

## CHOQUE DE TITANES EN TIEMPO DE OCUPACIÓN\* Principio conservacionista vs. principio transformador

### CLASH OF TITANS IN OCCUPATION TIME Conservationist Principle vs. a Transformative Principle

### CHOQUE DE TITÃS EM ÉPOCA DE OCUPAÇÃO Princípio conservador vs princípio transformador

*María Helena Carbonell Yáñez\*\**

Recibido: 5/IX/2021

Aprobado: 5/X/2021

#### Resumen

Este artículo presenta una discusión sobre la necesaria evolución del derecho de la ocupación frente a las obligaciones impuestas por el régimen internacional de los derechos humanos, con base en la responsabilidad internacional del Estado. Este artículo tiene dos partes. En la primera se presenta un estado del arte mediante el análisis de la doctrina y de las jurisprudencias tanto universales como regionales sobre la responsabilidad del Estado, basada en la aplicación extraterritorial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En la segunda parte, se ofrece un análisis sobre la temporalidad (inicio y fin) y aspectos territoriales de la ocupación que inciden directamente en la obligación de respetar y garantizar los derechos de todo sujeto de la jurisdicción del Estado. En la sección final, se discute el choque entre el principio conservacionista tradicional y el principio de ocupación transformador. Se emplea el método lógico-inductivo. Para concluir la discusión, se establece que el principio conservador bajo el Derecho Internacional Humanitario se considera arcaico y debería dar paso a una mejor protección de los derechos humanos en un contexto de ocupación internacional.

**Palabras clave:** Derechos Humanos; Derecho Internacional Humanitario; Derecho de la ocupación; Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Responsabilidad del Estado

#### Abstract

This essay presents a discussion about the necessary evolution of occupation law, facing the obligations set established by the International Human Rights regime, based on State responsibility. In the first of its two sections, the essay addresses the state of the art through the analysis of doctrine and both universal and regional jurisprudences on State responsibility, based on the extraterritorial application of International Human Rights Law. In the second section, the essay provides a temporal analysis (beginning and end) and territorial aspects of occupation, which have a direct impact on the obligation to respect and to ensure the rights of every subject to the State's jurisdiction. Finally, the essay discusses the clash between the traditional conservationist principle and the transformative occupation principle. The logic-inductivist method is employed along the essay. The conclusion reached is that the conservative principle under International Humanitarian Law is archaic, so it should give way to a better protection of human rights in an international occupation context.

**Key words:** Human rights; International Humanitarian Law; Occupation Law; International Human Rights Law; State responsibility

\* Este texto se basa en un artículo publicado anteriormente: Carbonell, María Helena. 2019. "The Conservationist Principle under International Humanitarian Law versus a Transformative Occupation in a Human Rights Context". *Padjadjaran, Journal of Law*, vol. 6, N.º 1: 27-49. DOI: <https://doi.org/10.22304/pjih.v6n1.a2>

\*\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, tiene un diplomado en derechos humanos y políticas públicas (Universidad del Rosario, Bogotá) y un LL.M. (Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights); Es PhD por la Universidad Andina Simón Bolívar, del Ecuador. Actualmente, jefa de despacho en la Corte Constitucional del Ecuador. Correo electrónico: maria.helena.carbonell@gmail.com

## Resumo

Este artigo apresenta uma discussão sobre a necessária evolução do direito de ocupação frente a obrigações impostas pelo regime internacional dos direitos humanos, com base à responsabilidade internacional do Estado. Na primeira seção deste artigo de duas partes, se apresenta um estado de arte por meio da análise da doutrina e das jurisprudências tanto universais como regionais sobre a responsabilidade do Estado baseada na aplicação extraterritorial do Direito internacional dos direitos humanos. Na segunda parte o artigo oferece uma análise sobre a temporalidade (início e fim) e aspectos territoriais da ocupação que incidem diretamente na obrigação de respeitar e garantir os direitos

de todo sujeito de jurisdição do Estado. Na seção final, se discute o choque entre o princípio conservador tradicional, e o princípio de ocupação transformador. Este artigo utiliza o método lógico-indutivo. Para concluir a discussão, se estabelece que o princípio conservador no Direito Internacional Humanitário se considera arcaico e deveria ceder a uma melhor proteção dos direitos humanos em um contexto de ocupação internacional.

**Palavras chave:** Direitos humanos; Direito Internacional Humanitário; Direito à ocupação; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Responsabilidade do Estado

## Siglas y abreviaturas

CDH: Comité de Derechos Humanos  
CDI: Comisión de Derecho Internacional  
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos  
Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos  
CIJ: Corte Internacional de Justicia

DIH: Derecho Internacional Humanitario  
OEA: Organización de Estados Americanos  
OIT: Organización Internacional del Trabajo  
ONU: Organización de las Naciones Unidas  
PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos  
PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

## INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del Estado se basa en la existencia de un hecho internacionalmente ilícito que puede imputársele. Este acto es contrario a las expectativas que se tienen sobre el Estado con respecto a sus obligaciones internacionales. La naturaleza u origen (el ámbito del Derecho que regula) de estas obligaciones es irrelevante cuando se trata de determinar su responsabilidad bajo el Derecho Internacional Público. Con estos antecedentes, el Derecho Internacional Humanitario es un conjunto de normas que tiene como objetivo limitar los efectos de un conflicto armado mediante la regulación de los diferentes escenarios que pueden surgir cuando uno se presenta. Uno de estos escenarios es la ocupación beligerante, es decir la posesión temporal de un territorio por una potencia ocupante.

Otra área del Derecho que contempla obligaciones claras para el Estado es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un cuerpo normativo que busca el respeto, cumplimiento y promoción de los derechos humanos a nivel nacional o internacional. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se aplica no

solo en tiempos de paz, sino también durante un conflicto armado, sea éste internacional o no.

Ambas ramas del Derecho contienen obligaciones claras para el Estado en tiempos de conflicto armado, que pueden generar su responsabilidad. No obstante, varias de esas normas pueden requerir que el Estado actúe de maneras que pueden ser contradictorias. Si el incumplimiento de alguna de esas obligaciones genera la responsabilidad del Estado, ¿cuál prevalece?, ¿cómo debe el Estado resolver este impasse? Para aclarar este problema, este artículo presenta un estudio en dos partes, centrado en el análisis del alcance de las normas sobre ocupación beligerante y su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La primera parte presenta los elementos generales de la responsabilidad del Estado vinculados a la aplicación extraterritorial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en un país beligerante que es escenario de una ocupación. El segundo discute el principio conservacionista y la propuesta de ocupación transformadora desde una perspectiva de derechos humanos.

### RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DESDE UNA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN UN ESCENARIO DE OCUPACIÓN BELIGERANTE

#### 1. Aspectos generales de la responsabilidad estatal bajo el Derecho Internacional Público

La responsabilidad del Estado surge de un hecho internacionalmente ilícito que es atribuible al Estado de conformidad con las normas del Derecho Internacional. Un hecho ilícito a nivel internacional es una acción u omisión que constituye una violación de las obligaciones internacionales del Estado (CDI 2001; Sorensen 2011, 507-8; Shaw 2008, 781-2; Travieso 2012, 522). La Comisión de Derecho Internacional

explica que “la esencia de un hecho ilícito internacional se encuentra en la no conformidad de la conducta actual del Estado con relación a la conducta que debería haber adoptado para cumplir con una obligación internacional particular”<sup>1</sup> (CDI 2001, 54).

Para determinar el ámbito de la conducta esperada por parte del Estado, se debe prestar atención a la obligación contenida en la norma primaria. La naturaleza de la obligación (tratados, derecho consuetudinario, decisiones judiciales judiciales...) es irrelevante para determinar la existencia de un incumplimiento, ya

<sup>1</sup> La traducción de las citas escritas en inglés en los textos originales citados ha sido realizada por la autora.

que la responsabilidad del Estado puede surgir independientemente del origen de tal obligación, pero su alcance se determinará en la norma primaria. Solo se requiere que la obligación esté vigente en el momento de su incumplimiento (CDI 2001, 57-9). Por lo tanto, la norma primaria tenía que ser vinculante para el Estado cuando ocurrió la conducta. Una vez que se ha probado la existencia de la conducta, debe ser atribuida al Estado. Según las normas del Derecho Internacional, la conducta de sus órganos estatales es imputable al Estado mismo, aun cuando actúen *ultra vires* (CDI 2001, 4-7; Monroy Cabra 2011, 571; Sorensen 2011, 516; Crawford 2013, 117-24; Corte IDH 1988). La legislación nacional puede determinar si una persona u órgano es agente del Estado o si actuó *ultra vires*. Debe existir un vínculo razonable entre la conducta, el actor y el Estado para que la conducta pueda ser atribuida al Estado. Este proceder no afecta al hecho de que la organización nacional del gobierno es irrelevante para el Derecho Internacional.

Existen otras circunstancias en las que una acción u omisión realizada por una persona o entidad, que no puede ser considerada como un órgano del Estado en la legislación nacional, puede atribuirse al Estado; pero estas formas de atribución no son relevantes para el presente estudio. Sin embargo, para mayor claridad, es relevante analizar los comentarios Comisión de Derechos Internacional a los artículos sobre la responsabilidad del Estado (CDI 2001) y el estudio posterior desarrollado por el relator James Crawford (2013).

Como ya se mencionó, la obligación del Estado puede emanar de diferentes áreas del Derecho, incluyendo los Derechos Humanos. El siguiente párrafo presenta un análisis de las obligaciones impuestas al Estado en esta materia, para determinar cuándo puede surgir la responsabilidad estatal internacional. Al considerar los escenarios de ocupación beligerante, se prestará especial atención a su aplicación extraterritorial.

## 2. Responsabilidad estatal por la violación de derechos humanos y la aplicación extraterritorial de los derechos humanos

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existen dos grandes obligaciones comunes a

todos los derechos humanos: el respetar y asegurar (cumplir) el libre y completo ejercicio de los derechos de toda persona sujeta a la jurisdicción del Estado.

El artículo 1(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que el Estado tiene el deber de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción (OEA 1969). El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece las mismas obligaciones en términos similares. El titular de la obligación (el Estado) será responsable de una violación de los derechos humanos en caso de incumplimiento (Corte IDH 1988).

Para monitorear la implementación de los tratados de derechos humanos, los Estados han creado varios órganos judiciales y cuasi-judiciales. En las Américas, son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en Europa, el órgano judicial que supervisa el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones en materia de derechos humanos es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y, a nivel universal, los órganos basados en tratados llevan a cabo esta tarea. Al hacerlo, estos órganos han determinado el contenido de las obligaciones de los Estados (incluso si la redacción de los tratados puede variar, existen elementos que coinciden).

La obligación de respetar a la población de los territorios ocupados implica una prohibición absoluta impuesta a los Estados, que los obliga a evitar realizar cualquier conducta que atente contra los derechos humanos. Esta prohibición vincula todos los órganos estatales (CDH 2004, 4; Carbonell 2014, 140; Melish 2002, 159-60; Gialdino 2013, 499-502).

La segunda obligación requiere que los Estados Parte tomen medidas afirmativas de carácter judicial, legislativo y ejecutivo, para organizar todo el aparato estatal con el fin de asegurar el cumplimiento pleno de los derechos humanos (Corte IDH 1988). Este deber de garantizar puede dividirse en cinco conductas específicas: prevenir, investigar, sancionar, reparar y garantizar el mínimo del contenido de los derechos (Melish 2002, 170; Carbonell 2014, 140-1; Gialdino 2013, 503-15).

Las obligaciones impuestas por los tratados no hacen referencia al territorio de los Estados sino a su jurisdicción. El ejercicio de la jurisdicción es principalmente territorial, pero también existe la posibilidad de que el Estado la ejerza fuera de sus fronteras. Esta no es una situación común y la jurisprudencia internacional ha ayudado a aclarar las condiciones necesarias para que un Estado ejerza jurisdicción extraterritorialmente. En los siguientes párrafos se analizan los enfoques tomados por diferentes tribunales y órganos de control sobre esta materia, en los casos en que un Estado ejerció o no jurisdicción sobre un territorio extranjero donde ocurrieron violaciones a los derechos.

#### **a. Sistema universal**

Con base en el artículo 2 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos (CDH, órgano que monitorea su cumplimiento) ha afirmado que, incluso si la jurisdicción de un Estado es principalmente territorial, esta disposición también se aplica fuera del territorio de una parte contratante cuando esta ejerce jurisdicción sobre otro territorio (CDH 1979, 1981 y 2004). En su Comentario General 31 (en adelante CG 31), el Comité explica lo siguiente:

un Estado parte debe respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado parte, aunque no se encuentre en el territorio del Estado parte. [...] Este principio se aplica también a los que estén bajo la autoridad o el control efectivo de las fuerzas del Estado parte que actúen fuera de su territorio, así como independientemente de las circunstancias en que se haya adquirido esa autoridad o control efectivo, como en el caso de fuerzas que constituyan un contingente nacional de un Estado parte que tenga asignada una operación internacional de mantenimiento o imposición de la paz. (CDH 2004, 10)

El Comité también se ha centrado en el caso de la ocupación beligerante en su Comentario General 29 (en adelante CG 29), en el que expresa que “el Pacto se aplica además en situaciones de conflicto armado para los cuales las reglas del Derecho Internacional Humanitario son aplicables” (CDH 2001, 3). Al ver

su jurisprudencia, se puede concluir que el Comité ha aceptado que el Estado tiene jurisdicción sobre “alguien dentro de su poder o control efectivo”. Esto implica que tiene que cumplir con sus obligaciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando ejerce un control efectivo sobre un territorio, sin importar cómo haya obtenido dicho control.

La Corte Internacional de Justicia, en su Opinión consultiva sobre las consecuencias legales de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados (CIJ 2004), usa el mismo acercamiento que el Comité de Derechos Humanos. Se enfoca en la aplicabilidad del PIDCP, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención sobre los Derechos del Niño en los territorios palestinos ocupados. La Corte concluye que los derechos humanos también son válidos en un territorio que es considerado “ocupado”, porque está bajo el control de una potencia ocupante. La CIJ admite que “si bien la jurisdicción del Estado es principalmente territorial, esta puede algunas veces ser ejercida fuera del territorio nacional” (CIJ 2004, 109). Reconoce que el objeto y el fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pueden verse obstaculizados si se aplica un enfoque restrictivo (enfoque estrictamente territorial) del término “jurisdicción”. Se aplica el mismo enfoque a la Convención sobre los Derechos del Niño (CIJ 2004, 113).

En cuanto al PIDESC, la Corte determina que aun cuando no exista una disposición con respecto a su aplicación territorial, nada excluye la posibilidad de una aplicación extraterritorial de sus disposiciones. Además, al tomar nota de la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Corte reconoce que la potencia ocupante, Israel, “está obligada” por las disposiciones del PIDESC sobre los territorios palestinos ocupados” (CIJ 2004, 112).

En el caso relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (CIJ 2005), la Corte se mantiene en línea con su jurisprudencia anterior y recuerda que la protección de los instrumentos de derechos humanos no cesa durante un conflicto armado o en las ocupaciones beligerantes que pueden seguirle. Si las

disposiciones del tratado están vigentes para el Estado ocupante, este debe cumplir con ellas si el territorio está bajo su control efectivo (CIJ 2005, 215-6).

En su jurisprudencia, la CIJ ha lidiado con los problemas que surgen de aplicaciones extraterritoriales de los derechos humanos en casos de ocupación beligerante. Ha concluido que la conducta de la potencia ocupante debe estar en conformidad con sus obligaciones internacionales cuando el territorio está bajo su **control efectivo**.

### b. Sistema regional

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha analizado la aplicabilidad extraterritorial de los derechos humanos en los casos Coard et al. y *Alejandro et al.* El caso Coard et al. versaba sobre la detención y el juicio de los diecisiete reclamantes de las fuerzas estadounidenses durante la ocupación de Granada en 1983. La Comisión no clasificó abiertamente la situación como una ocupación, sino que aplicó disposiciones del IV Convenio de Ginebra (CICR 1949), que tratan de los territorios ocupados a lo largo de las disposiciones pertinentes de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Respecto a la aplicabilidad extraterritorial de la Declaración, he aquí la siguiente declaración.

todos los Estados americanos están obligados a respaldar los derechos protegidos de cualquier persona sujeta a su jurisdicción. Si bien ello se refiere comúnmente a las personas que se hallan dentro del territorio de un Estado, en determinadas circunstancias puede referirse a la conducta con un locus extraterritorial, en que la persona está presente en el territorio de un Estado, pero está sujeta al control de otro Estado, por lo general a través de los actos de los agentes en el exterior de este último. En principio, la investigación no se refiere a la nacionalidad de la presunta víctima o a su presencia en una determinada zona geográfica, sino a que si en esas circunstancias específicas, el Estado observó los derechos de una persona sometida a su **autoridad y control**<sup>2</sup>. (Corte IDH 1999)

En el caso *Alejandro et al.*, una aeronave militar cubana derribó dos aviones civiles pertenecientes a la organización *Brother to the rescue* en febrero de 1996. Los aviones estaban en el espacio aéreo internacional cuando fueron alcanzados por los disparos. Al analizar su competencia *ratione loci*, el mismo órgano establece que:

en determinadas circunstancias puede referirse a la conducta con un locus extraterritorial, en que la persona está presente en el territorio de un Estado, pero está sujeta al control de otro Estado, por lo general a través de los actos de los agentes en el exterior de este último. En principio, la investigación no se refiere a la nacionalidad de la presunta víctima o a su presencia en una determinada zona geográfica, sino a que si en esas circunstancias específicas, el Estado observó los derechos de una persona sometida a su autoridad y control. (CIDH 1999)

La Comisión utilizó el mismo enfoque en el caso Coard et al., exigiendo que la persona sea **sujeto a la autoridad y control del Estado**. Sin embargo, no definió qué significan ambos términos en los respectivos casos.

En Europa, el artículo 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales establece que "(l)as Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del [...] Convenio". El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado los términos "dentro de su jurisdicción" en su jurisprudencia, y ha reafirmado que, aunque la jurisdicción sea principalmente territorial, el Estado puede ejercerla extraterritorialmente en circunstancias excepcionales.

En el caso *Loizidou*, que se produjo en el marco de la ocupación turca del norte de Chipre, el Tribunal estableció que "el concepto de 'jurisdicción' bajo el artículo 1 no está restringido al territorio nacional de una alta parte contratante" (TEDH 1995, 62). Se enfoca en la responsabilidad del Estado que surge de la violación

<sup>2</sup> Énfasis de la autora.

de derechos humanos cometida fuera de su territorio y afirma que la responsabilidad del Estado puede surgir por las conductas resultantes de acciones militares (legales o ilegales) si es que ejerce control efectivo sobre el área en la que ocurren las violaciones. Añade que dicho control puede ser ejercido por sus fuerzas armadas o por una administración local subordinada (TEDH 1995, 62).

El Tribunal, en el *caso Issa et al.*, analizó el posible ejercicio extraterritorial de jurisdicción por parte de agentes turcos en Irak, que supuestamente terminaron con la muerte de varios ciudadanos iraquíes. El Tribunal reafirmó que, en algunas circunstancias, la jurisdicción puede ser ejercida fuera de las fronteras nacionales, pero también que para ello se requiere cierto nivel de control, que no existió en el *caso Issa et al.*, pues en este nunca se demostró que las víctimas murieron bajo fuego turco.

El Tribunal reafirmó su anterior conclusión y agregó que, para afirmar que existe control de un Estado sobre un territorio ocupado, debe existir un control total. En consecuencia, no es necesario demostrar que el gobierno ejerció un control detallado sobre las políticas y acciones de las autoridades del territorio donde las violaciones ocurren, sino que un control general será suficiente (TEDH 2004, párr. 69-71). Para el Tribunal, deben distinguirse dos situaciones: 1) si un Estado ejerce control fuera de su territorio nacional, el área ocupada puede considerarse como si estuviera bajo la jurisdicción del Estado; y 2) en el caso de un individuo, el Tribunal considera que está dentro de la jurisdicción del Estado si este, *de facto*, ejerce autoridad efectiva sobre él.

El Tribunal ha declarado que debe existir un nexo entre la conducta llevada a cabo y el Estado responsable bajo cuya jurisdicción se encuentra la víctima. Esta relación, por ejemplo, no está presente en el caso de Saddam Hussein. El expresidente de Irak denunció la supuesta violación de varias disposiciones del TEDH, tanto debido a su arresto, detención y traslado a las autoridades iraquíes, como a su juicio en curso y su resultado. El caso se llevó en contra de Albania, Bulgaria, Croacia, República Checa, Dinamarca, Estonia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania,

Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, Turquía, Ucrania y el Reino Unido (la Coalición). El Tribunal estableció que, incluso si los Estados Unidos tenían un gran control sobre las operaciones, cada Estado había llevado a cabo actuaciones en relación con la supuesta infracción. Llegó a la conclusión de que debía existir un vínculo directo entre la conducta y el Estado que ejercía el control: la persona tenía que estar estrictamente bajo su jurisdicción (TEDH 2006).

Como se vio en los párrafos anteriores, los tribunales internacionales han admitido la posibilidad de una aplicación extraterritorial de varios instrumentos de derechos humanos. Esto ocurre cuando la persona o personas son puestas bajo el control estatal (el grado de control varía según la jurisprudencia de los diferentes tribunales) y el Estado puede llegar a ser responsable de la violación. Este es el caso de la ocupación beligerante, donde una potencia ocupante ejerce control sobre otro territorio.

Una vez que se ha probado que el Estado tiene que cumplir con las obligaciones contenidas en los derechos humanos, el tema se complica cuando estas chocan con otras áreas del Derecho, especialmente con el Derecho Internacional Humanitario (ámbito que regula la ocupación beligerante).

### 3. Consideraciones generales sobre el derecho de la ocupación

Existen algunas consideraciones generales que se deben abordar inicialmente.

Primero, la ocupación tiene principalmente un carácter internacional, a diferencia de un conflicto armado no-internacional. Según Hans-Peter Gasser y Knut Dörmann, la declaración de que “en un conflicto armado no internacional, la conquista por parte de las fuerzas del gobierno del territorio en poder de los rebeldes no constituye una “ocupación” sino el restablecimiento del control que ha perdido el gobierno” (2013, 543) no se aplica a la ocupación beligerante.

Segundo, la aplicabilidad del derecho de la ocupación es un estricto asunto de hechos (Gasser y Dörmann

2013, 269) y no depende de posibles justificaciones que una de las partes pueda presentar por ocupar un territorio determinado.

Tercero, la aplicación del derecho de la ocupación es irrelevante por debido a la categorización del territorio. Por lo tanto, el estado del territorio ocupado, antes de su ocupación, es irrelevante para la aplicación del mencionado derecho de la ocupación (Roberts 1984, 254; Gasser y Dörmann 2013, 244; Artículo 1(3) del Protocolo adicional al los convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977).

En cuarto lugar, la voluntad de las partes involucradas es irrelevante para la aplicación del derecho de la ocupación; por lo tanto, una declaración formal de ocupación no es necesaria para que se apliquen las normas sobre ocupación, y su aplicación no será alterada por acuerdos establecidos por las partes.

#### **a. Inicio de la ocupación**

Es necesario enfocarse en los asuntos temporales que son relevantes para la aplicación del derecho de la ocupación beligerante. Como se dijo anteriormente, los derechos humanos son aplicables a situaciones en las que Estados ejercen jurisdicción extraterritorialmente y una potencia ocupante ejerce jurisdicción en el territorio que ocupa. El artículo 42 de la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Reglamento de la Haya de 1907) establece que “[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”. Este artículo ha sido interpretado principalmente de dos maneras diferentes según el significado dado al nivel de control sobre el territorio.

La primera interpretación brinda una comprensión restrictiva de la regla general, que es la capacidad de ejercer control sobre el territorio y sus habitantes. Esta es una condición necesaria previa para clasificar una situación como ocupación (Gasser y Dörmann 2013,

243). Hay dos requisitos para establecer si un determinado territorio está bajo ocupación beligerante: (1) el gobierno antecedente ya no puede ejercer su autoridad; y (2) la potencia ocupante puede ejercer su propia autoridad en el territorio. El tipo de autoridad referido incluye la capacidad de restaurar la ley y el orden y cumplir con sus deberes bajo el cuarto convenio de Ginebra (CICR 1949). Adicionalmente, se incluye la posibilidad de internar personas protegidas por imperiosas razones de seguridad y para cumplir los requisitos de las condiciones de su internación (CICR 1949, 78). En este sentido, una situación de ocupación existe cuando una de las partes de un conflicto ejerce cierto nivel de autoridad o control sobre el territorio. Para Thürer, el Estado ocupante debe estar en la capacidad de substituir al gobierno original de ese territorio (Thürer 2005, 9-15).

Entonces, si la potencia ocupante es incapaz de ejercer y cumplir sus obligaciones en virtud de los instrumentos pertinentes del DIH, la situación no equivaldría a ocupación; por lo tanto, el derecho de la ocupación no se aplicaría. La gente en ese territorio estaría protegida por otras disposiciones de los instrumentos de DIH vigentes y por normas de naturaleza consuetudinaria.

En la segunda interpretación, existe un enfoque más amplio que parte de que no hay un periodo intermedio entre “no ocupación” y “ocupación” (Pictet 1958, 60). Se puede señalar, entonces, que una ocupación militar existe cuando la potencia ocupante puede ejercer cierto grado de autoridad o control sobre el territorio. Thürer argumenta que este grado de autoridad es menor que el que requiere la postura restrictiva (ver supra). Para el autor, la sola presencia de tropas enemigas ya podría ser considerada como una ocupación (Thürer 2005, 10). Esta posición tiene varios detractores. Roberts (2006, 257), que es uno de ellos, señala que hay que tomar esta aseveración con delicadeza para no ampliar la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a situaciones que no lo requieren. Para él, la presencia real de la tropas en un territorio es un indicador pero no necesariamente un elemento constitutivo de ocupación.

También está la interpretación que hacen los tribunales internacionales y nacionales para determinar



cuándo existe ocupación. La Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, tanto en el caso Mladen Naletilić, alias Tuta, como en el caso Vinko Martinovic, alias Stela, menciona una lista de posibles pautas para calificar una situación como ocupación. Se requiere que la potencia ocupante tenga la capacidad de sustituir la autoridad de la potencia ocupada por ser esta incapaz de hacerlo, o que se haya instaurado una administración temporal en ese territorio (TPIEY 2003, 217). El enfoque adoptado requiere un alto grado de control, como el utilizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, y parece estar de acuerdo con las disposiciones del Reglamento de La Haya. Aun así, el Tribunal aclaró que, para establecer si se aplica el derecho de la ocupación, tiene que mediar un estudio caso por caso.

Se puede concluir que existen diferentes posiciones con respecto al inicio de una ocupación. Sin embargo, los tribunales y quienes integran la comunidad académica están de acuerdo en que la invasión no es en sí misma ocupación y no hace aplicable el derecho de la ocupación, porque el territorio no está bajo el control efectivo del Estado. En el supuesto de que este enfoque restrictivo deba seguirse, el Estado no sería responsable por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, pues el territorio no caería bajo su jurisdicción.

Para asegurar algún grado de protección, es necesario un estudio singular de cada caso, a fin de determinar si la persona o personas estaban directamente bajo el control de agentes estatales cuando ocurrió la violación. Si fuere así, el territorio podría caer fuera de la jurisdicción del Estado. Sin embargo, la persona podría estar bajo su autoridad y control, de forma que se podría responsabilizar al Estado por las violaciones de derechos humanos cometidas contra esta persona.

#### **b. Fin de la ocupación**

Como se mencionó antes, el aspecto temporal de la ocupación es un elemento esencial de su definición. En efecto, la soberanía sigue en manos de la autoridad local, aunque esta, por cierto tiempo, sea incapaz de ejercerla; dado que no se transfiere al ocupante, que solo ejerce un control temporal y provisional sobre el

territorio ocupado, porque se supone que su jurisdicción sobre este debe ser temporal (Gasser y Dörmann 2013, 270, 273 y 284).

Hay que recordar que una ocupación puede terminar de muchas maneras. La más común es el retiro de la fuerza ocupante o su expulsión (Roberts 1984, 257). Sin embargo, algunos casos son más difíciles; por ejemplo, cuando un ocupante no se ha retirado de un territorio, pero se impugna la aplicación del derecho de la ocupación a causa de una autorización otorgada por la autoridad local en ejercicio de su soberanía. Una situación tal reafirma la idea de que la presencia de fuerzas extranjeras en un territorio es un elemento indicativo de que, si bien la ocupación existe, no es un elemento constitutivo de la misma. Un ejemplo puede ser la presencia de las fuerzas de la coalición liderada por Estados Unidos en Irak después del llamado fin de la ocupación (2004).

El artículo 6 del Convenio de Ginebra IV describe otra forma de poner fin a una ocupación: desvaneciéndose. Según el artículo citado, la aplicación del derecho de la ocupación debe cesar un año después del cierre general de las operaciones militares, excepto para un número limitado de disposiciones referentes principalmente a los derechos de las personas “regulares” y de las personas protegidas.

El aspecto temporal de la ocupación es relevante para este estudio, debido al impacto en la capacidad de cumplir las obligaciones bajo el DIH y los Derechos Humanos. Por ejemplo, sin importar si se sigue el primero o el segundo enfoque sobre el inicio de la ocupación, las obligaciones pueden dividirse en dos categorías: 1) las que pueden cumplirse inmediatamente y 2) las que requieren más tiempo. La primera categoría incluye cuatro prohibiciones: (1) la de tortura (art. 3 de los convenios de Ginebra), (2) la de coacción (art. 31 del CG IV), (3) la de tomar rehenes (art. 34 del IV CG), y (4) la de discriminación (art. 27(3) GCIV); y también incluye dos obligaciones: (1) la de no llevar a cabo ataques contra la población civil como forma de represalia (art. 46 del Reglamento de La Haya y 51(6) del PA I), y (2) la de brindar un trato humano (art. 27(1) CG IV). La segunda categoría incluye otras obligaciones que pueden demandar una

permanencia más extensa de la potencia ocupante en el territorio; por ejemplo, la de satisfacer las necesidades básicas de la población local (arts. 55(1) CG IV y 69(1) PA1).

El tiempo durante el cual una potencia ocupante está presente en un territorio ocupado tiene un efecto directo sobre su capacidad para cumplir con las obligaciones, no solo según el DIH, sino también de acuerdo a los derechos humanos. Lograr la plena realización de todos los derechos humanos (cuando el Estado ejerce jurisdicción) es un proceso que puede tomar un tiempo, de modo que su cumplimiento dependerá del momento en que la potencia ocupante introduzca cambios en los territorios ocupados y los cambios que el DIH le permita realizar. No obstante, el aspecto temporal de la presencia no es una excusa para evadir el cumplimiento de la obligación de avanzar hacia la plena realización de todos los derechos humanos en el territorio ocupado. Implica una obligación de efecto inmediato; y la ausencia de recursos y la temporalidad de la presencia en el territorio no son excusas aceptables para no cumplir esta obligación.

La presencia de la potencia ocupante puede enfrentar dos escenarios en cuanto a su obligación relativa a derechos humanos. El primero considera que

los estándares de derechos humanos en el territorio ocupado son consistentes con las obligaciones internacionales de la potencia ocupante. Cuando la legislación nacional es compatible con los estándares de derechos humanos, la potencia ocupante no tendrá que preocuparse de introducir cambios. El segundo escenario, por el contrario, se da cuando los estándares de derechos humanos en el territorio ocupado son inconsistentes con las obligaciones internacionales de la potencia ocupante. Existe una obligación común respecto a todos los derechos humanos de lograr su realización progresiva (aun si esta obligación ha sido desarrollada para los derechos económicos, sociales y culturales, se puede sugerir que también se extienda a los derechos civiles y políticos). Tal obligación implica que el Estado tiene que tomar medidas para la plena realización de todos los derechos humanos dentro de su jurisdicción (Melish 2002, 191). Aun si se reconoce que la completa realización de cada derecho no se logra inmediatamente, la obligación de la potencia ocupante de realizar acciones en ese sentido es de efecto inmediato. De no ser así, surgirá la responsabilidad estatal de cumplir sus obligaciones internacionales.

La siguiente sección analiza esta obligación en comparación con las estrictas limitaciones que el DIH impone a las potencias ocupantes.

## CHOQUE ENTRE EL DIH Y LAS OBLIGACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL PRINCIPIO CONSERVACIONISTA VS. EL PRINCIPIO DE OCUPACIÓN TRANSFORMADOR

### 1. El principio conservacionista bajo el Derecho Internacional Humanitario

El principio conservacionista bajo el DIH requiere que la potencia ocupante no cambie el *statu quo* del territorio ocupado. Esta exigencia se basa en el aspecto temporal de la ocupación y, por lo tanto, el derecho de la ocupación tiene como objetivo proteger los habitantes del territorio ocupado de cargas y traumas innecesarios. La potencia ocupante solo ejerce jurisdicción temporalmente y no es soberana; por lo tanto, no puede introducir cambios desproporcionados en el territorio ocupado.

El principio conservador y sus límites están presentes en el artículo 43 del Reglamento de La Haya y en el artículo 64 del cuarto convenio de Ginebra; y se basan en el carácter temporal de la ocupación. Los cambios impuestos por la potencia ocupante deberían estar basados solamente en la capacidad militar de la potencia ocupante, no en una mera decisión soberana del Estado ocupado (Pictet 1958, 273). El artículo 43 del Reglamento de La Haya dice que “(d)esde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, este 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”<sup>3</sup>. Esta obligación no es una obligación de resultado, sino de medios (Sassòli 2005, 664). Así pues, esa obligación del Estado se centra en los medios para cumplir su obligación, y no en el resultado de sus acciones. De esta manera, se establece claramente una limitación para el Estado ocupante. Este debe cumplir con su deber de restablecer y garantizar el orden y la seguridad pública, así como respetar, a menos que sea absolutamente imposible, las leyes vigentes en el Estado cuyo territorio ha ocupado. El principio conservacionista bajo el DIH incluye la obligación de la potencia ocupante de respetar no solo las leyes vigentes en el territorio ocupado, sino también las instituciones existentes y los derechos de las personas protegidas.

#### a. Limitaciones con respecto a la legislación local

La potencia ocupante debe respetar las leyes y acuerdos económicos vigentes en el territorio ocupado y debe hacer, generalmente, la menor cantidad de cambios posibles (Roberts 2006, 580; CICR 1949, 64).

Un tema que es relevante aquí es el significado de las leyes. ¿Qué significa ley? ¿Incluye solo “leyes” *sensu stricto*, o el término “leyes” incluye todos los niveles de elementos legislativos y judiciales? El término utilizado en el artículo 43 de la Convención de La Haya se refiere a todos los niveles de legislación y no solo a las leyes penales (leyes tributarias, civiles, comerciales) si son generales y abstractas (Sassòli 2005, 669; Pictet 1958, 335; Gasser y Dörmann 2013, 284).

El orden público y la vida civil se mantienen a través de “leyes, reglamentaciones, decisiones judiciales, guías administrativas e, incluso, costumbres ya que todas forman parte de un sistema balanceado” (Benvenisti 1993, 17). Por lo tanto, el término “leyes” debe interpretarse de manera que abarque cada nivel de elementos legislativos y judiciales que se usan para organizar la vida civil en el territorio ocupado. Se confirma esta interpretación al constatar que la formulación del artículo 64(2) del cuarto convenio

de Ginebra no hace ninguna referencia específica a leyes penales, y que el artículo 64(2) menciona “disposiciones” en general, una expresión que puede ser interpretada como inclusiva de lo penal, lo civil y la legislación administrativa (Sassòli 2005, 669).

La formulación del artículo 64 del cuarto convenio de Ginebra es menos restrictiva que la prohibición general del artículo 43 de la Convención de La Haya (a menos que al Estado ocupante le sea absolutamente imposible respetar la legislación nacional). Este último incluye una necesidad material y legal que debe cumplirse para aplicar la excepción contenida en este artículo. Para aplicar la excepción contenida en el artículo 64, solo se debe verificar si una de las tres circunstancias mencionadas existe. Según este artículo, la potencia ocupante tiene permitido cambiar la legislación nacional: (1) para mantener un gobierno ordenado del territorio, (2) para permitir a la potencia ocupante el cumplimiento de sus obligaciones internacionales bajo el cuarto convenio de Ginebra; (3) y para garantizar la seguridad de la potencia ocupante. Pero el DIH y los derechos humanos limitan esta excepción: la potencia ocupante no puede realizar cambios que violen estos cuerpos normativos.

Además de estas limitaciones, se argumenta que el Reglamento de La Haya y el cuarto convenio de Ginebra fueron negociados y escritos antes de los principales desarrollos en materia de derechos humanos. Por lo tanto, dejan por fuera las mejoras referentes a estándares de derechos humanos como una excepción al principio conservacionista. Se dice que, si esos instrumentos se escribieran hoy, incluirían, como una de las causales para permitir cambios legislativos, la mejora de la normativa en materia de derechos humanos en el territorio ocupado.

#### b. Limitaciones con respecto a instituciones locales

Otra limitación para la potencia ocupante es la prohibición de realizar cambios en instituciones locales, a menos que le sea absolutamente imposible mantener

<sup>3</sup> La versión francesa de este artículo es más amplia que la versión inglesa (“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”) al hablar de “*l'ordre et la vie publiques*” en lugar de “orden público y seguridad”. La “*vie publique*” implica algo más que orden, e incluye todos los elementos necesarios para el desenvolvimiento normal de la vida.

el *status quo*. Este elemento está estrechamente relacionado con la prohibición de cambiar o introducir nueva legislación, ya que la mayoría de los cambios en las instituciones se introducirían mediante cambios legislativos. Cualquier cambio en las instituciones a través de un cambio legislativo debe hacerse bajo la justificación de que a la potencia ocupante le es absolutamente imposible mantener la legislación en vigor. Según el artículo 64(2) del cuarto convenio de Ginebra, estas alteraciones se pueden realizar si se cumplen las tres circunstancias indicadas en este párrafo.

En este caso deben considerarse, otras disposiciones del cuarto convenio de Ginebra. Por ejemplo, el artículo 54 prohíbe la alteración del estatuto de los jueces y demás servidores públicos en un territorio ocupado; y como los servidores públicos pueden ser considerados como instituciones del territorio ocupado, deberían ser respetados por la potencia ocupante.

### **c. Limitaciones con respecto a personas protegidas**

Las limitaciones impuestas a la modificación de las leyes e instituciones locales no son las únicas impuestas a la potencia ocupante. Si se tiene en cuenta el objetivo de la ocupación, el DIH impone varias limitaciones con respecto a las personas protegidas (por ejemplo, en el artículo 47 del cuarto convenio de Ginebra).

Los cambios que la potencia ocupante decida introducir, autorizados por el artículo 43 de la Convención de La Haya o por el artículo 64(2) del cuarto convenio de Ginebra, no deben obstaculizar los derechos de las personas protegidas. La redacción de los artículos citados es claramente restrictiva. Por tanto, la prohibición de este artículo es más estricta que la que consta en el anterior artículo sobre legislación e instituciones.

## **2. El enfoque de la ocupación transformadora**

Los tratados de Derecho de los derechos humanos y las normas consuetudinarias no son los únicos que imponen obligaciones detalladas al Estado en materia de derechos humanos. Las disposiciones del DIH pueden además introducir obligaciones especiales para los Estados. Por ejemplo, bajo el cuarto convenio de Ginebra, la potencia ocupante debe cumplir

ciertas obligaciones relacionadas con derechos humanos. Algunas de estas se mencionan en el artículo 3: la prohibición de discriminación, tortura, tratos inhumanos y degradantes, y el derecho a un juicio justo. El artículo 27(1) impone la obligación de respetar la libertad de religión (también en el artículo 58) y la libertad de pensamiento. El artículo 51 impone la obligación de respetar el derecho al trabajo de las personas protegidas; estas son libres de elegir su trabajo y no pueden ser obligadas a trabajar a menos que sea necesario por las razones y con las garantías mencionadas en dicho artículo. El artículo 55 impone la obligación de proporcionar comida y suministros médicos a la población local. Los artículos 53 y 55(2) imponen la obligación de respeto a la propiedad privada. Otro ejemplo es el artículo 43 del Reglamento de la Haya, que requiere el mantenimiento del orden público, incluyendo el respeto de los derechos humanos en el territorio ocupado.

En el caso de derechos que no estén contenidos en las disposiciones del DIH relativas a la ocupación, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos todavía protege a la persona y establece obligaciones para la potencia ocupante dentro del territorio ocupado. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos autoriza a los Estados a limitar ciertos derechos. Es posible que el Estado lo haga cuando una emergencia amenace la vida de la nación o cuando la situación lo exija estrictamente. Sin embargo, semejantes limitaciones son posibles solo si son consistentes con las obligaciones internacionales del Estado. El Estado podría argumentar que la ocupación beligerante que sucede a un conflicto armado internacional es una situación en la que es necesario limitar ciertos derechos. En todo caso, las limitaciones no pueden eliminar el derecho en su totalidad. El Estado todavía debe respetar y garantizar un mínimo básico de cada derecho. Este núcleo mínimo deberá satisfacerse aun en tiempos de ocupación beligerante, un requisito que puede chocar con el principio conservador relativo a los deberes y derechos de la potencia ocupante.

Frente a este escenario, se ha desarrollado otro enfoque en torno a estos derechos y deberes. La ocupación transformadora presenta una más amplia perspectiva de expectativa del Estado ocupante en relación con

sus obligaciones de derechos humanos. Como se vio antes, el alcance de los cambios que la potencia ocupante puede introducir en un territorio ocupado está limitado a condiciones y circunstancias permitidas (principio conservacionista) por el DIH. Bajo el principio transformador de ocupación, la potencia ocupante tiene el derecho y el deber de ir más allá de lo permitido por el derecho de la ocupación.

La principal crítica a este enfoque es que se cruzaría con uno de los principios básicos característicos de la ocupación: la soberanía sobre ese territorio no está en manos de la potencia ocupante, que ejerce una administración temporal. La ocupación transformadora implica introducir cambios de manera permanente, que en algunos casos serán tan radicales, que llegarán a superar la capacidad con la que una potencia ocupante debería actuar (según las normas tradicionales del DIH). ¿Puede haber una excepción a los límites impuestos por el DIH que permita a la potencia ocupante llevar a cabo una ocupación transformadora?

Roberts menciona que, si el artículo 64 del cuarto convenio de Ginebra fuese escrito actualmente, existiría una limitación al derecho de la ocupación. El autor argumenta que podrían darse dos escenarios. El primero de ellos tiene que ver con el respeto y la garantía de los derechos humanos; y el segundo con la implementación de una transformación autorizada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Roberts 2006, 588-9).

El primer escenario plantea la existencia de dos conjuntos de normas (que contienen obligaciones) que tienen su origen en dos diferentes áreas del Derecho Internacional: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Este artículo argumenta que los desarrollos en materia de derechos humanos cambiarían el contenido de las limitaciones para la potencia ocupante si se redactaran en la actualidad. En este caso, se puede argumentar que la potencia ocupante no puede mantener la existencia de flagrantes violaciones masivas de los derechos humanos en el territorio ocupado antes de la ocupación. En este escenario, esta puede ser autorizada, si no obligada, a introducir cambios legislativos e institucionales. El objetivo de estos cambios sería

cumplir con las obligaciones de la potencia ocupante en lo referente a los derechos humanos de cada persona bajo su jurisdicción (sujeta a su jurisdicción a través de la ocupación beligerante). Las obligaciones del DIH (respecto a la prohibición de introducir cambios significativos en la legislación e instituciones del territorio ocupado) cederán ante las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

Roberts sugiere otro escenario: una autorización proveniente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para introducir cambios en el territorio ocupado. Esta autorización podría ocasionar la violación de las obligaciones que el DIH impone al Estado.

Este escenario se refiere a la posibilidad de que el Consejo de Seguridad establezca normas que prevalezcan por encima de otras que serían normalmente aplicables a la situación (Kolb 2008, 31-3). El artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante Carta) establece que, cuando exista un conflicto entre las obligaciones del Estado en virtud de la Carta y otros derivados de otros instrumentos jurídicos o consuetudinarios (Zwanenburg 2004, 761), prevalecerán aquellas provenientes de la Carta, que incluyen obligaciones que emanan de resoluciones del Consejo de Seguridad que son vinculantes (según el artículo 25 de la Carta de la ONU). Se ha debatido acerca de las normas de *ius cogens* con base en el Derecho de los derechos humanos y el DIH y su carácter superior versus las resoluciones del Consejo de Seguridad.

Para determinar el alcance de las resoluciones del Consejo de Seguridad, es necesario determinar si el derecho de la ocupación (acerca de la obligación de no introducir cambios en el territorio ocupado) puede considerarse como norma *ius cogens*. Cuando las normas mencionadas tienen este rango, el Consejo de Seguridad de la ONU no puede autorizar a los Estados a eludir sus obligaciones. Por otra parte, si las normas mencionadas no están calificadas como tal, la resolución del Consejo de Seguridad podría alterar las obligaciones del Estado. Existen diferentes puntos de vista sobre este tema. Algunos estudiosos consideran que el DIH tiene carácter de *ius cogens* por su finalidad de proteger al ser humano (Sassòli 2005, 1; Zwanenburg 2004, 761). Otros estudiosos consideran que solo el

núcleo del DIH, fuera de las disposiciones sobre ocupación, es parte del *ius cogens*, por su importancia en la protección de los seres humanos. Esta interpretación concuerda con el segundo enfoque, que atribuye un carácter de *ius cogens* solo para las disposiciones más fundamentales del DIH. Entonces, el derecho de la ocupación podría ser restringido por una resolución del Consejo de Seguridad.

El Consejo de Seguridad, según lo establecido en el capítulo VIII de la Carta de la ONU, puede derogar obligaciones del DIH si es de manera “temporal, proporcional y estrictamente limitado a las necesidades de la situación” (Kolb 2008, 37). Según Zwanenburg (2004), los *travaux préparatoires* de la Carta confirman esta interpretación. Sassòli está de acuerdo con que el Consejo de Seguridad puede autorizar que la potencia ocupante lleve a cabo algunos cambios en un territorio ocupado que irían más allá de lo autorizado por el DIH. Para Sassòli, solo las resoluciones del Consejo de Seguridad pueden justificar cambios fundamentales en el territorio ocupado (Sassòli 2005, 680).

Cuando se trata de derogaciones realizadas por el Consejo de Seguridad, deberían ser claras y no dejar lugar a ninguna interpretación, y el Consejo de Seguridad debe establecer claramente el régimen jurídico aplicable si el DIH ya no es aplicable (Kolb 2008, 41; Zwanenburg 2004, 762). Sin embargo, las excepciones no pueden ser implícitas. Siguiendo este enfoque se puede concluir que, si los estándares establecidos por la legislación nacional son incompatibles con las normas internacionales de derechos humanos, la potencia ocupante tiene que introducir cambios para cumplir con sus obligaciones internacionales, ya que el territorio ocupado está bajo su jurisdicción. Si no es así, la potencia ocupante puede infringir sus obligaciones en materia de Derecho Internacional (Sassòli 2005, 676-8). Sassòli menciona que la potencia ocupante tiene la obligación de derogar cualquier legislación que contravenga estándares en materia de derechos humanos. (2005, 676)

Desde nuestro punto de vista, la CIJ, en el caso República Democrática del Congo vs. Uganda, ha confirmado esta conclusión. Está establecido que el artículo 43 de la Convención de La Haya incluye el deber de garantizar la aplicación de las reglas del Derecho

Internacional de los Derechos Humanos y el Derechos Internacional Humanitario (CIJ 2005, 178). Esta línea de pensamiento ha sido aplicada en varias ocasiones. Un ejemplo reciente ocurrió en 2004, en Irak: la Autoridad Provisional de la Comisión aprobó la Orden 89, que prohibió el trabajo infantil (APC 2004). Este cambio permitió a la potencia ocupante cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, concretamente la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil (1999) y el Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima (1973).

Sería justo concluir que, hoy en día, el derecho de la ocupación que impone límites estrictos al comportamiento de la potencia ocupante retrocedería a la luz de las obligaciones de los derechos humanos. La potencia ocupante (ejercicio de jurisdicción en su territorio ocupado) tiene la obligación de respetar y cumplir los derechos humanos conforme a las normativa de derechos humanos. Si los cambios introducidos son inconsistentes con los estándares internacionales, la principal tendencia es considerar que la potencia ocupante está autorizada a introducirlos para la mejora de los derechos humanos y, al hacerlo, cumplir con sus obligaciones internacionales.

Es evidente que estos cambios excederán la presencia temporal en el territorio ocupado (Sassòli 2005, 673). Y si la potencia ocupante introdujo cambios con efectos duraderos, el gobierno local, una vez que vuelve a ejercer su autoridad, podría alterar los cambios introducidos bajo estrictos parámetros. Bajo los Derechos Humanos, los Estados tienen prohibido actuar de toda manera regresiva que implique una disminución en el nivel de respeto y cumplimiento de los derechos humanos. Si una potencia ocupante hubiera tenido que introducir cambios duraderos en materia de derechos humanos, una vez que deje el territorio que mantuvo ocupado, la autoridad local no puede tomar medidas retroactivas, pues esta actuación implicaría una disminución en el nivel de cumplimiento alcanzado por los cambios introducidos por la potencia ocupante. Así pues, si un Estado vuelve a ser capaz de ejercer jurisdicción sobre su territorio previamente ocupado se vería ante la obligación de no adoptar ninguna medida regresiva en materia de derechos humanos.

## CONCLUSIÓN

En este trabajo se ha demostrado que el Derecho de los derechos humanos es válido extraterritorialmente cuando una persona o personas son sujetos de la jurisdicción del Estado. Entonces, una potencia ocupante tiene que cumplir con sus obligaciones internacionales que emanan del DIH y de los derechos humanos en el territorio que ha ocupado.

Los deberes impuestos por el DIH a la potencia ocupante son claros y entran en vigor tan pronto como se ejerce autoridad y control sobre el territorio. Las obligaciones que emanan de los derechos humanos están vigentes aunque el Estado decida limitar algunos de ellos, de conformidad con las provisiones relativas a limitaciones en circunstancias extremas (en virtud de las disposiciones pertinentes del tratado).

Estas obligaciones pueden ser contradictorias, especialmente bajo el principio conservacionista contemplado por la Convención de La Haya y el cuarto convenio de Ginebra. El DIH requiere de una potencia ocupante que introduzca pequeños cambios solo si la situación realmente los requiere. Esta exigencia se basa en el aspecto temporal de la ocupación: la potencia ocupante es un administrador temporal del territorio. En la actualidad, el principio conservacionista dará paso al enfoque de ocupación transformadora. La potencia de ocupación es capaz, si no es forzada, de introducir cambios radicales de carácter permanente en la legislación y las instituciones del territorio ocupado para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos. En este caso, las disposiciones en materia de derechos humanos prevalecen sobre los derechos de ocupación.

## BIBLIOGRAFÍA

- Benvenisti, Eyal. 1993. *International Law of Occupation*. Princeton: Princeton University Press.
- Carbonell, María Helena. 2014. “El deber del Estado de reparar las violaciones de derechos humanos”. *Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos* N.º 1: 137-52.
- Crawford, James. 2013. *State Responsibility: The General Part*. Cambridge: Cambridge University Printing House.
- Gasser, Hans-Peter y Knut Dörmann. 2013. “Protection of the Civilian Population”, en Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Gialdino, Ronaldo. 2013. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Kolb, Robert. 2008. “Occupation in Iraq Since 2003 and The Powers of the UN Security Council”. *International Review of the Red Cross*, vol. 90, N.º 86: 29-50.
- Melish, Tara. 2002. *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*. Quito: CDES.
- Monroy Cabra, Marco. 2011. *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Ed. Temis.
- Pictet, Jean. 1958. *The Geneva Conventions of 12 August 1949 Commentary – IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilians Persons in Time of War*. Geneva: CICR.
- Roberts, Adam. 2006 “Transformative Military Occupation: Applying The Laws of War and Human Rights”. *American Journal of International Law*, vol. 100: 580-622.
- \_\_\_\_\_. 1984. “What Is Military Occupation?”. *British Yearbook of International Law*, vol. 55, N.º 1: 249–305
- Sassòli, Marco. 2005. “Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers”. *European Journal of International Law*, vol. 16, N.º 4: 66-94.
- Shaw, Malcomn. 2008. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sorensen, Max. 2011. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Thürer, Daniel. 2005. “Current Challenges to the Law of Occupation”. *Collegium* N.º 34, Otoño 2006, Special ed.: 9-25. <https://www.coleurope.eu/sites/default/files/content/publications/pdf/Collegium%2034.pdf>
- Travieso, Juan Antonio. 2012. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Zwanenburg, Marten. 2004. “Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and The Law of Occupation”. *International Review of the Red Cross*, vol. 85, 2004: 745-769.

### Normativa y Jurisprudencia

- APC. Ver: Autoridad Provisional de la Coalición. 2004. Orden 89: Reformas al Código Laboral N.º 71 de 1987.



- CDI. Ver: Comisión de Derecho Internacional. 2001. “Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II, Parte II.
- CDH. Ver: Comité de Derechos Humanos. 2001. Comentario General 29: Derogación durante un estado de emergencia.
- \_\_\_\_\_. 2004. Comentario General 31: La naturaleza de la obligación legal general impuesta a los Estados parte.
- \_\_\_\_\_. 1979. Lilian Celiberti de Casariego vs. Uruguay. Comunicación N.º 56/1979.
- \_\_\_\_\_. 1981. Sergio Euben Lopez Burgos vs. Uruguay. Comunicación N.º R.12/52, U.N. Doc. Supp. 40 (A/36/40).
- CICR. Ver: Comité Internacional de la Cruz Roja. Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra (cuarto convenio de Ginebra). 12-VIII-1949.
- \_\_\_\_\_. Protocolo Adicional I a los convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales. 8-VI-1977.
- CIDH. Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1999. Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña y Pablo Morales vs. Cuba. Informe N.º 86/99.
- CIJ. Ver: Corte Internacional de Justicia. 2004. Opinión consultiva sobre las consecuencias legales de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados.
- \_\_\_\_\_. 2005. República Democrática del Congo vs. Uganda. Sentencia.
- Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (conocido como Reglamento de la Haya de 1907). 18-X-1907.
- Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (conocido como Convenio europeo de derechos humanos, del 4 de noviembre de 1950), reformado por el Protocolo N.º 11. 11-V-1994.
- Corte IDH. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1988. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia, Ser. C, N.º 4.
- \_\_\_\_\_. 1999. Coard et al. vs. Estados Unidos de América. Informe N.º 109/99.
- OEA. Ver: Organización de Estados Americanos. Convención Americana de Derechos Humanos. 22-XI-1969.
- TEDH. Ver: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1995. Caso Loizidou vs. Turquía, Fondo.
- \_\_\_\_\_. 2004. Issa y otros vs. Turquía. Fondo.
- \_\_\_\_\_. 2006. Saddam Hussein vs. Albania, Bulgaria, Croacia, República Checa, Dinamarca, Estonia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Latvia, Lituania, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, Turquía, Ucrania y Reino Unido. Decisión de Admisibilidad.
- TPIEY. Ver: Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. 2003. Fiscalía vs. Mladen Naletilic y Vinko Martinovic, Sala de primera instancia, Merits, IT-98-34-T.