N.º 885 - Marzo de 2012

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Revista fundada en 1869
y publicada por el Comité
Internacional de la Cruz Roja
Ginebra

REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA

Ocupación

CICR

INTERNATIONAL
REVIEW
of the Red Cross

Misión de la *International Review of the Red Cross*

La *International Review of the Red Cross* es una publicación periódica del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), especializada en derecho internacional humanitario. Procura promover el conocimiento, el examen crítico y el desarrollo de esta rama del derecho, propiciar el análisis sobre la acción humanitaria en tiempo de conflicto armado y otras situaciones de violencia armada, y contribuir a prevenir violaciones de las normas que protegen los derechos y los valores fundamentales. Es, además, un foro para el análisis de las causas y las características de los conflictos, a fin de facilitar la comprensión de los problemas humanitarios que éstos ocasionan. También proporciona información sobre las cuestiones que interesan al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y, en especial, sobre la doctrina y las actividades del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Comité Internacional de la Cruz Roja

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), organización imparcial, neutral e independiente, tiene la misión exclusivamente humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las víctimas de los conflictos armados y de otras situaciones de violencia, así como de prestarles asistencia.

El CICR se esfuerza asimismo en prevenir el sufrimiento mediante la promoción y el fortalecimiento del derecho y de los principios humanitarios universales.

Fundado en 1863, el CICR dio origen a los Convenios de Ginebra y al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, cuyas actividades internacionales en los conflictos armados y en otras situaciones de violencia dirige y coordina.

Miembros del Comité
Presidente: Jakob Kellenberger
Vicepresidente: Olivier Vodoz
Vicepresidenta permanente: Christine Beerli

Christiane Augsburger
Paolo Bernasconi
François Bugnion
Bernard G. R. Daniel
Paola Ghillani
Juerg Kesselring
Claude Le Coultre
Yves Sandoz
Rolf Soiron
Bruno Staffelbach
Daniel Thürer
André von Moos

Redactor jefe
Vincent Bernard, CICR

Consejo editorial
Rashid Hamad Al Anezi
Universidad de Kuwait, Kuwait
Annette Becker
Universidad de París-Oeste Nanterre La Défense, Francia
Françoise Bouchet-Saulnier
Médicos sin Fronteras, París, Francia
Alain Délétroz
International Crisis Group, Bruselas, Bélgica
Helen Durham
Cruz Roja Australiana, Melbourne, Australia
Mykola M. Gnatovskyy
Universidad Nacional Taras Shevchenko de Kiev, Ucrania
Bing Bing Jia
Universidad Tsinghua, Beijing, China
Abdul Aziz Kébé
Universidad Cheikh Anta Diop, Dakar, Senegal
Elizabeth Salmón
Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú
Marco Sassòli
Univeridad de Ginebra, Suiza
Yuval Shany
Universidad Hebrea, Jerusalén, Israel
Hugo Slim
Universidad de Oxford, Reino Unido
Gary D. Solis
Universidad de Georgetown, Washington DC, Estados Unidos
Nandini Sundar
Universidad Delhi, Nueva Delhi, India
Fiona Terry
Investigadora independiente sobre acción humanitaria, Australia
Peter Walker
Centro Internacional Feinstein, Universidad Tufts, Boston, Estados Unidos

Marzo de 2012, N.º 885 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Ocupación

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

ÍNDICE

Ocupación

5 **Editorial**
Vincent Bernard, redactor jefe

13 **Entrevista a Raja Shehadeh**
Jurista y escritor palestino

29 **Debate**
¿El derecho de la ocupación es aplicable durante la etapa de invasión?
Marten Zwanenburg, Michael Bothe y Marco Sassòli

Marzo de 2012, N.º 885 de la versión original

Los artículos publicados en la *International Review of the Red Cross* reflejan las opiniones de los respectivos autores, y no necesariamente las del CICR o las de la Redacción. Sólo los artículos firmados por el CICR pueden serle atribuidos.

Artículos

51 **Preocupados por la ocupación: análisis crítico de la evolución histórica del derecho de la ocupación**
Yutaka Arai-Takahashi

85 **Los dilemas de la protección de los civiles en los territorios ocupados: el ejemplo precursor de la Primera Guerra Mundial**
Annette Becker

103 **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

Marzo de 2012, N.° 885 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

EDITORIAL: OCUPACIÓN

Vae victis! (¡Ay de los vencidos!) Esta exclamación en latín del caudillo galo Brennus, al dictar sus condiciones tras haber conquistado la antigua Roma[1], ilustra una realidad histórica: a través de los siglos, la derrota en el campo de batalla ha entrañado una serie de tribulaciones para los pueblos vencidos. Asesinatos, violaciones, esclavitud y saqueos: la conquista otorgaba a los vencedores derechos absolutos sobre las personas y sus bienes y, con frecuencia, significaba la anexión pura y simple de los territorios capturados. La expresión francesa "comportarse como en país conquistado" se emplea usualmente para reflejar la arbitrariedad del conquistador, la "ley del más fuerte".

Desde el siglo XIX, el desarrollo del derecho internacional humanitario (DIH) ha puesto fin a esa flagrante fatalidad, ampliando gradualmente la protección de las personas caídas en manos del enemigo, así como los límites en la conducción de las hostilidades. El sistema internacional también ha evolucionado y prohibido el recurso a la fuerza en las relaciones entre los Estados, la anexión forzada[2], y la colonización[3]. Esta evolución se ha producido en paralelo al desarrollo del DIH que se aplica en los conflictos armados, independientemente de sus causas y su licitud.

A primera vista, la ocupación parece estar debidamente contemplada por el derecho convencional y el derecho consuetudinario, hasta el punto de que el derecho de la ocupación generalmente constituye uno de los aspectos clásicos del DIH. Ya durante la Guerra de Secesión estadounidense, se impuso una serie de obligaciones a las fuerzas de ocupación, que figuran en el código del ejército de los Estados de la Unión, redactado por el profesor Francis Lieber[4]. En el derecho internacional, la tercera sección del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, que figura como anexo a las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, se titula "De la autoridad militar en el territorio del Estado enemigo". Los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977 introdujeron

1 Livio (Tito Livio), *Desde la fundación de la ciudad (Ab Urbe Condita Libri)*, Libro V (trad. del CICR).

2 Carta de las Naciones Unidas, artículo 2 (4); Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 2625 del 24 de octubre de 1970, Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, doc. ONU A/RES/25/2625.

3 V., por ejemplo, el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos en el artículo 1 (2), de la Carta de la ONU; Capítulos XI, XII y XIII de la Carta de la ONU; Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 1514 (XV) del 14 de diciembre de 1960, Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales y resolución 2625, nota 2 *supra*.

4 "Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field", Orden general número 100, Departamento de Guerra de los Estados Unidos de Norteamérica, Government Printing Office, Washington DC, 24 de abril de 1863 (Código Lieber).

restricciones adicionales sobre la conducta de las fuerzas de ocupación, de modo que en la actualidad los poderes de las fuerzas de ocupación se rigen por estos instrumentos, cuyas disposiciones derivan, en su mayoría, del derecho internacional consuetudinario.

La noción de que se debe regular el comportamiento del ocupante hacia la población de un territorio ocupado sustenta las normas actuales del DIH que rigen la ocupación. Otro fundamento de este cuerpo jurídico es el deber de preservar las instituciones del Estado ocupado. En efecto, la ocupación no es una anexión, sino que se la considera como una situación temporal, y la potencia ocupante no adquiere la soberanía sobre el territorio en cuestión. El derecho no sólo persigue la finalidad de impedir que el ocupante explote injustamente los recursos del territorio conquistado, sino que también le impone atender a las necesidades básicas de la población y "restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, *salvo impedimento absoluto*, las leyes vigentes en el país"[5]. Por ende, las medidas adoptadas por las fuerzas de ocupación deben preservar el *status quo ante* (conocido como "principio conservacionista").

No obstante, cuando se lo analiza más detenidamente, el derecho de la ocupación deja varios interrogantes sin respuestas claras. En los últimos años, algunos Estados han propuesto reinterpretar los principios clásicos del derecho de la ocupación, o incluso los han cuestionado. La ocupación de Irak en 2003-2004 suscitó intensos debates sobre las responsabilidades de las potencias ocupantes y el derecho de la ocupación en general. Aún hoy, algunos territorios están ocupados o son motivo de controversia entre Estados. Sin embargo, en general, las potencias ocupantes tienden a rechazar su condición de ocupantes en virtud del derecho humanitario y niegan la aplicabilidad *de jure* del derecho de la ocupación a sus acciones en territorio enemigo.

La ocupación sigue siendo una realidad contemporánea, y no se vislumbran razones para deducir que en el futuro no se producirán nuevas situaciones de ocupación, por ejemplo, en el marco de intervenciones multinacionales. Las situaciones de ocupación aún constituyen líneas de fractura peligrosas, en torno de las cuales se radicalizan las opiniones y se siembran las semillas de futuros conflictos. Por ejemplo, viene a la memoria, como precedente, la anexión de las regiones francesas de Alsacia y Lorena por parte de Alemania en 1871, cuyas consecuencias para la estabilidad internacional se mantuvieron hasta 1945... En gran medida, las recurrentes tensiones entre Israel, Siria, Líbano e Irán siguen relacionadas con la situación del pueblo y los territorios palestinos ocupados, con un potencial de desestabilización de las relaciones internacionales que exceden la región.

Las disputas territoriales y las ocupaciones causan problemas humanitarios que afectan a las poblaciones ocupadas o exiliadas. Por ello, los habitantes de esos territorios ocupados o disputados pueden resultar víctimas directas de las hostilidades o la inseguridad generalizada, o bien ser detenidos (acusados de delitos o de

5 Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, que figura como anexo a la Convención (IV) respecto de las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 18 de octubre de 1907, artículo 43 (enfatizado por el autor).

crímenes) o internados (por motivos de seguridad) durante períodos prolongados o incluso ser obligados a abandonar sus hogares. En efecto, además de la ventaja militar directa que resulta del control efectivo sobre el territorio enemigo, a veces el ocupante puede intentar cambiar la composición demográfica de este territorio, a fin de crear una nueva situación de hecho y extinguir cualquier resistencia. En particular, esta situación puede traducirse en una política de desplazamientos forzados (a veces denominada de "limpieza étnica") o en la colonización del territorio. Millones de personas desarraigadas languidecen en la precariedad permanente de los campamentos de refugiados y transmiten su amargura y su deseo de venganza a las generaciones siguientes. Los derechos civiles y políticos de los pueblos, así como sus derechos económicos y sociales, como el derecho a la educación y el derecho a la salud, por lo general se ven seriamente comprometidos por la imposición de un gobierno militar extranjero, en particular cuando se mantiene por un período prolongado. Los opositores a la ocupación a menudo recurren a la violencia indiscriminada para obtener el reconocimiento de su causa o para debilitar la determinación de sus adversarios.

Las organizaciones humanitarias que trabajan en los territorios ocupados se enfrentan a numerosos desafíos y dilemas[6]. Si bien se considera la ocupación como una situación de conflicto que requiere los conocimientos propios de las organizaciones de emergencia, cuando la situación persiste y las necesidades se vuelven crónicas, los organismos humanitarios deben implementar programas de desarrollo posconflicto. Más aún, para una organización humanitaria, satisfacer las necesidades básicas de la población supone el riesgo de sustituir a la potencia ocupante en el ejercicio de sus responsabilidades y eximirla así de su responsabilidad primaria. ¿Cómo podría el ejército de ocupación percibirlas como neutrales e imparciales en un contexto en que las necesidades humanitarias afectan principalmente a la población de los territorios ocupados? Por el contrario, resulta inevitable trabajar en coordinación con el ocupante que controla el acceso al territorio, pero esos contactos pueden interpretarse como connivencia con el ocupante, o incluso como una legitimación de la ocupación.

***

Como organismo humanitario en el terreno, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) despliega actividades particularmente en situaciones de ocupación y territorios en disputa, a fin de prestar asistencia y protección a las víctimas. En vista de que se halla directamente ante los desafíos jurídicos planteados por las situaciones contemporáneas de ocupación, el CICR consideró pertinente verificar si era necesario fortalecer, aclarar o desarrollar las normas de la ocupación. Con este propósito, la Institución comenzó un proceso de consultas a expertos en derecho de la ocupación y otras formas de administración de territorios extranjeros.

6 V., por ejemplo, Xavier Crombé, *L'action humanitaire en situation d'occupation*, CRASH/Fondation – Médicos Sin Fronteras, enero de 2007.

En ocasión de la publicación de los resultados de este proyecto[7], la *International Review of the Red Cross* ha decidido contribuir a esta reflexión dedicando el presente número al tema de la ocupación y, en particular, a las zonas grises y a los temas de debate que persisten en el marco del actual derecho de la ocupación. La *International Review* solicitó a expertos en temas relacionados con la ocupación que expusieran su perspectiva en esta materia, ya sea histórica, militar o jurídica. Por otra parte, la *International Review* también ha procurado dar voz a un residente de un territorio ocupado. Sin duda, la ocupación de los territorios palestinos y del Golán por parte de Israel representa el contexto de ocupación emblemática de nuestros tiempos; por lo tanto, la *International Review* entrevistó al jurista Raja Shehadeh, autor y cofundador de Al Haq, organización palestina de derechos humanos. Raja Shehadeh ofrece una perspectiva única sobre el DIH y los derechos humanos, producto de su ejercicio del derecho en el diálogo con Israel y como ensayista comprometido con la paz y la convivencia pacífica entre los pueblos.

Los aportes reunidos en este número abordan seis interrogantes esenciales planteados por las situaciones de ocupación contemporáneas, definen los términos del problema y ofrecen elementos de respuesta.

¿Cómo y sobre qué bases se desarrollaron las normas del derecho de la ocupación?

En ocasiones, el derecho de la ocupación ha sido cuestionado con el pretexto de que ya no se adaptaría a las situaciones contemporáneas. A fin de comprender los principios que sustentan el derecho de la ocupación en la actualidad, los primeros aportes de este número recorren la historia de su evolución. Al remontarse a la elaboración del Código Lieber, el derecho de la ocupación surge como resultado de una visión de las relaciones internacionales centrada en el Estado, tendiente en particular a proteger los derechos del soberano cuyo territorio está ocupado temporalmente por otro, así como también a garantizar la seguridad de este último. Si bien son contemporáneos, la evolución del derecho de la ocupación no se aplicaría, sin embargo, al proyecto colonial de los Estados europeos, pues éstos negaban la soberanía de los pueblos sojuzgados. La Primera Guerra Mundial reveló otra limitación de este derecho incipiente: la insuficiencia de las normas de protección de los civiles. El sufrimiento de los combatientes en el horror de las trincheras mantuvo oculto durante mucho tiempo los padecimientos de las poblaciones ocupadas, detrás de las líneas del frente. La comunidad internacional no logró asimilar las enseñanzas que dejó la Primera Guerra Mundial para desarrollar la protección de los civiles en manos enemigas antes del estallido de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, los derechos de la población civil serían contemplados por primera vez en 1949, en el IV Convenio de Ginebra.

7 V. Tristan Ferraro (ed.), *Expert Meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, CICR, Ginebra, 2012, disponible en inglés en: http://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf (consultado en marzo de 2012).

¿Cuándo termina la fase de invasión y comienzan las obligaciones de los ocupantes y los derechos de los ocupados?

"In the first weeks after the fall of Baghdad in April 2003, Iraqis would stop Americans on the street and ask who was in charge of the country. No one seemed to know. The Iraqi leadership had vanished, and the institutions of the state had collapsed"[8]. Esta cita ilustra la confusión que rodea el fin de la invasión y el comienzo de la ocupación. La cuestión de determinar con precisión el inicio y el fin de una ocupación no está regulada en detalle por el derecho. Sin embargo, tiene consecuencias prácticas y jurídicas muy importantes para la población ocupada, así como también para los militares a cargo de la intervención en territorio enemigo. Por ejemplo, ¿cuándo comienzan sus responsabilidades ante la población para proveer servicios como el suministro de agua y de electricidad o la prevención de saqueos? ¿Deben restablecer y garantizar el orden público y la seguridad? ¿Deben, en lo sucesivo, administrar los bienes públicos del Estado ocupado[9]? Cuatro especialistas dan sus respectivas opiniones sobre la aplicabilidad del derecho de la ocupación desde la fase de invasión. Esta cuestión clave respecto del inicio y el final de la ocupación es abordada en un artículo y en un nuevo debate jurídico que presenta la *International Review*.

¿El derecho sigue siendo adecuado cuando una ocupación se prolonga?

Según el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), "(l)a ocupación se define como el período de transición entre la invasión y el acuerdo sobre el cese de las hostilidades"[10]. En virtud de que la ocupación se concibe como una situación temporal y de corto plazo, es difícil conciliar los principios de este derecho con una ocupación que perdura. ¿La duración de la ocupación pone en tela de juicio el principio conservacionista, al tiempo que vuelve imposible, o incluso perniciosa, la obligación del ocupante de abstenerse de interferir en la realidad socioeconómica del territorio? ¿Acaso la naturaleza prolongada de la ocupación no obliga también a dar mayor énfasis a los derechos humanos, en particular a los derechos económicos y sociales de la población? La cuestión de la pertinencia del factor tiempo para la aplicabilidad del derecho de la ocupación es abordada por varios autores en este número, particularmente en el análisis de la jurisprudencia Corte Suprema israelí, el único

8 George Packer, en R. Gutman, D. Rieff y A. Dworkin (editores), Crimes of War 2.0: *What the Public Should Know*, W.W. Norton & Co. Ltd, London, 2007, p. 307. (*En las primeras semanas posteriores a la caída de Bagdad, en abril de 2003, no era raro ver a los iraquíes preguntar a los estadounidenses quién estaba a cargo del país. Nadie parecía tener la respuesta. La dirigencia iraquí había desaparecido, y las instituciones estatales habían colapsado*. Trad. del CICR.)

9 Como ilustración de este problema, v., por ejemplo, el informe de Amnesty International *Iraq: Looting, Lawlessness and Humanitarian Consequences*, MDE14/085/2003, Nueva York, 10 de abril de 2003, publicado en ocasión de la invasión de Irak, que recuerda las obligaciones de las potencias ocupantes; así como también el comunicado de prensa 03/28 del CICR del 11 de abril de 2003, "Irak: el CICR hace un llamamiento urgente en favor de la protección de la población civil, de los servicios civiles y de las personas que ya no participan en los combates", disponible en: http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tecxg.htm (consultado en marzo de 2012).

10 TPIY, *El Fiscal v. Mladen Naletilic y Vinko Martinovic*, Causa N° IT-98-34-T, Fallo (Sala de Primera Instancia), 31 de marzo de 2003, p. 214.

tribunal en el mundo que ha admitido los recursos interpuestos por la población de un territorio ocupado y que regularmente se pronuncia al respecto.

¿Existe alguna justificación para modificar las instituciones y/o las leyes del territorio ocupado?

Fundamentalmente sobre la base de los precedentes de la desnazificación de Alemania y la reforma de las instituciones japonesas después de 1945, la ocupación de Irak se presentó como una oportunidad para reformar el sistema político a fin de democratizar el país. Se utilizaron entonces expresiones como "*nation-building*" (construcción de una Nación), "reconstrucción" e incluso "*transformative occupation*" (ocupación transformadora). En consecuencia, ¿existen ocupaciones "buenas" que justifiquen una excepción al principio conservacionista citado anteriormente? Esta pregunta puede formularse cuando se trata de reformar un régimen opresivo o reconstruir un Estado devastado. En este número, se debate la validez jurídica del concepto de "transformative occupation".

¿Cuál es el papel de los militares en la ocupación de un territorio?

¿Cómo puede prepararse una fuerza invasora para la ocupación que seguirá? ¿Cuál es el papel de los militares en el marco de una "*transformative occupation*", en otras palabras, un proyecto de reforma política, económica y social? En efecto, la administración de un territorio ocupado y su reconstrucción son tareas que difieren mucho de una conquista por la fuerza. El General Rupert Smith escribe en *The Utility of Force*:

> *"It is necessary to understand that in many circumstances into which we now deploy, our forces as a military force will not be effective. The coalition forces in Iraq were a classic example of this situation: their effectiveness as a military force ended once the fighting between military forces was completed in May 2003. And though they then went on to score a series of victories in local skirmishes, they had greatly diminished – if any – effect as an occupation and reconstruction force, which had become their main mandate*"[11].

La *International Review* presenta una perspectiva militar estadounidense sobre las enseñanzas de la invasión y de la ocupación de Irak.

¿Qué lugar ocupan los derechos humanos en las situaciones de ocupación?

La ocupación se rige por el derecho internacional humanitario (DIH), tanto si ocurre durante un conflicto armado, o después de finalizado o éste, como

11 Rupert Smith, *The Utility of Force: The Art of War in the Modern World*, Penguin Books, Londres, 2006, pág. 10. (*Es preciso comprender que, en muchas circunstancias en las que ahora intervenimos, nuestras fuerzas no serán efectivas como fuerza militar. Las fuerzas de la coalición en Irak son un ejemplo clásico en ese sentido: su eficacia como fuerza militar finalizó cuando acabaron las hostilidades entre las fuerzas militares, en mayo de 2003. Y si bien después lograrían una serie de victorias en escaramuzas locales, su efecto como fuerza de ocupación y de reconstrucción, que por entonces se había convertido en su principal cometido, había quedado en gran medida debilitado, por decir lo menos*. Trad. Del CICR)

sin que medie una declaración de guerra o incluso hostilidades. ¿Cuál es el papel del derecho de los derechos humanos particularmente en materia de mantenimiento del orden? ¿Cuáles son los derechos políticos, económicos y sociales de la población ocupada cuando persiste la situación? ¿Cómo puede conciliarse la aplicación de esos derechos por parte del ocupante con la obligación de respetar el derecho y las instituciones existentes? La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia[12] reconoce claramente que los derechos humanos se aplican a las situaciones contempladas por el DIH. No obstante, el alcance exacto de las responsabilidades del ocupante en virtud del derecho de los derechos humanos exige precisión. Una mejor comprensión de la forma en que se aplican estos dos instrumentos jurídicos complementarios ayudará a mejorar la protección de las víctimas de los conflictos.

***

La protección de las personas que caen en manos del enemigo es central en las iniciativas actuales tendientes a desarrollar el DIH. El derecho de la ocupación resulta emblemático en ese sentido, dado su propósito de proteger a toda una población que se encuentra en una situación de suma vulnerabilidad. Sin embargo, la población que vive en situación de ocupación y las organizaciones humanitarias rara vez logran hacer valer sus disposiciones. En efecto, como se señala en el informe del CICR:

> *"In fact occupying States have repeatedly contested the applicability of occupation law to situations of effective foreign control over territory, which clearly shows their reluctance to be labelled as Occupying Powers and/or to see their actions constrained by this body of law"*[13].

En un ensayo de 1944, Albert Camus escribió: *"Mal nommer un objet, c'est ajouter au malheur de ce monde"* ("Nombrar mal un objeto es sumar infelicidad al mundo")[14]. Con demasiada frecuencia, los Estados recurren a eufemismos y a argumentos jurídicos tortuosos para eximirse de responsabilidad. A través de este número, la *International Review* aspira a contribuir a una mejor comprensión de la realidad contemporánea de la ocupación y a la tarea de definir los derechos y los deberes del ocupante.

Vincent Bernard
Redactor jefe

12 V. Corte International de Justicia (CIJ), Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado, 9 de julio de 2004, p. 102 y siguientes. V. también CIJ, Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo vs. Uganda), Fallo del 19 de diciembre de 2005, p. 178.

13 T. Ferraro, *op. cit.*, nota 7, p. 4. (En realidad, los Estados ocupantes han cuestionado en repetidas ocasiones la aplicabilidad del derecho de la ocupación a situaciones de control extranjero efectivo de un territorio, lo que a todas luces demuestra su reticencia a ser catalogados como "Potencias ocupantes" y/o a que sus acciones deban regirse por ese ordenamiento jurídico.)

14 Albert Camus, *"Sur une philosophie de l'expression"*, Poésie 44, P. Seghers, París, 1944. (Trad. del CICR).

Marzo de 2012, N.º 885 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Entrevista a Raja Shehadeh*

Jurista y escritor palestino

Para este número dedicado al tema de la ocupación, la International Review *consideró indispensable exponer no solamente el punto de vista de académicos y militares, sino también el de una persona que ha vivido y ejercido el derecho en un territorio ocupado. La* International Review *decidió entrevistar a Raja Shehadeh, jurista palestino, escritor y defensor de los derechos humanos, que vive en Ramala. En 1979, cofundó Al Haq, organización palestina independiente y no gubernamental de defensa de los derechos humanos, cuya sede se halla en Ramala y está afiliada a la Comisión Internacional de Juristas en Ginebra. Se desempeñó como codirector de Al Haq hasta 1991, cuando dejó la organización para seguir una carrera literaria.*

Raja Shehadeh es autor de varios libros sobre derecho internacional, derecho humanitario y Oriente Medio, como The West Bank and the Rule of Law [Cisjordania y la primacía del derecho] *(1980),* Occupier's Law: Israel and the West Bank [Derecho del ocupante: Israel y Cisjordania] (1985 y 1988), *y* From Occupation to Interim Accords: Israel and the Palestinian Territories [De la ocupación a los Acuerdos Provisionales: Israel y los territorios palestinos] *(1997). En 2008, recibió el Premio Orwell por su libro* Palestinian Walks: Notes on a Vanishing Landscape [Paseos palestinos: observaciones sobre un paisaje que se desvanece]. *Su último libro se titula* Occupation Diaries [Diarios de la ocupación].

En esta entrevista, Raja Shehadeh se expresa sobre la pertinencia del derecho de la ocupación en la actualidad y aporta sus reflexiones personales sobre Israel, la Autoridad Palestina y la labor de organizaciones internacionales como el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

* Esta entrevista fue realizada el 13 de marzo de 2012 en Ramala por Vincent Bernard, Redactor jefe de la *International Review of the Red Cross*, Michael Siegrist, asistente de redacción, y Anton Camen, asesor jurídico del CICR en Israel y en los territorios ocupados.

¿Cómo resumiría usted su carrera de defensor de los derechos humanos?

Cuando llegué de Londres, en 1976, la ocupación ya estaba instalada desde hacía nueve años. Al trabajar en el bufete de abogados de mi padre, pude estudiar las modificaciones que las autoridades israelíes introducían en el derecho y me percaté de que existía una brecha enorme entre lo que se decía de la ocupación, y de su naturaleza benevolente, y la realidad. Para mí estaba claro que los cambios introducidos no eran producto del azar. Al mismo tiempo, comprendí que el sistema judicial estaba en completo desorden y que nadie prestaba atención a estos aspectos.

Mi padre y yo opinábamos que la solución del conflicto palestino-israelí era la creación de un Estado palestino al lado de Israel, y yo pensaba que nosotros, los palestinos, teníamos que trabajar en la creación de ese Estado, que nadie iba a hacerlo por nosotros, y que había que realizar un gran esfuerzo para fijar el principio clave de la primacía del derecho para que, cuando hubiésemos alcanzado nuestro objetivo de un Estado palestino, este respetase dicho principio. Desde ese momento, me convencí de que no solo había que documentar los cambios introducidos en el derecho y las violaciones de los derechos humanos, sino que también había que tratar de hacer algo para atenuar esas violaciones y empeñarse en aplicar el principio de la primacía del derecho.

La primera publicación conjunta de Al Haq (organización que entonces se conocía con el nombre de El Derecho al Servicio del Hombre) y de la Comisión Internacional de Juristas, titulada *The West Bank and the Rule of Law* [Cisjordania y la primacía del derecho], revelaba que las órdenes militares no se publicaban, lo que tenía enormes repercusiones sobre el derecho local, que regía varios aspectos de la vida de los palestinos en los territorios ocupados. En aquel momento, las relaciones que Al Haq mantenía con los responsables de los servicios jurídicos del Gobierno militar israelí podían calificarse como "corteses". En lugar de prohibir el libro, o de detener a los autores y cerrar Al Haq, Israel respondió con la publicación de un libro entero que refutaba las presuntas violaciones de los derechos humanos y violaciones del derecho de la ocupación que nuestra obra exponía.

Al Haq tuvo un buen comienzo. Además, era un trabajo íntegramente benéfico. Todos éramos voluntarios. La defensa de los derechos humanos no debía ser una actividad lucrativa, y nos aferrábamos a esa idea. Asimismo, se decidió relativamente pronto que todas las personas que participaran en la organización serían incluidas en los procesos de toma de decisiones, por lo cual se convertían en responsables de las decisiones y debían responder de ellas. Este fue un aprendizaje para todos nosotros y queríamos que todo el mundo supiera cómo se tomaban las decisiones. Además, debíamos ser prudentes, ya que en nuestra región no se había hecho nada en relación con los derechos humanos. No existía otra organización. Éramos sospechosos para todas las partes, y los riesgos de que la organización fuese prohibida eran considerables. Caminábamos sobre un terreno muy frágil.

Luego, comenzamos a desarrollarnos; procurábamos mantener informadas a todas las personas e instituciones interesadas del mundo, acerca de los cambios y de las direcciones hacia las que nos conducían. Analizábamos esos cambios desde un punto de vista jurídico, los seguíamos uno por uno, por más insignificantes que fueran,

indicábamos cómo se insertaban en el plan de conjunto, recopilábamos información sobre los derechos humanos individuales, publicábamos informes y otros documentos del estilo. Por supuesto, nuestro trabajo se fue desarrollando y con la primera *Intifada*, que comenzó en 1987, debimos ir muy rápido y ampliar considerablemente nuestras actividades.

Permanecí en la organización hasta 1991. En aquel momento, muchos de nuestros colaboradores habían recibido una formación seria en materia de derechos humanos, una gran cantidad de ellos contaba con diplomas universitarios en esta disciplina. Al disponer de un equipo de personas comprometidas y con sólidos antecedentes a su servicio, la organización comenzaba a tener cierta autoridad.

Aquel año, también me convertí en asesor de la delegación en Washington para las negociaciones entre la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) e Israel, y lo percibí como un puesto político, ya que mi posición en el plano político no contaba con la adhesión de todos. Y entonces pensé que había llegado el momento de dejar mi puesto de codirector de la organización. Conservé lazos con Al Haq, pero no a nivel oficial.

Luego de la entrada en vigor de los Acuerdos de Oslo, me decepcionó mucho el giro que tomaron los acontecimientos. Había invertido mucho tiempo en dar a conocer los aspectos jurídicos de la ocupación, pero nada de ese trabajo había tenido la menor influencia en la conducción palestina. Peor aún, tenía la sensación de que todas las ventajas jurídicas que Palestina había tenido habían sido dilapidadas. De hecho, no entendía cómo la OLP podía bajar los brazos a tal punto de firmar documentos como los Acuerdos de Oslo de 1993 y el Acuerdo Provisional de 1995. Nunca había estado tan deprimido como durante ese período. Aunque vi reducida a la nada una gran parte de aquello por lo que tanto había trabajado, pensé que antes de pasar a otras áreas de interés, tenía que emplear mis competencias como jurista para redactar un análisis jurídico de los Acuerdos de Oslo. Fue así como en 1996 trabajé en el libro *From Occupation to Interim Accords* [De la ocupación a los Acuerdos Provisionales: Israel y los territorios palestinos], que fue publicado por Kluwer International en 1997.

Seguí aportando mi contribución a la lucha por los derechos humanos como autor y miembro de la Comisión Independiente Palestina para los Derechos Humanos, que aquí oficia de mediador. Pero siempre estuve convencido de que militar por los derechos humanos no significaba solamente integrar el consejo directivo de una organización de defensa de los derechos humanos o escribir un artículo de vez en cuando. Siempre pensé que militar por los derechos humanos era comprometerse totalmente en pos de los derechos humanos, abrazar plenamente esa causa y llevar la vida de un militante y no solo la de un universitario a resguardo de los combates.

Durante mi mandato como codirector de Al Haq, me dediqué a la escritura literaria y a mi profesión de jurista. Concebía la escritura como una manera de servir a la causa de la justicia y de los derechos humanos. Como los informes sobre los derechos humanos solo llegan a un número limitado de lectores, tienen un impacto menor, pero si se escribe algo que llega a un público más amplio y con una distribución masiva, la repercusión es mucho mayor.

El impacto de los libros no termina en el momento de la lectura. Si el lector se siente afectado por lo que lee, ello pasa a ser parte de su experiencia, se asimila o se siente de manera mucho más fuerte.

En uno de sus libros, Occupier's Law* [Derecho del ocupante: Israel y Cisjordania] *de 1988, describe algunas etapas de la ocupación. ¿Cómo describiría la evolución desde esa época?

La idea que intenté expresar a través de mis escritos y mis trabajos desde un principio fue que la ocupación es de naturaleza colonial. Su objetivo es, en definitiva, alentar a los palestinos —ciertamente no mediante el uso de la fuerza— a irse para dejar su lugar a los colonos israelíes. Por ello, como medida de precaución, los palestinos debían hacer todo lo que podían, pese a todas las dificultades, para aferrarse a su tierra. En *The Third Way* [La tercera vía] (publicado en 1982), yo llamo a esto *sumud,* que significa perseverancia, tenacidad, permanencia. Con el paso de los años, la táctica utilizada por Israel para aplicar esta política ha cambiado, así como también lo hizo la respuesta de los palestinos. Pero el objetivo principal de la ocupación israelí ha seguido siendo el mismo.

Para alcanzar este objetivo, Israel debe superar cierta cantidad de obstáculos. Al principio, me interesaba en los artilugios jurídicos utilizados para hacer posibles grandes asentamientos de israelíes en los territorios palestinos ocupados: no entendía cómo Israel iba a poder alentar a su población a instalarse en los territorios ocupados, transferir allí a algunos de sus ciudadanos y que, pese a ello, fueran considerados como residentes del Estado desde el punto de vista legal, cuando en realidad vivían fuera de sus fronteras. Dicho de otra manera, ¿cómo anexar los territorios sin anexarlos? Me despertaba mucha curiosidad ver cómo iban a resolver ese problema, que es un problema de derecho sumamente técnico.

Durante los diez primeros años aproximadamente, no encontraron una solución, pero —y esto es muy interesante e importante— en 1967, al entonces asesor jurídico del Ministerio israelí de Asuntos Exteriores, Theodor Meron, dicho Ministerio y el primer ministro, Levi Eshkol, le encargaron la redacción de un memorándum secreto sobre la licitud de los asentamientos. En el memorándum, el asesor expresó que no eran lícitos, que eran contrarios a los Convenios de Ginebra. Se hizo caso omiso de su opinión, y encontraron a otra persona que ideó una curiosa interpretación; lo que se llama la teoría de "la falta de derechohabientes a la reversión[1]". En pocas palabras, esta teoría postula que ningún otro Estado tiene soberanía sobre ese territorio, ya que no pertenece a nadie y, en consecuencia, no está ocupado; por lo cual, los Convenios de Ginebra no se aplican, dado que Israel no lo ocupó expulsando a una potencia soberana. Esta idea de ausencia de derechohabiente a la reversión es un absurdo jurídico y no tiene fundamento alguno en el derecho internacional, pero Israel se aferró a ella porque le resultaba conveniente. Y luego de unos meses desde el inicio de la ocupación, comenzaron los asentamientos israelíes.

1 V. Yehuda Z. Blum, "The missing reversioner: Reflections on the status of Judea and Samaria", *Israel Law Review*, vol. 3, 1968, p. 279, disponible en: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein. journals/israel3&div=26&g_sent=l&collection=journals (consultado en febrero de 2012).

Sin embargo, durante los doce o trece primeros años de ocupación, pocos eran los israelíes con voluntad de instalarse en los territorios palestinos ocupados. El Gobierno no sabía aún cómo iba a percibir el impuesto israelí sobre la renta, ni cómo iban a gozar de las ventajas y los servicios sociales israelíes los ciudadanos que vivían fuera de las fronteras del Estado, ni cómo hacer para que fuesen considerados activos que trabajaban en Israel cuando ese no era el caso. Se trataba de cuestiones de derecho muy técnicas, minuciosas, importantes y fundamentales que debían solucionarse.

Antes de que Menahim Begin asumiera como primer ministro, los colonos eran poco numerosos. Su vanguardia ideológica era el *Gush Emunim* (Bloque de fieles). Begin comprendió que si no movilizaba y alentaba a los israelíes que no eran religiosos ni tenían una motivación ideológica, el proyecto de los asentamientos no despegaría. Entonces, mediante incentivos financieros, comenzó a alentar a los israelíes con ingresos relativamente bajos a mudarse a los territorios palestinos ocupados, donde podrían tener la casa y la calidad de vida con las que en Israel solo podían soñar. Con argumentos tan seductores, el número de colonos aumentó rápidamente.

El acuerdo de Camp David con Egipto en 1979 marcó otra etapa importante. En ese acuerdo, Israel renunció al Sinaí para conservar Cisjordania y, a partir de ese momento, los asentamientos se incrementaron.

El cambio más importante en el plano jurídico, que entonces era fundamental y lo sigue siendo, se produjo en 1981, cuando se pronunció la orden militar n.° 947. Esta orden estableció la Administración Civil que sigue actualmente vigente. Era una manera de separar el Gobierno civil de los israelíes judíos del de los no judíos que vivían en el mismo territorio, de someter a cada grupo a leyes y autoridades diferentes, que aplican cada una sus propias reglas, lo que es una forma de *apartheid*. Se transfirió toda una serie de órdenes militares y leyes jordanas del Gobierno militar al administrador civil israelí del que dependían los no judíos que vivían en los territorios ocupados. Al mismo tiempo, a través de diversos artilugios jurídicos, las leyes israelíes se aplicaron a los judíos israelíes que vivían en esos mismos territorios. La Administración Civil, que estaba a cargo de una personalidad israelí designada por el ejército, lo único que tenía de civil era el nombre. Israel concibió esta estructura para resolver el problema de las leyes israelíes que quería aplicar a una parte de la población y no a otra, y para establecer oficial y "legalmente" una distinción entre los dos grupos de habitantes que vivían en el mismo territorio. Así se introdujo el *apartheid* en los territorios palestinos ocupados.

Al Haq comprendió inmediatamente la importancia de este cambio. Apenas se publicó la orden, elaboramos un estudio profundo titulado *Civil Administration in the Occupied West Bank: Analysis of Israeli Military Government Order No. 947* [La Administración Civil en la Cisjordania ocupada: análisis de la orden n.° 947 del Gobierno militar israelí][2]. Resulta interesante destacar que Israel respondió nuevamente exponiendo su posición en el *Israeli Yearbook on Human Rights* (Anuario israelí sobre los derechos humanos). Sin tomar en consideración la oposición popular a la Administración Civil, Israel se obstinó y siguió buscando palestinos que pudieran asumir la administración de los aspectos civiles que había identificado.

2 También disponible en el sitio web de Al Haq: http://www.alhaq.org/ (consultado en febrero de 2012).

Durante el mandato de Begin, y luego en el de Shamir, Israel creó, financió y controló las "ligas de lugareños", sistemas de consejos locales, en su mayoría colaboradores, dirigidos por palestinos seleccionados por Israel para asumir la administración de las ciudades y los poblados locales. Lo que los israelíes preveían eran que las ligas de lugareños terminarían por encargarse de la Administración Civil. Teóricamente, el proyecto tenía sentido, ya que se basaba en el hecho, exacto, de que la mayoría de los palestinos viven en pueblos —en el campo— y no en las aglomeraciones urbanas consideradas como afectas a la OLP. Pero esto no funcionó, y la búsqueda continuó. Lamentablemente, este tipo de razonamiento se extendió a los Acuerdos de Oslo.

Usted participó en la negociación de los Acuerdos de Oslo entre la OLP e Israel en calidad de asesor de la delegación palestina en Washington. ¿Cómo describiría el proceso y su resultado?

El 30 de octubre de 1991, se abrieron las negociaciones entre Israel y la OLP (que entonces formaba parte de la delegación común jordano-palestina). Pero el campo de las negociaciones estaba limitado desde el inicio. Ambas partes tenían la misión de negociar arreglos provisionales de autonomía para los palestinos. De esta forma, se trataba primero de algo "provisional" —o al menos lo pretendía— cuando nunca estuvo destinado a serlo y luego de "arreglos de autonomía" y "para los palestinos" Conociendo lo que había sucedido en el pasado, yo veía exactamente adónde querían llegar los israelíes. En lo que a mí respectaba, lo importante era extender la misión a las cuestiones de la tierra y las colonias porque, evidentemente, en la medida en que los acuerdos solo se refirieran a la autonomía de los palestinos, dejaban de lado la cuestión de las tierras y las colonias. De allí mi deseo de participar en las negociaciones y de intentar encontrar algún elemento que pudiera aportar alguna mejora. Seguí las negociaciones en Washington solo durante un año y después me percaté de que pasaba algo que yo no entendía. Ignoraba que se mantenían negociaciones en secreto mientras la delegación palestina negociaba en Washington, y que esa era la razón por la que Arafat daba instrucciones y directivas a la delegación en Washington que, a mi juicio, carecían de sentido.

Dos años más tarde, en 1993, estaba de vacaciones en Escocia y leí la Declaración de principios sobre acuerdos provisionales de autonomía [el nombre oficial de los Acuerdos de Oslo] en el periódico *The Guardian*. Me sentí decepcionado apenas comencé la lectura. En ese momento aún pensaba que quizá se llegaría a obtener resultados para algunos puntos, que serían posibles algunas interpretaciones favorables. Pero más tarde, cuando leí las "Actas aprobadas" anexas al documento, comprendí que todos los resquicios posibles habían sido cerrados. Entendí que la política que el Gobierno israelí había ejercido para esas negociaciones y para la redacción de ese documento (porque esencialmente era obra de juristas israelíes) hacía imposible la paz entre las dos partes.

De regreso en Ramala, en enero de 1994, asistí a una conferencia sobre los Acuerdos de Oslo, en la que me refería a los aspectos jurídicos y cité fragmentos de las "Actas aprobadas". "Pero, ¿qué 'Actas aprobadas'?", me preguntaron mis interlocutores. "¡Nunca oímos hablar de esos documentos!" Resultó que los periódicos

locales habían publicado la Declaración de principios sin las Actas aprobadas y que, por lo tanto, había habido una tentativa deliberada de engañar al pueblo para lograr que diera su apoyo a los Acuerdos sin conocer todos los hechos.

Era difícil para mí comprender cómo, después de todos estos esfuerzos y cuando las colonias constituían la esencia del problema, la OLP había podido consentir algo que no establecía como condición previa el cese de las actividades de colonización. ¿Cómo era posible que la OLP hubiera dejado que Israel ejerciera una política tan contraria a la paz, concretamente el asentamiento de colonias judías en los territorios palestinos? Peor aún, los cambios ilegales que Israel había introducido hasta ese momento en el derecho a base de órdenes unilaterales del Gobierno militar adquirieron el carácter de bilaterales cuando los palestinos firmaron los Acuerdos de Oslo. Todo ello fue una decepción terrible.

En el momento de los Acuerdos de Oslo, el número de asentamientos judíos era aún razonablemente modesto. Pero tras la firma del Acuerdo Provisional en 1995, por el cual alrededor del 60% de Cisjordania se designaba como zona C, se le hizo creer a la población israelí que podía instalarse sin peligro en dicha zona, porque iba a ser anexada a Israel y que aquellos que se instalaran allí no tendrían que temer a ser expulsados en el caso en que se celebrara finalmente un acuerdo de paz con los palestinos. De esta forma, a los ojos de la mayoría de los israelíes, si se instalaban en la zona C[3], no eran realmente colonos, no infringían el derecho internacional y tampoco comprometían la paz futura. De este modo, los asentamientos se multiplicaron a partir de los Acuerdos de Oslo; por ello, creo que las colonias constituyen uno de los obstáculos fundamentales para la paz. Luego, el problema se volvió mucho más complejo desde la firma de los Acuerdos de Oslo.

¿Cuáles son los problemas y desafíos que plantea una ocupación que lleva más de cuarenta años? ¿Cuáles son las consecuencias humanitarias o jurídicas que afectan a la población?

Bueno, aunque de acuerdo con el derecho internacional en numerosos aspectos continúa siendo una ocupación y los territorios aquí siguen siendo territorios ocupados, con el tiempo esta ocupación se ha alejado tanto de las normas y los parámetros de lo que está autorizado en una situación de ocupación, que ha adquirido algunas características coloniales. Además, en cierto sentido, la cuestión es la misma que en una situación colonial: concretamente, la forma en que evolucionan las relaciones entre la potencia colonial y el pueblo colonizado y los efectos de una situación colonial que se eterniza en el pueblo colonizado. Pienso que esa es la raíz del problema.

3 Nota del redactor: de conformidad con el Acuerdo provisional de Oslo, la zona A está bajo el control exclusivo de los palestinos que también tienen competencia en materia de seguridad, la zona B depende totalmente del poder civil palestino, pero las cuestiones de seguridad competen conjuntamente a las autoridades israelíes y palestinas, y la zona C está bajo el control total de Israel para lo referente a la seguridad, la planificación y la construcción. Para consultar el mapa, v. Oficina de las Naciones Unidas de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA), territorio palestino ocupado, *Humanitarian Factsheet on Area C of the West Bank*, julio de 2011, disponible en: http://www.ochaopt.org/documents/ocha_opt_Area_C_Fact_Sheet_July_2011_french.pdf (consultado el 2 de marzo de 2012).

Al comienzo de la ocupación, cuando no había tantas colonias y estas no tenían impactos tan nefastos en la vida de las personas, las relaciones entre israelíes y palestinos eran totalmente diferentes a las actuales. Había todo tipo de posibilidades abiertas al futuro; había intercambios y, a veces, incluso ventajas para ambas partes. Las cosas habrían podido evolucionar de otro modo. Pero ahora no se puede hablar de la ocupación sin hablar de las colonias y del hecho de que las personas ya no ven a Israel como un ocupante que controla algunos aspectos de su vida, sino como un colonizador que quiere su tierra. Es como un tumor canceroso que les devora el cuerpo y les impide llevar una vida normal en todos los sentidos.

Recuerdo que cuando, hacia finales de los años 1970, hablábamos en Al Haq de los asentamientos, nos sorprendíamos: "¿Por qué le dan tanta importancia a este tema?" Efectivamente, la mayoría de las personas no veían estos asentamientos y no sentían los efectos en sus vidas. Evidentemente, si se trataba de un agricultor al que se le habían arrebatado las tierras, era otra cosa. Pero los efectos inmediatos sobre la mayoría de las personas no eran perceptibles. Las colonias se asentaban generalmente lejos de los centros en los que vivía la población palestina (con excepción de Hebrón). Hoy en día es muy diferente. Las colonias repercuten en todos los aspectos de la vida de los palestinos. En consecuencia, no se puede hablar de los efectos de la ocupación israelí sin que pase por nuestra mente la naturaleza de esta ocupación, en particular su naturaleza colonial.

¿Cómo ve la tensión entre la obligación que compete a la potencia ocupante de mantener la legislación local en vigor y la necesidad de adaptarla a las necesidades cambiantes de la población, en particular en este caso de ocupación prolongada? ¿Cuál es, en su opinión, el papel del Tribunal Superior de Justicia en ese sentido?

Aquí se debe hacer nuevamente una distinción entre el antes y el después de Oslo. Antes de Oslo, Israel tenía el control total de todas las actividades. Después de Oslo, algunas atribuciones se transfirieron a la Autoridad Palestina que acababa de surgir, en la mayoría de los casos, aquellas relativas a los aspectos civiles de la vida y, dentro de los límites prescritos en el Acuerdo Provisional de 1995, los palestinos tenían derecho y atribuciones para modificar las leyes, adaptarlas a la evolución de las realidades de la vida. Ese es un aspecto. Mientras que en los ámbitos y los aspectos de la vida que siguen dependiendo de la autoridad de los israelíes, los cambios introducidos en la ley siempre han sido y siguen siendo introducidos por la Administración Civil israelí que actualmente, y desde hace ya bastante tiempo, está compuesta por colonos y tiene mucha influencia de estos.

La Administración Civil legisla de manera muy simple, redactando una nueva ley o una enmienda para una ley existente. Cuando Al Haq se enteraba de estos cambios unilaterales, y a menudo ilegales, que se introducían en el derecho local, analizaba los textos de ley y los ponía en conocimiento de todos aquellos que podrían levantarse contra ellos. Y, a veces, funcionaba: con el apoyo de otros pudimos detener la ejecución de algunas órdenes militares y, en otras ocasiones, se tomaba la decisión de impugnar la nueva ley o la resolución ante el Tribunal Superior de Israel.

Con el paso de los años, diversos grupos impugnaron numerosos textos o resoluciones ante el Tribunal Superior, con el aliento de Al Haq y de otras organizaciones. Fue una gran decepción, porque el Tribunal Superior, que habría podido desempeñar un papel importante poniendo fin a estos cambios ilegales que los israelíes introducían en el derecho, solo encontró motivos para justificar y legalizar estos cambios peligrosos e ilegales. Emitía largas resoluciones muy eruditas, con tal profusión de distinciones sutiles que el lector quedaba literalmente aturdido. Pero el resultado era casi siempre decepcionante.

Por ejemplo, el cambio más importante se produjo cuando el Tribunal Supremo comenzó a considerar que la "población local", cuyos intereses debían estar protegidos por el alto comando militar, que debía asimismo satisfacer sus necesidades, incluía también a los colonos israelíes que vivían en los territorios ocupados. Esto significaba subvertir completamente el derecho internacional, cuyo objeto es, en gran medida, la protección y el bienestar de la población ocupada y no el de los nacionales del Estado ocupante.

El Reglamento de La Haya de1907 y el IV Convenio de Ginebra fueron redactados y adoptados con el fin de preservar a la población local, que es el término más débil de la ecuación. No tienen otra razón de existir. Sin embargo, el Tribunal Superior israelí asimiló los colonos israelíes a la población local, cuyos intereses habría que preservar. De modo que su posición es totalmente ideológica; hay una confusión entre la ideología de Israel, que ve los territorios palestinos ocupados como una parte de la tierra bíblica que incluye Judea y Samaria y las normas del derecho. De esta manera, el derecho internacional se ve privado del papel que estaba destinado a desempeñar.

¿Cuáles son las necesidades de los palestinos en lo relativo a la protección de los derechos humanos y cuál es el papel de las autoridades palestinas en ese sentido?

Soy miembro de la Comisión Independiente Palestina para los Derechos Humanos, que publica un informe anual sobre la situación de los derechos civiles y políticos. Pienso que, por su trabajo, las organizaciones de defensa de los derechos humanos, las ONG y el movimiento de la sociedad civil lograron, en particular, que la población palestina comprendiera la importancia de los derechos humanos. Pienso que ha habido una evolución en ese aspecto. Pero nada es estático nunca. Es imposible pensar que se ha logrado una cosa y luego decir "Muy bien, puedo ir a casa y tomar un descanso". Es una lucha constante.

Cuando la OLP llegó aquí, adoptó la siguiente posición: "Bueno, ustedes trabajan en los derechos humanos, forman parte de la resistencia a la ocupación israelí; pero ahora que firmamos un acuerdo con Israel, hay que poner fin a esa resistencia. Vuelvan a sus casas". Esa era literalmente su posición.

Entonces explicamos que no haríamos nada porque había cambiado la naturaleza de los desafíos y la Autoridad Palestina formaba parte de ellos. Se sorprendieron bastante, porque no venían de un lugar en el que hubieran tenido la experiencia de este tipo de trabajo. Pero pienso que ahora se ha producido un cambio positivo. Se percatan de que la defensa de los derechos humanos es una protección importante y

que contribuye a un desarrollo sano de la sociedad. Entonces, cada año, vamos a ver al primer ministro y al presidente de la Autoridad Palestina para rendir cuenta de la situación —a veces vamos también en el transcurso del año— y siempre se nos recibe con cortesía y se nos escucha con atención. Al menos, eso es positivo. Pienso que pudimos ejercer cierta influencia en lo que respecta a los derechos civiles.

Lo que me preocupa es otra cosa. La policía palestina comete infracciones, pero el sistema actual es más receptivo a las peticiones que hacemos contra esas violaciones. Las fuerzas de seguridad, en cambio, son otra cuestión porque no se sabe exactamente de quién dependen y, además, su estructura no es clara. Tampoco queda claro qué leyes aplican. Parecen operar como si estuvieran por encima de las leyes.

Un ejemplo es el caso de los funcionarios. Los servicios de seguridad, los *Mukhabarat* (agencia de inteligencia) insisten en examinar el legajo de cada funcionario y, si deciden que un funcionario no es políticamente favorable, ese funcionario deberá abandonar su empleo. Existe al menos un centenar de personas que habían sido admitidas como docentes en escuelas públicas, que habían asumido el cargo e incluso, en algunos casos, habían obtenido una evaluación positiva y que fueron despedidas simplemente porque esa era la voluntad de los servicios de seguridad. La Comisión de los Derechos Humanos apeló la decisión de despido ante el Tribunal Superior palestino y el expediente resulta perfectamente admisible, porque la ley no autoriza el despido por esos motivos. Y una vez admitido, ¿cuánto tiempo demanda ahora el proceso? Al menos dos años. Y el Tribunal Superior no puede resolver la cuestión, o tal vez no se atreve a hacerlo. Cada vez que vamos a presentar el informe ante quienes ejercen el poder, les decimos: "Ustedes hablan siempre de la importancia de una justicia independiente y de la primacía del derecho. Esta causa resultaría muy ilustrativa. Deben resolverla". Pero nada sucede; aún no ha sido resuelta[4].

Se han logrado mejoras. Ciertamente se tomaron medidas contra la corrupción. Se intenta mejorar la justicia. Pero aún existen motivos de preocupación, porque una vez que se instala un Estado policial, resulta muy difícil desmantelarlo.

También se ataca a los militantes de los derechos humanos. La tendencia no es ni totalmente negativa, ni totalmente positiva, el péndulo puede ir en ambos sentidos. De esta forma, a veces sucede que las autoridades policiales y los servicios de seguridad autorizan visitas en las cárceles bajo su supervisión, pero no siempre es el caso. El número de personas que mueren a raíz de actos de tortura está en descenso, pero la práctica no se ha abandonado y se sigue registrando muertes por tortura. La pena capital no ha sido abolida, pese a todo el trabajo realizado para poner fin a esta violación del derecho a la vida.

Y ¿cómo puede alentar la sociedad civil el cumplimiento de la ley?

Pienso que la sociedad civil tiene una función muy importante que cumplir en este tema. Pero me resulta difícil hacer una evaluación de conjunto, porque tengo la sensación de que mi posición podría ser parcial, ya que siempre se tiende a ponerse por delante y a pensar en su propia época.

4 El Tribunal Supremo finalmente se pronunció en favor de los requirentes el 3 de septiembre de 2012.

Lo que me entristece es que, cuando las actividades civiles comenzaron, gran parte del trabajo era voluntario. El único personal con el que contaban muchas de las grandes organizaciones como el Seguro Médico Palestino, los Comités Palestinos de Seguro Agrícola (PARC) y Al Haq estaba compuesto por voluntarios. Y es cierto que al momento de la primera *Intifada,* había muchos voluntarios. Estoy profundamente convencido de que una sociedad debe tener el sentimiento de poder actuar por ella misma y que formar parte de una sociedad, considerarla como suya, implica un trabajo voluntario a su servicio y con el objetivo de mejorarla.

Pienso que, después de los Acuerdos de Oslo, ese espíritu resultó seriamente corrompido, porque los fondos de ayuda internacionales comenzaron a llegar a raudales. Y, en cierta medida, la ayuda internacional nos ha perjudicado, no solo al financiar la ocupación —lo que también era un gran perjuicio— y al eximir a Israel de algunas de sus responsabilidades en materia de derecho internacional, sino también al atraer, con ofertas de empleos bien remunerados, a algunos de nuestros mejores colaboradores que ofrecían voluntariamente sus servicios, lo que, en cierto sentido, los corrompía.

Esto no quiere decir que las ONG no realizan aún hoy en día una importante y gran labor en todos los frentes, sobre todo en el frente cultural. El trabajo de la sociedad civil está tan profundamente anclado en nuestra sociedad que no ha sido posible destruirlo.

Por lo tanto, hay aspectos positivos y negativos, pero pienso que el movimiento de los derechos humanos ha logrado establecer algo duradero, que ha pasado por todos estos estadios y ha producido militantes de terreno y profesionales competentes. Son logros importantes para incluir en su activo. Pero se ha de entender bien que nunca se termina de luchar por los derechos humanos. Es una lucha sin fin.

En uno de sus libros, Palestinian Walks* [Paseos palestinos]*, describe cómo se apoyó en el derecho, del que ha hecho una herramienta. ¿Cuál es, en su opinión, el valor de emplear el derecho internacional, en particular el derecho de la ocupación, de apoyarse en él y en qué medida le resulta útil en su trabajo actual?

Tengo fe en el derecho internacional. Estoy convencido de que si no se quiere la guerra, hay que encontrar un medio para evitar el conflicto y de que el derecho internacional es un instrumento importante para ello. Por tal motivo, debemos ser extremadamente cuidadosos en preservar este instrumento, que constituye un importante progreso para la humanidad, ya que no siempre contó con el derecho internacional para ampararse en él. El derecho internacional ha evolucionado con el tiempo. Y, de alguna manera, resulta muy triste que Israel contribuya actualmente a la destrucción de gran parte de este derecho. Nosotros, los palestinos, sentimos los efectos de forma directa e intensa pero, en realidad, toda la humanidad se ve afectada.

Inicialmente, el derecho internacional tenía un gran valor para nosotros, porque en Al Haq los criterios que empleábamos eran los principios y las normas del derecho internacional, lo que constituyó la base de gran parte de nuestro trabajo. Sigo creyendo que el derecho internacional es vital para el futuro. En mi opinión, to-

das estas divisiones de Oriente Medio en pequeños Estados inviables que resultan de la Primera Guerra Mundial son arbitrarias, artificiales e incapaces de funcionar. No toman en cuenta la escasez de los recursos de la región, en particular del agua. Y si bien actualmente estamos enredados en esta situación, terminaremos por liberarnos de ella en el futuro. Es por eso que el derecho internacional sigue siendo importante.

Sin embargo, sigo creyendo que para lograr una forma de federación entre Jordania, Palestina, Israel y quizá también Siria y Líbano (lo que, en mi opinión, acabará por suceder), debemos solucionar los problemas uno a uno. Por ello, quienes dicen que la solución es un Estado que agrupe a Israel y los territorios palestinos ocupados son, a mi juicio, soñadores. Sí, es cierto que finalmente debe haber un solo Estado, o una sola unidad política, pero no se puede quemar etapas y la primera, y fundamental, es el fin de la ocupación. Para poder pasar a las siguientes, resulta imperioso franquear esta primera e importante etapa que es poner fin a la ocupación y respetar los principios de derecho internacional. Del abandono del derecho internacional, solo puede surgir confusión.

El derecho internacional es muy importante como medio para mantener el orden y las normas. No podemos abandonarlo. Naturalmente, como todas las otras ramas del derecho, el derecho internacional debe evolucionar y seguir formándose, pero de aquí a que esto se produzca, debemos actuar de acuerdo con su contenido actual. Si no, sería un caos.

¿Cree usted que el derecho de la ocupación, tal como existe hoy en día, sigue siendo apropiado para regir situaciones de ocupación en el mundo entero o considera que es preciso reformarlo?

Es una gran pregunta y seguramente no estoy calificado para responderla, porque todo lo que puedo decir es que, de acuerdo con mi interpretación, el objetivo del derecho de la ocupación es impedir que los agresores se beneficien de su agresión. Para mí, es un principio muy importante e insoslayable. El derecho internacional procura preservar las relaciones entre las naciones y mantenerlas sobre una base legal; por lo tanto, debe aceptar que se formen naciones y que tengan un lugar. Entonces, si una nación se apropia del territorio de otra, el derecho internacional debería prever sanciones en su contra.

Ese es un principio sano. Sin embargo, para lograr que se respete el derecho internacional, algo debe cambiar. La idea, si he comprendido bien, era que los Convenios de Ginebra, que dicen todo lo que hay para decir, encontraran en el CICR un guardián neutral. Esta Institución podía cumplir entonces una función importante. Es una función crucial que, a mi entender, no se ha cumplido.

¿Qué esperaba usted del CICR?

No se puede subestimar la importancia de la ayuda que presta la Institución a los individuos. Sé lo que representan las visitas del CICR para alguien que está aislado. No se debe menospreciar la ayuda proporcionada a pequeña escala para restablecer el contacto entre familiares, para hacer llegar ayuda a determinada persona. Y el CICR siempre ha prestado esa ayuda.

Israel siempre ha intentado separar los aspectos humanitarios —que se aplican, siempre lo ha dicho, a los territorios ocupados— de los aspectos no humanitarios de los Convenios. Por lo cual, definió y trazó la línea que quería entre ambos.

También quería preservar ciertos aspectos humanitarios porque, si no, habría habido una explosión. Sin embargo, el hecho de ocuparse de los aspectos humanitarios no reemplaza el trabajo en los demás aspectos; este es el punto crucial. Pero mis expectativas tal vez eran excesivas.

Cuando empecé, tenía grandes esperanzas. Pensaba que el CICR era una organización neutral, que se interesaba en los problemas y tenía la voluntad y el poder de desempeñar una función importante. Ese es quizá el inconveniente cuando se parte de grandes esperanzas, uno se decepciona. Sin embargo, sentí una reticencia de parte del CICR a ocuparse de los problemas de manera eficaz, a tomar posición abiertamente contra los asentamientos o la Administración Civil y a emplear todo su poder para contribuir al cese de las infracciones. A veces, detecté más miedo de pronunciarse contra Israel por parte del CICR que el que observé en Israel mismo. En las numerosas ocasiones en las que dialogué con delegados del CICR ante quienes cuestioné a la organización, me explicaron que la política de ustedes era no pronunciarse abiertamente con demasiada frecuencia. Sin embargo, en el caso de Irak, comprobé que había muchas más declaraciones públicas que expresaban una condena y que tomaban claramente una posición que en el caso de Palestina.

Comprendo perfectamente la importancia de no recurrir con demasiada frecuencia a las declaraciones públicas. Desde el comienzo, Al Haq decidió no publicar un comunicado de prensa cada vez que se presentaba la ocasión porque, si lo hacía, perdería eficacia. Por ello, cuando me fui, habíamos publicado probablemente unos cuarenta comunicados de prensa. Es muy, muy poco, pero cada vez que nos pronunciamos, nos aseguramos de que el momento fuera el correcto, de que el comunicado estuviera redactado en términos firmes, de que fuera justo y de otros factores conexos.

Por lo tanto, estoy de acuerdo con el CICR en el hecho de que la condena no siempre es el mejor medio para oponerse a las violaciones del derecho. No obstante, pienso que el CICR no se pronunció cuando habría debido hacerlo. No tomó una posición efectiva y no empleó todos los medios de los que disponía para llamar la atención del mundo sobre lo que verdaderamente acontecía aquí.

Además, era un caso de manual, el de una ocupación en la que los Convenios de Ginebra eran aplicables y que, en algún sentido, permitía probar su eficacia.

No soy historiador, pero creo que es una de las primeras veces que se tiene la ocasión de ver cómo funcionan los Convenios de Ginebra en el caso de una ocupación prolongada. De modo que el CICR habría podido aprovechar esta ocasión tan importante que se le presentaba para desempeñar su función y cerciorarse de que los Convenios fuesen debidamente aplicados y advertir al ocupante del peligro de dejarse llevar por su poder y transformar los territorios ocupados en una colonia, en una extensión de su propio territorio.

Hoy en día no estoy tan presente en el terreno como para saberlo con precisión, pero mi evaluación de la labor de las organizaciones internacionales, ya sea

que trabajen en el área del desarrollo o de los derechos humanos, es que, por lo general, todas respetan los parámetros israelíes. Por ejemplo: Israel anexó *de facto* alrededor de un 60 % de Cisjordania, la parte que fue designada en el Acuerdo Provisional con el nombre de zona C y que depende completamente de la jurisdicción israelí. El CICR y otras organizaciones poco han hecho para rechazar esta práctica israelí que es totalmente contraria al derecho internacional de la ocupación.

En su opinión, ¿la ola actual de protesta social y política en la región tiene influencia en la situación de los palestinos?

Pienso que tendrá gran influencia. La situación política anterior permitió a Israel gozar de un largo período de falsa paz con Egipto y seguir colonizando Cisjordania. Con Siria, Israel también estaba en paz *de facto*. Y entre Israel y Jordania, reina otra falsa paz. Pero en lugar de ayudar a Israel y a los israelíes a lograr una paz real con sus vecinos, esta situación les hizo creer que, mientras esos tiranos reinaran en el mundo árabe, los pueblos serían reducidos al silencio y callarían lo que realmente piensan de las políticas israelíes con respecto a sus hermanos árabes, los palestinos. Esto quizá cambie. A lo mejor veremos una evolución hacia algo más positivo. Personalmente, no creo que haya que destruir a Israel, porque eso sería una catástrofe. Los israelíes están allí para quedarse. Pero ¿en qué condiciones? Esa es la cuestión. Y no me parece que los israelíes piensen en esas condiciones. Por ejemplo, ¿cuál es su relación con la religión? ¿Cómo hacer para establecer relaciones viables a largo plazo con sus vecinos de la región?

Si se les habla en árabe, responden: "No hablamos árabe". ¿Y por qué no? ¡Están en una región de habla árabe! No tienen el deseo de integrarse a la región. No procuran establecer lazos con la región. Cuentan solamente con su potencia militar, con el apoyo total de Estados Unidos y con su alianza con ellos. Si quieren pensar en su bien a largo plazo, deben preguntarse qué es lo que deben hacer para poder formar parte de la región.

En el pasado, las poblaciones vivían juntas; ¿cree usted que esa convivencia es posible nuevamente? ¿Cómo sería?

He visto muchas fases en las relaciones entre israelíes y palestinos, y también aprendí la lección del proceso de Oslo. La mayoría de las personas cometen el error de tomar su experiencia del presente como punto de partida de sus reflexiones sobre el futuro. De esta forma, después de los Acuerdos de Oslo, yo era muy escéptico pero, en la mayoría de los casos, era el único. Casi de la noche a la mañana, muchos jóvenes empezaron a decir: "Queremos que nos den una oportunidad. Queremos vivir en paz. Queremos un futuro. Queremos olvidar el pasado. ¡Queremos ser amigos de los israelíes!" Aquellos jóvenes, que entonces tenían algo más de veinte años, eran demasiado jóvenes para saber algo de lo que yo había vivido. ¡Entendí que mis experiencias durante la primera *Intifada* y la lucha, solo me importaban a mí y a los de mi generación! Por lo tanto, no puedo esperar que sepan lo que yo sé. Así funciona el mundo; por eso hay esperanza, porque siempre hay nuevas generaciones y nuevas experiencias. Y eso no es negativo.

Nunca he respaldado la idea de que, por su modo de ser respectivo, judíos y árabes, serían enemigos eternos, porque los judíos y los árabes siempre han vivido juntos en esta tierra y cooperado, y el hecho de tener las tres religiones monoteístas ha sido un enriquecimiento para esta tierra. Por lo tanto, nada en el modo de ser de ambos pueblos impide que vuelva a ser así.

Daré un ejemplo que data del viernes pasado. A menudo, los viernes salimos de paseo. El viernes pasado, durante nuestro paseo, llegamos a una colonia. Actualmente resulta casi imposible dar un paseo por esas colinas sin encontrarse con colonias o rutas que llevan a ellas, que al atravesar las colinas, destruyen el paisaje, o con alambres de púa, muros, etc. Llegamos entonces a esta colonia que estaba en un lado del *wadi*. Del otro lado, había una roca enorme y colonos que habían ido a practicar escalada. En épocas normales, habríamos podido detenernos, conversar e invitarlos a compartir una parte de nuestras provisiones. Generalmente, en el campo, las personas son más amigables que en otros sitios. Pero, por el contrario, cuando pasábamos cerca —pero no demasiado cerca, porque nosotros estábamos en un nivel y ellos en otro, y había alambres de púa entre ellos y nosotros— observamos que habían llamado a un coche de los servicios de seguridad. Tenían miedo de que les hiciéramos daño y habían solicitado refuerzos provenientes de la colonia.

En definitiva, ellos se fueron por un lado y nosotros por otro. Pero ¡qué tristeza! Practican escalada y no pueden hacerlo sin encerrarse dentro de las fortificaciones, sin tener necesidad de que los guardaespaldas vayan en su auxilio, aplastando a su paso las flores silvestres con sus camionetas 4 x 4. No hay humanidad común entre ambos lados. No hay humanidad. Es desagradable, es cruel y no puede seguir siendo así.

Pero esto no quiere decir que los dos grupos no terminen viviendo juntos. Si desaparece la injusticia y se solucionan los problemas, aprenderán a vivir juntos, porque hay más similitudes que diferencias entre ellos. Después de todo, la mayoría de los israelíes vienen de países árabes y todos somos semitas. Dondequiera que me encuentre en el mundo, me siento inmediatamente atraído hacia alguien de religión judía y luego comprobamos que tenemos mucho en común. Quizá hoy en día tengamos incluso más experiencias, sufrimientos y actitudes en común. Hay más elementos comunes entre nosotros, pero primero es preciso eliminar los obstáculos. Los pueblos de India y Reino Unido, por ejemplo, son mucho más cercanos en la actualidad que cuando la India era una colonia. Cada uno aprecia la cultura del otro, mientras que en aquel momento ese acercamiento era imposible.

¿Cuáles son los pequeños pasos que podrían dar las dos partes para acercarse a ese futuro que acaba de describir?

Entre los obstáculos a la cooperación entre ambas partes, no se encuentra solamente la explotación, económica y material, de los recursos, sino también la mirada sobre el pasado. Cuanto más reflexiono al respecto, más persuadido estoy de que, mientras los israelíes no admitan lo que sucedió en 1948, cuando las fuerzas judías expulsaron a más de 750.000 palestinos de sus hogares negándoles el regreso —lo que los palestinos llaman su *Nakba* (catástrofe)—, no puede haber

reconciliación entre ambos lados. Entonces, es importante trabajar para comprender el pasado.

Asimismo, es importante que los palestinos entiendan el impacto del holocausto en el pueblo judío. Los israelíes quizá lo ignoran, pero nosotros crecimos sin haber oído hablar jamás del holocausto. Pienso que los palestinos deben comprender el impacto del holocausto en los israelíes.

Escribí un pequeño libro en dos partes que solo existe en francés. La primera parte se refiere al derecho al regreso, que es crucial a mi juicio, y allí recuerdo también lo que sucedió en Europa durante y después de la Segunda Guerra Mundial y su impacto en Palestina. La segunda parte es una ficción futurista que acontece en 2037. El libro se titula *2037: Le Grand Bouleversement* [2037: La Gran Conmoción]. Es una visión sobre la situación que podría darse en 2037. Es una fecha arbitraria, pero pienso que está lo suficientemente alejada como para que, entre tanto, se haya producido algo y que la realidad de la región haya cambiado completamente.

Creo que llegará un día en que la realidad será diferente. Persistir en la vía actual demanda demasiada fuerza militar, física e intelectual. En la actualidad, todo es forzado: la forma de distorsionar la historia, las posiciones, los discursos nacionales, la economía, el mal uso de los recursos naturales. El conjunto de la región podría beneficiarse enormemente con la interacción y la cooperación de las diversas naciones que viven allí, mientras que, actualmente, los presupuestos militares demandan una fortuna. La región en su conjunto es solo una pequeña parte del planeta. Somos demasiado pequeños en el mundo y el origen de demasiados problemas… para nada. ¿Para qué es todo esto?

Marzo de 2012, N.º 885 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

DEBATE

¿El derecho de la ocupación es aplicable durante la etapa de invasión?

Marten Zwanenburg, Michael Bothe y Marco Sassòli

La sección de "Debate" de la International Review *tiene por objeto contribuir a la reflexión acerca de controversias éticas, jurídicas o prácticas actuales relacionadas con temas humanitarios.*

La definición de ocupación que se da en el marco del derecho internacional humanitario (DIH) es algo vaga, y los instrumentos de DIH no proporcionan parámetros claros para determinar el inicio de una ocupación. Según el artículo 42 del Reglamento de La Haya de 1907, se considera como ocupado un territorio cuando éste se encuentra de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo. Dado que no siempre resulta sencillo determinar cuándo una invasión se convierte en ocupación, cabe preguntarse si el derecho de la ocupación puede aplicarse durante la etapa de invasión. Existen dos posturas principales sobre esa cuestión en la bibliografía especializada. Por lo general, se acepta que las disposiciones del derecho de la ocupación sólo entran en vigor una vez que se cumple lo establecido en el artículo 42 del Reglamento de La Haya de 1907. Sin embargo, de acuerdo con la denominada "teoría de Pictet", formulada por Jean S. Pictet en el Comentario de los Convenios de Ginebra publicado por el CICR, no existe una fase intermedia entre la invasión y la ocupación, y ciertas disposiciones del derecho de la ocupación se aplican ya desde la etapa de la invasión.

La destrucción de instalaciones públicas esenciales, como hospitales o redes de suministro de agua, en parte debida a los saqueos a gran escala y a la violencia que acompañó el avance de las fuerzas de coalición en Irak en 2003, demuestra que el debate excede el plano teórico. Las fuerzas invasoras necesitan saber con claridad a qué normas atenerse.

Tres especialistas en derecho de la ocupación —Marten Zwanenburg, Michael Bothe y Marco Sassòli— han aceptado participar en este debate y defender tres puntos

de vista diferentes. Marten Zwanenburg sostiene que, para determinar cuándo una invasión se transforma en ocupación, la única prueba que se necesita está definida por el artículo 42 del Reglamento de La Haya de 1907; por lo tanto, el autor rechaza la "teoría de Pictet". Michael Bothe, quien tampoco está de acuerdo con la "teoría de Pictet", afirma que, de existir una situación intermedia entre la invasión y la ocupación, ésta sería breve y, una vez que las fuerzas invasoras toman el control de una parte del territorio invadido, comienza a aplicarse el derecho de la ocupación. Por último, Marco Sassòli defiende la "teoría de Pictet" y argumenta que, para evitar un vacío jurídico, no hay ninguna distinción entre la fase de invasión y la de ocupación cuando se trata de aplicar las normas del IV Convenio de Ginebra.

Los tres participantes del debate han simplificado sus razonamientos jurídicos en favor de la claridad y la brevedad. Se recuerda a los lectores de la International Review *que las verdaderas posturas jurídicas de los tres autores pueden tener más matices de los que figuran en este debate.*

***

Objeciones a la teoría de Pictet

Marten Zwanenburg*

Marten Zwanenburg es asesor jurídico del Ministerio de Defensa de los Países Bajos.

El derecho de la ocupación ha sido objeto de mayor atención durante los últimos años, en especial en lo referente a la interpretación de las normas sustantivas de esa rama del derecho internacional humanitario (DIH), su relación con el derecho de los derechos humanos y las consecuencias de las decisiones sobre su aplicación adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

No obstante, no se ha prestado mucha atención a la pregunta de cuándo comienza a aplicarse el derecho de la ocupación, en particular, cuándo una invasión se convierte en ocupación. En su informe de la XXXI Conferencia Internacional de

* martenzwanenburg@yahoo.com. Los conceptos aquí expuestos pertenecen exclusivamente a su autor y no representan la opinión del Ministerio de Defensa ni de ningún otro organismo del Gobierno de los Países Bajos.

la Cruz Roja y de la Media Luna Roja "El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos", el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sostiene que aún quedan por responder preguntas jurídicas fundamentales en el marco del derecho de la ocupación:

> No sólo la definición de ocupación es vaga en el DIH, sino que otros elementos de hecho, como la continuación de las hostilidades y/o el ejercicio continuado de cierto grado de autoridad por parte de autoridades locales, o por parte de fuerzas extranjeras durante y después de su retiro gradual, pueden hacer que la clasificación jurídica de una situación concreta sea bastante compleja. […] La cuestión de la aplicabilidad del derecho de la ocupación se relaciona con la determinación de la normativa jurídica aplicable a la invasión por fuerzas extranjeras y a su retiro. Se reconoce que se debería favorecer una amplia interpretación de la aplicación del IV Convenio de Ginebra durante las fases de invasión y retiro, con el fin de maximizar la protección jurídica que sus normas confieren a la población civil[1].

Aquí el CICR hace referencia al antiguo debate sobre el umbral de aplicación del derecho de la ocupación. Tradicionalmente, la distinción entre invasión y ocupación estaba clara. Se aceptaba que, una vez que se alcanzaba un mínimo nivel de estabilidad en una zona que había sufrido una invasión, comenzaba a aplicarse el derecho de la ocupación, lo que se refleja en la letra del artículo 42 del Reglamento de La Haya de 1907[2].

Cuando se aprobaron los cuatro Convenios de Ginebra, las disposiciones del Reglamento de La Haya relativas a la ocupación se complementaron con la Sección III del Título III del IV Convenio de Ginebra. Ese Convenio amplió considerablemente el ámbito de aplicación del derecho de la ocupación mediante lo establecido en el artículo 2(2), según el cual el Convenio se aplicará en los casos en que la ocupación no encuentre resistencia militar, es decir, sin que haya habido invasión previa. En cuanto a las situaciones en las que se produce una invasión, el Convenio no aclara en qué momento ésta se convierte en ocupación. Por ello, surge la duda de si debe aplicarse la misma prueba para esa transición que para determinar cuándo comienzan a aplicarse las normas sobre la ocupación contenidas en el Reglamento de La Haya o si debe usarse una prueba distinta en el caso del IV Convenio de Ginebra.

1 Informe para la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja "El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos", Ginebra, CICR, octubre de 2011, disponible en línea en http://www.rcrcconference.org/docs_upl/es/31IC_IHL_challenges_report._ES.pdf (consultado el 21 de febrero de 2012).

2 El artículo 42 del Reglamento de La Haya de 1907 establece: "Se considera como ocupado un territorio cuando se encuentra ubicado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación no se extiende sino a los territorios donde esa autoridad está establecida y en condiciones de ejercerse".

La segunda opción corresponde al punto de vista de Jean Pictet en su comentario de los Convenios de Ginebra[3], motivo por el cual se la conoce como la "teoría de Pictet"[4]. El criterio empleado por Pictet para determinar si existe ocupación a los fines del IV Convenio de Ginebra se basa en una interpretación particular del artículo 4 de este Convenio. Según esa interpretación, las disposiciones relativas a la ocupación del IV Convenio se aplican en cuanto las fuerzas armadas enemigas ejercen control sobre una persona protegida. Por lo tanto, el criterio se basa en el control de las personas y no del territorio, tal como requiere el Reglamento de La Haya. Así lo entienden muchos autores y también la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) en la causa *Naletilić y Martinović*[5]. Muchos de los que sostienen esta postura la fundamentan con el argumento de que, si no se aceptara ese criterio, habría grietas en la protección que confiere el DIH[6]. Vista así, la postura coincidiría con una interpretación teleológica del IV Convenio de Ginebra que tendría como finalidad maximizar la protección que ofrece el DIH.

Sin embargo, existen argumentos de peso que permiten objetar la "teoría de Pictet". Los presentaremos brevemente aquí. La primera objeción está vinculada con la letra del artículo 4 del IV Convenio de Ginebra. La parte relevante del artículo establece que:

> El presente Convenio protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una potencia ocupante de la cual no sean súbditas.

Es importante observar que, en el artículo, se menciona a las personas que están en poder de una potencia ocupante *inter alia*. Así, el artículo parece requerir una ocupación previa, en cuyo contexto las personas están en poder de

3 V. Jean S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, (IV) Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Ginebra, CICR, 1958 (IV CG, art. 6(1)), disponible en línea en http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/380-600007?OpenDocument (consultado el 21 de febrero de 2012).

4 Nótese que la teoría de Jean Pictet, según la cual la definición de ocupación debería ser distinta para el contexto de aplicación del IV CG y para el contexto del art. 42 del Reglamento de La Haya de 1907, no refleja la postura actual del CICR sobre el tema. Para el CICR, a falta de una definición precisa de ocupación en el IV CG y en virtud del art. 154, que destaca el carácter complementario del mencionado instrumento jurídico en relación con el Reglamento de La Haya de 1907, la afirmación de que el IV CG proporcionaría una definición distinta de ocupación ya no es relevante a la luz de la *lex lata*. En ese sentido, el CICR interpreta que la teoría de Pictet sólo disminuye el umbral de aplicación de ciertas normas del IV CG para que también tengan efectos jurídicos durante la fase de invasión (es decir, en una situación en la que no se llegue a tener control efectivo a los fines del DIH), de modo de extender la protección jurídica que confiere el DIH a las personas protegidas atrapadas en zonas invadidas. En consecuencia, el CICR aún considera que el art. 42 del Reglamento de La Haya de 1907 es la única referencia jurídica para la determinación de la existencia —o no— de un estado de ocupación. Para más detalles, v. el artículo de Tristan Ferraro, "Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, vol. 94, n.º 885, primavera de 2012, p. 133-163.

5 TPIY, *El fiscal c. Naletilić y Martinović*, Causa n.º IT-98-34-T, Fallo (Sala de Primera Instancia), 31 de marzo de 2001, párrs. 219-221.

6 Si no se aceptara la prueba, las personas que se encuentran en territorios invadidos aún no ocupados sólo se beneficiarían parcialmente de la protección conferida por los Títulos I y II del IV CG.

la potencia ocupante. En otras palabras, la ocupación no ocurre por el hecho de que las personas están en poder de una potencia. Es interesante notar que eso está implícito en el comentario de Pictet, lo que sugiere que el comentario carece de cierta coherencia interna:

> La frase "en caso de conflicto u ocupación" debe interpretarse como referida a un conflicto u ocupación según se los define en el artículo 2. La expresión "están en poder de" está empleada en un sentido demasiado general. No se trata simplemente de estar en poder del enemigo en forma directa, como lo está un prisionero. Una persona, por el mero hecho de estar en el territorio de una parte en conflicto o en territorio ocupado, está en poder de la potencia ocupante. Es posible que ese poder nunca se ejerza sobre la persona protegida. Es altamente probable que un habitante de un territorio ocupado nunca tenga nada que ver con la potencia ocupante ni con sus instituciones. Es decir, la expresión "en poder de" no necesariamente se entiende en un sentido físico; sólo quiere decir que la persona está en un territorio controlado por la potencia en cuestión[7].

Aceptar la teoría de Pictet conduciría a una situación en la que determinar si una persona es una "persona protegida" coincidiría con la prueba para determinar si existe una situación de ocupación. Eso es difícil de conciliar con la existencia de una sección en el IV Convenio de Ginebra dedicada especialmente a situaciones de ocupación. También se plantearía el interrogante de si sería necesario hacer una distinción entre personas y bienes respecto de las situaciones en las que gozan de protección. La Sección III del Título III del IV Convenio de Ginebra contiene cláusulas de protección de las personas y cláusulas de protección de los bienes. Según la teoría de Pictet, el umbral de aplicación de las primeras sería más bajo que el de las últimas. Las personas están protegidas por el artículo 4 del IV Convenio de Ginebra tan pronto como estén en poder de una de las partes en conflicto, mientras que los bienes estarían protegidos supuestamente sólo en el caso de una ocupación en los términos del Reglamento de La Haya.

En los *travaux préparatoires* de los Convenios de Ginebra, nada sugiere que los redactores hayan tenido la intención de apartarse de la noción de ocupación aceptada con anterioridad. Si se hubieran propuesto apartarse de forma drástica en el IV Convenio de Ginebra, sería de suponer que tal propósito se hubiese mencionado en los debates.

Es cierto que, si se rechaza la teoría de Pictet, las personas que caen en poder de fuerzas invasoras estarían menos protegidas que las que están en poder de una potencia ocupante. No obstante, esa diferencia en el grado de protección entre distintos grupos de personas no constituye una excepción en los Convenios de Ginebra. De hecho, los redactores hicieron ciertas distinciones que tienen consecuencias para el nivel de protección de grupos particulares de personas. El ejemplo más evidente es la distinción entre conflictos armados internacionales y

7 J. S. Pictet, v. nota 3 *supra* (IV CG, art. 4), disponible en línea en http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/380-600007?OpenDocument (consultado el 21 de febrero de 2012).

no internacionales. El artículo 4 del IV Convenio de Ginebra presenta otro ejemplo de esa distinción, al establecer que los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante y los súbditos de un Estado cobeligerante no serán considerados como "personas protegidas" mientras el Estado de que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder se encuentren. Para bien o para mal, estas distinciones forman parte del DIH contemporáneo. La naturaleza humanitaria del objeto y el propósito de los Convenios de Ginebra no modifica nada. Ese objeto y ese propósito juegan un papel importante en la interpretación de las cláusulas de los Convenios, pero no permiten introducir nuevas normas que no estén ya en su texto.

Se podría argumentar que, al aplicar las disposiciones de los tratados, los Estados podrían reconocer que cierta disposición en particular debe interpretarse de un modo que se aparta de la intención de los redactores. Según el artículo 31(3)(b) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, "toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado" debe tenerse en cuenta al interpretar las disposiciones de un tratado.

Un ejemplo muy conocido de una práctica seguida por un Estado que modificó la interpretación previa de una norma del DIH es el artículo 118 del III Convenio de Ginebra, relativo a la liberación y repatriación de prisioneros de guerra. La práctica de los Estados demuestra que éstos interpretan esa cláusula de modos que difieren de la interpretación adoptada en 1949[8]. Sin embargo, no es ése el caso de la definición de ocupación. Por el contrario, la mayoría de las prácticas de los Estados, con excepción del fallo de la Sala de Primera Instancia del TPIY en la causa *El fiscal c. Naletilić y Martinović* mencionada anteriormente, apunta a la dirección opuesta. Por ejemplo, en la causa *Rev. Mons. Sebastião Francisco Xavier dos Remedios Monteiro c. El Estado de Goa*, la Suprema Corte de la India emplea la definición de ocupación del artículo 42 del Reglamento de La Haya de 1907 para determinar el inicio de una ocupación como se la entiende en los Convenios de Ginebra[9]. En la causa relativa a las actividades armadas en el territorio del Congo (*RDC c. Uganda*), la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sostiene que la definición de ocupación que consta en el artículo 42 del Reglamento de La Haya refleja el derecho consuetudinario[10]. Luego, aplica esa definición al analizar las denuncias presentadas por la República Democrática del Congo, incluidas las de violaciones de las disposiciones de los Convenios de Ginebra cometidas por Uganda. Eso indica que la Corte considera que la definición de ocupación establecida en el artículo 42 también se aplica a los Convenios de Ginebra.

8 V., *inter alia*, la práctica mencionada por John Quigley, "Iran and Iraq and the obligations to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities", *American University International Law Review*, vol. 5, n.º 1, 1989, p. 83; Marten Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, p. 256.

9 Suprema Corte de la India, *Rev. Mons. Sebastião Francisco Xavier dos Remedios Monteiro c. El Estado de Goa*, 26 de marzo de 1969, *All India Reporter,* 1970 SC 329.

10 CIJ, Actividades armadas en el territorio del Congo (*República Democrática del Congo c. Uganda*), Fallo, 19 de diciembre de 2005, *ICJ Reports*, 2005, p. 168, párr. 172.

Cabe preguntarse si aceptar la teoría de Pictet es coherente con el principio de efectividad; es decir, se podría afirmar que así se llegaría a una situación en la que la potencia ocupante estaría en una posición en la que le sería materialmente imposible cumplir con las obligaciones impuestas. De ser así, se podría considerar que los redactores del IV Convenio de Ginebra no estaban de acuerdo con la teoría de Pictet, pues no es dable suponer que aceptaran obligaciones para sus respectivos Estados a sabiendas de que esos Estados no podrían cumplirlas. Por lo general, la mayoría de las disposiciones de la Sección III del Título III del IV Convenio de Ginebra parecen presuponer la existencia de un control efectivo de cierto territorio para ser respetadas. Eso es así, en particular, para las obligaciones "positivas" de la Sección, es decir, las que requieren que la potencia ocupante tome alguna medida en lugar de abstenerse de ello. Un ejemplo es la obligación que contempla el artículo 50 de facilitar el buen funcionamiento de los establecimientos dedicados a la asistencia y la educación de los niños. Si las instituciones locales resultan inadecuadas, la potencia ocupante deberá tomar medidas para garantizar la manutención y la educación, si es posible por medio de personas de su nacionalidad, idioma y religión, de los niños huérfanos o separados de sus padres a causa de la guerra, a falta de un pariente próximo o de un amigo que esté en condiciones de hacerlo. Está claro que una única patrulla que incursiona en territorio enemigo y ocupa un poblado por un período breve de tiempo no está en posición de garantizar la educación de los niños. Normalmente, esas tareas las lleva a cabo personal especializado ("cooperación cívico-militar", "asuntos civiles"), que no acompaña a dicha patrulla. Otro ejemplo se encuentra en el artículo 56, que obliga a la potencia ocupante a asegurar y mantener, con la cooperación de las autoridades nacionales y locales, los establecimientos y los servicios médicos y hospitalarios, así como la sanidad y la higiene públicas en el territorio ocupado. El artículo hace referencia en particular a las medidas profilácticas para combatir la propagación de enfermedades contagiosas y de epidemias. Según el comentario de Pictet, la potencia ocupante debe tomar medidas para cumplir con las obligaciones que le impone el artículo 56; por ejemplo, supervisar la salud pública, la educación de la población, la distribución de medicamentos, la organización de exámenes médicos y tareas de desinfección, el acopio de insumos médicos, el envío de equipos médicos a zonas afectadas por epidemias, el aislamiento y la hospitalización de personas que padecen enfermedades contagiosas y la apertura de nuevos hospitales y centros de atención médica. Esas medidas presuponen la existencia de capacidades y de personal especializado que no suele estar disponible en muchas de las situaciones en las que se aplicaría la teoría de Pictet. Es cierto que en el artículo 56 se matiza la obligación de la potencia ocupante con el agregado de la frase "[e]n toda la medida de sus medios", pero ello no obsta para que ésa y otras disposiciones de la Sección III del Título III claramente hayan sido redactadas sin tener en cuenta su aplicación durante una invasión.

Hay quienes podrían argumentar que, en vista de lo anterior, no todos sino sólo algunos de los derechos y obligaciones del derecho de la ocupación se aplicarían en una situación en la que las personas protegidas están en poder de

una parte en conflicto. Esa solución es problemática por dos motivos. En primer lugar, porque en el texto del IV Convenio de Ginebra no hay nada que apunte a una diferenciación entre las distintas obligaciones establecidas en la Sección III del Título III. En segundo término, porque no queda claro en absoluto exactamente qué derechos y obligaciones se aplicarían en una situación en la que se adoptara la teoría de Pictet y cuáles no. Así, se crearía una situación en la que los Estados Parte (y las personas protegidas) deberían adivinar qué obligaciones deben cumplir en cada caso en concreto, lo que no es en absoluto deseable desde el punto de vista de la certeza del derecho.

En conclusión, numerosos argumentos contundentes indican que, en la actualidad, no hay una prueba independiente de la establecida en el Reglamento de La Haya para determinar cuándo una invasión se transforma en ocupación. Ello no quiere decir que sea imposible defender la aplicación de la teoría de Pictet como cuestión de *lex ferenda*. De hecho, la aplicación de la teoría conduce a un aumento de la protección de las personas protegidas y cubriría una "laguna" del derecho en relación con la protección. Sin embargo, es preciso mantener cierta cautela a este respecto.

Como se aprecia en el informe del CICR mencionado anteriormente, en la práctica, muchos Estados esgrimen la inaplicabilidad del derecho de la ocupación, incluso cuando ejercen el control efectivo en todo el territorio extranjero o en una parte de él, debido a que no están dispuestos a que se los perciba como una potencia ocupante. Si eso ya ocurre con el artículo 42 del Reglamento de La Haya como norma para determinar si existe ocupación, la tendencia se acentuaría si se aceptara la teoría de Pictet. En ese caso, sería cuestionable que la aplicación de la teoría efectivamente proporcionara todos los beneficios de un mayor grado de protección que, según sus defensores, proporciona.

Control efectivo durante una invasión: un punto de vista práctico del umbral de aplicación del derecho de la ocupación

Michael Bothe

Michael Bothe es profesor emérito de la Universidad Johann Wolfgang Goethe, Frankfurt (M.Bothe@jur.uni-frankfurt.de).

***

La pregunta formulada por los editores —"¿El derecho de la ocupación es aplicable durante la etapa de invasión?"— relaciona dos situaciones entre sí: la "ocupación" y la "invasión". Mientras que la definición del término "ocupación", por controvertidos que resulten sus matices, se encuentra en el DIH, la del término "invasión" no aparece. A los fines del presente comentario, se tomará el término en su significado corriente. En un contexto militar, "invasión" se refiere al traslado de unidades militares a una zona perteneciente a otro Estado. Se emplea en ese sentido, por ejemplo, en la definición de "agresión" propuesta por la Asamblea General de la ONU: "[l]a invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado…"[11].

La ocupación desencadena la aplicación de un régimen jurídico especial, contenido en el Reglamento de La Haya (que constituye derecho consuetudinario), el IV Convenio de Ginebra y ciertos párrafos del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra. Ese régimen no puede aplicarse a menos que exista una ocupación. Durante la etapa de invasión, sólo puede aplicarse siempre y cuando surja simultáneamente una situación de ocupación. En los instrumentos jurídicos abordan el tema de la invasión y la ocupación, sin embargo, la ocupación

11 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 3314 (XXIX), 14 de diciembre de 1974, Anexo, art. 3(a).

se considera, por lo general, una situación que sucede a la invasión o es resultado de ésta. Así, el párrafo donde se define el término "agresión" citado más arriba también incluye la siguiente frase: "ocupación militar […] que resulte de dicha invasión…"[12]. Del mismo modo figura en el denominado "Manual de Oxford", adoptado por el Institut de Droit International en 1880: la ocupación ocurre "como consecuencia de una invasión por parte de fuerzas hostiles"[13]. Sin embargo, se reconoce que no es imposible que una situación de invasión y una ocupación sean simultáneas o se superpongan. En particular, si se considera la situación global de un Estado invadido, las fuerzas invasoras pueden comenzar a ejercer el control del territorio invadido al tiempo que el ejército avanza —situación de invasión— en otras zonas del territorio.

No se trata de un mero juego de palabras sino, en gran medida, de un asunto práctico. Así lo evidencia, por ejemplo, la invasión de Estados Unidos y el Reino Unido a Irak en 2003. Durante el avance de las tropas invasoras, hubo numerosos saqueos cometidos por civiles. De haberse aplicado el derecho de la ocupación, las fuerzas de invasión/ocupación habrían tenido la obligación de evitar los saqueos; al no aplicarse, era difícil fundamentar la prevención de esos delitos.

El derecho de la ocupación garantiza un sistema equilibrado de derechos y obligaciones de la potencia ocupante. La Corte Internacional de Justicia lo resume adecuadamente[14]:

> [La potencia ocupante] tenía la obligación, según el artículo 43 del Reglamento de la Haya, de tomar todas las medidas que estuviesen a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto fuese posible, el orden y la seguridad públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en [el territorio ocupado]. Dicha obligación comprendía el deber de asegurar el respeto de las reglas aplicables del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, proteger a los habitantes del territorio ocupado contra actos de violencia y no tolerar tales actos de violencia cometidos por terceros.

Este régimen jurídico satisface numerosos intereses asociados con la protección. Pero ¿acaso todos los intereses en juego necesitan protección durante la etapa de invasión? ¿Se puede esperar, dentro de los límites de lo razonable, que estén protegidos durante la etapa de invasión? En el debate de la doctrina sobre la superposición entre los dos términos, la teoría propuesta por Pictet ofrece una respuesta: toda invasión lograda crea inmediatamente una situación de ocupación:

12 Ibíd.

13 Las leyes de la guerra terrestre (en adelante, Manual de Oxford), Oxford, 9 de septiembre de 1880, art. 41.

14 CIJ, Actividades armadas en el territorio del Congo (*República Democrática del Congo c. Uganda*), Fallo, 19 de diciembre de 2005, párr. 178.

> No existe período intermedio entre lo que podría denominarse etapa de invasión y la instauración de un régimen de ocupación estable. Hasta una patrulla que incursiona en territorio enemigo sin ninguna intención de permanecer allí debe respetar los Convenios en su trato con los civiles[15].

Este enfoque es, con el debido respeto por su autor y su interés en la protección de las víctimas, como mínimo, demasiado simplista. Marten Zwanenburg lo rechaza, con toda razón. En su significado natural, el término "ocupación" implica la existencia de algún tipo de control. Sólo cierto nivel de control puede llevar al establecimiento de un régimen especial de derechos y obligaciones, incluidos los deberes de protección impuestos a la potencia ocupante, que constituyen la esencia del derecho de la ocupación. La mera presencia de fuerzas armadas en territorio extranjero no basta para dar origen a la aplicación de ese régimen. Los ataques furtivos en zonas de frontera no determinan una situación de control ni tampoco de ocupación. Cuando un ejército avanza por territorio extranjero, no se establece de inmediato una situación de ocupación. Si un tanque se traslada hacia un campo de batalla que está a un kilómetro de distancia y pasa por una casa que se está incendiando, no se supone que el conductor deba detenerse para ayudar a los bomberos. No debe disparar contra los bomberos, porque son civiles, y debe dejarlos trabajar porque son una unidad de defensa civil protegida. Pero en esa etapa del conflicto, el ejército invasor no tiene la obligación que se impone a una potencia ocupante de velar por el bienestar de los residentes en el territorio ocupado, que bien podría contemplar la ayuda a los bomberos que apagan un incendio. La fuerza invasora que es parte en el conflicto tiene obligaciones que se definen esencialmente por la negación: no atacar a la población civil, ni a personas civiles, ni bienes de carácter civil. En una zona de contacto, mientras se desarrollan las hostilidades, el ejército invasor tiene preocupaciones y responsabilidades distintas de las tareas de mantenimiento del orden público que competen a la potencia ocupante.

¿Cuándo cambia la situación para que esas responsabilidades recaigan, en efecto, en la fuerza invasora? Zwanenburg no se hace esa pregunta esencial, ni necesita hacérsela en el marco de su argumentación. Sin embargo, una cosa es deconstruir la teoría de Pictet y otra, dar la respuesta adecuada a una pregunta tan importante. ¿Cuánto tiempo debe esperar la población del territorio invadido hasta que el invasor se ocupe de mantener el orden público que esa población tanto necesita? ¿Hasta que el comandante del ejército invasor se encuentre cómodo en la sede del anterior gobierno provincial y tenga asistentes que atiendan el teléfono y escriban la declaración por la cual asume los poderes que corresponden a un ocupante? Si la respuesta es afirmativa, habría que concluir, en última instancia, que el establecimiento de un régimen de ocupación depende de la buena voluntad del comandante del ejército invasor o de su gobierno. Así se desatenderían las necesidades de la población afectada, que debe recibir la protección de algún gobierno.

15 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, art. 6, p. 60.

También quedaría implícito que el concepto de "ocupación" es subjetivo y depende de la voluntad del ocupante. Sin embargo, la de ocupación es una noción objetiva. El derecho de la ocupación se aplica tan pronto como se produce, en términos objetivos, una situación de ocupación.

Objetivamente, la ocupación implica control de facto. En ese sentido, Zwanenburg está en lo cierto, pero si las fuerzas presentes en territorio extranjero no están dispuestas a ejercer ese control, la situación objetiva no cambia. Una situación de ocupación no sólo se produce cuando una fuerza de ocupación asume, en efecto, los poderes del gobierno, sino que ya ha ocurrido si esa fuerza está en posición de hacerlo. Esta interpretación del ámbito de aplicación del derecho de la ocupación aparece en formulaciones antiguas y en otras más recientes de esta rama del derecho.

En el Manual de Oxford está expresada con claridad:

> Art. 41. Se considera que un territorio ha sido ocupado cuando, como consecuencia de la invasión de fuerzas hostiles, el Estado al que pertenece ha cesado, de hecho, de ejercer su autoridad regular, y el *Estado invasor está en posición de mantener el orden por sí mismo*. Los límites de ese estado de cosas determinan el alcance y la duración de la ocupación[16].

El mismo concepto está contenido en el nuevo Manual sobre el derecho de los conflictos armados del Reino Unido, según el cual deben reunirse dos condiciones: "En primer lugar, que el anterior gobierno se haya vuelto incapaz de ejercer públicamente su autoridad en la zona y, en segundo lugar, que la potencia ocupante *esté en posición* de reemplazar con su propia autoridad la del gobierno anterior"[17]. El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia adopta, esencialmente, la misma prueba doble: "La potencia ocupante *debe estar en posición* de reemplazar con su propia autoridad la de las autoridades del territorio ocupado, que deben haberse vuelto incapaces de ejercer la función pública"[18].

¿Cuándo un ejército invasor está en posición de ejercer el control? Depende de distintas circunstancias. No obstante, la experiencia, en especial en el caso de Irak, indica que esa posición puede alcanzarse antes de lo previsto. Si la invasión no encuentra resistencia y la estructura del anterior gobierno desaparece, el invasor se encuentra muy pronto en esa posición, le guste o no. Ésa es la situación, a la que ya hemos hecho referencia, en la que la resistencia de un Estado invadido se desarma rápidamente, de modo que el invasor está en posición de ejercer la autoridad de hecho mientras el avance (invasión) aún continúa en otras partes del territorio. Un comandante responsable (y optimista) de una fuerza invasora debería redactar reglas de enfrentamiento que advirtieran a los soldados sobre la responsabilidad

16 Manual de Oxford, v. nota 13 *supra* (el subrayado es nuestro).

17 Ministerio de Defensa del Reino Unido, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, 2004, Sec. 11.3 (el subrayado es nuestro).

18 TPIY, *El fiscal* c. *Naletilić and Martinović*, Causa n.º IT-98-34-T, Fallo (Sala de Primera Instancia), 31 de marzo de 2003, párr. 217 (el subrayado es nuestro).

de proporcionar al menos una protección básica a la población desde una etapa relativamente temprana de una invasión lograda.

¿Qué significa todo esto para el postulado de Pictet de que no existe una situación intermedia entre la invasión y la ocupación? Según nuestro punto de vista, la situación intermedia, si existe, sería muy breve. Una vez que el invasor ha asumido el control de parte de un territorio invadido, se aplica el derecho de la ocupación, incluso si el avance que precede a ese control no ha cesado en otras partes del territorio. El punto fundamental que acerca la solución que se propone aquí a la de Pictet es la interpretación de que no es el establecimiento efectivo de un mecanismo de control lo que marca el inicio de la aplicación del derecho de la ocupación, sino el hecho de que el invasor esté en posición de ejercer la autoridad, aunque no tenga la voluntad de hacerlo.

Lo que es objetable es el ejemplo que proporciona Pictet en el pasaje citado anteriormente[19]. Una patrulla que incursiona en territorio enemigo sin ninguna intención de permanecer allí no establece una situación de control efectivo y, por lo tanto, no desencadena la aplicación del derecho de la ocupación. Pero es exactamente en ese punto donde Marco Sassòli coincide con Pictet. Sassòli sostiene que la teoría de Pictet es, en efecto, necesaria para asegurar una protección adecuada a las personas que caen en poder de una fuerza invasora antes de que exista una situación de ocupación en el sentido empleado en este comentario. Se ha propuesto que esa protección puede garantizarse por medio de normas distintas de las del derecho de la ocupación, en particular, el Protocolo adicional I, el derecho humanitario consuetudinario y el derecho de los derechos humanos. Parte del problema, como apunta Sassòli, radica en la definición algo inadecuada del concepto de "personas protegidas" en el IV Convenio de Ginebra. El artículo 75 del Protocolo adicional I fue redactado especialmente para remediar esa falla. Con la solución propuesta en este comentario, la protección necesaria de las personas que están en poder de una fuerza invasora no se ve afectada y se evita, en cambio, otra dificultad seria a la que se enfrenta la teoría de Pictet. Las obligaciones de la potencia ocupante de restablecer y garantizar la seguridad y el orden público, y de asegurar que la población reciba alimentos, vivienda, atención sanitaria y educación son obligaciones positivas de protección. Como admite Sassòli, no es razonable esperar que la potencia ocupante cumpla con esas obligaciones mientras continúan las hostilidades. Para decirlo de otro modo, algunas obligaciones de la potencia ocupante, al menos de acuerdo con la interpretación que hace Sassòli de la teoría de Pictet, no se aplican durante la etapa de invasión. Así, la teoría de Pictet queda a salvo de las críticas que la consideran inviable en la práctica, pero se torna necesario limitar las obligaciones de protección de la potencia ocupante, que ya no se aplicarían a todas las situaciones de ocupación sino sólo a las de mayor duración.

19 V. el texto correspondiente a la nota 15.

Nota en defensa de Pictet y de los habitantes de territorios invadidos: aplicabilidad del IV Convenio de Ginebra durante la etapa de invasión

Marco Sassòli

Marco Sassòli es director del Departamento de Derecho Internacional y Organización Internacional y profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra, y profesor asociado de la Universidad Laval y la Universidad de Quebec en Montreal, Canadá; también es miembro del comité de redacción de la *International Review of the Red Cross**.

***

Marten Zwanenburg y Michael Bothe, por quienes siento una profunda admiración y un gran respeto, hacen una distinción entre etapa de invasión y etapa de ocupación en el contexto de un Estado que es parte en un conflicto armado internacional contra otro Estado cuyas fuerzas militares se encuentran en el territorio del primero. Según estos autores, las disposiciones sobre territorios ocupados del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (en adelante, IV Convenio) se aplican sólo durante la ocupación, opinión que no comparto. En lo que difieren —las diferencias son sólo de matiz y, en ese sentido, mi postura se acerca más a la de Michael Bothe— es en cuanto al momento en que comienza a aplicarse el DIH de la ocupación militar. Los dos autores centran el debate en si debe haber distinción entre la etapa de invasión y la de ocupación. Así, me facilitan la tarea de defensa de la interpretación contraria, propuesta por Jean S. Pictet, por quien profeso el mayor de los respetos. Como defensor de una postura, gozo del beneficio de la unidimensionalidad y me permito

* Quisiera agradecer a mi antiguo estudiante Michael Siegrist las ideas que me ha aportado en su tesis de maestría y a mi asistente, investigadora y estudiante de doctorado Nishat Nishat, su revisión de este texto.

eludir la complejidad. En primer lugar, sostengo que una interpretación sistémica del IV Convenio, en la que se considere su objetivo y propósito y se descarten resultados absurdos, lleva a la conclusión de que el control enemigo de una persona en un territorio invadido es suficiente para que esa persona esté protegida por las disposiciones del IV Convenio relativas a territorios ocupados. En segundo lugar, incluso cuando la ocupación esté definida sólo desde una perspectiva territorial, un civil que cae en poder del enemigo durante una invasión necesariamente se encuentra en una parte del territorio controlada por el enemigo. En tercer lugar, esa interpretación no requiere que las fuerzas invasoras realicen tareas que no pueden llevar a cabo. La formulación de las disposiciones del IV Convenio (e incluso las del Reglamento de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (en adelante, Reglamento de La Haya)) es lo suficientemente flexible para que no sea necesario exigir algo imposible de ejecutar durante la etapa de invasión. En cambio, el concepto de control podría interpretarse de manera funcional, con umbrales diferentes para normas distintas.

Salvar la brecha creada por la estructura del IV Convenio de Ginebra

La mayoría de las disposiciones del IV Convenio —artículos 27 a 141, es decir el Título III— benefician sólo a los "civiles protegidos", como se los define en el artículo 4:

> El presente Convenio protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una parte en conflicto o de una potencia ocupante de la cual no sean súbditas.

Como propone Marten Zwanenburg, decir que los habitantes de los territorios invadidos son civiles protegidos porque están en poder de una potencia ocupante sería dar una definición circular. Sin embargo, lo que Zwanenburg olvida es la primera alternativa del artículo 4, es decir, "en caso de conflicto". Cuando los habitantes de un territorio invadido están bajo el poder de una fuerza invasora, por ejemplo, porque han sido arrestados o detenidos, están, sin ninguna duda, en poder de una parte en conflicto de la cual no son súbditos.

Como los habitantes de territorios invadidos que están en poder del invasor son personas protegidas, deben beneficiarse de algunas de las disposiciones del Título III del IV Convenio sobre "estatuto y trato de las personas protegidas". Las disposiciones del Título III están divididas en aquellas aplicables a extranjeros que se encuentran en el territorio "propio" (es decir, no ocupado) de un Estado y aquellas aplicables en territorios ocupados. Las dos categorías son mutuamente excluyentes, y se podría asegurar que entre ambas cubren todas las situaciones posibles en las que un civil está en poder del enemigo. La Sección II protege a los extranjeros en el territorio de una parte en conflicto; la Sección III se aplica a territorios ocupados; y la Sección IV contiene normas que explicitan la protección de civiles internados por imperiosas razones de seguridad en los territorios propios

y ocupados de una de las partes. Respecto de la Sección I, el título, referido a las "Disposiciones comunes a los territorios de las partes en conflicto y a los territorios ocupados", podría interpretarse como que comprende no sólo el territorio propio y los territorios ocupados, sino también cualquier otro territorio de una parte en conflicto. Sin embargo, una interpretación sistémica indicaría que "comunes" necesariamente debe referirse a las disposiciones de las secciones siguientes, es decir, las Secciones II y III. Asimismo, los *travaux préparatoires* indican que el Título III tenía por objeto cubrir (sólo) dos categorías de personas: los extranjeros en el territorio de una parte en conflicto y los habitantes de los territorios ocupados[20]. Ninguna norma del Título III protege a un civil que no se encuentra en territorio propio u ocupado de una de las partes.

Así, si un territorio invadido no se considerara ocupado en virtud de las categorías establecidas en el IV Convenio, las "personas civiles protegidas" (y el principal propósito y objeto del mencionado Convenio es brindar protección a las "personas civiles protegidas") que están en poder del enemigo en ese territorio no estarían protegidas por ninguna de las normas del Título III. No constituiría, entonces, una violación del IV Convenio aplicar torturas a una persona que reside en un territorio invadido[21], ni violarla[22], ni tomarla como rehén[23], ni someterla a castigos colectivos[24]. El IV Convenio prohíbe todas esas conductas sólo si esas personas son extranjeros en el territorio de una de las partes o si se encuentran en territorio ocupado. Algunos autores podrían objetar que esas conductas están prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos (si se acepta su aplicación extraterritorial, a lo que algunos expertos y Estados se opondrían, en particular si no existe ocupación, como sostendrían Zwanenburg y Bothe), el artículo 75 del Protocolo adicional I y el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra aplicable como mínimo común en todos los conflictos armados. Otros podrían añadir que los habitantes de territorios invadidos están considerados en el Capítulo I de la Sección II del Reglamento de La Haya, "De los medios de hacer daño al enemigo, de los sitios y de los bombardeos"; en el Título II del IV Convenio, "Protección general de la población contra ciertos efectos de la guerra"; y en los dictados de la conciencia pública de la cláusula de Martens. Sin embargo, como la cláusula no proporciona ningún detalle y, por lo tanto, su protección tiene vigencia sólo cuando los beligerantes actúan de buena fe, el Capítulo I de la Sección II del

20 Comité III, "Report to the Plenary Assembly", en *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Berna, 1950-1951, vol. IIA, p. 821: "El Título III constituye la parte principal del Convenio. Es necesario tratar dos situaciones que presentan diferencias fundamentales: los extranjeros en el territorio de un Estado beligerante y la población nacional o extranjera residente en un país ocupado por el enemigo". La nota preliminar del CICR a los Convenios de Ginebra es aún más explícita: "[En el CG IV] se hace la distinción […] entre la situación de los extranjeros en el territorio de una parte en conflicto y la de la población de los territorios ocupados. Está dividido en 5 secciones. La Sección I contiene las disposiciones comunes a estas dos categorías de personas…". V. también *Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Ginebra, CICR, 2010, Nota preliminar, p. 35.

21 El art. 32 del IV CG sólo se aplica a territorios propios y ocupados.

22 El art. 27(2) del IV CG sólo se aplica a territorios propios y ocupados.

23 El art.34 del IV CG sólo se aplica a territorios propios y ocupados.

24 El art. 33(1) del IV CG sólo se aplica a territorios propios y ocupados.

Reglamento de La Haya se ocupa principalmente de asuntos de la conducción de hostilidades y sólo del artículo 22, de carácter general, que establece que "[l]os beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios de perjudicar al enemigo", se podría considerar que abarca los temas mencionados anteriormente. El Título II del IV Convenio aborda temas completamente distintos y se aplica a todos los civiles, no sólo a las personas protegidas, mientras que la especificidad de los habitantes de un territorio invadido es que son personas de nacionalidad enemiga que conviven con un beligerante en su propio territorio, independientemente de su voluntad. Esa situación es, precisamente, la que motivó la formulación del DIH de la ocupación militar.

El control de una persona es suficiente

En cualquier caso, está fuera de discusión que el IV Convenio proporciona una protección mayor y más específica a los civiles que se encuentran en poder del enemigo que los demás instrumentos jurídicos mencionados. En mi opinión, es imposible imaginar que quienes redactaron el Convenio ignoraran la zona intermedia entre territorio propio y territorio ocupado, dejando a algunas personas a quienes definen como protegidas sin *ninguna* protección en las normas de los tratados que aprobaron, incluso cuando no había ninguna razón para que esas personas necesitaran o merecieran menos protección que otros civiles en poder del enemigo. Además, tomando el pertinente ejemplo mencionado por Pictet[25], parece absurdo que la deportación de civiles en la etapa de invasión no estuviera prohibida por ninguna norma del IV Convenio[26] y que, sin embargo, estuviera totalmente prohibida una vez que una situación de invasión se transforma en ocupación. No parece haber justificación posible para esa diferencia arbitraria. El control de una persona en un territorio que no pertenece al invasor debe, por tanto, bastar para que las disposiciones del IV Convenio aplicables a territorios ocupados alcancen a esa persona.

Una interpretación funcional de la cantidad de territorio que debe estar ocupado

Muchos autores, incluidos Zwanenburg y Bothe, objetan que, según el significado corriente de los términos (y el artículo 42 del Reglamento de La Haya), en la ocupación está implícito el control del territorio. De hecho, una persona puede ser arrestada o detenida, pero no "ocupada". La respuesta a esa objeción podría ser que una persona no puede estar en poder de las fuerzas invasoras si el terreno ("territorio") en el cual se encuentra esa persona no está controlado por alguien perteneciente a las fuerzas invasoras. Para poder torturar, golpear, arrestar, detener o deportar a una persona, necesariamente se debe controlar el lugar donde

25 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, CICR, 1958, p. 60.

26 El art. 49(1) del IV CG sólo se aplica a territorios ocupados.

se encuentra esa persona. Ni el IV Convenio ni el Reglamento de La Haya dejan en claro cuál es la extensión mínima que debe tener un territorio para considerarse ocupado. El artículo 42(2) del Reglamento de La Haya sólo deja entender que el control sobre partes del territorio de un Estado es suficiente para aplicar las normas sobre territorios ocupados del Reglamento de La Haya. Nadie puede negar que pueda ocuparse un solo poblado fronterizo. ¿Por qué no sería posible reducir la extensión requerida de territorio a la porción de terreno donde está apostado el soldado de las fuerzas invasoras? Está necesariamente bajo su control y el Estado territorial es necesariamente incapaz de ejercer su autoridad sobre ese terreno; de lo contrario, el soldado sería un prisionero de guerra[27] o estaría muerto.

Una interpretación flexible de las obligaciones de las potencias ocupantes

La principal objeción a la interpretación anterior es que muchas de las disposiciones del IV Convenio, en particular, las que imponen obligaciones positivas a una potencia ocupante, no pueden de ninguna manera ser respetadas por fuerzas invasoras y que deben evitarse las interpretaciones poco realistas de las disposiciones del DIH (y en esto coincido con Zwanenburg), no sólo en virtud de las reglas de interpretación de los tratados, sino también porque las normas no realistas no protegen a nadie y debilitan la voluntad de los beligerantes de respetar incluso las normas realistas del DIH. Sin embargo, quienes defienden ese argumento interpretan las disposiciones del IV Convenio sobre territorios ocupados como si impusieran estrictas obligaciones de resultado. Como ha demostrado minuciosamente en su tesis de maestría un antiguo estudiante mío, Michael Siegrist, ése no es el caso[28]. Basándome en los resultados de su investigación, comentaré aquí los ejemplos mencionados por Zwanenburg. De conformidad con el artículo 50 del IV Convenio, una potencia ocupante tiene la obligación de facilitar, con la cooperación de las autoridades nacionales y locales, el buen funcionamiento de los establecimientos dedicados a la educación de los niños. Esa obligación implica, en primer lugar, la prohibición de interferir en las actividades de dichos establecimientos[29]. No veo motivos que impidan a las fuerzas invasoras abstenerse de requisar la única escuela existente en el poblado invadido. En cambio, coincido con Zwanenburg en que colaborar con el buen funcionamiento de esos establecimientos podría requerir cierto grado de control y autoridad. No obstante, los tipos de apoyo necesarios pueden ser múltiples, y el hecho de que las fuerzas invasoras los proporcionen dependerá de las circunstancias y de su capacidad. Asimismo, como claramente establece el artículo 50 ("facilitar"), dar apoyo a los establecimientos educativos es una obligación de medios, es decir que sólo se requiere que las tropas invasoras

27 Si estuviera en un territorio bajo el control del adversario, necesariamente estaría en "poder del enemigo", de conformidad con el art. 4 del III CG relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, del 12 de agosto de 1949.

28 Para profundizar en el tema, v. Michael Siegrist, *The Functional Beginning of Belligerent Occupation,* Ginebra, The Graduate Institute, eCahiers, n.º 7, abril de 2011, pp. 35-77, disponible en línea en http://iheid.revues.org/75?lang=en (consultado el 28 de marzo de 2012).

29 J. S. Pictet, v. nota 25 *supra*, p. 286.

hagan lo posible para lograr el buen funcionamiento de los establecimientos dedicados a la asistencia y a la educación de los niños.

En cuanto a que el argumento de que el artículo 50(3) del IV Convenio ("tomar medidas para garantizar la manutención y la educación, si es posible por medio de personas de su nacionalidad, idioma y religión, de los niños huérfanos o separados de sus padres a causa de la guerra, a falta de un pariente próximo o de un amigo que esté en condiciones de hacerlo") impone una carga excesiva, es necesario recordar que sólo se aplica si las instituciones locales son inadecuadas (algo que las fuerzas invasoras no pueden evaluar). La obligación establecida en este artículo se considera como último recurso (sólo cuando las instituciones locales resultan inadecuadas o cuando no hay parientes cercanos o amigos que puedan ocuparse de los niños huérfanos o separados de sus padres) y sólo requiere que se tomen medidas (es decir, que se planifique y se hagan los preparativos necesarios) para garantizar la manutención y la educación.

Del mismo modo, respecto del artículo 56 del IV Convenio, Pictet señala que el deber de organizar hospitales y servicios sanitarios, y de tomar medidas para controlar las epidemias "corresponde, sobre todo, a los servicios competentes del territorio ocupado"[30]. Siempre que las autoridades nacionales o locales puedan realizar esas tareas, lo único que se le exige a la potencia ocupante es que no ponga obstáculos a la ejecución de las mismas. Sólo cuando los hospitales y los servicios sanitarios no funcionen adecuadamente, la potencia ocupante deberá prestar esos servicios y, en virtud del artículo 56, sólo "[e]n toda la medida de sus medios". Las fuerzas invasoras sólo cuentan con medios limitados para adoptar, en particular, "medidas profilácticas y preventivas", como adecuadamente exige el IV Convenio "con la colaboración de las autoridades nacionales y locales". En cuanto a las obligaciones fundamentales vinculadas con el cuidado de los heridos, éstas corresponden a la fuerza invasora (si lo permiten "las exigencias militares"), en virtud del artículo 16 del IV Convenio, que se aplica incluso fuera de los territorios ocupados.

Las disposiciones del IV Convenio revelan un equilibrio entre necesidad y humanidad. Las que imponen obligaciones concretas a una de las partes en conflicto tienen en cuenta la necesidad, los medios limitados y otras prioridades, en el sentido de que normalmente dan a las partes cierto margen de maniobra en la manera en que pueden cumplir con sus obligaciones. Con frecuencia, las obligaciones positivas son obligaciones de medios, que tienen en cuenta las circunstancias y los medios de que disponen las fuerzas invasoras. El principio de humanidad, por otra parte, garantiza que los derechos fundamentales y las salvaguardas no puedan denegarse. Esas disposiciones son absolutas, pero son de naturaleza negativa y, por lo tanto, no exigen que las fuerzas invasoras proporcionen nada.

Además, quienes aseguran que el DIH de la ocupación militar no es aplicable de ninguna manera durante la etapa de invasión olvidan que también es posible considerar que las disposiciones de la Sección III del Título III del IV Convenio confieren ciertos derechos a las fuerzas invasoras, por ejemplo, una base jurídica para imponer medidas de seguridad, internamiento o trabajo forzoso.

30 Ibíd., p. 313.

Podría decirse que, de lo contrario, las fuerzas invasoras simplemente no tendrían fundamento jurídico para arrestar o detener a civiles que pusieran en peligro su seguridad.

Una solución alternativa: el concepto de ocupación podría variar según la norma aplicable

Puedo entender que algún lector tome con escepticismo una interpretación tan flexible de las normas del DIH relativas a la ocupación militar, porque la flexibilidad suele acompañarse de abusos, incluso cometidos por las potencias ocupantes tras la etapa de invasión. Los escépticos obtendrían el mismo resultado adoptando una noción funcional de ocupación (o del inicio de esa etapa). La idea de que sólo algunas normas del DIH se aplican durante la etapa de invasión no es nueva. El propio Pictet hace una distinción entre el Reglamento de La Haya y el IV Convenio, pues sostiene que, en el Convenio, "la palabra 'ocupación' […] tiene un significado más amplio que en el artículo 42 del Reglamento de La Haya"[31], lo que significa que su teoría no se aplica al Reglamento de La Haya. Sin embargo, la prohibición del artículo 44 del Reglamento de La Haya de "compeler a los habitantes de un territorio ocupado [por una parte beligerante] a dar informes sobre el ejército del otro beligerante o sobre sus medios de defensa" puede ser más fácil de respetar (y, ciertamente, debe ser respetada) por un invasor que el artículo 50 del IV Convenio, que impone a la potencia ocupante la obligación complementaria de garantizar que los niños reciban educación. Siegrist observa que incluso el artículo 43 del Reglamento de La Haya, que exige que la potencia ocupante tome "todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos", comprende ciertas obligaciones que pueden y deben ser respetadas por las fuerzas invasoras[32].

Otros, incluido el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY)[33], proponen distinguir entre las normas que protegen a las personas y las que protegen bienes, siendo sólo las primeras las que han de aplicarse durante la etapa de invasión. Esa postura se sustenta en la opinión de Pictet, según la cual "[e] n lo que atañe a las personas, la aplicación del IV Convenio de Ginebra no depende de la existencia de un estado de ocupación de conformidad con lo establecido en el artículo 42 [del Reglamento de La Haya]"[34]. Desde mi punto de vista, las palabras de Pictet no necesariamente sugieren una distinción entre individuos y bienes. Es posible considerar que los bienes están protegidos porque pertenecen a personas que gozan de protección. En todo caso, durante la etapa de invasión, los bienes también están protegidos contra el pillaje y la destrucción, como consta en el Capítulo I de la Sección II del Reglamento de La Haya[35]. Respecto de la destrucción,

31 Ibíd., p. 60.

32 M. Siegrist, v. nota 28 *supra*, pp. 66-67.

33 Cf. TPIY, *El fiscal c. Naletilić y Martinović*, Causa n.º IT-98-34-T, Fallo (Sala de Primera Instancia), 31 de marzo de 2003, párrs. 221 y 587.

34 J. S. Pictet, v. nota 25 *supra*, p. 60.

35 V. arts. 23(g) y 28 del Reglamento de La Haya.

en mi opinión, la prohibición impuesta por el artículo 23(g) del Reglamento de La Haya, según el cual está prohibido "[d]estruir o tomar propiedades enemigas, a menos que tales destrucciones o expropiaciones sean exigidas imperiosamente por las necesidades de la guerra", ha adquirido nuevos matices en dos situaciones contempladas por el DIH moderno. Para el invasor, en lo que respecta a los bienes que están bajo el control del enemigo, la prueba decisiva está estipulada en el artículo 52(2) del Protocolo adicional I: si el objeto contribuye a la acción militar y si su destrucción constituye una ventaja militar para el atacante. No bien un invasor tiene control del objeto, por definición, éste ya no contribuye a la acción militar del enemigo. Entonces, su destrucción puede estar justificada sólo en virtud del DIH de la ocupación militar, en concreto, por el artículo 53 del IV Convenio, cuando las destrucciones "sean absolutamente necesarias a causa de las operaciones bélicas", es decir, por una norma más restrictiva. Del mismo modo, sería ilógico que la prohibición de requisar hospitales impuesta por el artículo 57 del IV Convenio no se aplicara durante la etapa de invasión, mientras que las obligaciones concernientes a la educación del artículo 50 sí se aplicarían porque en ellas están mencionadas las personas como beneficiarias.

Aunque tomo muy en serio la objeción de Zwanenburg respecto de que las normas del DIH deben ser claras y predecibles para quienes deben aplicarlas en el terreno, propongo analizar qué normas se aplican durante la etapa de invasión dejando de lado categorías amplias preestablecidas y estudiar cada norma considerando el nivel de control que el invasor ejerce en ese caso en particular. De ese modo, se evitaría la dificultad que señala Bothe para determinar el momento en que una invasión pasa a ser ocupación. Identificar esa transición sería equivalente, para el inicio de la ocupación, al concepto funcional del fin de una ocupación adoptada implícitamente en trabajos académicos[36], documentos de la ONU[37] y los Estados que consideran que la franja de Gaza todavía está bajo ocupación israelí, pero que (afortunadamente) no exigen que Israel vuelva a entrar en Gaza para mantener la ley y el orden[38], para garantizar que los detenidos reciban un trato humano[39] o que no sean utilizados (por los palestinos) con el fin de que ciertas instalaciones

36 V., por ejemplo, Solon Solomon, "Occupied or not: the question of Gaza's legal status after the Israeli disengagement", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, 2011, pp. 59-90; Shane Darcy y John Reynolds, "An enduring occupation: the status of the Gaza Strip from the perspective of international humanitarian law", *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 15, n.º 2, 2010, pp. 211-243; Mustafa Mari, "The Israeli disengagement from the Gaza Strip: an end of the occupation?", *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 8, 2005, pp. 356-368

37 V. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe de la Misión de investigación de las Naciones Unidas sobre el conflicto de Gaza, Doc. ONU A/HRC/12/48, 25 de septiembre de 2009, párrs. 273-279; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe de la Misión de investigación de violaciones del derecho internacional, incluidos el derecho humanitario y los derechos humanos, tras el ataque de Israel a la flotilla de buques que transportaban ayuda humanitaria, Doc. ONU A/HRC/15/21, 22 de septiembre de 2010, párrs. 63-66.

38 Como debería hacerlo en virtud del art. 43 del Reglamento de La Haya.

39 Como debería hacerlo en virtud de los arts. 27 y 76 del IV CG.

gocen de inmunidad contra ataques militares[40]. La idea de Pictet respecto de que "los artículos 52, 55, 56 y hasta algunas disposiciones de los artículos 59 a 62 [...] presuponen la presencia de autoridades de ocupación durante un período prolongado" va en el mismo sentido[41]. Con esa interpretación funcional de ocupación, un territorio invadido podría, en cierto momento, estar ocupado para los fines de la aplicabilidad del artículo 49 (que prohíbe las deportaciones) y no estarlo para la aplicabilidad del artículo 50 (acerca de la educación). Con una escala de grises de obligaciones según el grado de control, las obligaciones de abstención se aplicarían en cuanto la conducta que prohíben se volviera materialmente posible (la persona que se beneficia de la prohibición está en poder de las fuerzas invasoras), mientras que las obligaciones de provisión y garantía se aplicarían con posterioridad. Siegrist hace una distinción entre las normas para las cuales hay una brecha considerable en la protección que existiría si no se aplicaran durante la etapa de invasión (artículos 49, 51(2)-(4), 52, 53, 57, y 63 del IV Convenio); obligaciones de provisión o respeto que comienzan a aplicarse como consecuencia de determinadas actividades ejecutadas por la potencia ocupante y que, por lo tanto, en cualquier circunstancia, sólo se aplican durante la etapa de invasión si la potencia ocupante tiene la capacidad y la voluntad para llevar a cabo esas actividades (artículos 64-75, 54, 64(1) y 66, y 78 del IV Convenio), por ejemplo, juzgar o internar a civiles protegidos; y las obligaciones de provisión o respeto debidas al mero hecho de la ocupación (artículo 43 del Reglamento de La Haya y artículos 48, 50, 51(1), 55, 56, 58, 59-61 y 62 del IV Convenio)[42]. La escala de grises sería más apropiada para la realidad dinámica y cambiante de las guerras y las armas de hoy, así como para la ausencia de frentes de batalla que la caracteriza, que el concepto tradicional de "blanco o negro". Tanto una interpretación flexible de las obligaciones como una concepción funcional de la ocupación resolverían todos los casos mencionados por Marten Zwanenburg y Michael Bothe como objeciones contra la "teoría de Pictet".

En conclusión, mientras que mi punto de partida teórico está en las antípodas de la perspectiva de Zwanenburg y Bothe, debo admitir que mi postura sólo conduciría a resultados distintos de los que se siguen de la de Bothe en unos pocos casos. Respecto de Zwanenburg, me resulta imposible evaluar las diferencias prácticas entre su postura y la mía, puesto que no está claro precisamente cuándo considera que un territorio pasa de ser invadido a estar ocupado. El autor tampoco señala si se requiere un mínimo de territorio para una ocupación ni, de ser así, cuál sería su dimensión. De todos modos, en el plano teórico, mi propuesta tiene la ventaja de evitar vacíos jurídicos entre categorías como los que han tenido consecuencias prácticas importantes en los últimos años (por ejemplo, entre civiles y combatientes o entre conflictos armados internacionales y no internacionales).

40 Como debería hacerlo de conformidad con el art. 28 del IV CG. Si Gaza es un territorio ocupado, sus habitantes son necesariamente personas protegidas, porque toda persona (que no es súbdita de la potencia ocupante) que se encuentra en ese territorio está en poder de la potencia ocupante. J. S. Pictet, v. nota 25 *supra*, p. 47.

41 Ibíd., p. 60.

42 M. Siegrist, v. nota 28 *supra*, pp. 47-77.

Marzo de 2012, N.º 885 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

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

Yutaka Arai-Takahashi*

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

Resumen

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

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

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

En este artículo, se examina la evolución de las doctrinas relativas al derecho de la ocupación a lo largo de su historia, desde fines del siglo XVIII hasta nuestros días. Aunque en él se reseñan los principales cambios que han afectado el marco normativo del derecho de la ocupación, su alcance no abarca la realización de un examen histórico pormenorizado, sino que se centra concretamente en dos rasgos fundamentales que subyacen al desarrollo histórico del derecho de la ocupación: en primer lugar, los discursos jurídicos sobre la limitada autoridad legislativa de la Potencia Ocupante, consignada en el artículo 43 de los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907[1] (y, más adelante, en el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra de 1949) y el concepto de "necesidad" que opera como excepción a dicho principio en ese instrumento; y, en segundo lugar, las narrativas y el discurso que justifican la exclusión de las "ocupaciones coloniales" del marco normativo del derecho de la ocupación.

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

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

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

El cuerpo principal del artículo se divide en dos partes. En la primera se aborda la evolución histórica del corpus general del derecho de la ocupación, desde su nacimiento en el período que siguió a las guerras napoleónicas hasta nuestros días, con especial atención a la interacción entre la norma global basada en el principio "conservacionista" y el concepto de "necesidad", ambos tomados del artículo 43 de los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907 (conceptos posteriormente recogidos en el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra de 1949). Conforme al principio "conservacionista", las Potencias Ocupantes no tienen permitido modificar las leyes y autoridades administrativas del Estado ocupado[3]. No obstante, se permiten excepciones a este principio general si la Potencia Ocupante tropieza con un "impedimento absoluto" que le impida respetar las leyes locales. Se considera que una situación de este tipo representa el concepto de "necesidad". Además, el enfoque de dos niveles inherente a esta disposición (el principio "conservacionista" como norma general, con el "concepto de necesidad" que prevé motivos para las excepciones a esa norma) también puede discernirse en el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra, aunque con algunos cambios.

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

2 A nivel epistemológico, se considera que el dualismo basado en esta distinción deriva de la tradición filosófica occidental fundada en el esquema binario (mente/cuerpo, objetivo/subjetivo, empírico/metafísico, realidad/apariencia y ellos/nosotros). V. Marianne Constable, "Genealogy and jurisprudence: Nietzsche, Nihilism, and the Social Scientification of Law", en *Law & Social Inquiry*, vol. 19, n.º 3, 1994, pp. 555–556.

3 Gregory H. Fox, "The Occupation of Iraq", en *Georgetown Journal of International Law*, vol. 36, n.º 1, 2005, p. 195.

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

Reseña

En esta parte del artículo, analizaremos la génesis y la evolución histórica del marco normativo del derecho de la ocupación, con especial referencia al "principio conservacionista". Como ya se ha dicho, éste es uno de los principios generales que han regido la totalidad de la estructura normativa del derecho de la ocupación. Indica que las Potencias Ocupantes no están, en general, autorizadas a modificar las leyes y las estructuras administrativas locales en los territorios ocupados. Evidentemente, este concepto se desprende de los supuestos que subyacen al derecho de la ocupación. La Potencia Ocupante no adquiere soberanía sobre el Estado derrocado y ocupado. Su papel consiste en actuar sólo como custodio temporal del territorio hasta que cese la ocupación[4]. La interacción entre el principio conservacionista y el concepto de "necesidad" como excepción a este principio proporciona el microcosmos para los discursos y proposiciones académicos acerca del derecho de la ocupación en su conjunto[5]. Como se verá más adelante, los parámetros de los motivos de "necesidad" pueden extenderse incluso por demás, con el propósito de reclamar una mayor autoridad legislativa para cumplir objetivos de política en los territorios ocupados o meramente para justificar el desconocimiento de normas concretas del derecho de la ocupación.

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

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

Génesis del régimen jurídico de la ocupación

En la era del Iluminismo, autores clásicos como Vattel[6], Jean-Jacques Rousseau[7] y Georg F. von Martens[8] preconizaron algunos de los principios elementales de las leyes de la guerra, en particular la distinción entre combatientes y no combatientes y la protección de la vida y los bienes de los no combatientes contra las calamidades de la guerra[9]. La denominada doctrina Rousseau–Portalis sugiere que la guerra se caracterizaba como una relación entre Estados, no entre particulares[10]. Por cierto, esta doctrina se desarrolló en una época en la que los juristas casi no trazaban distinción alguna entre las nociones de ocupación y de conquista.

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

6 Emmerich de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, J. P. Aillaud, París, 1835, pp. 178–179 y 230, párrafos 150 (trato humano de los prisioneros de guerra) y 200 (donde el autor señala que, pese al derecho del conquistador de apoderarse de los bienes públicos, los individuos conservan sus propiedades). Sin embargo, el derecho de la ocupación, distinto del derecho de conquista, aún no había aparecido. Ninguna parte de este tratado hace referencia a la terminología jurídica de la ocupación. V. también Eyal Benvenisti, "The Origins of the Concept of Belligerent Occupation", en *Law and History Review*, vol. 26, n.º 3, 2008, pp. 622, 624–625 (donde el autor señala que Vattel no traza distinción alguna entre ocupantes y conquistadores).

7 Si bien no previó un régimen jurídico especial para la ocupación como tal, Rousseau consideraba la guerra como un fenómeno que sólo podía darse entre gobiernos y destacó la inmunidad de las vidas y bienes de los particulares. Argumentó que: "La guerra no es, por lo tanto, una relación de hombre a hombre, sino de estado a estado, en la cual los particulares no son enemigos sino accidentalmente, no como hombres ni como ciudadanos, sino como soldados [...] Aun en plena guerra, un príncipe justo, si se apodera en un país enemigo de todo lo que pertenece al pueblo, respeta la persona y los bienes de los particulares". Jean-Jacques Rousseau, El Contrato social, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 2001, Libro Primero, IV ("De la esclavitud"), p. 184. El texto original en francés es el siguiente: *"La guerre n'est donc point une relation d'homme à homme, mais une relation d'Etat à Etat, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes, ni même comme citoyens, mais comme soldats . . . Même en pleine guerre, un prince juste s'empare bien, en pays ennemi, de tout ce qui appartient au public, mais il respecte la personne et les biens des particuliers"*.

8 Georg F. von Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, J. C. Dieterich, Göttingen, 1789, vol. II, Libro VIII, en particular el capítulo III, párr. 234, pp. 343–344 (prohibición de ataques contra mujeres, niños y ancianos), y párr. 235, pp. 345–346 (protección de los derechos de los soldados vencidos en su carácter de prisioneros de guerra, salvo como represalia contra "gentes bárbaras").

9 V., sin embargo, la crítica de Karma Nabulsi a la idea prevaleciente de que Rousseau fue el creador de este principio fundamental del derecho de la guerra moderno (distinción entre combatientes y no combatientes): Karma Nabulsi, *Traditions of War: Occupation, Resistance, and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 184–203 (donde Kabulsi argumenta que Rousseau, en su alegato en favor de la participación de civiles en guerras justas libradas en defensa propia, consideraba que el patriotismo era un elemento esencial).

10 Esta doctrina lleva el nombre de J.-J. Rousseau y del jurista francés Jean-Etienne-Marie Portalis, y también fue preconizada por el diplomático francés Talleyrand: E. Benvenisti, nota 6 *supra*, p. 626. Con respecto al argumento de Rousseau, v. J.-J. Rousseau, nota 7 *supra*, Libro Primero, IV.

Europa continental[11]. Podría decirse que la rudimentaria base representada por el derecho de la ocupación beligerante surgió como una técnica para gestionar esos órdenes territoriales y constitucionales/administrativos caóticos[12]. Dicho de otro modo, fue fruto de los cambios geopolíticos y constitucionales que se difundieron en Europa occidental a principios del siglo XIX[13]. Los revolucionarios declararon y libraron la guerra a las monarquías absolutas en otros países a la vez que actuaban para liberar a las poblaciones locales oprimidas. Lo hicieron firmemente convencidos de los beneficios que sus acciones acarrearían al pueblo. En efecto, en la constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 se declaraba expresamente que "la nación francesa renuncia a las guerras cuyo objetivo sea la conquista y jamás usará sus fuerzas contra la libertad de ningún pueblo"[14]. Muchos de esos revolucionarios actuaron con el propósito de emancipar a los pueblos oprimidos por sus monarcas[15].

Tras la restauración del orden conservador europeo, cristalizada en el Congreso de Viena de Metternich, surgieron los "principios" del mantenimiento (o de la restauración) de la soberanía y la independencia de los Estados ocupados durante las guerras napoleónicas, pese a las numerosas transformaciones territoriales[16]. Es verdad que estos principios se basaban en el arraigado "derecho a la seguridad" y en la independencia de los Estados soberanos[17], pero aún no se los había reconocido como principios definidos del derecho de la ocupación. Los principios eran compatibles con la tendencia reaccionaria de la Santa Alianza de 1815, cimentada en el delicado equilibrio del poder. Con las ideas del liberalismo y la autodeterminación nacional ya difundidas por toda Europa por la Revolución Francesa y las guerras

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

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

13 N. Bhuta, nota 11 *supra*; Martti Koskenniemi, "Occupied zone: 'a zone of reasonableness'?", en *Israel Law Review*, vol. 41, 2008, pp. 13, 30.

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

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

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

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

napoleónicas, las otras dos revoluciones gestadas en Francia en 1830 y 1848 encendieron revueltas populares en demanda de reformas constitucionales y realineamientos políticos en todo el continente. Poco a poco, este escenario contribuyó al surgimiento del orden europeo constituido por Estados-nación de base etnolingüística asentados en la idea de la soberanía nacional, concepto éste que, podría afirmarse, se remonta al sistema nacido de la paz de Westfalia[18]. Es durante este período de transformaciones en Europa que el régimen jurídico de la ocupación comenzó a separarse conceptualmente del de la conquista[19]. A diferencia de la noción de conquista, que otorgaba un derecho soberano válido sobre los territorios conquistados, se consideraba que la ocupación dejaba intacta la soberanía del gobierno derrocado.

Origen de la hipótesis "conservacionista" del derecho de la ocupación desde la perspectiva académica

El origen histórico de la hipótesis "conservacionista" del derecho de la ocupación[20] puede buscarse a través del examen de los tratados clásicos. Tanto Hersch Lauterpacht[21] como Benvenisti[22] sugieren que el perfeccionamiento doctrinario del derecho de la ocupación debe mucho al tratado de August Wilhelm Heffter, de 1844. Heffter sugirió que, salvo en el caso de la *debellatio*, la ocupación era meramente una forma de control temporal que suspendía el ejercicio de los derechos soberanos del Estado ocupado, sin causar la transferencia de la soberanía como tal[23]. Por otra parte, el análisis de la obra *Précis du droit des gens modernes de l'Europe*, de Georg Friedrich von Martens (1789)[24], corrobora la tesis de que el marco

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

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

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

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

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

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

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

normativo básico de la ocupación, incluido el principio conservacionista, se desarrolló con posterioridad al Congreso de Viena (1814–1815). Como señala Bhuta[25], en el texto de este autor alemán clásico la hipótesis conservacionista brilla por su ausencia. Este tratado, publicado en el mismo año de la Revolución Francesa, ni menciona el concepto jurídico de la "ocupación beligerante" ni distingue los derechos de los ocupantes de los de los conquistadores, en la guerra terrestre[26]. Von Martens hasta declaró que:

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

Contrariamente a la tendencia conservacionista del posterior Reglamento de La Haya, el conquistador "no está obligado a preservar la constitución del país conquistado, ni a permitir que sus súbditos sigan gozando de los derechos y privilegios que su anterior Soberano le ha otorgado"[28]. Muchos estudiosos coinciden en que los rasgos principales del principio conservacionista, como las limitaciones al derecho de la Potencia Ocupante a modificar la legislación local en los territorios ocupados y a su derecho a administrar los bienes públicos[29] se fueron reconociendo de forma gradual durante el período de transformación social de Europa que se extendió desde principios hasta mediados del siglo XIX.

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

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

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

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

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

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

En el clima político que reinaba en Europa tras los acontecimientos de 1848, el principio "conservacionista" se transformó en un vehículo normativo adecuado no sólo para mantener el status quo conservador de los Estados poderosos, sino también para los Estados-naciones emergentes, que favorecían la protección de la vida y de los bienes de sus ciudadanos a la vez que se interesaban por mantener sus leyes intactas en caso de que fueran ocupados por otro Estado[30]. Más tarde, a partir de mediados del siglo XIX, el principio de la preservación (o mínima alteración) de las leyes y estructuras administrativas de los territorios ocupados comenzó a responder también a los intereses de la burguesía, cuya importancia iba en aumento. En consonancia con la filosofía del *laissez faire* (dejar hacer)[31], este principio se aplicó a fin de reducir al mínimo los efectos adversos de la ocupación en los derechos de los particulares (incluido el derecho a la propiedad privada)[32]. Según Karma Nabulsi, los principios conservacionistas del derecho de la ocupación se vieron consolidados por el moderado instinto conservador de los abogados internacionales predominantes (burgueses), quienes desempeñaron un papel esencial en la redacción de los textos jurídicos fundamentales del derecho de la guerra durante la segunda mitad del siglo XIX[33]. Entre esos textos figuran las *Instrucciones para el Gobierno de los Ejércitos de los Estados Unidos en Campaña,* de 1863 (el Código Lieber), la Declaración de Bruselas de 1874 (o Proyecto de Bruselas)[34], el *Manual sobre las Leyes de la Guerra Terrestre* de 1880 (el *Manual de Oxford*), y el derecho de La Haya como culminación de las actividades de redacción de tratados en las Conferencias de Paz de 1899 y 1907. Esos abogados favorecían el enfoque basado en la ley y el orden y la preservación del status quo del territorio local (es decir, el enfoque que subyace a lo que Nabulsi llama la "tradición grociana de la guerra")[35].

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

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

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

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

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

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

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

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

> La ley marcial en un país hostil consiste en la suspensión, por la autoridad militar ocupante, del derecho penal y civil y de la administración y gobierno locales en el lugar o territorio ocupado y en la sustitución de éstos por el gobierno y la fuerza militares, así como en el dictado de leyes de carácter general, *en la medida en que la necesidad militar exija la aplicación de esa suspensión, sustitución o dictado*. El comandante de las fuerzas puede resolver que la administración de las leyes civiles y penales continúe en forma total o parcial, como en tiempo de paz, a menos que la autoridad militar disponga otra cosa[36].

Habida cuenta de la estrecha amistad que unía a este emigrado alemán con Johan Caspar Bluntschli, es muy probable que la estructura textual de esta disposición haya sufrido la influencia de las disposiciones análogas sobre los poderes legislativos del ocupante que luego aparecieron en la Declaración de Bruselas y el *Manual de Oxford*, uno de cuyos arquitectos principales fue precisamente Bluntschli[37].

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

Para comprender por qué el principio conservacionista y la excepción a éste configurada por el "concepto de necesidad" se incluyeron en el artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1899 y también en el de 1907[38], es importante echar un vistazo a sus precursores: los artículos 2 y 3 de la Declaración de Bruselas de 1874. Según el artículo 2 de la Declaración de Bruselas:

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

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

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

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

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

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

paz y no las modificará, suspenderá ni sustituirá a menos que sea necesario"[40]. A primera vista, estas dos disposiciones parecen incoherentes. Mientras que el artículo 2 parece conferir a los ocupantes amplia autoridad legislativa, el artículo 3 condiciona el ejercicio de esa competencia al concepto de la necesidad. No obstante, cuando los artículos 2 y 3 de la Declaración de Bruselas se consideran en conjunto, queda claro que tanto el poder de modificar, suspender o reemplazar previsto en el artículo 3, como el poder de sancionar ("*prendra toutes les mesures*") ("tomará todas las medidas) previsto en el artículo 2, pueden ejercerse en caso de necesidad[41]. Si bien la Declaración de Bruselas nunca entró en vigor, el contenido normativo y la estructura del texto (la norma general acerca de la autoridad legislativa del ocupante, sujeta a la excepción en caso de necesidad) se insertaron en los artículos 43 y 44 del *Manual de Oxford*, adoptado por el Instituto de Derecho Internacional en 1880[42].

Más adelante, las dos disposiciones aparentemente incongruentes de la Declaración de Bruselas se integraron en la disposición única contenida en el Reglamento de La Haya de 1899. Esta medida se debió a la necesidad de resolver la controversia principal entre los delegados de la Primera Conferencia de Paz de La Haya (1899), en la que se discutió con vehemencia si el artículo 3 de la Declaración de Bruselas debía mantenerse a fin de prevenir cambios excesivos en la legislación de un territorio ocupado. En la séptima sesión de la Conferencia de La Haya, el 8 de junio de 1899, algunos representantes destacaron la importancia de esta disposición para las potencias pequeñas, teniendo en cuenta las limitaciones impuestas a la Potencia Ocupante beligerante por las palabras *"que s'il y a nécessité"* (a menos que sea necesario). En contraste, la propuesta alternativa contemplaba eliminar esta disposición y conferir a las Potencias Ocupantes mayor capacidad legislativa a cambio de ciertas obligaciones específicas[43]. Cuando se realizó la votación, esta disposición se

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

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

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

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

retuvo por un estrecho margen (13 votos contra 10 y una abstención), al menos hasta que fuese examinada nuevamente en una sesión posterior[44]. En la octava sesión, el señor Bihourd, representante de Francia, propuso una solución de compromiso: eliminar el artículo 3, pero integrar su espíritu en el artículo 2. La parte pertinente de su propuesta era la siguiente: *"en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en viguer dans le pays"* ("respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país")[45]. Por consiguiente, fue gracias a la propuesta de Bihourd que la frase clave *"sauf empêchement absolu"* ("salvo impedimento absoluto") fue introducida en el texto francés auténtico de los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907[46] en lugar de la frase *"que s'il y a nécessité"* (a menos que sea necesario) que había aparecido en el artículo 3 de la Declaración de Bruselas y en el artículo 44 del *Manual de Oxford*. De todos modos, la diferencia terminológica era tan sólo semántica. Los juristas han terminado por interpretar que el término *"sauf empêchement absolu"* ("salvo impedimento absoluto") encarna el concepto de "necesidad"[47], idea ésta que ha sido objeto de abundante debate en los estudios académicos de la esfera jurídica[48].

El derecho de la ocupación durante la Primera Guerra Mundial

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

44 Ibíd., pp. 120–121.

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

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

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

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

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

de la población civil bajo ocupación contenida en el Reglamento de La Haya fue insuficiente para encarar la deportación de civiles durante la ocupación de Bélgica y del norte de Francia en la Primera Guerra Mundial[50]. Ésta fue una de las razones que impulsó al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) a preparar, en el período entre guerras, el proyecto de texto de Tokio sobre la protección de las poblaciones civiles, que posteriormente constituiría la base del IV Convenio de Ginebra[51].

Durante la Primera Guerra Mundial, las autoridades ocupantes en Bélgica desecharon todas las limitaciones impuestas por el Reglamento de La Haya a fin de introducir cambios radicales en las estructuras administrativas y jurídicas[52]. Interpretaron que el artículo 43 del Reglamento de La Haya autorizaba la transferencia de la autoridad legislativa ampliada al "Gobierno General" alemán[53]. La puesta en práctica de esta política incluyó cambios administrativos de amplio alcance, como los intentos de alterar el marco político belga en favor de los flamencos, en ese entonces desfavorecidos[54]. Charles de Visscher consideraba que las medidas alemanas equivalían a un abuso de poder del ocupante, según la doctrina del derecho administrativo de Francia (*"l' excès de pouvoir et le détournement de pouvoir"*) (exceso de autoridad y abuso de poder)[55].

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

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

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

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

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

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

En contraste, la práctica de posguerra de los tribunales belgas se basó en que *todas* las leyes promulgadas por las autoridades ocupantes alemanas eran ilegales[56]. La interpretación hecha por Alemania para justificar sus extensos poderes legislativos durante la Primera Guerra Mundial fue vehementemente impugnada en varios dictámenes judiciales belgas[57]. En la causa *Mathot* v. *Longué*[58], el Tribunal de Apelaciones de Lieja, contrariamente a otras decisiones[59], rechazó cualquier margen de maniobra en el ámbito legislativo por parte de la Potencia Ocupante, dictaminando que "los decretos de la Potencia Ocupante... no son leyes, sino simples órdenes de la autoridad militar del ocupante"[60], y que por consiguiente, los decretos alemanes habían carecido de "valor jurídico"[61]. Subyacía a las decisiones de los tribunales belgas la así llamada "escuela belga"[62], según la cual los actos legislativos y administrativos ejecutados por la Potencia Ocupante constituyen meras órdenes de facto que carecen de efectos jurídicos[63]. Benvenisti critica este enfoque por su carácter "extremo"[64], señalando que el enfoque judicial belga sufrió una evolución despareja[65]. Durante la ocupación alemana en la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal de Casación retomó la tendencia judicial prevaleciente durante la Primera Guerra Mundial, consistente en negarse a dictar sentencia en relación con medidas legislativas adoptadas por la Potencia Ocupante[66].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

65 Ibíd., pp. 194–195.

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

considerarse un caso de ocupación no beligerante (*occupatio pacifica*)[67]. En el discurso jurídico del período entre guerras, pese a las desviaciones de las normas generales sobre el poder legislativo de los ocupantes que se produjeron durante la Primera Guerra Mundial, el marco normativo de la ocupación permaneció inalterado. Feilchenfeld, escribiendo durante la Segunda Guerra Mundial, observó que la supervivencia del derecho de la ocupación entre 1918 y 1935 se debió en gran medida a la ausencia de ocupaciones en gran escala durante ese período ya que, de haberse producido, esos hechos hubiesen representado una dura prueba para los requisitos normativos[68].

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

Como señala Benvenisti, durante la Segunda Guerra Mundial, tanto las tres principales potencias del Eje –Alemania, Italia y Japón– como la URSS ejercían una práctica de la ocupación en la que omitían y rechazaban por completo los principios fundamentales del derecho de la ocupación. Esos países intentaron alcanzar el control perpetuo por vía de la anexión de los territorios ocupados o del establecimiento de Estados títeres[69]. Como se sabe, las atrocidades cometidas en los territorios ocupados durante la Segunda Guerra Mundial reflejaron una forma de ocupación caracterizada por una brutalidad extrema. Ejemplo de ello fue la práctica basada en la ideología nazi formulada para llevar el cabo el Holocausto[70].

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

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

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

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

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

de La Haya eran declaratorias del derecho internacional consuetudinario[71]. Sin embargo, un examen más minucioso revela que ese dictamen debe analizarse con cautela a fin de comprender el proceso de esa evolución. La parte pertinente dice:

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

Si se parte de la base de que la mayor parte de las normas sobre la ocupación contenidas en los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907 no eran declaratorias de las leyes consuetudinarias cuando se las adoptó como normas convencionales, deben haberse transformado gradualmente en derecho consuetudinario en algún momento del período que media entre 1899 y 1939. Sin embargo, no es posible identificar el momento preciso en el cual las disposiciones sobre la ocupación establecidas en el Reglamento de La Haya de 1899 maduraron hasta convertirse en normas consuetudinarias[73]. No obstante, podría argüirse que, para el momento en que todas las normas pertinentes del Reglamento de La Haya de 1899 se reiteraron en el Reglamento de La Haya de 1907, el *núcleo* de las doctrinas relativas a la ocupación se había "cristalizado"[74]. Esta opinión se sustenta en el texto del preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899, cuya contraparte idéntica, contenida en el preámbulo del IV Convenio de La Haya de 1907, fue citada por el TMI: "Se considera importante... revisar las leyes y costumbres generales de la guerra, *sea con miras a definirlas con mayor precisión* o de determinar ciertos límites con objeto de modificar su severidad en la medida posible"[75]. Cabe recordar que tanto el principio conservacionista como la excepción basada en el "concepto de necesidad" estipulada en el artículo 43 de los Reglamentos de La Haya de 1899 y 1907 tenían sus equivalentes en sus antecedentes (el Código Lieber, el *Manual de Oxford* y la Declaración de Bruselas). Como se ha visto en las secciones anteriores, podemos al menos suponer que el principio conservacionista ya enunciado en los discursos

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

72 Ibíd. (el subrayado es del autor).

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

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

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

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

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

Tras la Segunda Guerra Mundial, las ocupaciones efectuadas por los Aliados y la URSS en territorios de Alemania, Italia y Austria, en otros países del Eje en Europa y en Japón presagiaron la naciente rivalidad de la Guerra Fría. Proporcionaron una base experimental para dos ideologías económicas y políticas que rivalizaban entre sí[76], lo cual a su vez aportó buena parte del ímpetu *político* orientado a descartar el bagaje conservacionista de los Reglamentos de La Haya[77]. Esencialmente, esas ocupaciones representaron los primeros prototipos de la ocupación "transformadora" orientada a la democratización. A diferencia de los regímenes de ocupación beligerante establecidos en Sicilia y el norte de Italia, la ocupación por los Aliados de los territorios meridionales y centrales de Italia tiene su explicación en el acuerdo de armisticio[78]. Independientemente de los fundamentos jurídicos, las autoridades aliadas se ocuparon de abolir las leyes fascistas. La ocupación de Japón por Estados Unidos en la posguerra, con su amplia gama de poderes legislativos, se basó en el Instrumento de Rendición[79]. Esto permitió a Estados Unidos emprender una reforma democrática y profunda de la herencia imperial y militarista de Japón, sin las limitaciones que imponía el principio conservacionista y sin las otras restricciones previstas en el Reglamento de La Haya de 1907.

En contraste, hubo una multiplicidad de justificaciones que explicaban el objetivo político de los Aliados de llevar a cabo el proceso de desnazificación e introducir reformas democráticas radicales en Alemania Occidental. Anticipando las ocupaciones y la implementación de profundas reformas en las leyes y las instituciones, los Aliados occidentales insistieron en obtener una rendición incondicional, con el propósito de librarse del principio conservacionista y de las otras limitaciones impuestas por el Reglamento de La Haya. Podría argumentarse que, si bien la soberanía seguía en manos del pueblo alemán, las potencias aliadas ejercían unos "derechos soberanos" autoconferidos[80]. Pese a la intención declarada de los Aliados de excluir el derecho de la ocupación como fuente de su autoridad, algunos comentadores explican las medidas adoptadas por los Aliados dentro del

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

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

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

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

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

marco de los Reglamentos de La Haya. Su metodología es inferir las justificaciones a partir de las excepciones de "necesidad" previstas en el artículo 43, aduciendo que el hecho de conservar las leyes raciales de Nuremberg y otras disposiciones jurídicas de los nazis hubiera hecho peligrar la seguridad de la Potencia Ocupante[81]. Por otra parte, otros autores consideran la ocupación de Alemania por los Aliados[82] como un ejemplo típico de *debellatio* (subyugación) tras el colapso del gobierno vigente y la toma del control absoluto por las fuerzas armadas ocupantes[83]. Hans Kelsen afirmó expresamente que Alemania dejó de existir como Estado soberano[84], en gran medida debido al colapso de la totalidad de los gobiernos central y locales (*debellatio*)[85]. Empíricamente, el derrumbe del gobierno nazi fue la bisagra que permitió a los Aliados asumir la autoridad para la ocupación[86], sin esperar a que Doenitz firmase la rendición incondicional proclamada en la Declaración de Berlín del 5 de junio de 1945[87]. En opinión del autor del presente artículo, parece formalista atribuir un gran peso normativo a esa Declaración, teniendo en cuenta que para ese momento, la maquinaria gubernamental alemana había dejado de existir.

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

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, en los sucesos acaecidos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial la doctrina de la *debellatio* pronto se tornó arcaica. Como señala Benvenisti[88], se consideró que esa doctrina era incompatible con las ideas de la soberanía y la autodeterminación de los pueblos encarnadas en la Carta de las Naciones Unidas[89]. Además, el artículo 2(2) común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 contempla la amplia aplicabilidad del IV Convenio de Ginebra sin considerar el caso excepcional de la *debellatio*. Por ende, si la ocupación de Alemania por los aliados hubiese tenido lugar después de 1949, la ocupación se hubiera regido plenamente por el IV Convenio de Ginebra[90]. Con sujeción a los artículos 47 y 6(3) de ese Convenio[91], las políticas transformadoras de los aliados se podrían haber defendido con mayor coherencia invocando los parámetros más amplios de los hechos que constituyen un caso de necesidad, enunciados en el artículo 64 del Convenio.

El Artículo 64 del IV Convenio de Ginebra

Desde 1949, el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra sirve como complemento del artículo 43 del Reglamento de La Haya. Los autores del pasado señalaron en numerosas ocasiones que la estructura de la disposición mencionada en primer término está pensada como "una amplificación y aclaración" de la segunda[92] y no como una revisión de los términos relativos al poder legislativo de la Potencia Ocupante[93]. Sin embargo, el lenguaje del artículo 64 sugiere claramente que amplía las facultades legislativas de la Potencia Ocupante, porque articula objetivos específicos que subyacen a la noción de necesidad[94]. Además, al establecer una dimensión más flexible de las facultades legislativas del ocupante, el artículo 64 da prioridad a la necesidad de garantizar los derechos y el bienestar de la población ocupada. Esto se evidencia en las múltiples obligaciones positivas que incumben a los ocupantes en el marco del IV Convenio. En este sentido, cabe recordar que uno de los principales

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

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

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

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

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

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

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

aportes de este tratado es la introducción de una "carta de derechos" para la población local[95]. Es de suponer que esa reorientación en favor de los derechos de la población local refleja la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y el surgimiento de los Estados de bienestar en Europa (y del "New Deal" ("Nuevo Trato"), si se piensa en el gobierno de Estados Unidos antes de la Segunda Guerra Mundial y durante la misma). Básicamente, conforme al IV Convenio de Ginebra, los beneficiarios principales de los motivos relacionados con la necesidad ya no son las elites políticas y militares del Estado soberano derrocado, ansiosas por que se preserven sus leyes e instituciones hasta su retorno al poder, sino los integrantes de la población ocupada, que posee la soberanía[96]. Este aspecto puede ser especialmente pertinente en los casos de "ocupación prolongada"[97], en la cual pueden invocarse motivos de necesidad para justificar la promulgación de leyes nuevas destinadas a encarar las cambiantes necesidades sociales de la población civil[98].

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

En el discurso académico posterior a 1949, mientras que la "defunción" del artículo 43 del Reglamento de La Haya nunca se declaró[99], los debates académicos sobre la capacidad legislativa de la Potencia Ocupante en el marco de esta disposición (y del artículo 64 del IV Convenio de La Haya) fueron de índole más bien moderada, salvo en el caso de la ocupación de los territorios palestinos por Israel[100]. Esto puede explicarse en parte por el motivo fortuito de que los Estados pertinentes raras veces habían recurrido al derecho de la ocupación. La mayoría no reconocía la aplicabilidad del derecho de la ocupación a los territorios ocupados de facto[101], independientemente de que esas ocupaciones fuesen consecuencia de las guerras por representación libradas por las dos superpotencias durante la Guerra Fría[102]. Esta situación aletargó por varias décadas los debates sobre el poder legislativo de la Potencia Ocupante y sobre el marco normativo del derecho de la ocupación en su totalidad. El derecho de la ocupación había quedado excluido porque el concepto

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

96 Ibíd.

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

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

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

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

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

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

de la ocupación como tal se asociaba erróneamente con un régimen desaparecido o incluso ilegal[103]. Esta situación se explica en parte por la especial importancia normativa atribuida al derecho de la autodeterminación de los pueblos durante y después del proceso de descolonización[104]. Asimismo, la resistencia de los potenciales ocupantes o de los ocupantes de facto a reconocer el estatuto de la ocupación se explica por la larga lista de gravosas obligaciones positivas que les impondría el IV Convenio de Ginebra[105].

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

La ocupación de Irak[106] encabezada por las fuerzas británicas y estadounidenses[107] despertó al derecho de la ocupación de su estado de "hibernación" y confirmó la vigencia continua de muchas normas originadas en los Reglamentos de La Haya[108], a la vez que reconoció la amplitud de las facultades legislativas conferidas a la Autoridad Provisional de la Coalición (APC). La resolución 1483 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (22 de mayo de 2003), adoptada en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, reconoció expresamente a Estados Unidos y al Reino Unido como las Potencias Ocupantes que estaban obligadas

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

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

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

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

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

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

a respetar "las obligaciones establecidas en el derecho internacional aplicable"[109]. Los amplios parámetros del poder legislativo conferido a las Potencias Ocupantes pueden explicarse por el particular marco normativo vigente en Irak ocupado. Este marco fue creado por las leyes de la ocupación y las resoluciones 1483 y 1511 del Consejo de Seguridad[110]. Dicho de otro modo, estas resoluciones obligatorias confirieron una superestructura normativa al edificio subyacente compuesto por el derecho de la ocupación[111]. Sin embargo, si bien se contemplaba la posibilidad de modificar las obligaciones de las Potencias Ocupantes de conformidad con el derecho internacional humanitario vigente, en virtud del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas[112], estas resoluciones basadas en el capítulo VII no "sustituían" el derecho de la ocupación tradicional formado por los instrumentos de La Haya y de Ginebra[113]. Habida cuenta de que la finalidad principal del derecho de la ocupación es garantizar los derechos y el bienestar de los habitantes de los territorios ocupados, es fundamental que toda modificación de este cuerpo del derecho internacional humanitario se efectúe de manera clara y explícita[114]. Aunque las resoluciones pertinentes del Consejo confirieron a la Autoridad Provisional de la Coalición amplias potestades legislativas para implementar objetivos "transformativos" en las esferas políticas y económicas sin que esos actos estuvieran sujetos a las limitaciones impuestas por el derecho de la ocupación[115], las medidas legislativas de la Autoridad no estuvieron libres de controversia[116].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ocupante en la región de Ituri[118]. Del mismo modo, la Comisión de Reclamaciones de Eritrea-Etiopía determinó la existencia de casos de ocupación beligerante en los territorios adyacentes a la frontera entre los países[119]. Estos episodios reflejan un marcado contraste con la tendencia imperante en las décadas anteriores de evitar el reconocimiento abierto de los estados de ocupación[120], pero aún no han dado lugar a cuestiones trascendentes en relación con la competencia legislativa de las respectivas Potencias Ocupantes.

Conclusiones del análisis histórico del derecho de la ocupación

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

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

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

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

pante en virtud de esta disposición[121]. La disposición es suficientemente elástica y está bien dotada para justificar medidas legislativas que aborden una amplia variedad de realidades políticas y programas de reforma en los territorios ocupados[122]. Como motivo secundario, se puede añadir que el hecho de cuestionar la premisa conservacionista del derecho de la ocupación implicaría impugnar la índole transitoria de este régimen normativo. Ello sería incompatible no sólo con la soberanía de la población ocupada sino también con su derecho a la autodeterminación.

En esencia, el régimen jurídico de la ocupación no es una excepción a la tesis de que el derecho es una construcción social que depende de realidades sociales divergentes. Por ende, los discursos académicos que rodean a este régimen jurídico están abiertos a diferentes ideas contemporáneas y a las realidades políticas[123].

La exclusión de la "ocupación colonial" del corpus normativo del derecho de la ocupación

Introducción

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

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

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

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

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

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

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

El análisis que se propone va más allá del examen del derecho de la ocupación habitualmente realizado en el pasado. A principios del siglo XIX, Jeremy Bentham reconoció implícitamente el marco de la conceptualización tripartita (el derecho tal como ha sido; el derecho tal como es; y el derecho como debe ser)[126]. Recientemente, Anthea Roberts enfocó esta estructura analítica desde una nueva perspectiva[127]. Siguiendo las mismas líneas, nos proponemos ampliar en esta parte los parámetros de nuestra investigación, superando la perspectiva del *derecho de la ocupación tal como ha sido* a fin de abarcar la proyección normativa retrospectiva del *derecho como debería haber sido*[128]. Ese análisis crítico ayudará a elucidar diferentes narrativas y racionalizaciones sobre el modo en que el derecho de la ocupación no fue aplicado en el contexto colonial. Este prisma crítico y contextual también puede ayudar a evaluar el modo en que la aplicación del actual derecho de la ocupación es vulnerable a la acusación de "subjetividad política"[129]. En esta parte se postula que, tras la fachada de su inocua neutralidad de valores, el derecho de la ocupación ocultó durante largo tiempo una dicotomía tácita: por una parte, la aplicación de este marco normativo (y de todo el corpus del *jus in bello*) sólo entre naciones "civilizadas" capaces de ejercer la soberanía en las relaciones

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

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

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

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

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

La metodología de esta parte del artículo se estructura sobre los supuestos subyacentes del movimiento de los estudios jurídicos críticos. Cabe recordar que, a la vez que propone la (re)unificación del derecho tal como es y el derecho tal como debería ser en su discurso legal, los estudios jurídicos críticos ponen de relieve una crítica *contextual* de la estructura jurídica internacional actual. Apoyan el objetivo antifundacionista de descubrir identidades heterogéneas y conflictos de intereses como la realidad de la sociedad internacional[130]. Además, el enfoque incluyente y culturalmente sensible de los estudios jurídicos críticos[131], sumado a su propuesta de alzar el "velo del poder"[132], refuerza nuestra retrospectiva crítica de la naturaleza históricamente exclusiva del derecho de la ocupación. Con el estímulo de esta metodología, en esta parte del artículo el autor se propone desenmascarar el supuesto binario, apenas velado, en el que se basaba la totalidad del *jus in bello*.

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

Entre 1815 y 1914, Europa gozó de un siglo de "relativa paz" que coincidió con el apogeo del imperialismo en su período tardío. En este escenario, numerosas potencias europeas pequeñas y grandes rivalizaban por agrandar su territorio y construir imperios fuera del continente. La "ocupación" y adquisición de territorios no occidentales (o no cristianos) por medio de la agresión o la coerción casi no se condenaban como hechos ilícitos. Muchos Estados creían firmemente en su *"mission civilisatrice"* (misión civilizadora) pese a sus prácticas "incivilizadas" cotra las poblaciones indígenas[133]. Ralph Wilde señala que "la idea de la 'misión civilizadora', como una de las lógicas subyacentes del colonialismo, tenía la finalidad de

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

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

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

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

"remediar la incapacidad de autogobierno percibida... y también de fortalecer las capacidades locales, a veces con el propósito de posibilitar una autoadministración que satisficiera las normas [de la civilización]"[134]. El Zeitgeist reinante en Europa hizo que mediante el Acta General de la Conferencia de Berlín (1995) se legitimara en forma efectiva la "repartición de África"[135].

Es verdad que, en el siglo XIX, no todas las instancias de la adquisición de derechos soberanos y territorios fuera de los Estados occidentales se realizaban mediante la agresión. Aun así, los que parecían ser casos de ocupación "pacífica" (*occupatio pacifica*) basada en acuerdos entre los gobernantes nativos y las potencias europeas, o incluso en acuerdos entre dichos gobernantes y empresas europeas[136], a menudo se llevaban a cabo en situaciones de coerción[137]. Lo que es más, algunos casos de dominio colonial, lejos de ser un modelo benigno marcado por el desarrollo de la infraestructura económica y social, fueron marcados por actos que, si se hubiesen cometido en los territorios metropolitanos de las naciones "civilizadas", hubieran constituido violaciones muy graves de los derechos humanos[138]. Cabe señalar que, incluso en la Gran Bretaña victoriana, existía un supuesto binario sobre el cual se construyeron los conceptos británicos de *imperium et libertas*: las prácticas y los principios políticos liberales que definían las características de la infraestructura interna británica de ningún modo se extendieron de buena gana a sus posesiones coloniales[139].

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

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

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

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

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

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

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

En esta sección, el autor se propone desarrollar la tesis de que los paradigmas del derecho de la ocupación se formularon básicamente como un "proyecto europeo". Se puede asumir que, hasta que se puso en marcha el proceso de descolonización, con respecto al control no consensuado de un territorio extranjero operaba una dicotomía tácita entre el régimen jurídico de la ocupación que se aplicaba únicamente entre las naciones "civilizadas", y el sistema colonialista impuesto a los pueblos "incivilizados". Ninguna parte del corpus del *jus in bello* se consideraba aplicable a la "ocupación colonial" o a la anexión forzada de territorios no europeos[140]. A título de comparación, cabe destacar que el paradigma normativo de la ocupación beligerante se dejaba de lado con respecto a las potencias europeas tan sólo en el caso de la *debellatio*[141].

Este pensamiento binario se basaba, sin duda alguna, en la idea de que la soberanía era un "regalo de la civilización"[142]. La soberanía era, en la mayoría de los casos, un privilegio atribuido sólo a los miembros de "la familia de los Estados europeos"[143], excluyendo de este modo a los países no europeos[144]. Como las sociedades no occidentales no tenían derecho a la soberanía, la barrera invisible que separaba a las naciones "civilizadas" de las "incivilizadas" abolió la aplicación de la totalidad del *jus in bello* a los conflictos armados que condujeron a la "ocupación colonial" de las sociedades no occidentales[145]. Bhuta señala que

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

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

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

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

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

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

> La distinción anómala (desde el punto de vista del derecho internacional clásico) entre el control efectivo y los derechos soberanos sobre el territorio, que constituye el núcleo del derecho de la ocupación, y la prohibición establecida por el derecho de que el ocupante militar introduzca cambios constitucionales fundamentales, no se aplicaba a las guerras coloniales o "acciones policiales" contra pueblos y territorios menos civilizados y por ende no soberanos[146].

Como consecuencia, la ocupación militar de territorios no europeos bastaba para que las potencias europeas reclamasen derechos soberanos sobre esos territorios[147]. Por otra parte, junto con el descubrimiento, la conquista y la cesión, la ocupación de *terra nullius* era una de las modalidades que una nación "civilizada" podía invocar para adquirir soberanía sobre el "mundo no cristiano"[148]. Como argumento secundario, se puede añadir que la naturaleza transitoria del régimen normativo de la ocupación no era compatible con la intención declarada de las potencias coloniales de ejercer la soberanía sobre los territorios colonizados[149].

Conviene tener presente que, cuando el imperialismo llegó a su máxima expresión a finales del siglo XIX, muchas normas relativas a la ocupación ya se habían consagrado en el Código Lieber (1863), en el abortado Proyecto de Bruselas (1874) y en el *Manual de Oxford* (1880). Por otra parte, muchas "ocupaciones de territorios" realizadas en el curso de aventuras imperiales tuvieron lugar *después* de la Primera Conferencia de Paz de La Haya (1899)[150]. En palabras de Bhuta: "Como cuestión de principio y de práctica, la ocupación beligerante en su manifestación del siglo XIX se aplicó exclusivamente a las guerras terrestres entre soberanos europeos"[151]. El abismo conceptual entre las naciones "civilizadas" e "incivilizadas" puede discernirse fácilmente. Durante la guerra franco-prusiana (1870-1871), puede decirse que los prusianos aplicaron el derecho consuetudinario

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

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

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

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

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

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

de la ocupación, dejando relativamente intactas las leyes francesas[152]. Del mismo modo, en la guerra hispano-estadounidense de 1898, las fuerzas estadounidenses ocupantes conservaron a los funcionarios españoles en Manila[153]. Durante la segunda guerra anglo-bóer (1899-1902), el hecho de que las fuerzas ocupantes británicas desconocieran las normas consuetudinarias sobre la ocupación fue lo que incitó a Spaight a criticar las medidas adoptadas contra las poblaciones de habla holandesa[154]. En contraste, el Imperio Otomano, tan cosmopolita y poderoso en el pasado, no era considerado del todo "civilizado". Por ello, la ocupación de Bulgaria por Rusia en 1877-1878 fue excluida de las restricciones del derecho de la ocupación, y quien habló a favor de esa exclusión fue nada menos que Fyodor F. Martens[155].

Con respecto al sistema de colonialismo aplicado fuera de Europa, su exclusión del régimen jurídico de la ocupación respondía a un presunto objetivo: las amplias franjas de territorio habitadas por "pueblos incivilizados" eran vistas como botines imperiales y como objeto de conquista por las potencias europeas, las cuales no estaban limitadas por el paradigma normativo del *jus in bello* que regía la conducción de la guerra, la ocupación beligerante y los posibles crímenes de guerra[156]. Siguiendo esta línea de pensamiento, Koskenniemi aduce que "el derecho de la ocupación colonial que hizo su aparición a finales del siglo XIX" ofrecía la ventaja de "habilitar a las potencias coloniales para que dominaran a los no europeos, pero sin las cargas administrativas que conlleva la soberanía formal"[157]. Muchos comentadores afirman que la exclusión del régimen jurídico de la ocupación beligerante se fundamentaba en la idea de la jerarquía racial[158].

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

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

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

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

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

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

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

"Nivel de civilización"

Para Fyodor Fyodorovich Martens, campeón de la cláusula epónima[159], las concepciones universalistas del derecho internacional sólo existían entre los pueblos occidentales civilizados[160]. Creía firmemente que "no cabía esperar que los turcos o los chinos observaran las leyes y costumbres de la guerra elaboradas mediante el esfuerzo común de las naciones cristianas y civilizadas"[161]. La columna vertebral "marcialista" de Francis Lieber, que no se diferenciaba mucho de su etos antiabolicionista en el contexto interno estadounidense[162], se reflejaba con fidelidad en su entendimiento de que: "La idea fundamental de todo el derecho internacional es la noción de que todas las naciones civilizadas de nuestra raza forman una familia de naciones"[163]. Estas opiniones se entrelazan estrechamente con la idea del "nivel de civilización"[164]. Esta idea denota el "mecanismo jurídico" por el cual las naciones históricamente eran incluidas o excluidas de la "sociedad internacional de los Estados"[165]. Según la tesis de Gerrit Gong, la sociedad internacional de los Estados europeos equivalía a la "sociedad internacional" en su conjunto, porque era la única "sociedad" compuesta por "Estados civilizados"[166]. El supuesto que subyace a esta hipótesis es que, en los encuentros entre pueblos europeos y no europeos y en los "choques de civilizaciones", el nivel de civilización europeo que exhibía "los atributos del sistema en evolución de los Estados de Westfalia" se consideraba superior a los niveles de civilización de los pueblos no europeos. Como corolario, el nivel de la civilización europea constituía el punto de referencia para medir los diferentes "niveles de civilización" alcanzados por los Estados no occidentales[167].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Observaciones finales sobre la exclusividad del derecho de la ocupación

En esta parte se ha demostrado que el derecho de la ocupación, desarrollado principalmente como construcción social entre potencias europeas con derecho a la soberanía, banalizó el destino de las poblaciones no europeas privadas de soberanía. Cabe destacar que uno de los pocos estudiosos occidentales del derecho público internacional que expresó su preocupación con respecto a esta dicotomía en el entendimiento fue Hersch Lauterpacht. A la vez que criticaba a James Lorimer por su exclusión de las "sociedades bárbaras y salvajes" de la aplicación del concepto de soberanía e incluso del corpus general del derecho internacional[168], este erudito en derecho público internacional afirmó en 1947 que: "A los efectos del reconocimiento, el derecho internacional moderno no conoce de distinciones entre Estados civilizados y no civilizados, ni entre Estados dentro y fuera de la comunidad internacional de los Estados civilizados"[169]. El marco dicotomizado que prevaleció desde el siglo XIX hasta mediados del siglo XX era incongruente desde el punto de vista normativo. Como señala Anghie[170], mientras que se privó de soberanía a las naciones no occidentales[171], muchas compañías con derechos especiales constituidas en las potencias occidentales con fines de colonización[172] contaban con derechos "soberanos" para celebrar tratados con naciones no occidentales con el fin de adquirir la "soberanía" sobre su tierra. Además, e irónicamente, las naciones no occidentales se consideraban "soberanas" únicamente para transferir su soberanía a la sociedad comercial de que se tratase[173]. En efecto, en nuestro mundo poscolonial, los países del mundo en desarrollo afirman en forma unánime que, lejos de haberles faltado soberanía, su "'soberanía nativa' sobrevivió al sistema colonial internacional"[174]. Como conclusión, la exención de la "ocupación colonial" de las restricciones del derecho de la ocupación facilitó el control colonial de las potencias europeas. Si bien esto constituía una grave incongruencia cognitiva, se racionalizó sobre la base del concepto del "nivel de civilización".

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

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

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

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

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

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

174 Ibíd., p. 212.

Conclusión global

La primera parte principal de este artículo consistió en una reseña de la evolución histórica del derecho de la ocupación, vista a través del prisma de las normas generales relativas a la autoridad legislativa de la Potencia Ocupante. Esa reseña se centró en el principio conservacionista establecido en el artículo 43 del Reglamento de la Haya y en las flexibles formas en que se ha interpretado el "concepto de necesidad" tanto en la práctica como en la doctrina jurídicas. Demostró cómo el concepto de "necesidad" previsto en el artículo 43 ha servido como un "vocabulario fluido" que se fue ajustando a las diferentes necesidades de las Potencias Ocupantes[175]. Cuando fue complementado por el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra de 1949, este concepto se reorientó hacia la promoción de los derechos y el bienestar de las poblaciones civiles bajo ocupación. Los análisis realizados en ambas partes de este artículo corroboran la tesis de que el derecho es "una forma de política congelada"[176] y que la totalidad del discurso jurídico como construcción social subraya la importancia del análisis y el entendimiento contextuales[177]. Esto es demostrado por muchas obras doctrinarias, convincentes o no, que procuran racionalizar lo que parecen ser desviaciones de la norma general predicada en base al etos conservacionista.

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

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

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

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

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

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

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

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

Marzo de 2012, N.° 885 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

Los dilemas de la protección de los civiles en los territorios ocupados: el ejemplo precursor de la Primera Guerra Mundial

Annette Becker*

Annette Becker, profesora de historia contemporánea en la Universidad de Paris-Ouest-Nanterre e investigadora principal del Institut Universitaire de France, es miembro del Consejo Editorial de la *International Review of the Red Cross*. Divide su trabajo entre las dos guerras mundiales y se interesa, ante todo, en los dramas de los civiles sometidos a la ocupación, deportados y asesinados, en el concepto de genocidio y la memoria de los conflictos, en particular como lo expresan artistas contemporáneos como Jochen Gerz, Natacha Nisic o Pierre Buraglio.

Resumen

Cierto es que los avances del derecho llamado "de Ginebra" y el derecho llamado de "La Haya" no fueron papel mojado durante la Primera Guerra Mundial, sobre todo respecto de los heridos y los prisioneros de guerra, que estaban más protegidos que los civiles por el derecho humanitario convencional, aún en mantillas. Si bien el ideal de humanidad pudo entonces materializarse a gran escala gracias a los esfuerzos del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y de un sinnúmero de otras organizaciones de caridad, religiosas o no, ninguna de las partes beligerantes se privó

* Annette Becker agradece profundamente a Vincent Bernard y Daniel Palmieri, quienes leyeron una versión anterior del presente artículo y le hicieron sugerencias muy pertinentes.
Este artículo se basa fundamentalmente en los trabajos previos de la autora. Annette Becker, *Oubliés de la Grande Guerre : humanitaire et culture de guerre, populations occupées, déportés civils, prisonniers de guerre*, Noêsis, París, 1998, y Pluriel/Hachette, 2003; y *Les cicatrices rouges, 14-18, France et Belgique occupées*, Fayard, París, 2010. También fueron consultadas las siguientes fuentes principales: Philippe Nivet, *La France occupée, 1914-1918*, Armand-Colin, París, 2011; numerosos trabajos de Sophie de Schaepdrijver, Laurence van Ypersel y Emmanuel Debruyne sobre Bélgica; Olga Pichon-Bobrinskoy, " Action publique, action humanitaire: Les zemstvos et les municipalités ", en " L'invention d'une politique humanitaire, les réfugiés russes et le Zemgor ", *Cahiers du Monde russe*, vol. 46, n.º 4, octubre-diciembre de 2005.

de infringir y violar ese derecho en cuanto tuvo la posibilidad de hacerlo. Los conejillos de India y las víctimas ejemplares de ello fueron las poblaciones ocupadas de los frentes oeste, este y los Balcanes.

Palabras clave: ocupación, territorios ocupados, Primera Guerra Mundial, guerra total, CICR, civiles, represalias, rehenes, internados civiles.

***

Durante la Gran Guerra, la radicalización de los combates entre militares estuvo acompañada de actos de violencia, atrocidades, deportaciones y masacres de civiles. La población civil conoció primero la devastación de los enfrentamientos armados durante la guerra de movimiento; al quedar atrapada por el avance de las tropas, las invasiones pasaron a ser ocupaciones. A partir de 1914, eso sucedió en la mayor parte de Bélgica y en diez departamentos del norte y el este de Francia (Aisne, Ardennes, Marne, Meurthe-et-Moselle, Meuse, Nord, Oise, Pas-de-Calais, Somme, Vosges), en una fracción de Prusia oriental, los Balcanes del norte y Serbia. En 1916, le tocó el turno a Rumania, Montenegro, los Alpes venecianos y Trentino. A lo largo de esos años, los alemanes, los austrohúngaros y/o los rusos ocuparon territorios de Polonia, Galicia, Bucovina, espacios lituanos, letones, ucranianos, bielorrusos, sin olvidar las ocupaciones coloniales en África occidental y Asia.

Sin embargo, resultaría muy difícil encontrar mapas de guerra donde estén señaladas las zonas ocupadas. Solo los combatientes concentraban entonces la atención mundial, por lo que se confeccionaban numerosos mapas de los frentes y los territorios enemigos. Los territorios considerados robados o usurpados no dieron lugar a representación alguna. Siempre se los percibió como zonas de frente, nada los designaba como territorios ocupados ni llevaba a pensar que lo eran. Esta situación "impensable" se prolongó en el recuerdo: la violencia que sufrió la población civil en un frente doméstico con casas —*domus*—sitiadas por los ocupantes fue borrada tanto de los mapas físicos como de los mapas mentales. Y, sin embargo, en los períodos de invasión y de ocupación militar, se probaron a escala real desplazamientos de población, represiones, incluso políticas de exterminio (en el caso de los armenios en el Imperio Otomano).

Paradójicamente, estos inmensos laboratorios de una forma de guerra nueva no atrajeron a los expertos de entonces —tenían demasiado que hacer en los frentes militares— ni, posteriormente, a los expertos históricos. Ese terreno, ese lugar de experiencias cruzadas, las de los ocupantes, las de los sometidos a la ocupación, se dejó al descubierto o, más exactamente, se encubrió. Sin embargo, la Gran Guerra constituyó, de un modo deliberado o inconsciente, un *laboratorio* para el siglo XX: un terreno para experimentar con la violencia, un sitio de pruebas para ponerla en práctica y optimizar sus efectos sobre los hombres y los objetos materiales. ¿Las zonas ocupadas de la Primera Guerra Mundial no serían los laboratorios de un frente atípico cuyos cañones y gases se denominarían deportación,

trabajo forzado, campo de concentración[1]? Hombres, mujeres y niños atravesaron una misma experiencia —el sufrimiento de la guerra— y, al mismo tiempo, un infortunio muy diferente. Etimológicamente, la palabra *exterminare* significa "expulsar, colocar fuera de las fronteras". Para los civiles de un territorio ocupado "ser exterminados" implicaría esta forma de estar literalmente *fuera de combate* de los frentes militares, cuando en realidad se encuentran rodeados, sin uniformes ni armas, a diferencia de los enemigos a los que se enfrentan. Las víctimas de la ocupación sufren un sitio del interior, una invasión de la intimidad donde terror militar y terror administrativo se turnan para mantenerlas sojuzgadas, paradigma de una brutalidad impuesta, de un terrorismo (en el sentido más estricto del término) destinado a impresionar a la población y mantenerla en estado de conmoción. El laboratorio es militar: las regiones ocupadas lindan con los campos de batalla, de los que se convierten en la retaguardia.

Pierre Hassner supo captar una paradoja respecto de la guerra que se aplica a los territorios ocupados:

> "Casi no existe relación más paradójica que aquella entre la fuerza —la guerra en particular— y la moral. No hay una sola sociedad que no amenace con recurrir a la fuerza, y en ocasiones cumpla esa amenaza, contra enemigos internos y externos y que no rinda homenaje al heroísmo y el sacrificio de aquellos que dieron su vida por ella. Y, sin embargo, no existe sociedad en la que matar a un ser humano no plantee un problema moral"[2].

Puesto que, si nadie escapa, entre 1914 y 1918, a una guerra que se tornó particularmente amoral e inmoral, la población de los territorios ocupados se debate, ante todo, entre su lealtad a la patria y las exigencias lícitas o ilícitas de los ocupantes. Los pensadores que se enmarcan desde hace siglos en la tradición moral de la guerra justa hablan de una presunción moral contra el empleo de la fuerza, luego precisan cómo, en qué condiciones, se pueden franquear las presunciones: del *jus ad bellum* (que define las condiciones en las que se puede recurrir a la fuerza), al *jus in bello* (que define la manera en la que la fuerza puede emplearse legítimamente). Ni uno ni otro se practica durante el conflicto en las regiones asoladas por la guerra total, los territorios ocupados, los frentes mantenidos contra civiles.

Si bien los avances del derecho llamado "de Ginebra" (Convenio de Ginebra de 1864, revisado en 1906) y el derecho llamado de "La Haya" (negociaciones de 1899 y 1907) estuvieron lejos de ser papel mojado durante el conflicto, sirvieron sobre todo para los heridos y los prisioneros de guerra (es decir los

1 Los primeros campos de concentración "modernos" fueron creados por los españoles en Cuba en 1896, seguidos por los británicos durante la Guerra de los Bóers. Su generalización fue mundial para los civiles extranjeros considerados peligrosos en su territorio por las diferentes partes beligerantes y para los civiles sometidos a la ocupación de 1914 a 1918. Annette Becker, " La genèse des camps de concentration, Cuba, Guerre des Boers, Grande Guerre ", en *Revue d'Histoire de la Shoah*, n.º 189, julio-diciembre de 2008.

2 Pierre Hassner, " De guerre et paix à violence et intervention. Les contextes politiques et techniques passent, les dilemmes moraux demeurent ", en Jonathan Moore (dir.), *Des choix difficiles, les dilemmes moraux de l'humanitaire*, Gallimard, París, 1999, p. 23.

prisioneros militares en oposición a los prisioneros civiles), que estaban más protegidos que los civiles por el derecho convencional humanitario que aún estaba en mantillas.

Henri Dunant quiso "civilizar" las guerras, establecer un límite "humano" a las brutalidades para impedir que la guerra se transforme en una masacre "animal". Este ideal pudo hallar una realización a gran escala durante la Gran Guerra, gracias a los esfuerzos del CICR y de un sinnúmero de otras organizaciones de caridad, religiosas o no. Sin embargo, ninguna de las partes beligerantes se privó de infringir y violar ese derecho en cuanto tuvo la posibilidad de hacerlo. El ejercicio de esta violencia terrorista es una prueba de la monstruosa tensión de la época. Los conejillos de India y las víctimas ejemplares de ello fueron las poblaciones ocupadas de los frentes oeste, este y los Balcanes.

El derecho de La Haya y la ocupación militar

Las organizaciones humanitarias no dejaron de conmoverse por las condiciones de vida que experimentaron los civiles a partir de 1914, tal como demuestran el informe de un delegado y una carta del presidente del CICR, Gustave Ador, a la Cruz Roja Alemana en 1915:

> "La lamentable situación de la población del norte de Francia y Bélgica, aislada del mundo y separada de los suyos desde hace más de catorce meses, pesa sobre muchas conciencias... Las necesidades militares que se esgrimen son solo una explicación incompleta de la muralla de hierro que se erigió entre esta población y el mundo. Esta muralla es tan impenetrable que al presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja le negaron, siempre por motivos militares, la autorización que había solicitado a Berlín para apersonarse allí. ... Esa población se halla en una situación material y moral digna de pena. Sin trabajo, con las fábricas cerradas… Muchas familias sufren hambre y ven con angustia que se acerca el invierno. Desde el punto de vista moral, la falta de noticias es un sufrimiento cruel… El corazón se estremece al pensar en tantos sufrimientos inmerecidos"[3].

¿Qué podía hacer el CICR en esas condiciones tan extraordinarias, ante "tantos sufrimientos inmerecidos"? Como primera medida, establecer una sección civil a partir de 1914. Pero como ese servicio no contaba con validez jurídica a nivel internacional, no pudo agruparse con las dos secciones de prisioneros militares, la de las Potencias Centrales y la de la Entente. La información prácticamente no llegaba; por ejemplo, no había ninguna lista de personas sometidas a ocupación o deportadas, contrariamente a lo que sucedía con los prisioneros de guerra, cuyas listas se mantenían debidamente actualizadas gracias a los convenios bilaterales.

3 " L'Agence internationale des prisonniers de guerre ", 15 de agosto, y carta del presidente del CICR, Gustave Ador, a la Cruz Roja Alemana, diciembre de 1915, en *Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, octubre de 1915, pp. 497-498.

En cambio, llegaban miles de solicitudes de información por parte de familiares afligidos por la desaparición de los suyos.

La noción relativamente vaga de "derecho de gentes" sirvió entonces como referencia para definir la situación excepcional de los pueblos invadidos y luego ocupados. Una referencia variable según el ángulo de observación: el de las víctimas, el de los juristas que se interesan en su suerte, o incluso el de las organizaciones de tipo humanitario o caritativo que intentan prestarles asistencia. El CICR, el Vaticano y las organizaciones protestantes, los neutrales (holandeses y españoles en los frentes oeste y de los Balcanes, daneses en el frente este, estadounidenses hasta 1917), se encargaron de asegurar lo básico de ese frente humanitario, además de los diversos organismos locales, las "obras" se contaban por millares.

En los Congresos de La Haya, en 1899 y 1907, se había intentado regular la guerra y forjar la paz, en nombre de los "principios del derecho de gentes, naciones civilizadas, leyes de la humanidad, exigencias de la conciencia pública"[4]. El jurista ruso von Martens, presidente de la Tercera Comisión, encargada de las leyes y costumbres de la guerra, se erigió en defensor de las leyes de la humanidad en una declaración —que se convirtió en la cláusula de Martens— incluida en el Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899:

> "Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública"[5].

La cláusula fue reiterada con leves diferencias en 1907, en el Preámbulo del Convenio que, una vez ratificado en 1909, construiría la base del derecho internacional de la guerra (o de su prevención) en 1914 (*jus ad bellum*). En el marco de la implementación de ese derecho aún incierto, se debatió particularmente sobre la obligación de los ciudadanos de resistir la invasión de su patria, incluso si tuvieran el estatuto de civiles. Martens había propuesto ese texto justamente porque los delegados no lograban ponerse de acuerdo sobre la cuestión. Para algunas grandes potencias, esos civiles debían ser considerados como francotiradores, lo que dejaba abierta la posibilidad de ejecutarlos. En cambio, las naciones pequeñas sostenían, en su mayoría, que había que considerarlos como combatientes legítimos[6]. Dado que estos pequeños países contaban con medios militares modestos, su población era el último recurso en caso de invasión. En cambio, para los grandes países con

4 Preámbulo, II Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

5 Ídem.

6 Rupert Ticehurst, "La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 824, marzo-abril de 1997, p. 133, que cita a Frits Kalshoven, *Restricciones en la conducción de la guerra*, CICR, Buenos Aires, 2001. V. también Vladimir Poustogarov, " Un humaniste des temps modernes : Fiodor Fiodorovitch Martens (1845-1909) ", en *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n.º 819, 1996, p. 334.

grandes ejércitos, ese problema no parecía plantearse. Sin embargo, surgió rápidamente en las situaciones de invasión: el terror a los francotiradores autorizó las infracciones inmediatas de todos los acuerdos, con cláusula de Martens o no. En 1914, los territorios invadidos fueron los primeros afectados por la reserva de los tres grandes imperios multinacionales sobre el artículo 44 del IV Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 que llevó rápidamente al incumplimiento, de una manera u otra, de la mayoría de los artículos del Convenio.

Los Congresos de La Haya que se situaron en la prolongación de los inventos humanitarios del siglo XIX habían sin embargo recordado el deber de protección de los no combatientes y la separación de los civiles y los militares. El mismo Martens personificaba de alguna manera la relación orgánica existente entre "derecho de Ginebra" y "derecho de La Haya". En efecto, contribuyó a disposiciones importantes relativas a los no combatientes que ya estaban protegidos en parte —o no— por convenios: prisioneros de guerra, heridos, náufragos en combates marítimos, estatuto de los civiles en territorio ocupado.

A falta de otras normas internacionales, el IV Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 y su Anexo, el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, eran la referencia a la que las partes beligerantes de 1914 debían/podían remitirse en caso de invasión u ocupación. Ese Convenio entró en vigor el 26 de enero de 1910 y fue ratificado por la mayoría de las partes beligerantes con o sin reservas. El Preámbulo, que termina con la cláusula de Martens, y la Sección 3 completa, que se refiere directamente a los territorios ocupados, son notables manifestaciones del optimismo y la imprecisión que reinaban en el ámbito humanitario a principios de siglo, justo antes de que los horrores —intensos y breves— de las guerras de los Balcanes y, posteriormente, los de la Gran Guerra —de duración muy prolongada— vinieran a arruinar una parte de la estructura convencional en construcción[7].

El derecho de la guerra codificado en La Haya demuestra que los Estados quisieron un cuerpo de normas separado para reglamentar los conflictos armados, en particular para la protección de las víctimas de los conflictos. La mayoría de las normas de ese primer derecho de la guerra responden a la lógica de la relación del Estado con el individuo, entendido este último como un beneficiario de un régimen de protección a causa de su situación de vulnerabilidad respecto del Estado. Esto es válido particularmente para el derecho de la ocupación que, con el Reglamento de la Haya de 1907, esbozaba una protección jurídica para los civiles sometidos a la ocupación contra los abusos de la potencia ocupante. Como dice uno de los juristas especialistas en la cuestión: "En otras palabras, el derecho de la ocupación militar nace con una vocación de 'derechos humanos' *ante litteram*"[8].

7 Todavía se está lejos de los derechos humanos, pero el problema se plantea de forma paralela. Marco Sassòli, " Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains ? ", en Andreas Auer, Alexandre Flückiger y Michel Hottelier (eds.), *Les droits de l'homme et la Constitution – Études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Schulthess, Ginebra, 2007, pp. 375-395.

8 Danio Campanelli, "The law of military occupation put to the test of human rights law", en *International Review of the Red Cross*, n.° 871, septiembre de 2008, disponible en https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/review-871-p653.htm https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-871-campenalli.pdf.

El "derecho de la ocupación" era verdaderamente, al menos en los papeles, una rama del derecho internacional a partir de 1914. ¿Qué ocurrió en la práctica? El ocupante ejerce ahora en la zona que controla los poderes administrativos y gubernamentales como si fuera tiempo de paz, solo que la jurisdicción ya no es la misma: se ha cambiado de Estado. ¿Se podría invocar un derecho de la paz? El país sigue estando en guerra. ¿La ocupación militar sería entonces, desde un punto de vista jurídico, un híbrido, una situación intermedia entre la guerra y la paz? ¿Ni guerra ni paz? ¿Guerra y paz a la vez? Los artículos del Reglamento de La Haya reflejan esa doble naturaleza y esas contradicciones, ya que están inspirados en las normas del derecho de la guerra y en las del derecho de la paz al mismo tiempo.

En efecto, en las situaciones de ocupación, por un lado se encuentran relaciones horizontales entre Estados —y, a partir de 1914, una situación de guerra entre las Potencias Centrales y las de la Entente— regidas por normas del derecho de la guerra y, por otro lado, se impone una relación intraestatal entre el Estado ocupante y la población civil del Estado ocupado. Allí se establece una relación vertical entre "administradores" y "administrados" que debería caracterizarse por normas y principios válidos en tiempo de paz. Pero estos principios totalmente teóricos no toman en cuenta la realidad de la guerra total, donde la población civil permanece impotente, rehén de las relaciones horizontales, las relaciones de la guerra.

Esta aporía explica que las excepciones hayan sido mucho más numerosas que la regla y que los artículos del Reglamento de La Haya hayan sido olvidados, aunque las personas sometidas a la ocupación los siguieran repitiendo, como un mantra, cuando en realidad casi no los protegía; lo cual prueba además que el derecho internacional se percibía desde aquel momento como favorable a las posibles víctimas de los conflictos. Lamentablemente se equivocaban, ya que el artículo 43 del Reglamento especificaba:

> "Habiendo pasado de hecho la autoridad del poder legal a manos del ocupante, este tomará todas las medidas que de él dependan para restablecer y asegurar, en cuanto sea posible, el orden y la vida pública, respetando, salvo imposibilidad absoluta, las leyes vigentes en el país"[9].

El ocupante siempre podía responder a toda acusación de violación del Reglamento de La Haya que el "restablecimiento del orden" así lo requería. De hecho, el derecho de la ocupación militar considera en primer lugar los intereses de la potencia ocupante. Mientras dure la guerra, el ejército ocupante vela por el respeto de la población sometida a su ocupación, pero también, y sobre todo, por su propia seguridad. En La Haya se intentó encontrar un equilibrio entre los intereses de la población local y los del ejército de la ocupación. Pero, en la práctica, prevalecieron los derechos de los ocupantes. Los convenios sirvieron como un marco mínimo que se invocaba con frecuencia pero que rara vez se respetaba, y lo mismo sucedió con el derecho de La Haya.

9 Reglamento anexo al IV Convenio de La Haya: Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 18 de octubre de 1904, art. 43.

El derecho de Ginebra, o las desilusiones de lo humanitario en guerra total

Queda el derecho de Ginebra: el CICR se aferró con la energía de la desesperación al Convenio de Ginebra de 1906 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, del que era guardián, temiendo que incluso ese Convenio terminara por ser infringido y luego abolido. Los civiles, las nuevas víctimas de la guerra a partir de 1914, no habían podido ser puestos bajo su jurisdicción convencional como los prisioneros de guerra. Todas las partes beligerantes libraron una "batalla del derecho". Pero para ellas, esta batalla apuntaba a ganar mejor la guerra, es decir a aplastar al adversario. El CICR solo, o casi, intentó hacer respetar un derecho de las víctimas, cualquiera fuera el bando al que pertenecieran. Pero la lucha era demasiado desigual, como los actos de violencia y las represalias, inclusive contra prisioneros en los campos de batalla, que son los ejemplos más dramáticos, ya que gozaban de la protección de los convenios. Para los civiles sometidos a la ocupación, no había ni siquiera convenios. Y la guerra brutal que se libraba siempre estaba justificada por los crímenes del enemigo; su accionar y la multiplicación de muertos constituían la debida prueba de que la guerra era justa, lo cual solo podía conducir a una mayor la brutalidad de las medidas de represalia. La notable dificultad de la misión de los organismos humanitarios se originaba en las diferencias entre aquellos que buscaban la verdad y los que la conocían o creían conocerla: su enemigo era un bárbaro por definición, solo una lucha a ultranza liberaría al mundo de él, para su bien.

Como la guerra mundial prohibía por naturaleza la neutralidad, el CICR[10], también neutral por naturaleza, solo podía llegar a una conclusión: había que lograr la paz. Se encontraba entonces en desfasaje doble frente a las partes beligerantes al preconizar la neutralidad y la paz en la tormenta de la guerra, en un contexto donde tanto una como otra eran imposibles. Pero ello no le impedía conservar cierta lucidez, a veces expresada con amargura. Delegados del CICR escribieron:

> "La preocupación por el mal que se espera causar al enemigo prácticamente prima sobre el pensamiento del bien que se podría hacer a uno mismo, es la mentalidad de la guerra, y de esa situación se vuelve… después; a veces cuando ya es demasiado tarde… Ya en tiempo normal no es tarea fácil decir la verdad… Pero cuánto se dificulta esta tarea en estos tiempos críticos en los que la guerra ha desatado las pasiones y el odio ha cegado a los pueblos. Un francés pudo decir de mi misión: 'el neutral, espectador de una guerra como esta, no puede ver las cosas desde el mismo ángulo que la parte beligerante que está en el combate'. Ciertamente dijo algo muy justo y, *felizmente*, verdadero. Un neutral que juzgara las cosas de la guerra desde el punto de vista de una parte beligerante ya no sería un neutral… Pero que se le permita al neutral elevar esta humilde plegaria, que se le tenga confianza, para que su labor no sea en vano o inútil"[11].

10 O, del mismo modo, el Vaticano. En 1917, Benedicto XV efectúa un conmovedor llamamiento a la paz, incomprensible para todas las partes beligerantes, inclusive para los católicos fervientes.

11 Dr. Frédéric Ferrières, *Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, n.º 192, octubre de 1917, p. 413.

El enfoque casi exclusivamente de protesta y jurídico en el momento en el que tantas vidas están en juego puede parecer no solamente limitado, sino también éticamente inadmisible. Pero se ha de comprender bien la lógica del razonamiento del CICR entre 1914 y 1918 y situarla en su contexto histórico e intelectual. El CICR solo tiene la legitimidad para intervenir en virtud del Convenio de Ginebra de 1906, ya ratificado, y en consecuencia, de la reciprocidad entre los firmantes, ahora convertidos en partes beligerantes enemigas. Sin cometido, no hay intervención humanitaria. Lamentablemente, no se tuvo la idea preventiva de incluir a los civiles en el Convenio de Ginebra de 1906. Solo es posible lamentarlo, ya que no se puede cambiar los textos a medida que surgen nuevas necesidades. Las numerosísimas imágenes de propaganda que mostraban, en ambos bandos, a enfermeras de la Cruz Roja maltratadas, ahogadas (con sus batas de hospital torpedeadas, una novedad de este conflicto) son sintomáticas: esas enfermeras pertenecen a la Cruz Roja, están al servicio de los militares heridos y, por lo tanto, están protegidas por el Convenio de Ginebra. Si se decidió mostrarlas como mujeres (violadas) y civiles (asesinadas), es porque el único frente que sigue contando es el frente militar al que pertenecen, no se toma conciencia de la novedad de los civiles alcanzados por la guerra[12].

Todo pasó como una contaminación en cadena, como parte de un proceso irreversible. Aunque neutralidad, humanidad y compasión parezcan oponerse radicalmente a intervención militar, brutalidad y represalias, las contradicciones eran numerosas. La nueva guerra no tenía escrúpulos ni se preocupaba por los combatientes que habrían de haber vuelto a la neutralidad cuando quedaban fuera de combate por sus heridas o captura, y mucho menos por los civiles, que no estaban contemplados por los convenios.

La denuncia verbal y real encontró rápidamente sus límites cuando no era seguida por una acción. Las organizaciones humanitarias o caritativas se encontraron, respecto de los civiles, frente a una alternativa mínima entre la acción en el terreno —en la mayoría de los casos imposible— y el testimonio en la forma de denuncia. Se puede actuar y atestiguar, actuar sin atestiguar, atestiguar sin actuar: las huellas de esta última posición son innumerables en los archivos del CICR, el Vaticano y otras organizaciones religiosas. De este modo, se puede observar que la sección civil del CICR —como sus secciones militares, que obran con más éxito gracias a los convenios internacionales— gusta de "hacer número", establecer fichas, como aquí, en el archivo alemán de la sección civil:

> "El servicio de fichas recibe unas cien o doscientas fichas por día y ya cuenta con unas 150.000 fichas... El retorno de los evacuados del departamento de Nord da lugar a numerosísimas solicitudes, puesto que casi todos los hombres de esos departamentos habían sido internados en Alemania, y no tenían posibilidad de transmitir noticias a sus familiares. Tenemos la satisfacción

12 Numerosas ilustraciones en las tarjetas postales del fondo del Museo Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja.

de encontrar en nuestros archivos una ficha de respuesta a casi todas esas solicitudes"[13].

La información más importante —y, además, muy exagerada— "como casi todos los hombres de esos departamentos habían sido internados" desaparece tras una forma de satisfacción burocrática: tienen fichas; ¿pero son confiables? Y ¿de qué sirve compulsarlas cuando no es posible ninguna intervención en esos territorios ocupados?

El ejemplo de la disolución del Comité Central de la Cruz Roja de Bélgica por parte del barón Von Bissing, gobernador general y, por lo tanto, "ocupante en jefe" del país, resulta una clara muestra de la impotencia del CICR frente a los ocupantes en el terreno, incluso para prestar ayuda a una Sociedad Nacional de la Cruz Roja. En efecto, el Comité Nacional de Bélgica se niega a cooperar con una obra que el Gobierno alemán decidió instituir en Bélgica. La Cruz Roja de Bélgica considera que esta "ayuda y protección a las mujeres mediante el trabajo", detrás de la fachada de ayudar a las mujeres a encontrar trabajo, es en realidad política y, por lo tanto, no es una obra que se inscriba dentro de los límites establecidos por sus Estatutos. Además, los ocupantes creyeron poder instituir esta obra tratando a Bélgica como un país en paz. La realidad es más pragmática; los alemanes querían recuperar la tesorería de la Cruz Roja de Bélgica y esta negativa constituye un buen pretexto. Los ocupantes reaccionan con brutalidad y disuelven la Sociedad de Bélgica. Pero el CICR no puede hacer nada al respecto, solo protestar: "La Cruz Roja no podría ceder ante una medida administrativa que, al asimilarla a un simple mecanismo estatal, le quitaría autonomía o, incluso, suprimiría sus órganos de dirección". También publica en su *Bulletin international* los argumentos del Príncipe de Ligne, presidente destituido de la Cruz Roja de Bélgica, sobre las particularidades de la ocupación, para él un estado de guerra:

> "Es una burla decir que la mayor parte de Bélgica puede considerarse como en tiempo de paz cuando se reemplaza a las autoridades legítimas por funcionarios alemanes, a menudo se modifican nuestras leyes o bien se suspenden o suprimen por decreto del Gobierno General… Cuando en cualquier momento los ciudadanos son arrestados y deportados por la vía administrativa sin un juicio previo, tratados como indeseables desde el punto de vista de la seguridad de los ocupantes… Además, nuestros niños, nuestro ejército, están armados y combaten cada día"[14].

Protestas, publicación, rechazo expresado. Pero los ocupantes lograron sus objetivos; ya no hay Cruz Roja de Bélgica.

Sin embargo, en numerosas ocasiones el CICR fue mucho más allá de las protestas y del legalismo estrecho. En Bélgica y en los demás territorios ocupados, se logró superar la ausencia de convenios relativos a los civiles mediante todo tipo

13 *Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, abril de 1915, p. 170.
14 Ibíd., p. 275.

de ayudas individuales, al igual que en las situaciones de bloqueo que, para los civiles, se asemejan en parte a los desastres de la ocupación.

El CICR frente a las medidas de represalias, los campos de concentración y el bloqueo

La nueva carga que pesaba entonces sobre el CICR fue tan dramática porque las regiones ocupadas no estaban separadas de la guerra mundial, más bien todo lo contrario. A lo largo de todo el conflicto, las represalias afectaron a la población civil, que fue tomada como rehén. Ninguna de las partes beligerantes dudó en emplear todas las armas posibles para lograr sus objetivos. Los campos de batalla son solo un aspecto —central, por supuesto, pero no el único— de la violencia de guerra. La globalización de la guerra implica tanto su extensión en el espacio como violencia, incluso crueldad, en los diferentes espacios afectados. La violencia se presenta como la única coherencia en el mundo en guerra, aunque todos usan y abusan del "derecho de gentes" para intentar hacer creer que su causa es justa. No obstante, las dificultades semánticas son considerables. Durante ese conflicto tan nuevo, el CICR no fue el único que bregó por encontrar las palabras que expresaran la realidad de los conceptos en juego. ¿Cómo calificar el hecho de que desaparecieran civiles de su domicilio, de su vida habitual? ¿Rapto? ¿Desplazamiento? ¿Deportación[15]?: "Fue muy difícil precisar lo que las partes beligerantes consideraban 'internados civiles', expresión que aplicaban a las personas llevadas en calidad de 'rehenes' o consideradas como 'prisioneros políticos'…" A veces, las listas de prisioneros denominaban con el término de prisioneros políticos o rehenes a las personas que otras listas denominaban con el término de "deportados"[16]. Los textos hablan de "civiles capturados", en masculino, sin comprender la especificidad de cada uno de los dramas individuales, sin siquiera agruparlos en categorías de víctimas fidedignas, hombres, mujeres o niños.

En septiembre de 1917, el presidente del CICR convoca en Ginebra una Conferencia de Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja de los países neutrales para tratar el tema de los civiles prisioneros:

> "Los **internados civiles** son una innovación de esta guerra; los tratados internacionales no los habían previsto. En el comienzo de la guerra, pudo haber resultado lógico inmovilizarlos para retener a los sospechosos, pero unos meses habrían bastado para separar la paja del trigo. ... Pero ahora se debe asimilar, desde diferentes puntos de vista, los internados civiles a los civiles **deportados** en países enemigos, así como a los habitantes de territorios ocupados por el enemigo. Estos civiles están privados de libertad y su situación prácticamente no difiere de la de los **prisioneros**… Luego de tres

15 La palabra "deportación", del latín clásico *deportatio* ("acarreo", "transporte"), tomó en bajo latín el significado de deportación, exilio. El significado moderno mezcla ambas acepciones, ya que significa rapto en el lugar de residencia para ser transportado a otro lugar.

16 Archivos del CICR, 1917.

años enteros de guerra, solicitamos que se diera a esas diferentes categorías civiles una atención especial y que su suerte, en algunos aspectos más cruel que la de los prisioneros militares, se examinara seriamente antes del cuarto invierno de guerra"[17].

En efecto, la cuestión de los civiles enemigos, luego sometidos a la ocupación, fue insoluble desde el comienzo de la guerra, en agosto de 1914: no se sabe ni cómo llamarlos ni qué hacer con ellos. Las diferentes partes beligerantes deciden entonces abrir campos de concentración para ellos. Y esos civiles deportados son la imagen de la guerra, mundial y total, con diferentes grados en sus condiciones, que iban desde la "simple" privación de libertad hasta los trabajos forzados tras las líneas. Las complicaciones serán enormes, con la generalización de las represalias contra los civiles sometidos a la ocupación: todo ocurre como si coexistieran diferentes eras de la guerra en un mismo tiempo y espacio, entre el arcaísmo y la modernidad de la guerra.

La cuestión de las represalias contra los civiles sometidos a la ocupación

"¡Represalias! ¡He aquí la palabra clave! Este es el becerro de oro, el único al que adoran todos los pueblos en armas", escribe un anónimo del CICR en 1915.

> "Pero ¿quién puede no ver que se trata de un sofisma, de un argumento infantil? ¿El mal que hace otro excusa de alguna manera el mal que hace uno mismo? Leyes sin sanciones, papeles sin importancia, nosotros, los suizos, tenemos derecho a protestar contra todas las violaciones… Y lo haremos hasta que la conciencia del mundo despierte y, gracias a la fecunda indignación que provocarán estas protestas, suscite una fuerza nueva al servicio del derecho"[18].

De este modo, una persona de la región de Hirson, en Francia, fue arrestada en calidad de notable en febrero de 1915 y encuentra, antes de ser deportada a Alemania, otros rehenes como el alcalde de Noyon, señor Noël, o el prefecto del departamento de Nord, señor Trépont. Todos fueron arrestados en esa fecha por la misma causa: "Son ustedes sospechosos de haber cometido actos similares a aquellos por los que personas alemanas recibieron, en contra de todo derecho, la pena capital en Marruecos"[19]. En efecto, luego de que el Imperio Otomano entrara en la guerra del lado de Alemania, el sultán Mehmet V había proclamado la Guerra Santa (*yihad*) para instar a los musulmanes a alzarse en contra de las potencias europeas. Alemania, aliada de los otomanos, promueve una potente propaganda panislámica, y envía a agentes a

17 Archivos del CICR, " Introduction sommaire à la question concernant les civils ", septiembre de 1917, p. 1, citado en Matthew Stibbe, "The internment of civilians by belligerent states during the First World War and the response of the International Committee of the Red Cross ICRC", en *Journal of Contemporary History*, vol. 14, n.º 1, 2006, p. 5 (el subrayado es nuestro).

18 Artículo firmado como "X", extracto de periódico incluido en el *Bulletin international des Sociétés de la Croix Rouge*, 18 de marzo de 1915 (colecciones de la biblioteca del CICR, Ginebra).

19 G. Desson, *Souvenirs d'un otage, de Hirson à Rastatt*, Bloud et Gay, París, 1916, p. 60.

militar en contra de los intereses franceses y británicos. En respuesta a este accionar en Marruecos, los franceses arrestaron allí a trescientos miembros de la colonia alemana y los enviaron a un campo de internamiento —entonces conocido como campo de concentración— en Argelia. Algunos eran civiles. Otros fueron declarados culpables de espionaje y contrabando de armas contra Francia y fueron fusilados[20]. Las represalias alemanas contra los rehenes del departamento de Nord de Francia demuestran una vez más la globalización de la guerra, en ese caso a través de la ocupación.

Asimismo, en plena ofensiva de los Dardanelos (y en plena exterminación de los armenios, todo puede ser peor siempre), se decide en Lille:

> "En violación del derecho de gentes, buques de guerra franceses destruyeron el 13 y el 31 de mayo de 1915 los consulados alemanes de las ciudades turcas abiertas Alejandreta y Haifa. Como represalia por este atentado y para cubrir los daños causados a las propiedades turcas y alemanas, se impone, por orden del Cuartel General Maestro, una multa de 150.000 francos a cada una de las ciudades de Roubaix y Valenciennes"[21].

La lógica de la movilización total de los Estados y las sociedades implica la toma de represalias contra civiles que, sin embargo, se encuentran a miles de kilómetros unos de otros. En todos los casos, se invoca el "derecho de gentes", y las víctimas de estas represalias son tanto los prisioneros militares como los civiles sometidos a la ocupación.

Con este accionar de represalias contra la población civil, cautiva de los países enemigos, obviamente resulta difícil esperar que las partes beligerantes del lado de enfrente cedan. Es bien sabido que, para todos, la lógica de la guerra es, en primer lugar, la de los campos de batalla, los soldados, el armamento cada vez más industrializado y las ofensivas. También es sabido que no se podrá lograr, pese a todos los esfuerzos, que la población pierda la solidaridad respecto de su país en guerra[22].

Negociar las ayudas y las liberaciones de los rehenes

Los civiles sometidos a la ocupación que fueron tomados como rehenes o como blancos de las represalias serán una de las heridas de la guerra total. Sin embargo, a partir de 1915, bajo los auspicios del Vaticano, se entablaron negociaciones para la liberación de las mujeres y los jóvenes de ambos sexos menores de 17 años, los hombres mayores de 55 años, los médicos y los sacerdotes. Los organismos humanitarios luchan durante toda la guerra especialmente por estas tres categorías: mujeres y niños, personas mayores y personal médico y religioso. Más tarde, en febrero de 1916, se estableció en Berna una "oficina para la repatriación de los

20 Pascal Le Pautremat, *La politique musulmane de la France au XXe siècle : de l'Hexagone aux terres d'Islam : espoirs, réussites, échecs*, Maisonneuve et Larose, París, 2003, p. 81.

21 Carta del mayor Hoffman, 20 de junio de 1915, Archivos departamentales de Nord, 9R515.

22 No obstante, los civiles no deben ser vistos únicamente como las víctimas desarmadas de los Estados y los ejércitos de ocupación. Ellos también están ampliamente automovilizados, a través de una demonización del enemigo que, cuando los empuja a la resistencia, lleva aún un poco más lejos el ciclo de represiones.

internados civiles" bajo la supervisión directa del Departamento Político Federal, que puede prestar apoyo diplomático a la sección civil del CICR. No obstante, en las cartas del Papa y las circulares de la Cruz Roja, se reclamaba permanentemente a los captores por estas tres categorías de "víctimas inocentes", aunque nunca se logra su liberación. Y lo que es peor aún, médicos y sacerdotes siguen siendo el blanco de las represalias a lo largo de todo el conflicto, como muestra la autora de diarios íntimos Clémence Leroy, aún a fines de 1917, desde su pueblo del Paso de Calais:

> "Golpe de efecto: hacia las nueve, el apuntador anuncia a los señores Daussu y Lefrancq y a las señoras Duflos y Moriaux que deben prepararse para partir en calidad de rehenes, los hombres mañana por la mañana, a las nueve, las mujeres en una fecha que se fijará ulteriormente. Deben llevar consigo víveres para cinco días y pueden incluir hasta 50 kg de equipaje. Causa de este rapto: represalias. Aparentemente, los franceses retienen a algunos alsacianos y no quieren permitirles retornar a su país. Represalias, siempre represalias, esto es lo que nos repiten cada vez que se comete un acto de injusticia. Pero yo no hice ningún mal, no cometí ningún crimen para que me lleven, exclama la señora Duflos. No, usted no ha hecho nada malo, pero la llevamos en calidad de persona notable. "¡Ah! ¡Qué buena suerte es ser considerada como persona notable en estas circunstancias! Todo el país se compadeció de manera unánime y especial por esta dama, que roza los sesenta años y que abandonará a su marido enfermo y con una salud delicada. La otra dama es joven y fuerte, la compasión es menor. De los dos hombres, uno se quedó aquí sin su familia; el otro deja a su mujer y a sus dos hijas sumidas en la tristeza…
> Esta mañana partieron los dos rehenes armados de valor. Están acompañados del cura y del doctor de Rumaucourt. Este último se enteró de su partida ayer a la noche cuando volvía de su ronda. ¡Es imposible imaginar su desconcierto y la noche que debió de haber pasado! Por eso esta mañana parecía haber envejecido diez años, dijeron… El cura de Rumaucourt lloraba desconsoladamente, pobre hombre. Es viejo, pobre y enfermo, además dicen que sufre de ataques que parecen crisis de epilepsia. Y dicen que se fue junto a los demás, para Prusia oriental, en semejante estación y con un clima mucho más riguroso que el nuestro. Esta partida inesperada y precipitada es el tema de todas las conversaciones y todos nuestros pensamientos están con estas personas desafortunadas que hoy fueron arrancadas de sus hogares. Cuanto más avanzamos en esta ruta dolorosa, más lanzamos ese grito que ha sido repetido miles de veces: ¡Maldita sea la guerra!"[23].

Pas-de-Calais a Sajonia, trayecto "maldito", en efecto, para los civiles utilizados arbitrariamente en negociaciones abyectas a finales de 1917, mientras teóricamente desde hace más de dos años se llevan a cabo negociaciones para impedir esta situación. Estos rehenes, médicos, sacerdotes, mujeres, incluso niños, siguen siendo enviados a campos de concentración hasta 1918; incluso se han llegado a

23 Clémence Leroy, *Historial de la Grande Guerre*, diario manuscrito, 28-29 de diciembre de 1917.

encontrar casos hasta los años 1920 en los países de Europa central y oriental. De hecho, si bien algunos fueron intercambiados o liberados, otros fueron hechos prisioneros y deportados. Peor aún, en el transcurso de las negociaciones para su liberación, algunas potencias se percatan de que pueden utilizarlos para ejercer presión sobre el enemigo. De este modo, en numerosas ocasiones los rehenes son llevados a Alemania para que esto influyera en las negociaciones con Francia, que afectaban a los prisioneros militares o incluso civiles. Los internados son víctimas esta vez de lo que debe llamarse los efectos perversos de las negociaciones humanitarias: como estas suelen limitarse a intercambios, los civiles de una región terminan "pagando" por otros.

Para comprender los fenómenos en su totalidad, se debe comparar estas represalias alemanas en contra de las poblaciones de los territorios ocupados con el bloqueo que ejercían los Aliados contra las Potencias Centrales. La violencia se ejerce, por un lado, desde lo que abunda (el impacto de las destrucciones, los muertos, el hambre, los campos) y por el otro, desde lo que falta (carencia de alimentos y productos de primera necesidad). Las poblaciones alemanas y austríacas viven el bloqueo como un crimen de guerra, y la propaganda se apropia de él para condenar la inhumanidad intrínseca de los franceses y los ingleses. La mortalidad en Alemania a causa del bloqueo se estima hoy en día en un millón de personas durante el conflicto[24]. La sutil observación de un testigo del departamento de Nord de la Francia ocupada ilustra esta interacción entre los procesos de ocupación, resistencia y bloqueo. David Hirsch quiere creer que, desde su ciudad ocupada de Francia, desde su tienda de Roubaix, él también hace la guerra: "Cerramos el domingo a la tarde. Los domingos, la mayoría de los clientes son alemanes. De esta forma, hacemos nuestra pequeña contribución a los efectos del bloqueo"[25].

Conclusión: ¿una moral humanitaria?

Más allá de los socorros individuales dispensados, el CICR y el Vaticano estaban limitados por su neutralidad (el CICR) y su *impartialità* (el Vaticano). El estar por encima de los campos es estar fuera de la realidad de la guerra mundial, global y total. Y, sin embargo, los socorros enviadas son reales. Incluso una simple tarjeta —una Cruz Roja, como decían los habitantes del departamento de Nord para referirse a estas tarjetas preimpresas que ofrecían al menos una señal de vida eran una fuente concreta de esperanza. Quizá demasiado prematuramente, en 1916, el CICR otorga un certificado de satisfacción a su nueva agencia civil y, en particular, al Dr. Ferrières, miembro y alma del Comité:

> "Imposibilitada de apoyarse en reglamentos o en convenios —dado que no se había previsto la extensión de la guerra a la población civil— pero con la solidez

24 Jay Winter y Jean-Louis Robert (dir.), *Capital Cities at War: Paris, London, Berlin, 1914-1918*, vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

25 " Journal de David Hirsch ", en Annette Becker (ed.), *Journaux de combattants et civils de la France du Nord dans la Grande Guerre*, Septentrion, París, 1998.

de fuertes razones de humanidad que dieron lugar a su creación, esta agencia dentro de la agencia, este pequeño mundo dentro de uno mayor, tiene en su haber casi tantos capítulos como su hermana mayor, junto a la cual camina de la mano… Desempeña el magnífico papel de interesarse en una categoría de víctimas absolutamente desprovistas de apoyo y ayuda, y gracias a su perseverancia y devoción inagotables, fue bendecida con las familias reconstituidas o que encuentran sosiego por la existencia de sus miembros dispersos"[26].

La suerte de las poblaciones ocupadas, por terrible que fuese, no puede ni siquiera compararse a lo que ocurría al mismo tiempo en el Imperio Otomano contra los armenios. Un caricaturista francés supo captarlo bien. Sus dibujos denuncian las deportaciones de las mujeres de Lille en las Pascuas de 1916, mediante la ilustración de brutas teutonas que arrastraban a mujeres y niños o les apuntaban. En una viñeta, un soldado con casco de punta observa: "Se quejan. Pero ¿qué dirían si estuvieran en Armenia?"[27].

El estadounidense Theodore Roosevelt extrajo conclusiones radicales cuando las noticias de las masacres contra los armenios llegaron a Estados Unidos:

"Incluso para nervios aplacados y hastiados por las atrocidades que se acumulan desde hace un año y medio, las noticias de los terribles horrores que están sufriendo los armenios deberían provocar un nuevo impacto de compasión e indignación. Permítanme insistir: la compasión no sirve de nada si no va acompañada de indignación, y la indignación resulta inútil si se agota en palabras en lugar de reafirmarse con acciones".

Para Roosevelt, solo la guerra permitiría poner fin a esta tragedia:

"Si ese pueblo, a través de su Gobierno, no hubiera desertado de su deber de guerra en los últimos dieciséis meses, ahora podríamos actuar de manera eficaz por Armenia. Los grandes actos masivos por Armenia no aportan nada más que una forma sentimental y fácil de dejarse llevar por las emociones para aquellos que participan en ellos… No habremos hecho nada hasta que pongamos el honor y el deber en primer lugar y nos decidamos a asumir riesgos para realizar las acciones que corresponde, tanto para nosotros como para los demás; de lo contrario, solo mereceremos el desprecio de las naciones fuertes de la humanidad"[28].

De este modo, su moral de compasión e indignación lo llevaba a sumarse a la guerra total responsable de esos crímenes, así como el caricaturista francés usaba

26 *Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, n.º 192, octubre de 1917, p. 413.

27 *La Baïonnette*, 1916, dibujos de Henriot.

28 Carta de Theodore Roosevelt a Samuel Dutton, 24 de noviembre de 1915, en Elting E. Morison (ed.), *The Letters of Theodore Roosevelt: Volume 7: Days of Armageddon*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1952.

la ironía para desahogarse de su odio antialemán, más que de su indignación contra las deportaciones y las masacres de armenios.

Didier Fassin encabeza su obra *La raison humanitaire. Une histoire morale du temps présent* citando a Emmanuel Levinas: "Aceptaremos fácilmente que es cuestión de gran importancia saber si la moral no es una farsa"[29]. Fassin continúa su libro sobre las contradicciones de larga duración entre la compasión, completamente sentimental, y la razón, que hace que se actúe por los seres humanos en dificultad, y destaca una paradoja en su estudio sobre las políticas humanitarias más contemporáneas:

> "Por un lado, los sentimientos morales apuntan principalmente a los individuos más pobres, más desafortunados, más frágiles, dicho en otros términos, la política de la compasión es una política de desigualdad. Por otro lado, los sentimientos morales suelen tener como condición la posibilidad del reconocimiento de los otros como semejantes, en otras palabras, la política de la compasión es una política de la solidaridad"[30].

Esta paradoja alcanza seguramente su apogeo en tiempo de guerra total. Los trastornos de la guerra conocieron por primera vez este enardecimiento fatal para los civiles, a gran escala durante el Primer Conflicto Mundial. ¿Podían las víctimas y los salvadores hablar de las contradicciones mientras se debatían entre las realidades de lo que se acababa de convertir en incalificable e impensable?

29 Emmanuel Levinas, *Totalité et infini, essai sur l'extériorité*, Nijhoff, La Haya, 1961, citado en Didier Fassin, *La raison humanitaire. Une histoire morale du temps présent*, collection Hautes études, Éditions de l'EHESS, Seuil/Gallimard, 2010.

30 D. Fassin, *op. cit.*, p. 10.

Marzo de 2012, N.º 885 de la versión original

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

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.

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.

Palabras clave: 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 texto[3]. 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 nº. 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; Vaios 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.

temporaria[5] 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 territorio[7]. 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 hecho[10]. 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 proporcionalidad[11]. 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 ocupación[13]. 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 duración[15]. 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 años[17].

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 comentario[18]. 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 Ibíd.

17 Ibíd., 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).

hacía 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 aplicables[20]. Uganda no fundamentó sus argumentos en una aplicación más amplia del derecho de la ocupación en la que se tuviera en cuenta el elemento temporal[21]. 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 ocupación[22]. 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 abajo[23], 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 especifico 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 específica[24].

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 estudio[25]. 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 jurisprudencia[28] y en la bibliografía jurídica[29].

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; Vaios 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; Bahréin, 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 Turquía[30] o la de Sahara Occidental por Marruecos[31]), el caso de los TPO es el único en que la Potencia ocupante ha reconocido abiertamente la existencia de una ocupación prolongada[32]. 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 análisis[33].

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 ocupación[34]. En las normas del Reglamento de La Haya relativas a la ocupación, ningún artículo establece el cese de su aplicación[35]. 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 Haya[36]. 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 143[38].

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 expertos[39]. No obstante, la CIJ lo ha "resucitado" en la Opinión consultiva sobre el muro[40]. En otros trabajos se ha estudiado ampliamente la cláusula[41]. 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 posteriormente[42]."

Para los 172 Estados[43] 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 (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 países[44]. 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 Ginebra[45]. 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 plenaria[46]. 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 Turquía[47]. 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 práctica[48]. 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 resoluciones[50]. 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 ocupado[51]. 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 temporal[52]. 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 Convenio[53]. 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 gobierno[55]. Se trata nada menos que de una expresión del vínculo fundamental entre la aplicación del DIH y los hechos en el terreno[56]. 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 ocupaciones[58].

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 opciones[60]. Los expertos han expresado opiniones a favor[61] y en contra[62] 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 Haya[64] y artículo 64 del IV Convenio de Ginebra[65].

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 flexibilidad[66]. 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 Ginebra[69]. 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 ocupación[70]. En la práctica, las limitaciones impuestas por la excepción "salvo impedimento absoluto" son mucho menos estrictas que lo que sugiere su formulación por la negación[71]. 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 ocupado[72]. 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 impositivas[73] o para llevar a cabo proyectos de infraestructura con efectos permanentes en los territorios ocupados, como la construcción de autopistas[74] o de líneas de transmisión eléctrica de alta tensión[75]. La justificación se basa en evitar que la vida se detenga y favorecer el normal desarrollo del territorio ocupado[76]. 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 plazo[79].

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. Dinstein, 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. Dinstein, 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 Ibíd., pp. 23-24, párr. 22.

79 Ibíd., 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 beligerante[82].

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 ocupado[83]. 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 ocupado[85]. 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 Ibíd., p. 25, párr. 22.
81 Ibíd.
82 Ibíd., pp. 28-29, párr. 26.
83 Ibíd., p. 27, párr. 23.
84 Ibíd., pp. 30-31, párr. 27.
85 Ibíd., p. 31, párr. 27.
86 Ibíd., 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 cumplían con las disposiciones del Reglamento de La Haya[89].

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 excepciones[91]. 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 ocupado[92]. 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 territorios[96]. 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 55[99]. 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/תוערכה%20דין/psak.pdf (consultado el 5 de julio de 2012).

96 Ibíd., 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 Ibíd.

99 Ibíd., 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 ocupado[101].

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 canteras[102]. 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 local[103].

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 ocupación[104].

Los siguientes comentarios tratan sólo del uso de la naturaleza prolongada de la ocupación en los argumentos jurídicos de la Corte[105]. 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 ocupación[106] y la Corte no ofreció un fundamento jurídico alternativo para la modificación[107]. 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 económico[108]. 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 ocupación[109]. 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 ocupación[110].

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 ocupante[111]. La Corte estuvo de acuerdo con esa postura[112]. 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 Ibíd., 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 perjuicio[113].

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 jurisprudencia[114]. 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 Din[115]. 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 local[116]. La otra es que esa ampliación no debería desdibujar la distinción entre un gobierno militar y un gobierno nacional[117]. 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 ocupado[118]. 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 descartarla[119], 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 facto[120].

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 beligerante[121]. 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 Ibíd., 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*, HCJ 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 eléctrica[122].

Esta conclusión revela el alcance de la interdependencia entre el ocupante y el territorio ocupado durante una ocupación de largo plazo[123]. 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 ocupación[124]. 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 ocupación[125]. 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 ocupación[126].

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 ocupado[127] 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*, HCJ 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*, HCJ 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 beligerante[128]. 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 DIH[129]. 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 CICR[130]. 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 último[131].

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 elementos[132]. 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 Ibíd., 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 concepto[133]. 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 bienes[134].

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 DIH[135]. Existen excepciones basadas en la necesidad militar para varias normas del DIH; dichas excepciones pueden tener distinto alcance[136].

133 *Manual militar* del Reino Unido, nota 7, *supra* pp. 21-22, párr. 2.2. V., en esta misma linea, *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 militar[138]. 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 1863[139]. 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 militar[140]. 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 DIH[141]. 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 militar[142].

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 Ibíd. 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 ocupante[145]. 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 ocupación[146]. 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 dicha[147].

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 Roberts[151]. En este sentido, las situaciones pertinentes son la ocupación turca de la zona norte de Chipre[152] y la de Sahara Occidental, en la medida en que se considere que el territorio está ocupado por Marruecos[153]. En casos como ésos, "[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 Convenio[156], 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 ejército[157]. 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 protegidas[158].

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 beligerante[159]. 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 Israel[160]. También los expertos jurídicos han hecho hincapié en ella[161]. 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 adecuada[162], el derecho a la salud[163] o el derecho a la educación[164], 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 Ibíd.

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.

prolongada[165]. 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 DIDH[166], 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, "L*ex 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 muro[167]. 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 normas[170]; 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 jurídicas[171].

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. ibíd., 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, ibíd., 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 Humanos[175].

¿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 pacífica[176].

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", ibíd., 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 humanos[178], 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 dimanan del PIDCP, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU[179]. 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 Chipre[180]. Hasta ahora, el TEDH ha evitado sistemáticamente tratar la cuestión de la interacción entre el DIH y el Convenio Europeo de Derechos Humanos[181]. 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 detenidos[182].

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 excepciones[184]. 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 Pacto[185]. 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 DIDH[186], 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 prolongada[187]. 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 asignadas[188]. Sin embargo, puede adoptar esas medidas respecto de personas protegidas que participan 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 ocupación[189], 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 intimidad[190]. 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 social[191].

El artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene una formulación similar[192]. 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 ocupación[193]) 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 dimanan 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 suspensiones[196]. 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 PIDCP[199]. 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 artículo[200]. 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 15[201]. 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 15[202]. 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 sí[203]. 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 humanos[204]. 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 bajo[205]. 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 Israel[206]. 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 posible[208].

En general, el Comité ha adoptado una postura crítica respecto de los estados de emergencia prolongados[209]. 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 fnales 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 1948[210] y que hizo una declaración al ratificar el PIDCP en la que suspendía la aplicación del artículo 9 del Pacto basándose en el artículo 4[211]. La fundamentación para el estado de emergencia eran las amenazas de guerra, los ataques armados y las campañas terroristas[212], es decir, no tenían nada que ver con el carácter prolongado de la ocupación[213]. El Comité señaló su preferencia por que se revisara la necesidad de mantener el estado de emergencia[214].

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 supensiones 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 Ibíd. 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.

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

La *International Review of the Red Cross* se publica en inglés cuatro veces al año, en marzo, junio, septiembre y diciembre.

La *Selección de artículos de la Revista en español*, de publicación anual, recoge artículos seleccionados de la versión en inglés.

En la página Web del CICR, www.cicr.org, se publican todos los artículos en su versión original (principalmente en inglés), así como la traducción en español de los artículos seleccionados.

Presentación de manuscritos

La Redacción de la *International Review of the Red Cross (IRRC)* invita a los lectores a hacerle llegar artículos sobre temas relacionados con la acción, la política o el derecho humanitarios. En general, cada número de la *IRRC* se dedica a un tema en particular, que selecciona el Consejo Editorial. Esos temas se presentan en el documento "Temas de los próximos números de la *International Review of the Red Cross*", disponible en www.cicr.org/spa/resources/international-review/. Se dará prioridad a los artículos que se relacionen con esos temas.

El texto puede redactarse en español, francés o inglés. Los originales en español serán traducidos al inglés para su publicación en la *International Review of the Red Cross*.

Los artículos no deben haber sido publicados previamente, ni presentados a otra publicación. Son revisados por un grupo de expertos, y la decisión definitiva sobre su publicación corresponde al Redactor jefe. La *IRRC* se reserva el derecho de modificar los textos. La decisión de aceptar, rechazar o revisar un artículo se comunicará al autor dentro de las cuatro semanas siguientes a la recepción del texto. En ningún caso se devolverán los manuscritos a los autores.

Los manuscritos pueden enviarse a csc.bue@icrc.org o a la delegación del CICR más cercana.

Formato del manuscrito
Los artículos pueden tener una extensión de entre 5.000 y 10.000 palabras. Se puede publicar contribuciones más cortas en la sección "Notas y comentarios".

Podrá encontrar más indicaciones sobre la presentación de artículos en www.cicr.org/spa/resources/international-review/

© CICR
Para reimprimir un texto publicado en la *International Review of the Red Cross*, se debe solicitar autorización al Redactor jefe. La solicitud debe remitirse al Equipo de Redacción.

Suscripciones

La *International Review of the Red Cross* se distribuye entre instituciones y organizaciones seleccionadas. Toda distribución adicional estará sujeta a la disponibilidad.

Las solicitudes de suscripción deben enviarse a:
Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)
Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe
bue_log@icrc.org
www.cicr.org

Equipo de Redacción
Redactor jefe, Vincent Bernard
Asistente de edición: Mariya Nikolova
Asesor de edición: Michael Siegrist
Asesor especial sobre el tema de ocupación: Tristan Ferraro
Asistente de publicación: Claire Franc Abbas

Edición en español
Traducción: María Martha Ambrosoni, Julieta Barba, Julia Bucci, Alide Drienisenia, Paula Krajnc, Margarita Polo.
Revisión: Paula Krajnc, Margarita Polo.
Lecturas de prueba: María Martha Ambrosoni, Paula Krajnc, Margarita Polo.
Producción: Gabriela Melamedoff
Diagramación: Estudio DeNuñez

Publicado en julio de 2015
por el Centro de Apoyo en Comunicación para América y el Caribe, Buenos Aires, Argentina

Comité Internacional de la Cruz Roja
19, avenue de la Paix
CH-1202 Ginebra, Suiza
Teléfono: (++41 22) 734 60 01
Fax: (++41 22) 733 20 57
Correo electrónico: review.gva@icrc.org

Foto de portada: Afganistán.
© CICR/VOETEN, Teun Anthony

REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA

Ocupación

Entrevista a Raja Shehadeh
Jurista y escritor palestino

¿El derecho de la ocupación es aplicable durante la etapa de invasión?
Marten Zwanenburg, Michael Bothe y Marco Sassòli

Preocupados por la ocupación: análisis crítico de la evolución histórica del derecho de la ocupación
Yutaka Arai-Takahashi

Los dilemas de la protección de los civiles en los territorios ocupados: el ejemplo precursor de la Primera Guerra Mundial
Annette Becker

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

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

CICR

ISSN: 0250-569X

www.cicr.org/spa/resources/international-review/

2015.0169/003 08.2015