

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 civil¹.

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 1907².

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/3IIC_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 Ginebra³, 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 DIH⁶. 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

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.

una ocupación previa, en cuyo contexto las personas están en poder de 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 cuestión⁷.

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

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).

consecuencias para el nivel de protección de grupos particulares de personas. El ejemplo más evidente es la distinción entre conflictos armados internacionales y 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 1949⁸. 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 Ginebra⁹. 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 consuetudinario¹⁰. 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

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.

que la definición de ocupación establecida en el artículo 42 también se aplica a los Convenios de Ginebra.

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 se consi-

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

dera, 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 adecuadamente¹⁴:

[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 Ibid.

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 civiles¹⁵.

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 ocupación¹⁶.

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 anteriormente¹⁹. 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 sería 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 ocupados²⁰. 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 invadido²¹, ni violarla²², ni tomarla como rehén²³, ni someterla a castigos colectivos²⁴. 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

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.

los beligerantes actúan de buena fe, el Capítulo I de la Sección II del 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 Pictet²⁵, parece absurdo que la deportación de civiles en la etapa de invasión no estuviera prohibida por ninguna norma del IV Convenio²⁶ 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

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.

o deportar a una persona, necesariamente se debe controlar el lugar donde 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 guerra²⁷ 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 caso²⁸. 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 establecimientos²⁹. 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

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.

medios, es decir que sólo se requiere que las tropas invasoras 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

30 Ibid., p. 313.

para imponer medidas de seguridad, internamiento o trabajo forzoso. 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 invasoras³².

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 Haya³⁵. Respecto de la destrucción, en mi opinión,

31 *Ibid.*, 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.

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 académicos³⁶, documentos de la ONU³⁷ 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 orden³⁸, para garantizar que los detenidos reciban un trato humano³⁹ 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 militares⁴⁰. 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 sentido⁴¹. 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.