación militar de largo plazo, adquieren preponderancia las necesidades de la población local...”¹⁴⁹. Si se entiende que el artículo 43 establece un equilibrio de intereses y, en ocupaciones prolongadas, las necesidades de la población local verdaderamente adquieren preponderancia, las consideraciones militares y de seguridad deberán tener un peso considerable para prevalecer sobre las necesidades de la población. En ese sentido, el tiempo no afecta la influencia del elemento militar en la aplicación del artículo 43. Este razonamiento puede aplicarse a todas las normas del DIH que contienen excepciones por necesidad militar. Sin embargo, la jurisprudencia posterior de la Corte no desarrolla la limitación propuesta. La conclusión, entonces, es que el factor temporal por sí mismo no impone una interpretación restringida de la necesidad militar en la aplicación de las normas del DIH relativas a la ocupación.

¿Es errónea la propuesta de limitar los poderes del ocupante en una ocupación de largo plazo?¹⁵⁰ No necesariamente. En realidad, si se estudian los ejemplos mencionados en relación con esa idea, queda claro que el elemento decisivo no tiene que ver con el tiempo sino con la (casi) ausencia de hostilidades. Como se ha mencionado anteriormente, la ausencia de hostilidades es uno de los dos componentes de la definición empleada por Adam Roberts¹⁵¹. En este sentido, las situaciones pertinentes son la ocupación turca de la zona norte de Chipre¹⁵² y la de Sahara Occidental, en la medida en que se considere que el territorio está ocupado por Marruecos¹⁵³. En casos como éstos, “[c]uando las operaciones militares han terminado, las necesidades militares deben ser, necesariamente, menos exigentes.”¹⁵⁴ La ausencia de operaciones militares tendrá distinto impacto en las excepciones por necesidad militar según la norma del DIH de que se trate. Por ejemplo, dada la ausencia de operaciones militares, será sumamente difícil invocar la absoluta necesidad de una operación militar para justificar la destrucción de propiedad pública o privada en virtud del artículo 53 del IV Convenio de Ginebra. Incluso, puede no haber forma alguna de invocarla si se hace una interpretación estricta del término “operación militar”, en tanto referido sólo a “movimientos y actividades llevados

149 Suprema Corte de Israel, caso Askan, nota 9 *supra*, p. 24, párr. 22.

150 V. A. Roberts, nota 4 *supra*, pp. 52-53; C. Chinkin, nota 59 *supra*, p. 178; O. Ben-Naftali, nota 39 *supra*, pp. 218-219.

151 V. A. Roberts, nota 4 *supra*, p. 47.

152 V. nota 30 *supra*.

153 V. nota 31 *supra*, así como C. Chinkin, nota 59 *supra*, pp. 174-178; Stephanie Koury, “The European Community and Member States’ duty of non-recognition under the EC-Morocco Association Agreement: state responsibility and customary international law”, en Karin Arts y Pedro Pinto Leite (eds.), *International Law and the Question of Western Sahara*, Oporto, Plataforma internacional de juristas por Timor Oriental, 2007, pp. 172-174; Vincent Chapaux, “The question of the European Community-Morocco Fisheries Agreement”, en K. Arts y P. Pinto Leite, esta nota, pp. 224-226.

154 CIJ, Procedimiento consultivo sobre el muro, Jordania, Declaración escrita del Reino Hachemita de Jordania, 30 de enero de 2004, p. 143, párr. 5.279.

a cabo por fuerzas armadas vinculadas con las hostilidades”¹⁵⁵. Por otra parte, en virtud del artículo 51, párrafo 2 del mismo Convenio¹⁵⁶, el ejército de ocupación puede forzar a trabajar a las personas de la población local mayores de 18 años invocando razones de necesidad militar. Se entiende que esas necesidades están limitadas al mantenimiento del ejército¹⁵⁷. Es evidente que, si bien la ausencia de operaciones militares puede disminuir las necesidades de mantenimiento, la mera presencia del ejército de ocupación en territorio ocupado genera al menos algunas de las necesidades contempladas en el artículo 51, párrafo 2.

A pesar de las variaciones que surgen de la formulación de las excepciones por necesidad militar, podría decirse que, en situaciones de ocupación prolongada con ausencia de hostilidades, esas excepciones se entenderán en sentido estricto. En esa línea de interpretación, en el Procedimiento consultivo sobre el muro, Suiza señaló que el carácter prolongado de una ocupación conlleva un análisis más riguroso de la necesidad y la proporcionalidad:

El derecho de los conflictos armados proporciona un equilibrio entre las necesidades humanitarias y las militares. [...] Por ello, en el contexto de un conflicto armado, cada acto realizado, sea en los ámbitos militar, de la seguridad o administrativo, debe respetar los principios de necesidad, proporcionalidad y humanidad. [...] Todo análisis de la necesidad y la proporcionalidad en circunstancias de *ocupación prolongada una vez que han cesado las hostilidades* debe ser más riguroso, pues la imposición de restricciones en tales circunstancias está regida por condiciones más estrictas debido a los derechos fundamentales de los que gozan las personas protegidas¹⁵⁸.

No queda del todo claro si Suiza se refería aquí al DIH y al DIDH o sólo a uno de estos dos cuerpos jurídicos. La formulación de la declaración indica que se trata de los dos.

Respecto de la declaración de Suiza, conviene señalar dos cuestiones. Primero, para aplicar una interpretación restrictiva de la necesidad militar, la naturaleza prolongada de la ocupación debe estar acompañada de la ausencia de hostilidades. Así, el factor temporal no es el único criterio a tener en cuenta. Segundo, Suiza hace mención de los derechos humanos. La referencia no es casual,

155 V. la definición proporcionada en Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, CICR, 1987, “Article 51”, p. 617, párr. 1.936. Para consultar la opinión de expertos a favor de una interpretación restringida, v., entre otros, Iain Scobbie, “The Wall and international humanitarian law”, *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 9, 2002-2003, p. 504; Martin B. Carroll, “Israeli demolition of Palestinian houses in the Occupied Territories: an analysis of its legality in international law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 11, 1989-1990, pp. 1.210-1.213.

156 IV CG, art. 51, párr. 2: “[La Potencia ocupante no] podrá obligar a trabajar a las personas protegidas, a no ser que tengan más de 18 años; sólo podrá tratarse [...] de trabajos que requieran las necesidades del ejército de ocupación”.

157 *Comentario IV CG*, nota 5 *supra*, p. 294; Y. Arai-Takahashi, nota 3 *supra*, p. 351.

158 Suiza, Procedimiento consultivo sobre el muro, Declaración escrita presentada por la Confederación Suiza, 30 de enero de 2004, p. 6, párr. 26 (el subrayado es nuestro).

dado que, en casos de ocupación beligerante prolongada (relativamente) pacífica, el ejercicio del gobierno del territorio ocupado por la Potencia ocupante tiene similitudes con un gobierno ordinario. Así se llega al papel fundamental que adquiere la aplicación del derecho de los derechos humanos en situaciones de ocupación prolongada.

Ocupaciones prolongadas y derecho internacional de los derechos humanos

El punto de partida de este análisis es que el DIDH continúa aplicándose en una situación de ocupación beligerante¹⁵⁹. Por lo tanto, es importante determinar si el carácter prolongado de una ocupación afecta la aplicación del DIDH. La importancia de los derechos humanos en situaciones de ocupación prolongada ha sido subrayada en repetidas ocasiones en el contexto de los territorios palestinos ocupados por Israel¹⁶⁰. También los expertos jurídicos han hecho hincapié en ella¹⁶¹. Es interesante observar que existen varios ámbitos en los que el DIDH complementa adecuadamente las normas del DIH. Por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales de la población del territorio ocupado, como el derecho a la alimentación adecuada¹⁶², el derecho a la salud¹⁶³ o el derecho a la educación¹⁶⁴, parecen tener especial importancia en situaciones de ocupación

159 CIJ, *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Opinión consultiva, 8 de julio de 1996, Informes CIJ 1996, p. 240, párr. 25 (en adelante, Opinión consultiva sobre armas nucleares); CIJ, Opinión consultiva sobre el muro, nota 10 supra, pp. 178-181, párrs. 106-113; CIJ, *RDC c. Uganda*, Fallo, nota 19 supra, pp. 242-243, párr. 216; TEDH, *Loizidou v. Turkey* (Objeciones preliminares), nota 30 supra, párrs. 62-64; TEDH, *Loizidou v. Turkey*, Fallo, nota 30 supra, párrs. 54, 57; TEDH, *Al-Skeini and others v. The United Kingdom*, caso n.º 55721/07, Fallo, 7 de julio de 2011, párrs. 138-142 (los fallos del TEDH están disponibles en línea en <http://cmiskp.echr.coe.int> (consultado el 5 de julio de 2012)).

160 Suiza, Procedimiento consultivo sobre el muro, nota 158 supra, p. 6, párr. 27; Asamblea General de la ONU, Nota del Secretario General, Informe del Relator Especial del Comité de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados por Israel desde 1967, 4 de octubre de 2001, Doc. ONU A/56/440, p. 4, párr. 5; Consejo Económico y Social de la ONU, Comité de Derechos Humanos, nota 93 supra, p. 12, párr. 37: “Los redactores del IV Convenio de Ginebra no previeron una ocupación prolongada que se extendiera durante más de 30 años (v. art. 6). En consecuencia, los observadores han propuesto que, en caso de una ocupación prolongada, la Potencia ocupante esté sujeta a las limitaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, así como por las normas del derecho internacional humanitario”.

161 V., entre muchos otros, A. Roberts, nota 4 supra, pp. 70-74; R. Falk, nota 4 supra, p. 46; Noam Lubell, “Challenges in applying human rights law to armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n.º 860, 2005, pp. 752-753; Kenneth Watkin, “Controlling the use of force: a role for human rights norms in contemporary armed conflict”, *American Journal of International Law*, vol. 98, n.º 1, 2004, p. 28; Orna Ben-Naftali y Yuval Shany, “Living in denial: the application of human rights in the Occupied Territories”, *Israel Law Review*, vol. 37, n.º 1, 2003-2004, p. 40.

162 Sylvain Vité, “The interrelation of the law of occupation and economic, social, and cultural rights: the examples of food, health, and property”, *International Review of the Red Cross*, vol. 90, n.º 871, 2008, pp. 636-642.

163 Ibid.

164 Jonathan Thompson Horowitz, “The right to education in occupied territories: making more room for human rights in occupation law”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 7, 2004, pp. 243-275.

prolongada¹⁶⁵. El alcance de este artículo no permite un análisis profundo de la aplicación de cada derecho humano relevante en ocupaciones de largo plazo. En cambio, se abordarán aquí dos cuestiones generales: la interacción entre el DIH y el DIDH en situaciones de ocupación prolongada y la incidencia de la duración de la ocupación en la posibilidad de invocar un estado de emergencia de acuerdo con el DIDH.

Ocupaciones prolongadas y relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos

Antes de analizar la posible influencia de la naturaleza prolongada de una ocupación en la relación entre el DIH y el DIDH, es necesario hacer algunos comentarios acerca de esa relación. El tema ha formado parte de las discusiones acerca del carácter de *lex specialis* del DIH en relación al DIDH¹⁶⁶, discusiones promovidas

165 Esther Rosalind Cohen, *Human Rights in the Israeli-Occupied Territories, 1967-1982*, Manchester, Manchester University Press, 1985, pp. 244-250.

166 V., por ejemplo, Anna Guellali, “*Lex specialis*, droit international humanitaire et droits de l’homme: leur interaction dans les nouveaux conflits armés”, *Revue générale de droit international public*, vol. 111, n.º 3, 2007, pp. 539-573; Dagmar Richter, “Humanitarian law and human rights: intersecting circles or separate spheres?”, en Thomas Giegerich (ed.), *A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference*, Berlín, Duncker & Humblot, 2009, pp. 257-322; Cordula Droege, “The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict”, *Israel Law Review*, vol. 40, n.º 2, 2007, pp. 310-355; Cordula Droege, “Elective affinities? Human rights and humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 90, n.º 871, 2008, pp. 501-548 [“¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derecho humanitario”, disponible en línea en <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc-0871-droege.pdf>]; Marco Sassòli, “The role of human rights and international humanitarian law in new types of armed conflicts”, en Orna Ben-Naftali (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law: Pas de deux*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 34-94; Marco Milanović, “Norm conflicts, international humanitarian law, and human rights law”, en *ibíd.*, pp. 95-125; Louise Doswald-Beck, “The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 864, 2006, pp. 881-904 [“El derecho a la vida en los conflictos armados: ¿brinda el derecho internacional humanitario respuesta a todas las cuestiones?”, disponible en línea en http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_864_doswald-beck.pdf]; Anja Lindroos, “Addressing norm conflicts in a fragmented legal system: the doctrine of *lex specialis*”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, n.º 1, 2005, pp. 27-66; Theodor Meron, “The humanization of humanitarian law”, *American Journal of International Law*, vol. 94, n.º 2, 2000, pp. 239-278; Nancie Prud’homme, “*Lex specialis*: oversimplifying a more complex and multifaceted relationship?”, *Israel Law Review*, vol. 40, n.º 2, 2007, pp. 356-395; Louise Doswald-Beck y Sylvain Vité, “Le droit international humanitaire et le droit des droits de l’homme”, *International Review of the Red Cross*, vol. 75, n.º 800, 1993, pp. 99-128 [“Derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos”, disponible en línea en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlln.htm>]; Dietrich Schindler, “Human rights and humanitarian law: interrelationship of the laws”, *American University Law Review*, vol. 31, 1981-1982, pp. 935-978; Constantine Antonopoulos, “The relationship between international humanitarian law and human rights”, *Revue hellénique de droit international*, vol. 63, n.º 2, 2010, pp. 599-634; Iain Scobbie, “Principle or pragmatics? The relationship between human rights law and the law of armed conflict”, *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 14, n.º 3, 2009, pp. 449-457; Vera Gowlland-Debbas, “The right to life and the relationship between human rights and humanitarian law”, en Christian Tomuschat, Evelyne Lagrange y Stefan Oeter (eds.), *The Right to Life*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 123-150; Heike Krieger, “A conflict of norms: the relationship between humanitarian law and human rights law in the ICRC customary law study”, *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 11, n.º 2, 2006, pp. 265-291.

por los conocidos pronunciamientos de la CIJ en la Opinión consultiva sobre armas nucleares y la Opinión consultiva sobre el muro¹⁶⁷. Quienes se oponen al enfoque de *lex specialis* mencionan, entre otros, tres puntos acerca de la *lex specialis*: primero, se aplica a las relaciones entre dos normas concretas y no entre dos cuerpos normativos *in abstracto*, en especial porque esos dos órdenes difieren en su propósito, áreas de aplicación, principios, etc.¹⁶⁸; segundo, ha sido aplicada, incluso por la propia CIJ, no como regla para la resolución de conflictos entre normas (para determinar cuáles de esas normas deben prevalecer sobre las otras)¹⁶⁹ sino como herramienta de interpretación a fin de evitar el conflicto entre normas¹⁷⁰; y, tercero, aunque pueda aplicarse en relación con ciertas normas, es demasiado simplista para hacer justicia a la complejidad de las relaciones entre los dos cuerpos de normas jurídicas¹⁷¹.

De lo expresado anteriormente es posible concluir que se debe rechazar la idea de que el DIH predomina sobre el DIDH como *lex specialis*. El punto de partida del análisis de las relaciones entre los dos conjuntos de normas jurídicas es que son “complementarios y no mutuamente excluyentes”¹⁷². La complementariedad fue defendida por la CIJ en 2004 en la Opinión consultiva sobre el muro, en 2005 en el fallo del caso *RDC c. Uganda* y en 2008 en la orden sobre medidas provisionales en el caso relativo a la *Aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Georgia c. Federación Rusa)*¹⁷³. Una aplicación complementaria del DIH y el DIDH, que implicaría,

167 CIJ, Opinión consultiva sobre armas nucleares, nota 159 *supra*, p. 240, párr. 25; CIJ, Opinión consultiva sobre el muro, nota 10 *supra*, p. 178, párr. 106.

168 A. Lindroos, nota 166 *supra*, pp. 41-42; I. Scobbie, nota 166 *supra*, p. 453; H. Krieger, nota 166 *supra*, p. 269; D. Richter, nota 166 *supra*, p. 319. Se ha señalado correctamente que la CIJ, en la Opinión consultiva sobre el muro, formuló la regla de *lex specialis* con respecto a la aplicación de una norma específica, el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 19 de diciembre de 1966, UNTS, vol. 999, p. 175; v. V. Gowlland-Debbas, nota 166 *supra*, pp. 138-139; M. Milanović, nota 166 *supra*, p. 99.

169 El Grupo de estudio sobre la Fragmentación, de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, señala que si bien el principio de *lex specialis derogat legi generali* a veces aparece como una “técnica de resolución de conflictos”, no siempre es así: Comisión Internacional de Derecho, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission*, Doc. ONU A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, p. 35, párr. 57. Para el concepto de “conflicto entre normas”, v. *ibid.*, pp. 17-20, párrs. 21-26.

170 V. Gowlland-Debbas, nota 166 *supra*, pp. 138-139. Ése es el caso incluso para la Opinión consultiva sobre armas nucleares de la CIJ. Allí, la Corte interpretó el adjetivo “arbitrario” del art. 6 del PIDCP de acuerdo con el DIH, lo que sería una “interpretación armonizadora” y no la exclusión de la aplicación de una norma en reemplazo de otra, v. D. Richter, nota 166 *supra*, pp. 290-291.

171 A. Guellali, nota 166 *supra*, p. 557; M. Milanović, nota 166 *supra*, p. 116.

172 Comité de Derechos Humanos (CDH), Observación general n.º 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 11.

173 CIJ, Opinión consultiva sobre el muro, nota 10 *supra*, p. 178, párr. 106; CIJ, Actividades armadas en el territorio del Congo (*República Democrática del Congo c. Uganda*), Fallo, nota 19 *supra*, pp. 242-243, párr. 216; CIJ, *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation) (Aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Georgia c. Federación de Rusia))*, Medidas provisionales, Orden del 15 de octubre de 2008, *Informes CIJ 2008*, p. 387, párr. 112 (aprobada por ocho votos a favor y siete en contra, con una opinión disidente conjunta sumamente crítica de los siete jueces que votaron en disidencia, *ibid.*, p. 402, párr. 10).

en principio, una aplicación paralela de los dos cuerpos de normas jurídicas en situaciones de conflicto armado y de ocupación, puede traer aparejada una amplia interacción entre ambos, lo que ha llevado a algunos expertos a desarrollar lo que se conoce como una “teoría de armonización”¹⁷⁴. Así, por ejemplo, las normas del DIDH pueden clarificar el alcance de las normas del DIH, como ocurre con la definición de la tortura para la aplicación de la prohibición relevante del DIH. También es cierto el camino inverso: las normas del DIH pueden emplearse para definir el alcance de las normas del DIDH. La determinación de cuándo la privación de la vida es arbitraria en virtud del artículo 6, párrafo 1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) es un ejemplo pertinente.

Eso no quiere decir que no haya situaciones en las que las normas del DIH desplazan a las del DIDH. La detención de prisioneros de guerra es un buen ejemplo. Está regida por las detalladas disposiciones del III Convenio de Ginebra, y los prisioneros de guerra alojados en lugares de detención no se benefician de los derechos que otorgan el artículo 9 del PIDCP ni el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁷⁵.

¿Cómo se integra la duración de una ocupación beligerante en un panorama tan complejo como éste? ¿Afecta realmente la relación entre el DIH y el DIDH? Como se ha mencionado anteriormente, los expertos jurídicos proponen que:

Las situaciones de ocupación prolongada [...] complican aún más los intentos por elucidar la zona de intersección entre el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En una administración de largo plazo, podría abrigarse inevitablemente la esperanza de que se apliquen las normas del derecho de los derechos humanos vinculadas con la administración pacífica¹⁷⁶.

De hecho, la necesidad de aplicar el derecho de los derechos humanos “puede ser más aguda todavía cuando se trata de ocupaciones que se prolongan durante décadas”¹⁷⁷.

174 V. C. Droege, nota 166 *supra*, p. 339 y pp. 340-344 (sobre las distintas facetas de la complementariedad); V. Gowlland-Debbas, nota 166 *supra*, p. 141; N. Prud'homme, nota 166 *supra*, pp. 386-393. El TEDH también parece adherir a esta opinión. En una demanda anterior presentada ante la Corte por Georgia contra la Federación de Rusia con posterioridad a las hostilidades que tuvieron lugar entre ambos países en 2008, Rusia invocó la regla de *lex specialis* y sostuvo que, dado que las supuestas violaciones habían tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional, “la conducta de las fuerzas del Estado parte se rigió exclusivamente por el derecho internacional humanitario” y, por lo tanto, quedaba fuera del alcance de la *ratione materiae* del Convenio Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Georgia v. Rusia*, Demanda n.º 38263/08, Fallo, 13 de diciembre de 2011, pp. 23-24, párr. 69. La Corte reservó la evaluación de la cuestión a la etapa de evaluación de méritos del proceso, pero confirmó la aplicabilidad del Convenio en caso de conflicto armado. También declaró que “El artículo 2 debe interpretarse, en la medida de lo posible, a la luz de los principios generales del derecho internacional, incluidas las normas del derecho internacional humanitario [...]. En general, el Convenio debería interpretarse en la medida de lo posible en armonía con otras normas del derecho internacional del que forma parte”, *ibid.*, p. 25, párr. 72.

175 V. M. Sassòli, nota 166 *supra*, p. 73. Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950, UNTS, vol. 213, p. 221 (en adelante CEDH).

176 K. Watkin, nota 161 *supra*, p. 28. V. también Grant T. Harris, “Human rights, Israel, and the political realities of occupation”, *Israel Law Review*, vol. 41, n.º 1-2, 2008, p. 104.

177 N. Lubell, nota 161 *supra*, p. 752.

Si se sigue el enfoque de la complementariedad, una vez que se establece que en las situaciones de ocupación han de aplicarse los instrumentos del derecho de los derechos humanos¹⁷⁸, la Potencia ocupante debe cumplir las obligaciones impuestas por los tratados pertinentes. La Opinión consultiva sobre el muro de la CIJ confirma que una Potencia ocupante tiene obligaciones que dimanen del PIDCP, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU¹⁷⁹. No obstante, en el análisis de la Corte, no se observa ninguna influencia de la naturaleza prolongada de la ocupación en la interpretación de las normas del DIDH ni en su interacción con el DIH. Lo mismo se aplica a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relativa al territorio ocupado del norte de Chipre¹⁸⁰. Hasta ahora, el TEDH ha evitado sistemáticamente tratar la cuestión de la interacción entre el DIH y el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁸¹. Por lo tanto, la jurisprudencia no proporciona una guía acerca de la incidencia de la duración de una ocupación en dicha interacción.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ofrece indicios de que el carácter prolongado de una ocupación refuerza el papel del DIDH. En un informe sobre terrorismo y derechos humanos, la Comisión sostiene que:

las normas y procedimientos del derecho internacional humanitario pueden resultar inadecuadas para salvaguardar apropiadamente los estándares mínimos de derechos humanos de los detenidos. [...] La Comisión reconoce que el derecho internacional vigente no aborda claramente las situaciones de esta naturaleza, pero entiende que en todo momento la consideración primordial debe ser la protección eficaz, conforme a derecho, de los derechos fundamentales de los detenidos, incluidos los derechos a la libertad y a un trato humano. Por ende, la Comisión considera que *si los detenidos se encuentran en una situación incierta o prolongada de conflicto armado u ocupación, los mecanismos de supervisión y las garantías judiciales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno [...] pueden necesariamente reemplazar al derecho internacional humanitario* si así fuere necesario para salvaguardar los derechos fundamentales de esos detenidos¹⁸².

Según el texto citado, en situaciones de ocupación prolongada, el DIDH puede convertirse en la norma especial que prevalece sobre el DIH. Incluso si no

178 Esto está relacionado con la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos, tema que trasciende el alcance del presente artículo. El autor de este texto considera, con la mayoría de los académicos jurídicos, que en situaciones de ocupación la población local está bajo la jurisdicción de la Potencia ocupante, y que, por lo tanto, son aplicables los tratados del DIDH. V., entre muchos otros, G. T. Harris, nota 176 *supra*, pp. 112-115, y las referencias que allí se mencionan.

179 CIJ, Opinión consultiva sobre el muro, nota 10 *supra*, pp. 187-189, párrs. 127-131 y pp. 191-192, párr. 134.

180 V., entre otros fallos, la jurisprudencia citada en la nota 159 *supra*.

181 D. Richter, nota 166 *supra*, pp. 303-306.

182 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Informe sobre terrorismo y derechos humanos", 22 de octubre de 2002, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5, rev. 1 corr, párr. 146, disponible en línea en <http://www.cidh.org/terrorism/span/indice.htm> (consultado el 5 de julio de 2012) (el subrayado es nuestro).

se adhiere a esa inversión del enfoque de la *lex specialis*, la postura de la Comisión Interamericana confirma la importancia atribuida al DIDH en situaciones de ocupación prolongada.

Más allá del contexto de la detención, esa importancia puede ilustrarse si se regresa al ejemplo del trabajo forzado. Como se ha mencionado anteriormente, el artículo 51, párrafo 2 del IV Convenio de Ginebra permite que la Potencia ocupante obligue a las personas protegidas mayores de 18 años a trabajar en “trabajos que requieran las necesidades del ejército de ocupación o los servicios de interés público, la alimentación, el alojamiento, la vestimenta, el transporte o la salud de la población del país ocupado”¹⁸³. El artículo 8, párrafo 3 del PIDCP prohíbe el trabajo forzado u obligado, con una serie de excepciones¹⁸⁴. Recurriendo al enfoque complementario y a la aplicación paralela del DIH y el DIDH como punto de partida, se concluye que ambos conjuntos de normas jurídicas son aplicables a la ocupación beligerante desde el inicio de la ocupación. Así, si la Potencia ocupante obliga a las personas protegidas a trabajar para satisfacer las necesidades del ejército de ocupación o las necesidades de alimentación y alojamiento de la población local, las acciones deberían ejecutarse de conformidad con los dos cuerpos de normas jurídicas. El artículo 51, párrafo 2 del IV Convenio de Ginebra claramente no se incumple. Sin embargo, dado que la situación que se analiza no parece quedar dentro de ninguna de las excepciones contempladas en el artículo 8, párrafo 3 del PIDCP, las acciones en cuestión son violatorias del Pacto¹⁸⁵. Ése es el caso en que podría aplicarse el principio de *lex specialis*. En realidad, a menos que se considere que el artículo 51, párrafo 2 del IV Convenio de Ginebra queda abolido por la prohibición del trabajo forzado impuesta por el DIDH¹⁸⁶, el contenido de las dos normas es contradictorio. Entonces, el artículo 51, párrafo 2 del Convenio reemplaza al artículo 8, párrafo 3 del PIDCP como *lex specialis*.

Cuando la ocupación se ha extendido durante varios años o décadas y la Potencia ocupante continúa forzando a personas protegidas a trabajar para

183 IV CG, art. 51.

184 PIDCP, art. 8, párr. 3: “(a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. (b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente. (c) No se considerarán como “trabajo forzoso u obligatorio”, a los efectos de este párrafo: (i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional. (ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia. (iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad. (iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”.

185 Esto implica que la Potencia ocupante en cuestión no ha invocado el art. 4 del PIDCP con el fin de eximirse de cumplir con el IV CG, art. 8, párr. 3, v. PIDCP, art. 4, párr. 2.

186 No parece ser el caso, pues los Estados continúan reconociendo la autoridad del ocupante para forzar a trabajar a individuos de la población local: v. los manuales militares referidos en relación con la Regla 95 del estudio del CICR sobre DIH consuetudinario, disponible en línea en http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule95 (consultado el 5 de julio de 2012).

satisfacer las necesidades del ejército de ocupación o de la población local, como se ha explicado anteriormente, la formulación de las razones para obligar a las personas protegidas a trabajar indica que la obligación puede ser válida durante toda la ocupación prolongada¹⁸⁷. Dicho de otro modo, aunque la ocupación se prolongue durante cuarenta años, el ejército de ocupación seguirá necesitando mantenimiento y la población local, alimentos y alojamiento. ¿Eso significa que la Potencia ocupante puede continuar con la práctica mencionada sin violar el artículo 51 del IV Convenio de Ginebra ni el artículo 8, párrafo 3 del PIDCP, gracias a la regla de *lex specialis*? Esa interpretación conduciría a un resultado absurdo por permitir a una Potencia ocupante sostener su ejército, al menos en parte, explotando a la población local durante períodos prolongados. El autor del presente artículo afirma que, en ese caso, el carácter prolongado de una ocupación interrumpe el vínculo de *lex specialis* entre las dos disposiciones pertinentes y restablece la aplicación paralela. Así, las acciones de la Potencia ocupante pueden respetar el DIH pero constituir una violación del PIDCP. Este ejemplo ilustra la influencia de la duración de una ocupación en la importancia atribuida a las normas del DIDH.

Dicho esto, corresponde hacer un comentario final. No es posible afirmar en general la importancia del DIDH en ocupaciones prolongadas sin tener en cuenta el carácter pacífico o no de la ocupación en cuestión. La duración prolongada de la ocupación Potenciará el efecto de las normas de derechos humanos sólo en situaciones que no están relacionadas con la existencia de hostilidades dentro del territorio ocupado. Por ejemplo, en el caso de los habitantes del territorio ocupado que toman parte en una protesta contra medidas de austeridad adoptadas por la Potencia ocupante en el contexto del ejercicio de sus funciones administrativas, la Potencia ocupante no puede invocar razones imperativas de protección de la seguridad para tomar medidas o exigir que los habitantes vivan en residencias asignadas¹⁸⁸. Sin embargo, puede adoptar esas medidas respecto de personas protegidas que participen en actividades de resistencia contra el ejército de ocupación. En resumen, en casos en que las hostilidades entre la Potencia ocupante y las fuerzas de resistencia continúan durante la ocupación¹⁸⁹, y en relación con dichas hostilidades, el papel del DIH no se puede minimizar, sea cual fuere la duración de la ocupación. Entonces, como en el caso de la interpretación de la necesidad militar, aquí también se debe tener en cuenta la naturaleza conflictiva –o no– de la ocupación prolongada.

Luego de haber analizado la incidencia del carácter prolongado de la ocupación en la aplicación general del DIDH en situaciones de ocupación, se estudiará su influencia en el caso de que la Potencia ocupante suspenda la aplicación de los derechos humanos invocando el estado de emergencia.

187 V. nota 157 *supra* y el texto referido.

188 IV CG, art. 78.

189 Por cierto, cuando hay hostilidades prolongadas y a gran escala contra la Potencia ocupante, cabe preguntarse si el ocupante está en una posición que le permite ejercer el control necesario para la existencia de una ocupación beligerante. Sin embargo, se acepta que el éxito ocasional de la resistencia en territorio ocupado no implica que la ocupación beligerante haya concluido. V. *Manual militar* del Reino Unido, nota 7 *supra*, p. 277, párr. 11.7.1; *Manual militar* de Canadá, nota 7 *supra*, p. 12-2, párr. 1203; Estados Unidos, *The Law of Land Warfare*, nota 7 *supra*, p. 139, párr. 360; V. Koutroulis, nota 3 *supra*, p. 54.

Ocupaciones prolongadas e invocación del estado de emergencia

Distintos instrumentos de protección de los derechos humanos ofrecen la posibilidad de restringir o suspender la mayoría de las normas de los derechos humanos en caso de emergencia. Entre esas normas, hay derechos humanos de particular importancia en situaciones de ocupación prolongada, como la libertad de circulación o el derecho a la intimidad¹⁹⁰. Según el artículo 4 del PIDCP:

En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social¹⁹¹.

El artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene una formulación similar¹⁹². El interrogante en el que se centrará esta sección es si la Potencia ocupante puede recurrir al carácter prolongado de una ocupación como factor que justifique el estado de emergencia.

Se entiende que no es así. En primer lugar, es necesario determinar si la existencia de un conflicto armado (y de una ocupación¹⁹³) es *ipso facto* un estado de emergencia que permite la invocación del artículo 4 del PIDCP y del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En lo que respecta al artículo 4 del PIDCP, no parece ser el caso. Según el Comité de Derechos Humanos: “En virtud del Pacto, aun en un conflicto armado las disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto se permitirán sólo en la medida en que la situación constituya un peligro para la vida de la nación”¹⁹⁴. El Comité exige que “las medidas que se apartan de las disposiciones del Pacto deben ser de carácter excepcional y temporario, y

190 La libertad de circulación está protegida por el art. 12 del PIDCP y el art. 2 del Protocolo n.º 4 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que garantiza ciertos derechos y libertades distintos de los mencionados en el Convenio y en los Protocolos anteriores, 16 de septiembre de 1963, UNTS, vol. 1496, p. 263. El derecho a la intimidad está protegido por el art. 17 del PIDCP y el art. 8 del CEDH. Los artículos cuya suspensión no está autorizada se enumeran en las dos notas siguientes.

191 PIDCP, art. 4, párr. 1. El párrafo 2 del artículo enumera los artículos no derogables del PIDCP: “La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18”.

192 CEDH, art. 15: “(1) En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional. (2) La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7”.

193 La mera existencia de una ocupación beligerante, aunque no se enfrente con una resistencia armada, constituye un conflicto armado internacional. V. art. 2 común a los Convenios de Ginebra, párr. 2.

194 CDH, Observación general n.º 29: Estados de emergencia (Artículo 4), 31 de agosto de 2001, Doc. ONU CCPR/C/21/Rec.1/Add.11, p. 2, párr. 3.

deben limitarse a lo estrictamente necesario”¹⁹⁵. En ese aspecto, las suspensiones de derechos deben estar justificadas, las disposiciones del Pacto sujetas a suspensión deben estar especificadas, y deben imponerse suficientes límites a dichas suspensiones¹⁹⁶. Con respecto al estado de emergencia declarado por Siria en 1963, el Comité observó que las suspensiones de varios artículos estaban fundamentadas en el decreto pertinente, “sin que se haya dado ninguna explicación convincente sobre la relación entre esas suspensiones y el conflicto con Israel y la necesidad de tales suspensiones para satisfacer las exigencias que plantea la situación presuntamente creada por el conflicto”¹⁹⁷.

Aparte de esas consideraciones, el Comité de Derechos Humanos, si bien otorga un margen amplio de apreciación a los Estados para determinar una situación de “emergencia que amenaza la vida de la nación”¹⁹⁸, efectivamente expresa su opinión acerca de esa determinación. Por un lado, en el caso de la legislación antiterrorista rusa que incorporaba suspensiones en la aplicación de los derechos del Pacto, el Comité sostuvo que las medidas aprobadas por la Federación de Rusia podían justificarse sólo en un estado de emergencia, y solicitó al gobierno ruso que adaptara esa legislación de conformidad con el artículo 4 del PIDCP¹⁹⁹. Por otro lado, el Comité ha sido crítico de situaciones en las que el estado de emergencia se mantuvo durante un período prolongado. Se profundizará sobre este punto más adelante.

La interpretación del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es más complicada, en el sentido de que el estado de guerra está mencionado explícitamente en el texto del artículo²⁰⁰. El autor del presente trabajo no tiene conocimiento de que el TEDH haya tratado casos más allá de la “emergencia

195 CDH, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Israel”, 3 de septiembre de 2010, Doc. ONU CCPR/C/ISR/CO/3, párr. 7.

196 CDH, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Tailandia”, 8 de julio de 2005, Doc. ONU CCPR/CO/84/THA, párr. 13; CDH, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argelia”, 12 de diciembre de 2007, Doc. ONU CCPR/C/DZA/CO/3, párr. 14; CDH, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Israel”, 21 de agosto de 2003, Doc. ONU CCPR/CO/78/ISR, p. 3, párr. 12.

197 CDH, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Árabe Siria”, 9 de agosto de 2005, Doc. ONU CCPR/CO/84/SYR, párr. 6.

198 Por ejemplo, Mongolia proclamó un estado de emergencia de cuatro días en 2008 para detener una manifestación que se derivó en importantes disturbios y para evitar que se extendiera. El CDH no cuestionó esa decisión, CDH, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Mongolia”, 2 de mayo de 2011, Doc. ONU CCPR/C/MNG/CO/5, párr. 12.

199 CDH, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Federación de Rusia”, 24 de noviembre de 2009, Doc. ONU CCPR/C/RUS/CO/6, párr. 7.

200 V. nota 192 *supra*.

pública” del artículo 15²⁰¹. En diversas ocasiones, el Tribunal ha reconocido que los Estados tienen un margen amplio de apreciación para determinar qué constituye una situación de emergencia que justifique la invocación del artículo 15²⁰². Sin embargo, si bien pone el acento en los excesos de los Estados más allá de “la estricta medida en que lo exija” la emergencia, también se pronuncia sobre la cuestión previa de la existencia del estado de emergencia en sí²⁰³. Así, el Tribunal evalúa si la situación concreta en un Estado corresponde a una crisis que amenaza la vida de la nación. Hasta el momento de la preparación del presente artículo, ha aceptado los argumentos ofrecidos por el Estado demandado. No obstante, puede darse el caso que el Tribunal invalide los argumentos del Estado, de ser necesario.

Dicho esto, parece difícil afirmar que todos los conflictos armados automáticamente justifiquen una suspensión de las normas de los derechos humanos²⁰⁴. Éste es, en particular, el caso para situaciones de conflicto armado internacional en las cuales el umbral de intensidad requerido para aplicar las normas del DIH se considera bajo²⁰⁵. El mismo razonamiento puede aplicarse en situaciones de ocupación beligerante. En ellas, también el Estado que desea suspender disposiciones relevantes del DIDH deberá justificar la necesidad de las suspensiones específicas establecidas en vista de las exigencias de la situación. Esa justificación será más exigente en situaciones de ocupación prolongada en las cuales las hostilidades han terminado o disminuido drásticamente. Sería, por ejemplo, difícil para Turquía o Marruecos (si se hubieran reconocido como Potencias ocupantes) invocar la existencia de un estado de emergencia para las situaciones en el norte de Chipre o Sahara Occidental, respectivamente.

La práctica de los Estados y del Comité de Derechos Humanos indica que la duración de una ocupación no puede invocarse para justificar un estado de necesidad en sí mismo. El de Siria es un buen ejemplo. El estado de necesidad en Siria se remonta a 1963. Siria sostiene que el estado de emergencia consiste en “una real amenaza de guerra, la continua ocupación de parte del territorio de la República Árabe Siria y la existencia de una amenaza real de invasión y ocupación de nuevas

201 La Corte ha tratado principalmente lo que se ha catalogado como “actividades terroristas” de los Estados demandados en virtud del art. 15. V., por ej., TEDH, *Lawless v. Ireland*, Demanda n.º 332/57, Fallo, 1 de julio de 1961, párrs. 23-30; TEDH, *Ireland v. The United Kingdom*, Demanda n.º 5310/71, Fallo, 18 de enero de 1978, párr. 205; TEDH, *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, Demanda n.º 14553/89 y 14554/1989, Fallo, 25 de mayo de 1993, párrs. 43-47; TEDH, *Aksoy v. Turkey*, Demanda n.º 21987/93, Fallo, 18 de diciembre de 1996, párrs. 68-70; TEDH, *Demir and others v. Turkey*, Demanda n.º 71/1997/855/1062-1064, Fallo, 23 de septiembre de 1998, párrs. 43-45; TEDH, *Bilen v. Turkey*, Demanda n.º 34482/97, Fallo, 21 de febrero de 2006, párrs. 46-47.

202 V. los casos mencionados en la nota anterior.

203 Aquí también, v. los casos mencionados en la nota 201 *supra*.

204 Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 196.

205 V. *Comentario IV CG*, nota 5 *supra*, pp. 20-21; E. David, nota 7 *supra*, p. 123; René Kosirnik, “Droit international humanitaire et protection des camps de réfugiés”, en Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Ginebra/La Haya, CICR/Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 389; Jean-François Quéguiner, “Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire”, *International Review of the Red Cross*, vol. 85, n.º 850, 2003, p. 275.

tierras” por parte de Israel²⁰⁶. Asimismo, ha invocado la situación general en Oriente Próximo, es decir, la ocupación israelí de parte del sur del Líbano, y actos hostiles cometidos por Israel en la zona contra Siria, Líbano y los palestinos. Según Siria, esas acciones contribuyen a “crear una atmósfera propicia al mantenimiento de un estado de guerra permanente”²⁰⁷. Así, aunque la ocupación continua de territorio sirio se menciona entre los elementos en los que se fundamenta la existencia de un estado de emergencia, no es un factor crucial. El acento está puesto, en cambio, en la existencia de una amenaza real de ataque por parte de Israel. El Comité de Derechos Humanos no ha admitido esa construcción amplia del estado de emergencia:

El Comité observa con preocupación que el Decreto ley n.º 51 de 9 de marzo de 1963, relativo a la proclamación del estado de excepción, se ha mantenido en vigor ininterrumpidamente desde esa fecha, con lo cual se ha hecho casi permanente el estado de excepción en el territorio de la República Árabe Siria y se ha comprometido el cumplimiento de las garantías dispuestas en el artículo 4 del Pacto. El Comité deplora además que la delegación no haya proporcionado detalles en cuanto a la aplicación del estado de excepción en situaciones y casos concretos.

Teniendo presentes las informaciones que ha facilitado la delegación del Estado Parte en el sentido de que el estado de excepción rara vez se pone en efecto, el Comité recomienda que sea derogado oficialmente a la mayor brevedad posible²⁰⁸.

En general, el Comité ha adoptado una postura crítica respecto de los estados de emergencia prolongados²⁰⁹. Lo mismo es válido para Israel, que

206 CDH, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Segundo informe periódico que los Estados Partes debían presentar en 1984: República Árabe Siria”, 25 de agosto de 2000, Doc. ONU CCPR/C/SYR/2000/2, p. 10, párr. 50.

207 República Árabe Siria, “Comentarios del Gobierno de la República Árabe Siria a las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Árabe Siria”, 28 de mayo de 2002, Doc. ONU CCPR/CO/71/SYR/Add.1, párr. 4.

208 CDH, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Árabe Siria”, 24 de abril de 2001, Doc. ONU CCPR/CO/71/SYR, párr. 6. V. también CDH, Doc. ONU CCPR/CO/84/SYR, nota 197 *supra*, párr. 6 (acerca de la preocupación de la CDH por el mantenimiento del estado de emergencia).

209 CDH, “Examen del informe presentado por Argelia”, nota 196 *supra*, párr. 14 (estado de excepción proclamado en 1992); CDH, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Egipto”, 28 de noviembre de 2002, Doc. ONU CCPR/CO/76/EGY, párr. 6. El estado de excepción fue proclamado en Egipto en 1981, CDH, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Egipto. Adición. Comentarios del Gobierno de Egipto acerca de las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos”, 4 de noviembre de 2003, Doc. ONU CCPR/CO/76/EGY/Add.1, párr. 7 (el estado de excepción se declaró para hacer frente al fenómeno del terrorismo y proteger la seguridad y estabilidad de la sociedad).

permanece en estado de emergencia desde 1948²¹⁰ y que hizo una declaración al ratificar el PIDCP en la que suspendía la aplicación del artículo 9 del Pacto basándose en el artículo 4²¹¹. La fundamentación para el estado de emergencia eran las amenazas de guerra, los ataques armados y las campañas terroristas²¹², es decir, no tenían nada que ver con el carácter prolongado de la ocupación²¹³. El Comité señaló su preferencia por que se revisara la necesidad de mantener el estado de emergencia²¹⁴.

En vista de lo anterior, puede afirmarse que no se puede invocar la naturaleza prolongada de la ocupación como factor para justificar la existencia de un estado de emergencia. La idea de que ese estado se prolongue durante varias décadas es contraria al texto del artículo 4 del PIDCP y al del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según los cuales las medidas de suspensión de derechos adoptadas deberían ser temporarias y “en la estricta medida en que lo exija la situación”²¹⁵. El Comité de Derechos Humanos ha expresado sistemáticamente su preocupación acerca de la existencia de un “estado de emergencia semipermanente” y ha instado a los Estados a revisar la necesidad de mantenerlo.

En efecto, incluir consideraciones relativas a la duración de una ocupación entre las “exigencias de la situación” distorsiona la aplicación del artículo 4 del PIDCP y del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como se ha mencionado anteriormente, las suspensiones de derechos están justificadas por las exigencias de la situación. Si la duración de una ocupación se incorporara en esas exigencias, cuanto más prolongada sea la ocupación, más fácil será invocar esos artículos y justificar más suspensiones. Siempre se terminaría menoscabando la protección de los derechos humanos de la población que habita el territorio ocupado. Más aún, la experiencia muestra que, cuanto más dura una ocupación, más se consolida. Así se llega a la siguiente paradoja: cuanto más prolongada sea la ocupación, más fácil será invocar un estado de emergencia, justificando más suspensiones en nombre de la Potencia ocupante. La aplicación de esas suspensiones de derechos consolidaría la posición de la Potencia ocupante y su control del territorio ocupado. Probablemente, eso implicaría una prolongación de la ocupación, que puede incluirse, a su vez, en las “exigencias de la situación”, lo que causaría la adopción de más suspensiones fundamentadas en el

210 CDH, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. Segundo informe periódico. Adición: Israel”, 4 de diciembre de 2001, Doc. ONU CCPR/C/ISR/2001/2, p. 19, párr. 71.

211 CDH, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. Primer informe que los Estados Partes debían presentar en 1993, Adición: Israel”, 9 de junio de 1998, Doc. ONU CCPR/C/81/Add.13, párr. 106.

212 *Ibid.* V. también CDH, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. Tercer informe periódico que los Estados Partes debían presentar en 2007: Israel”, 21 de noviembre de 2008, Doc. ONU CCPR/C/ISR/3, pp. 41-42, párr. 161.

213 Invocar la existencia de una ocupación para justificar el estado de emergencia es poco probable en el caso de Israel, pues no acepta que el PIDCP se aplique en los territorios palestinos ocupados.

214 CDH, Doc. ONU CCPR/CO/78/ISR, nota 196 *supra*, p. 3, párr. 12. La CDH también ha señalado que el carácter amplio de las medidas adoptadas durante el estado de emergencia excede lo admisible según el PIDCP. V. También CDH, Doc. ONU CCPR/C/ISR/CO/3, nota 195 *supra*, párr. 7.

215 V. nota 192 *supra*.

estado de emergencia. Es evidente que ese círculo vicioso distorsiona por completo la aplicación del artículo 4 del PIDCP y del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tener en cuenta la duración de una ocupación para evaluar un estado de emergencia va en contra del carácter excepcional de los artículos en cuestión y se contradice en esencia con la noción de emergencia en sí.

Conclusión

En este artículo, se ha mostrado que la incidencia del carácter prolongado de una ocupación en la aplicación del DIH y el DIDH no debería sobrestimarse. No es el factor temporal sino otras características de las ocupaciones prolongadas lo que tiene efecto en las normas del DIH y el DIDH; en concreto, la existencia o no de hostilidades en el territorio ocupado.

Sin embargo, haya hostilidades o no, una ocupación beligerante prolongada conlleva el reto de coordinar la aplicación del DIH y el DIDH. El principal riesgo en ese tipo de ocupaciones es que las normas aplicables del DIH pueden aplicarse de manera sumamente rígida, lo que lleva al “congelamiento” de la vida de la población del territorio ocupado e impide el desarrollo. Por otro lado, otorgar demasiado margen a la Potencia ocupante trae consigo el riesgo de que la ocupación se consolide y se convierta en una “anexión gradual”. El hecho de sumar a la ecuación las normas de protección de los derechos humanos tiene por finalidad ayudar a la población del territorio ocupado a recuperar su modo de vida normal, a la vez que que somete a la Potencia ocupante a las limitaciones de un gobierno ordinario y, por lo tanto, limita el peligro de una aplicación abusiva del DIH.

A pesar de la posibilidad de que haya abuso de las diversas normas aplicables en situaciones de ocupación prolongada, se debe tener en cuenta que no es fácil sacar conclusiones definitivas respecto de las posibles adaptaciones del derecho aplicable durante ocupaciones prolongadas, debido al hecho de que, en gran medida, la práctica de los Estados y la jurisprudencia se relacionan con un único caso: la ocupación israelí de los territorios palestinos. La aplicación del DIH en otras situaciones que podrían catalogarse de ocupaciones prolongadas no ha sido reconocida por las distintas Potencias ocupantes. Es recomendable ser prudente cuando se hacen generalizaciones de las conclusiones jurídicas extraídas de una situación en particular, como la de los territorios palestinos ocupados. Esta consideración, junto con la imposibilidad de llegar a una definición de “ocupación prolongada” —y de determinar, por tanto, su alcance—, restringe más aún la búsqueda y propuesta de adaptaciones del DIH y el DIDH para uso general.

