

## EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA OCUPACIÓN DE IRAQ<sup>1</sup>

Juan Manuel PORTILLA GÓMEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El binomio derecho internacional humanitario-derecho internacional de los derechos humanos*. III. *Marco jurídico aplicable en territorio ocupado*. IV. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional humanitario, conocido también como derecho de los conflictos armados, regula las situaciones de ocupación beligerante sin tomar en consideración la legalidad de la misma. Su objetivo es equilibrar los requerimientos de necesidad militar con el principio de humanidad mediante la protección de los individuos *hors de combat*, o que no toman parte en el conflicto para asegurarles un trato humano.

Una característica importante del derecho internacional humanitario es que permite las acciones que sean necesarias para propósitos militares.<sup>2</sup> La necesidad militar se ha definido como:

<sup>1</sup> Artículo actualizado hasta marzo de 2004.

<sup>2</sup> Artículo 15 del Código Lieber, 1863. Véase Méndez Silva, Ricardo y López Ortiz, Liliana (comps.), *Derecho de los conflictos armados. Compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados*, t. 1, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

“Measures of regulated force not forbidden by international law, which are indispensable for securing prompt submission of the enemy, with the least possible expenditure of economic and human resources”.<sup>3</sup>

El equilibrio entre necesidad militar y humanidad se logra de maneras diferentes.

En primer lugar, algunas acciones no tienen ningún valor militar y simplemente están prohibidas.

En segundo lugar, aunque algunas acciones puedan tener valor militar, no son permitidas por razones humanitarias, tal como acontece con el uso de veneno y gases tóxicos.

Tercero, algunas normas constituyen un verdadero compromiso de que ambas necesidades, tanto militares como humanitarias, posean el mismo rango de importancia en la ejecución de ciertas acciones y de que no prevalezca necesariamente una sobre la otra.

Como ejemplo está la norma de proporcionalidad en los ataques la cual acepta que los civiles sufran un “daño colateral”, pero que tales ataques no deben llevarse a cabo si éste fuera excesivo en relación con el valor militar del objetivo.

Finalmente, algunas disposiciones permiten que las necesidades militares de una situación en particular rebasen a la norma de derecho internacional humanitario que es aplicable normalmente. Esto evoca las cláusulas limitativas que se encuentran en tratados de derechos humanos.<sup>4</sup>

Con el fin de determinar el régimen aplicable a un territorio ocupado, se explorará la relación del derecho humanitario con el derecho internacional de los derechos humanos identificando la especificidad de cada uno y los puntos de convergencia entre am-

<sup>3</sup> *U.S. Air Force Law of War Manual*. Hay definiciones similares en el manual estadounidense *The Law of Land Warfare*, y el manual británico *The Law of War on Land, Part III*.

<sup>4</sup> Véanse el artículo 53 del Cuarto Convenio de Ginebra y el artículo 54 del Protocolo I.

bos. Como parámetro de referencia, se revisará el régimen de protección de ambos ordenamientos del derecho a la vida y la libertad personal, por un lado, y por el otro, de los mecanismos de supervisión y sanciones.

Posteriormente, se examinará la situación de un territorio ocupado desde la perspectiva del derecho internacional humanitario con base en el artículo 43 del Reglamento de La Haya, del cual se deriva el marco legal para la administración de un territorio ocupado. Asimismo, se determinará si la libertad personal, el debido proceso legal y otros derechos fundamentales reciben adecuada protección bajo el derecho internacional humanitario o del derecho internacional de los derechos humanos.

## II. EL BINOMIO DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

### 1. *Tendencia integradora del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos*

La forma en que se desarrollaron los instrumentos fundamentales que definen los derechos humanos, a saber: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948<sup>5</sup> y los Convenios de Ginebra de 1949 muestra una clara separación de las dos ramas del derecho internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial.<sup>6</sup> La ONU, en su calidad de garante de los derechos humanos a nivel internacional, optó por no ocuparse del derecho de los conflictos bélicos, mientras que el Comité Internacional de la Cruz Roja, como garante del derecho humanitario, prefirió mantenerse ajeno al ámbito de los derechos humanos.

<sup>5</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948, G.A. Res. 217(III), UN Doc. A/810, 1948, p. 71.

<sup>6</sup> Kolb, Robert, "The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law: A Brief History of the 1948 Universal Declaration and the 1949 Geneva Conventions", *International Review of the Red Cross*, núm. 324, 1998, p. 409.

Si bien no hubo mutua ignorancia durante la redacción de los respectivos textos, ninguna influencia recíproca se reflejó en los términos elegidos por los negociadores. Cada grupo abordó su materia basándose en una metodología propia y una barrera técnica separó a estas dos ramas del derecho internacional.<sup>7</sup>

Sin embargo, una revisión de los Convenios de Ginebra muestra que hay cierta integración de las normas humanitarias al régimen de derechos humanos. En este sentido, se consideran como una especie próxima a derechos humanos las normas contenidas en el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra<sup>8</sup> (en adelante el Cuarto Convenio) porque conciernen a la protección de individuos que no tienen *status* militar. Esto aplica también al artículo 3 común a los cuatro Convenios el cual establece ciertos estándares de trato en conflictos armados no internacionales de manera similar a derechos humanos.<sup>9</sup>

Se considera que el artículo 3 común impone obligaciones, que aun en conflictos internos, aseguran la observancia de ciertos derechos humanos fundamentales y concluye que todo el Cuarto Convenio está en armonía con los derechos humanos fundamentales proclamados por la Declaración Universal. Importantes referencias a derechos humanos aparecen en los comentarios de Pictet sobre el Cuarto Convenio cuando indica que la protección que éste otorga es similar a las salvaguardas que se encuentran en los derechos humanos. No obstante, en su comentario sobre el artículo 79 sobre detención de civiles hace especial énfasis en la diferencia esencial entre las normas humanitarias y las de derechos humanos. En este sentido, señala que

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 412.

<sup>8</sup> Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), adoptado el 12 de agosto de 1949, 75 UNTS 287, [www.icr.org/ihl.nsf](http://www.icr.org/ihl.nsf).

<sup>9</sup> Schindler, Dietrich, "The Separate Evolution of International Humanitarian Law and of Human Rights", *International Review of the Red Cross*, núm. 208, 1979, p. 8.

el Convenio no aplica a las relaciones entre un Estado y sus propios nacionales.<sup>10</sup>

De cualquier modo, es posible detectar una tendencia en el Convenio de Ginebra de 1949 a que sus disposiciones sean consideradas no sólo como obligaciones a cargo de las partes contratantes, sino como derechos individuales de las personas protegidas. Un artículo común a cada una de las cuatro convenciones dispone que las personas protegidas no puedan renunciar de ningún modo a los derechos reconocidos por el Convenio.<sup>11</sup>

Por otra parte, los convenios de derechos humanos contienen disposiciones para su instrumentación en tiempos de guerra. El artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante el Convenio Europeo)<sup>12</sup> dispone que en tiempo de guerra o emergencia pública que amenace la vida de la nación ciertos derechos pueden ser derogados, excepto los derechos de carácter inalienables. Disposiciones similares se encuentran en el artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el Pacto)<sup>13</sup> y en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana).<sup>14</sup> De este modo, dichos instrumentos de derechos humanos pueden aplicarse en tiempos de guerra. Cuando un conflicto no amenace la vida de una nación y la derogación no proceda, todas las disposiciones de derechos humanos son aplicables, junto con el derecho internacional humanitario.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> Pictet, Jean, Commentary on Geneva Convention IV of 1949, Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Four Geneva Convention), Comité Internacional de la Cruz Roja, 1958, p. 372.

<sup>11</sup> Artículo 7 de la Primera, Segunda y Tercera Convenciones y artículo 8 del Cuarto Convenio.

<sup>12</sup> Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, adoptada el 4 de noviembre de 1950, 213 UNTS 221, ETS.5.

<sup>13</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 26 de diciembre de 1966, 999 UNTS 171.

<sup>14</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969, OATS 36.

<sup>15</sup> Schindler, Dietrich., *cit.*, nota 8, p. 6.

La Conferencia de Teherán sobre Derechos Humanos estableció un vínculo oficial entre los derechos humanos y el derecho humanitario. En su resolución XXIII, del 12 de mayo de 1968, denominada “Respeto de los derechos humanos en conflictos armados”, hizo un llamado para mejorar la aplicación de los convenios existentes sobre conflictos armados y para adoptar posteriores acuerdos. Con esta resolución inició la acción de la ONU en materia de derecho internacional humanitario, como puede verse en los informes anuales del Secretario General y en las resoluciones adoptadas cada año por la Asamblea General.<sup>16</sup>

La conferencia reconoció que la prohibición del uso de la fuerza no había detenido los conflictos armados y recomendó mayores desarrollos en derecho humanitario para asegurar una mejor protección a las víctimas de guerra. Dos factores contribuyeron a la idea de un posible régimen modificado de derechos humanos en caso de conflicto armado. Uno es que aunque la guerra es un fenómeno de hecho, se permiten consideraciones humanitarias para mitigar el sufrimiento, al menos en tanto éstas sean consistentes con la necesidad militar. La otra es que el sistema moderno de derechos humanos busca convertirse en una ordenación normal de la sociedad. Su aproximación a la guerra es algo de carácter excepcional, derogatorio en un sentido técnico pero temporal por sí mismo.<sup>17</sup>

Por otra parte, la influencia de derechos humanos tuvo un impacto considerable en el contenido de los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1977<sup>18</sup> en virtud

<sup>16</sup> Véase Draper, Gerald, “The Relationship between the Human Rights Regime and the Law of Armed Conflict”, *Israel Yearbook on Human Rights*, núm. 1, 1971, p. 6.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>18</sup> Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), adoptado el 8 de junio de 1977, 1125 UNTS núm. 17512; y Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados No Internacionales (Pro-

de que varias de sus disposiciones se derivan directamente del Pacto.<sup>19</sup>

## *2. Régimen especial de protección del derecho humanitario*

A pesar de la integración de las normas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, hay muchos rasgos distintivos entre los dos regímenes. Por ejemplo, el Pacto protege sólo a las personas dentro del territorio de un Estado parte del mismo.<sup>20</sup> A su vez, el artículo 5 del Convenio Europeo enlista casos en que una persona puede ser privada de su libertad, pero no dice nada sobre la captura de prisioneros de guerra o detenidos por motivos de seguridad.

### *A. El derecho a la vida*

El derecho a la vida en las convenciones de derechos humanos tiene algunas excepciones como la pena capital, u homicidio en legítima defensa.<sup>21</sup> El Convenio de La Haya<sup>22</sup> y los Convenios de Ginebra y sus Protocolos prohíben la muerte de enemigos que hayan entregado sus armas, se hayan rendido o estén indefensos, así como la violencia contra todas las personas protegidas, tales como heridos, enfermos, prisioneros de guerra y civiles. Se establecen restricciones sobre la imposición de la pena de muerte requiriéndose una demora de al menos seis meses entre la sentencia y su ejecución, excluyendo la pena capital a menores de 18 años, muje-

tocono II), adoptado el 8 de junio de 1977, 1125 UNTS núm. 17513 (en adelante Protocolo II).

<sup>19</sup> Por ejemplo, el artículo 75 del Protocolo I sobre garantías fundamentales y el artículo 6 del Protocolo II, sobre procesos penales.

<sup>20</sup> Artículo 2.1.

<sup>21</sup> Artículo 2 de la Convención Europea y artículo 4 de la Convención Americana.

<sup>22</sup> Convención Relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (HJV) con su Anexo, adoptado el 18 de octubre de 1907, TS núm. 539.

res embarazadas y a madres de hijos pequeños. Tampoco puede una potencia ocupante utilizar la pena de muerte en un país que la hubiese abolido.<sup>23</sup>

También están prohibidos los ataques indiscriminados, todo acto con la intención de causar hambre a los civiles y la destrucción de los bienes e instalaciones indispensables para la supervivencia de la población civil.

El derecho humanitario otorga una protección que rebasa el clásico derecho a la vida en cuatro aspectos. Primero, prohíbe la hambruna de los civiles como método de guerra y por ende la destrucción de sus medios de supervivencia. Segundo, aumenta sus oportunidades de supervivencia declarando “zonas especiales” que no contengan objetivos militares y por ello no pueden ser atacados. Tercero, hay varias disposiciones que estipulan que los heridos deben ser recogidos y darles atención médica. Cuarto, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos especifican en detalle las condiciones físicas que se requieren para mantener la vida con tanta dignidad como sea posible.

### *B. El derecho a la libertad personal*

Las convenciones de derechos humanos garantizan el derecho a la libertad personal e incluyen algunas excepciones como la privación de la libertad por la comisión de algún delito. La esclavitud y el trabajo forzado están prohibidos.<sup>24</sup> Estos derechos están también definidos bajo el derecho humanitario, agregándose la prohibición de toma de rehenes y la deportación de civiles.

Los convenios humanitarios contienen disposiciones más extensas y precisas para la protección de las personas. Contienen disposiciones no incluidas en las convenciones de derechos humanos tales como el derecho a tomar parte en el combate, la forma de

<sup>23</sup> Artículos 68 y 75 del Cuarto Convenio.

<sup>24</sup> Artículos 8 y 9 del Pacto, artículos 4 y 5 de la Convención Europea y artículos 6 y 7 de la Convención Americana.

conducción de la guerra y las relaciones entre Estados beligerantes y neutrales. A su vez, las convenciones de derechos humanos contienen derechos ajenos a los conflictos armados como las libertades de expresión, asociación y prensa.

La prohibición de la esclavitud está incluida en los Convenios de Ginebra y el Protocolo II.<sup>25</sup> Asimismo, esta disposición también forma parte del derecho consuetudinario y se refleja en los artículos del Código Lieber sobre trato a los prisioneros de guerra<sup>26</sup> y a la población en territorio ocupado.<sup>27</sup>

### *3. Mecanismos de supervisión y sanciones*

A pesar de que hay bastante coincidencia de contenido entre los instrumentos de derecho internacional humanitario y los de derecho internacional de derechos humanos, sus mecanismos de sanción y supervisión son muy diferentes.

Los Convenios de Ginebra se aplican con la cooperación y la supervisión de las potencias protectoras y el Comité Internacional de la Cruz Roja, cuyos representantes están facultados para ir a todos los lugares donde puedan estar los prisioneros de guerra y los civiles protegidos, así como a entrevistarlos sin testigos. Los informes son confidenciales para que los Estados no se opongan a tales visitas y generalmente sus recomendaciones son atendidas positivamente.

En un conflicto internacional, las partes están obligadas a admitir órganos de supervisión mientras que en conflictos internos sólo pueden ofrecer sus servicios a las partes en conflicto. Aunque en ambos tipos de conflictos, el Comité Internacional de la Cruz Roja puede tomar cualquier iniciativa para proteger a las personas afectadas por el conflicto: proporcionar asistencia ma-

<sup>25</sup> Artículo 4.2 f).

<sup>26</sup> Artículo 74.

<sup>27</sup> Artículos 42 y 43.

terial, intercambiar prisioneros de guerra y solicitar permiso para visitar a los detenidos.

Respecto a las sanciones, una característica del derecho de los conflictos armados es que sus disposiciones no sólo se aplican a las partes sino también obligan directamente a los individuos. Las partes están obligadas a llevar a cabo procesos penales e imponer sanciones a las personas que violen los Convenios de Ginebra o el Protocolo I.

Bajo las convenciones de derechos humanos, las propias partes afectadas pueden iniciar acciones ante tribunales nacionales o, en su defecto, en foros internacionales. Esto no puede operar en situaciones de conflictos armados debido a que las acciones legales de ese género no son apropiadas en caso de conflictos armados, debido a la imposibilidad de las víctimas de tener acceso a procesos legales normales. Es por esto que la ejecución de los instrumentos humanitarios internacionales opera mediante la intervención de un órgano neutral y por la aplicación de sanciones complementarias.

Contrariamente a la mayoría de los instrumentos de derechos humanos, los procedimientos del Convenio Europeo y la Convención Americana no están sujetos a ninguna suspensión en tiempos de emergencia. Por ello pueden jugar un papel significativo en tiempos de conflicto, en el supuesto de que los tribunales competentes no hayan sido afectados por la guerra. Pueden ser útiles en conflictos no internacionales en que no haya potencias protectoras y se prescinda del Comité Internacional de la Cruz Roja. Sin embargo, la complejidad de los procedimientos de los convenios de derechos humanos limita severamente su utilidad, aunque la publicidad en torno a estos casos puede tener efectos disuasivos.

Los mecanismos de supervisión de los dos regímenes pueden llevarse a cabo de forma acumulativa en virtud de que los procedimientos son diferentes. La supervisión por el Comité Internacional de la Cruz Roja es más rápida y directa. Sin embargo, puede haber situaciones en que las agencias de derechos humanos puedan actuar más eficazmente que el Comité Internacional de la Cruz

Roja, especialmente cuando estén facultados para emprender acciones bajo su propia iniciativa.<sup>28</sup>

### III. MARCO JURÍDICO APLICABLE EN TERRITORIO OCUPADO

El marco jurídico aplicable en territorio ocupado está conformado por el Reglamento Anexo al Convenio IV de La Haya Relativo a las Leyes y Costumbres de Guerra Terrestre, de 1907 (el Reglamento de La Haya)<sup>29</sup> y el Cuarto Convenio de Ginebra, complementado en algunos aspectos por el Protocolo I.

Asimismo, puede requerirse a una potencia ocupante la observancia de disposiciones de varios instrumentos de derechos humanos en territorio ocupado,<sup>30</sup> pero tales acuerdos no afectan la estructura básica de la administración del territorio sino más bien imponen ciertos límites sobre lo que el ocupante puede hacer.<sup>31</sup>

Las normas del Reglamento de La Haya y del Cuarto Convenio aplican en cualquier ocupación beligerante y constituyen la rama del derecho internacional que regula la ocupación del territorio enemigo en tiempo de guerra, independientemente de si resulta de una agresión o de un uso legítimo de la fuerza. El Cuarto Convenio de Ginebra indica los derechos y obligaciones de la potencia ocupante (u ocupante beligerante) y establece el trato a la población civil cuando la potencia ocupante mantiene control efectivo sobre el territorio ocupado. Aunque el Convenio trata de equilibrar

<sup>28</sup> Por ejemplo, en 1965 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó visitas a las personas detenidas en República Dominicana. La Comisión y el Comité Internacional de la Cruz Roja acordaron repartirse tareas entre ambos para evitar duplicidades.

<sup>29</sup> Artículos 42-56 del Reglamento de La Haya de 1907.

<sup>30</sup> Véase la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en *Cyprus v. Turkey*, Application núm. 8007/77, 62ILR 4, pp. 74-86.

<sup>31</sup> Greenwood, Christopher, "The Administration of Occupied Territory in International Law", en Playfair, E. (ed.), *International Law and The Administration of Occupied Territories: Two Decades of Israeli Occupation of the West Bank and Gaza Strip*, Oxford Clarendon Press, 1992, p. 243.

los derechos del ocupante y el ocupado, su objetivo principal consiste en asegurarse de que los requerimientos de necesidad militar no violen los derechos humanos básicos de la población civil.<sup>32</sup>

Los principios contenidos en el Reglamento de La Haya y el Cuarto Convenio no se refieren al estatus del territorio previo a la ocupación, de modo que un ocupante puede aplicar dichos instrumentos sin pronunciarse respecto a una disputa sobre la soberanía de ese territorio. La soberanía sobre un territorio ocupado no se acaba ni se suspende. El ocupante tiene sólo la posesión o control en el territorio. La soberanía de *iure* continúa radicada en el Estado ocupado no obstante que la autoridad de *facto* pase al ocupante.<sup>33</sup>

### 1. *Derecho de ocupación beligerante*

El punto de arranque de cualquier análisis del marco del derecho de ocupación es el artículo 43 del Reglamento de La Haya que señala:

Desde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, éste tomará todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país.

De dicho artículo se deriva el régimen legal de la administración del territorio ocupado conforme a cuatro directrices.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> United Nations, Comments on the Exercise of the Inalienable Rights of the Palestinian People (UNCEIRPP), The Question of the Observance of the Fourth Geneva Convention of 1949 in Gaza and the West Bank including West Bank including Jerusalem occupied by Israel in June 1967 (1979), citado en Imseis, Ardi, "On The Fourth Geneva Convention", *Harvard International Law Journal*, vol. 44, núm. 1, 2003, p. 65.

<sup>33</sup> Dinstein, Yoram, "The International Law of Belligerent Occupation and Human Rights", *Israel Yearbook on Human Rights*, núm. 8, 1978, p. 106.

<sup>34</sup> Greenwood, Christopher, *cit.*, nota 31, p. 244.

A. *El ocupante adquiere autoridad temporal sobre el territorio ocupado*

El artículo 43 subraya la naturaleza *de facto* de la autoridad del ocupante y la observancia del derecho ya vigente en el territorio ocupado. Esto refleja el principio de que la ocupación militar del territorio no confiere soberanía sobre el territorio ocupado. La ocupación constituye un estado temporal de cosas y cualquier cambio en el estatus territorial tiene que esperar hasta la conclusión de un tratado de paz o la completa subyugación del Estado que ejercería formalmente soberanía en el territorio.<sup>35</sup> De este principio se desprenden varias consecuencias.

Se prohíbe la anexión del territorio ocupado antes de la terminación del conflicto. Cualquier cambio introducido por el ocupante en la legislación del territorio ocupado es de dudosa legalidad ya que el ocupante no adquiere soberanía y está obligado por el artículo 43 del Reglamento de La Haya a observar las leyes vigentes en el territorio ocupado. El ocupante está facultado para suspender la operación de ciertas garantías constitucionales y el funcionamiento de órganos políticos. Sólo pueden ser legales los cambios permanentes en la Constitución si son necesarios para permitir la instrumentación completa del Reglamento de La Haya y el Cuarto Convenio u otras normas de derecho internacional.<sup>36</sup>

B. *Se autoriza al ocupante la administración del territorio ocupado*

El ocupante puede y debe administrar el territorio ocupado. El artículo 43 del Reglamento de La Haya requiere del ocupante tomar todas las medidas necesarias para restablecer y conservar, en cuanto sea posible, “el orden y la vida públicos”. La expresión francesa *l'ordre et la vie publics* va más allá de la mera restaura-

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 245.

ción del orden público y se extiende a la conducta de “toda la vida social, comercial y económica del país”.<sup>37</sup> Así, el ocupante tiene el deber de prevenir el colapso económico al asegurar, por ejemplo, que haya una moneda válida y que se mantengan los servicios esenciales en el territorio ocupado.

El Cuarto Convenio impone una serie de obligaciones específicas a la potencia ocupante. Es responsable de proporcionar educación (artículo 50); suministrar alimentos y medicinas a la población civil (artículo 55); mantener servicios médicos y hospitalarios (artículo 56); distribuir libros y artículos para el culto religioso (artículos 59-62).

En su propio interés, la potencia ocupante es libre de tomar las medidas que estime necesarias para la protección de sus fuerzas armadas y la administración y la preservación de su posición militar, sujeta a las salvaguardas contenidas en el Reglamento de La Haya y en el Cuarto Convenio. Además de medidas de seguridad como prohibir la posesión de armas de fuego o de otro género a la población civil, el ocupante puede restringir o tomar control de los medios de transporte, comunicación e informativos.<sup>38</sup>

### *C. La potencia ocupante debe respetar el derecho existente*

El artículo 43 del Reglamento de La Haya requiere de la potencia ocupante observar las leyes en vigor en el territorio ocupado a menos de que “esté absolutamente impedida” de hacerlo. Se acepta generalmente que la palabra “absolutamente” significa necesidad. La necesidad, o absoluto impedimento, puede derivarse tanto de intereses legítimos del ocupante o por protección de la población civil.<sup>39</sup> Tanto el Reglamento como el Cuarto Convenio prohíben la explotación de la economía del territorio ocupado en beneficio de la propia economía del ocupante.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 246.

<sup>38</sup> British Manual, párrafos 532-534 y US Field Manual, párrafos 377-378.

<sup>39</sup> Dinstein, Yoram, *cit.*, nota 33, p. 113.

<sup>40</sup> Greenwood, Christopher, *cit.*, nota 31, p. 250.

El artículo 64.1 del Cuarto Convenio de Ginebra dispone: “La legislación penal del territorio ocupado se mantendrá en vigor, salvo en la medida que pueda ser derogada o suspendida por la potencia ocupante si esta legislación constituyese una amenaza para la seguridad de dicha potencia o un obstáculo para la aplicación del presente Convenio”.

Aquí se establece que las leyes penales del territorio ocupado permanecen en vigor aunque el ocupante puede revocar o suspenderlas si considera que constituye una amenaza a su seguridad o un obstáculo a la aplicación del Convenio. Los tribunales locales del territorio ocupado pueden seguir funcionando.

Sin embargo, hay importantes excepciones al deber general de respetar el derecho existente. Los legítimos intereses del ocupante pueden verse reflejados en leyes sobre actos de sabotaje, posesión de armas y contacto con el enemigo. El artículo 64.2 también autoriza al ocupante a promulgar sus propias leyes penales en el territorio ocupado cuando sea esencial cumplir con sus obligaciones bajo el Convenio para mantener la administración del territorio, o para garantizar su seguridad. El artículo 65 agrega que las disposiciones penales decretadas por el ocupante no deberán entrar en vigor antes de su publicación, previo conocimiento de la población local en su lengua y no podrán tener efecto retroactivo.

Estas disposiciones muestran que los cambios en el derecho del territorio son contrarios al derecho internacional a menos que sean necesarios por requerimientos legítimos de la ocupación.

Las leyes que se refieren a la vida política como las relativas a las libertades de prensa y asociación son a menudo suspendidas durante la ocupación, ya que la ocupación es un régimen militar más que político.<sup>41</sup> Otra limitación consiste en que normalmente los miembros de las fuerzas armadas del ocupante y la administración no están sujetos a la jurisdicción de los tribunales locales. En cuestiones penales estarán sujetos al derecho militar de la potencia

<sup>41</sup> British Manual, *cit.*, nota 2, párrafo 519 y US Field Manual, *cit.*, nota 2, párrafo 371.

ocupante, aunque en cuestiones civiles estarán sujetos al derecho en vigor en el propio territorio ocupado.

El artículo 66 del Cuarto Convenio permite expresamente al ocupante establecer tribunales militares para juzgar infractores locales de las leyes penales que promulgue. Eso siempre y cuando tales tribunales estén adecuadamente constituidos, sean de carácter apolítico, de primera instancia, y de preferencia también de apelación, en el territorio ocupado. De acuerdo con el artículo 67, los tribunales militares sólo aplicarán aquellas disposiciones legales con vigencia anterior a la comisión del delito y que sean acordes con los principios generales de derecho.<sup>42</sup>

Una potencia ocupante no puede justificar una acción contraria a una disposición del Reglamento de La Haya o del Cuarto Convenio basándose en que el derecho nacional vigente en el territorio ocupado permite una sanción en particular. Tampoco está obligada la potencia ocupante a imponer una sanción o ejercer un poder permitido bajo el derecho local. Un ejemplo es la decisión de Israel de no imponer la pena de muerte por delitos cometidos en la Ribera Occidental, aun cuando el derecho local y el derecho internacional lo permiten.<sup>43</sup>

#### *D. Los poderes del ocupante están limitados por el derecho internacional*

El Cuarto Convenio de Ginebra, y en menor grado el Reglamento de La Haya, imponen limitaciones al ocupante cuyo propósito principal es proveer un nivel mínimo de protección humanitaria a la población del territorio ocupado. Esto se refiere al modo en que la administración de una potencia ocupante se comporta, más que a la propia estructura de la administración. Tanto el Cuarto Convenio como el Reglamento de La Haya difieren sustancialmente del nivel de protección de derechos humanos de tra-

<sup>42</sup> Dinstein, Yoram, *cit.*, nota 33, p.116.

<sup>43</sup> Greenwood, Christopher, *cit.*, nota 31, p. 249.

tados como el Pacto internacional. Aquí el énfasis se hace sobre la preservación de estándares humanitarios mínimos mediante la prohibición de represalias y castigos colectivos en contra de la población civil del territorio ocupado, toma de rehenes, tortura, tratos inhumanos o degradantes, deportación, trabajo esclavo, decomiso de propiedad y obligación de realizar trabajo de naturaleza militar. Estas restricciones tienen como propósito dotar a la población civil de la protección mínima a la vida, libertad y propiedad, y de algunas libertades fundamentales no relacionadas con el estado de guerra.<sup>44</sup>

## 2. *El derecho a la libertad personal bajo la ocupación*

El derecho a la libertad personal y el derecho al debido proceso legal serán estudiados a continuación. La cuestión crucial es si éstos y otros instrumentos fundamentales de personas protegidas reciben adecuada protección del derecho internacional humanitario o del derecho internacional de los derechos humanos.

Hay cuatro ámbitos de protección de la libertad personal de la población civil en territorio ocupado: deportación y evacuación, trabajo forzado, detención administrativa y residencia asignada y procedimientos judiciales regulares.

### A. *Deportación y evacuación*

El artículo 49 del Cuarto Convenio distingue entre deportación y evacuación. La deportación es el traslado forzoso de civiles, individual o colectivo, del territorio ocupado al territorio de la potencia ocupante o a cualquier tercer país. La deportación está prohibida cualquiera que sea el motivo. La evacuación se refiere a una región específica. Si la seguridad de la población o razones militares imperativas lo requieren, se permite al ocupante llevar a cabo una evacuación total o parcial de un área determinada. Nor-

<sup>44</sup> Dinstein, Yoram., *cit.*, nota 33, p. 117.

malmente, la evacuación debe efectuarse dentro del territorio ocupado, pero si no hay otra opción puede implicar un desplazamiento fuera de esa área. Debe ser temporal y los evacuados deben retornar a sus hogares tan pronto como la situación lo permita.

El artículo 49 dispone también que el ocupante no pueda deportar o transferir partes de su propia población al territorio ocupado. Esto es con el fin de prevenir un cambio demográfico drástico que afecte la composición de la población del territorio ocupado.<sup>45</sup>

### B. *Trabajo forzado*

Se permite al ocupante imponer servicios obligatorios a los habitantes del territorio ocupado conforme al artículo 52 del Reglamento de La Haya, aunque bajo ciertas condiciones. Éstas consisten principalmente en que los servicios no impliquen tomar parte en operaciones militares en contra de la población de su propio Estado. El artículo 51 del Cuarto Convenio dispone que el ocupante no pueda forzar a los civiles en el territorio ocupado a servir en sus fuerzas armadas o auxiliares. Se permite el alistamiento voluntario en estas fuerzas pero está prohibida cualquier presión o propaganda para tal efecto.

### C. *Detención administrativa y asignación de residencia*

El artículo 78 del Cuarto Convenio de Ginebra permite al ocupante tomar medidas de seguridad relativas a las personas protegidas y para ese propósito restringe su libertad asignándoles una residencia específica obligatoria o imponiéndoles una detención administrativa, debiendo tener ésta un carácter preventivo.

El ocupante está también obligado por el artículo 78 a prescribir un proceso que permita un derecho de apelación en contra de una decisión de imponer una detención o residencia asignada, así

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 124.

como a su periódica revisión por un órgano competente. El Convenio contiene un conjunto de cláusulas relativas a las condiciones de las detenciones de las personas protegidas en territorios ocupados, las cuales son similares a las leyes que protegen a los prisioneros de guerra.<sup>46</sup>

#### D. *Procesos judiciales*

Un tribunal militar puede imponer una sentencia de prisión sobre personas protegidas en un territorio ocupado cuando cometan delitos contra el ocupante de acuerdo con el artículo 68 del Cuarto Convenio. El artículo 67 subraya que la pena debe ser proporcional al delito y que el tribunal debe tomar en consideración que el acusado no es nacional de la potencia ocupante. Los civiles no pueden ser procesados por actos u opiniones expresadas anteriormente a la ocupación, salvo cuando se cometan violaciones a las leyes de guerra.<sup>47</sup> El ocupante tiene el deber de mantener procesos legales y el acusado debe ser oportunamente informado por escrito, en un idioma que entienda, de los cargos en su contra.<sup>48</sup> Un acusado tiene derecho a presentar la evidencia necesaria para su defensa y a ser asistido por un abogado de su elección, así como a un intérprete.<sup>49</sup> Una vez sentenciada, una persona tiene derecho a presentar una apelación, o al menos una petición a la autoridad competente de la potencia ocupante.<sup>50</sup> Los detenidos y los presos deben mantenerse en el propio territorio ocupado.<sup>51</sup>

Disposiciones detalladas sobre la conducción de los procesos y el trato de los detenidos aparecen también en los artículos 11 y 75 del Protocolo II. En particular, sólo se permiten las sentencias de-

<sup>46</sup> Artículos 79-141.

<sup>47</sup> Artículo 70.

<sup>48</sup> Artículo 71.

<sup>49</sup> Artículo 72.

<sup>50</sup> Artículo 73.

<sup>51</sup> Artículo 76.

rivadas de un proceso por un tribunal imparcial y debidamente constituido. La base de la responsabilidad penal debe ser individual y no colectiva; nadie debe ser sentenciado por un acto de omisión que no constituyese un delito cuando se cometió; no podrá imponerse una sentencia mayor a la permisible en el tiempo de la comisión del delito; todos se presumen inocentes hasta que se pruebe su culpabilidad; un acusado debe ser juzgado en su presencia; y nadie será obligado a testificar en su contra o a confesarse culpable. Estas disposiciones reflejan el derecho humano de debido proceso legal que existe en tiempos de paz. Estos derechos no pueden suspenderse en un territorio ocupado, a pesar de la guerra, debido a que el derecho humanitario no permite derogarlos.<sup>52</sup>

Finalmente, el artículo 34 del Cuarto Convenio de Ginebra prohíbe la toma de rehenes. Esta prohibición se deriva de la prohibición de penas colectivas y represalias en contra de las personas protegidas en el artículo 33.

#### E. *Personas protegidas*

El Cuarto Convenio de Ginebra otorga protección sólo a las personas definidas en el artículo 4. Esa definición abarca a personas que se encuentren en manos de una potencia ocupante sin ser nacionales de la misma, nacionales de cualquier otro Estado no parte del Convenio, nacionales de un Estado co-beligerante que tenga relaciones diplomáticas normales con la potencia ocupante, y personas que estén protegidas por los otros tres Convenios<sup>53</sup> tales como combatientes legales fuera de combate, personal médico y otras similares.

Los refugiados con nacionalidad de la potencia ocupante que hayan buscado refugio en el territorio del Estado ocupado antes del estallido de las hostilidades no pueden ser arrestados, procesados, sentenciados o deportados del territorio ocupado, salvo por

<sup>52</sup> Dinstein, Yoram, *cit.*, nota 33, p. 127.

<sup>53</sup> Artículo 70.

delitos cometidos después del comienzo de las hostilidades, o por delitos comunes cometidos antes del inicio de las hostilidades, los cuales, conforme al derecho del Estado ocupado, hubiesen justificado la extradición en tiempos de paz. El propósito de este artículo es prevenir la sujeción a procesos penales por delitos políticos o militares y por motivos raciales o religiosos.<sup>54</sup>

### F. Ocupación prolongada

Un supuesto implícito en la mayor parte del derecho de la ocupación es que la ocupación militar es un estado temporal de cosas.<sup>55</sup> Sin embargo, desde la Segunda Guerra Mundial ha habido un gran número de ocupaciones prolongadas, por ejemplo, la ocupación aliada de Alemania y Japón, la ocupación por Sudáfrica de Namibia y la ocupación por Indonesia de Timor Oriental, por sólo mencionar algunas. La ocupación por Israel de la Ribera Occidental, incluyendo el oeste de Jerusalén y la Franja de Gaza, colectivamente conocidos como los Territorios Ocupados de Palestina, lleva ya 36 años, destacándose como la ocupación más larga en la historia moderna.<sup>56</sup>

Otro principio importante es que el papel del ocupante beligerante está limitado al de autoridad administrativa *de facto*. En consecuencia, entre más se prolongue una ocupación, es más difícil asegurar el cumplimiento del Cuarto Convenio. Como hemos observado, debido a que el Convenio no requiere del ocupante el desarrollo sino el mantenimiento de la infraestructura económica, social y educativa, puede llevar al estancamiento, y por ende, al empobrecimiento y atraso del territorio ocupado.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> Dinstein, Yoram, *cit.*, nota 33, p.108.

<sup>55</sup> Roberts, Adam, "Prolonged Military Occupation, The Israel Occupied Territories 1967-1988", en Palfair, Emma (ed.), *International Law and the Administration of Occupied Territories*, Oxford Clarendon Press, 1992, p. 85.

<sup>56</sup> Imseis, Ardi, *cit.*, nota 32, p. 67.

<sup>57</sup> Benbenisti, Egal, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, 1993, p. 105.

Durante una ocupación prolongada no hay un requisito general de que el ocupante provea una participación democrática en el gobierno del territorio ocupado. Si bien es deseable que se establezcan algunos mecanismos de consulta y participación de la población local, todo aquello que aparezca como un cambio constitucional será ilegal. Cualquier proyecto democrático sólo será posible con la cooperación de ambas partes. En una ocupación prolongada hay una fuerte presunción a favor de permitir a ciertos órganos democráticos, especialmente a nivel local, continuar operando, o reasumir sus funciones si éstas fueron suspendidas al inicio de la ocupación.<sup>58</sup>

Se argumenta que los derechos del ocupante se reducen notablemente en una ocupación prolongada, a menos que haya una violenta oposición a la ocupación o una amenaza terrorista general a los nacionales de la potencia ocupante. En una ocupación prolongada puede haber fuertes motivos para permitir al ocupante efectuar cambios de larga duración en el territorio ocupado. Cualquier cambio debe tener lugar dentro del marco del Reglamento de La Haya y del Cuarto Convenio de Ginebra, cuyos principios son lo suficientemente flexibles para satisfacer al menos algunas de las necesidades de una ocupación prolongada.<sup>59</sup> Al mismo tiempo, puede haber buenas razones para limitar los poderes del ocupante en otros aspectos. El riesgo es que al permitir variaciones en las normas pueden producirse efectos complejos e imprevisibles.<sup>60</sup>

Lo más importante es asegurar que mientras el ocupante beligerante mantenga un control efectivo sobre el territorio ocupado, la población civil goce de la protección establecida por el Convenio.

Aunque el artículo 6.3 del Cuarto Convenio intentó fijar la duración de la ocupación en un año después del cese general de las operaciones militares, nunca se cumplió este precepto y ha sido derogado por el artículo 36 b) del Protocolo Adicional I, al menos

<sup>58</sup> Greenwood, Christopher, *cit.*, nota 31, p. 265.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 263.

<sup>60</sup> Roberts, Adam, *cit.*, nota 55, p. 35.

por las partes en el Protocolo. Dispone que “la aplicación de los Convenios y de este Protocolo terminará en el caso de los territorios ocupados al término de la ocupación”.

El principal problema de una ocupación prolongada es que se dota al ocupante de un alto grado de autoridad, especialmente sobre su propia seguridad, el mantenimiento del orden público, el control de los medios y la prohibición de actividad política. Este nivel de autoridad puede ser aceptable en la guerra, pero es inaceptable de manera indefinida. Se sostiene ampliamente que en una ocupación prolongada, especialmente si se parece a tiempos de paz, un ocupante no puede ejercer los poderes extraordinarios que son permisibles en una ocupación más corta.<sup>61</sup>

### *3. Aplicación de los derechos humanos en el territorio ocupado*

Han sido identificadas al menos cuatro posibles soluciones al problema de cuál derecho prevalece sobre el territorio ocupado.<sup>62</sup> Primera, el derecho de los derechos humanos puede aplicarse concurrentemente con el derecho de ocupación. Esta solución se basa en el argumento de que el derecho de derechos humanos aplica tanto en tiempos de paz como de guerra. Cuando se formuló el derecho de ocupación, las normas universales de derechos humanos no fueron consideradas. El Cuarto Convenio de Ginebra protege sólo algunos derechos humanos y el Reglamento de La Haya requiere únicamente que el ocupante mantenga el derecho en vigor al comienzo de la ocupación. Esta es una solución anacrónica ahora que los estándares universales han sido aceptados como derecho convencional y consuetudinario.

Una segunda solución es que los derechos humanos no aplican en el territorio ocupado. El derecho de derechos humanos

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>62</sup> Quigley, John, “The Relation between Human Rights Law and the Law of Belligerent Occupation: Does an Occupied Population Have a Right to Freedom of Assembly and Expression?”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. XII, núm. 1, 1989, p. 2.

fue formulado para regular situaciones en tiempos de paz y el derecho de ocupación fue hecho para la ocupación beligerante y por ello están dirigidos a situaciones diferentes. Una variante de ésta es la tercera solución que considera al derecho de derechos humanos como un derecho de aplicación universal, pero que el derecho de ocupación lo desplaza temporalmente en tiempos de ocupación beligerante.

Una cuarta solución es que el derecho de derechos humanos es aplicado durante la ocupación beligerante, no por su propia vigencia, sino como parte del derecho en vigor al comienzo de la ocupación. En la medida en que el derecho de los derechos humanos es derecho internacional humanitario, se encuentra vigente en el territorio al comienzo de la ocupación. Bajo el derecho interno del soberano desplazado, los tratados pueden constituir derecho interno. Aun si no fuera así, el soberano desplazado tenía el deber de acatarlos, y así esas normas eran parte del derecho de ese territorio.<sup>63</sup>

La idea de la aplicación paralela de los tratados de derechos humanos y el derecho humanitario se basa en un análisis del texto de los tratados. El argumento consiste en que como todos los tratados se refieren a situaciones de guerra en sus cláusulas de emergencia, los Estados participantes consideraron aplicables los derechos humanos a situaciones de guerra.<sup>64</sup>

El ejemplo más concreto es el primer párrafo del artículo 15 del Convenio Europeo:

In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.

<sup>63</sup> *Idem.*

<sup>64</sup> Véase Frowein, A., "The Relationship between Human Rights Regimes and Regimes of Belligerent Occupation", *Israel Yearbook on Human Rights*, núm. 28, 1998, p. 2.

No está claro si las disposiciones contienen una declaración sobre la aplicación del Convenio a situaciones de conflicto armado. Pero el párrafo 2 del artículo 15 puede verse como una indicación de que el Convenio Europeo no limita su aplicación a las relaciones entre el Estado y sus propios ciudadanos o a otros bajo su jurisdicción en situaciones donde no hay conflicto armado. Señala: “*No derogation from Article 2, except in respect of death resulting from lawful acts of war [...] shall be made under this provision*”.

Se desprende de esta disposición que la protección a la vida señalada en el artículo 2 del Convenio aplica en principio también a la gente del otro lado del conflicto, excepto en la medida en que los actos lícitos de guerra tienen precedencia.

Aunque ningún otro tratado de derechos humanos contiene una referencia directa sobre su aplicación a conflictos armados, varios de ellos contienen una redacción que puede tener el mismo efecto. Así, respecto a su ámbito de aplicación, el artículo 1 del Convenio Europeo señala: “*The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [...] this Convention*”.

El artículo 2.1 del Pacto Internacional está formulado de manera muy similar: “Cada Estado Parte se compromete a respetar y a asegurar a todos los individuos dentro de su territorio y sujeto a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Convenio”.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura<sup>65</sup> dispone en su artículo 2.1:

Cada Estado Parte deberá tomar medidas efectivas legislativas, administrativas, judiciales y otras para prevenir actos de tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción.

Todas estas disposiciones tienen una referencia común al término “jurisdicción” y algunas también se refieren al “territorio”.

<sup>65</sup> Convenio en contra de la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos y Degradantes, adoptada el 10 de diciembre de 1984, G. A. Res. 39/46, 39 UN GAOR, Supp. (núm. 51), UN Doc. A/39/51, 1984.

Estos términos han sido interpretados por la Comisión Europea de Derechos Humanos. En el caso de *Cyprus v. Turkey*,<sup>66</sup> Chipre argumentó que la intervención turca en el norte de Chipre en 1974 había violado el Convenio Europeo, mientras que Turquía sostuvo que el Convenio no aplicaba ya que Chipre no era parte de su territorio.

La Comisión rechazó el argumento turco al deducir del artículo 1 que las obligaciones bajo el Convenio no están limitadas al área territorial de un Estado específico, sino que implican a todas las personas bajo su jurisdicción siempre que actúe con su autoridad pública sobre esa gente. Sostuvo que las fuerzas armadas en el norte de Chipre eran agentes autorizados de Turquía y que atrajeron a las personas y propiedades en Chipre a su jurisdicción”, en el sentido del artículo 1 de la Convención, en la medida en que ejercían el control sobre tales personas o propiedades.<sup>67</sup> Esta interpretación fue confirmada posteriormente en el caso *Loizidou*, también relativo a Chipre.<sup>68</sup>

Algunas decisiones de órganos de la ONU apuntan en el mismo sentido. El Comité en contra de la Tortura, como respuesta al informe 2001 de Israel<sup>69</sup> recomendó a éste intensificar sus acciones de derechos humanos en su agencia de seguridad, fuerzas armadas, policía y cuerpo médico, así como efectuar reformas para atender las quejas de tortura y detenciones administrativas. Esto indica claramente que el Comité de Tortura ha adoptado la posición de que la Convención contra la Tortura se aplica en territorios ocupados por Israel.<sup>70</sup>

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>71</sup> contiene referencias explícitas al derecho humanitario. El artículo 28 reconfirma las obligaciones de los Estados miembros bajo el

<sup>66</sup> *Cyprus vs. Turkey*, Application, núms. 6780/74 y 6950/75, 2DR 125, EHR.

<sup>67</sup> *Ibidem.*, p. 137.

<sup>68</sup> *Loizidou vs. Turkey*, núm. 23 EHRR 513.

<sup>69</sup> Comité contra la Tortura, CAT/C/XXVII/Concl. 5, párrafos b, d y h.

<sup>70</sup> Frowein, A., *cit.*, nota 64, p. 6.

derecho internacional humanitario y que sean relevantes al niño. Esta disposición muestra la creciente tendencia a entremezclar al derecho de los derechos humanos con el derecho humanitario que encuentra una posterior expresión en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados.<sup>72</sup> Además, la referencia garantiza la aplicación de las disposiciones pertinentes en Estados partes en la Convención de Derechos del Niño pero no partes en los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra.

Por su parte, la Asamblea General afirmó la aplicación de los derechos humanos a conflictos armados cuando indicó: “Los derechos humanos fundamentales, como son aceptados en el derecho internacional y establecidos en instrumentos internacionales, continúan aplicándose íntegramente en situaciones de conflicto armado”.<sup>73</sup>

Se desprende de estas prácticas que esta interpretación de los órganos arriba citados ha sido generalmente aceptada en el derecho de los derechos humanos. Podría decirse que cualquier otra interpretación sería contraria al objeto y fin de los tratados de derechos humanos porque liberaría al Estado de estas obligaciones cada vez que ejerza autoridad fuera de su soberanía territorial.<sup>74</sup>

El sustento para la aplicación de derechos humanos en situaciones de conflictos armados puede también encontrarse en el propio derecho humanitario. El Protocolo adicional II a las cuatro Convenciones de Ginebra sobre la protección de víctimas de conflictos armados no internacionales refiere en su preámbulo a la protección básica provista a un ser humano por virtud de los tratados de

<sup>71</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989, G. A. Res 44/25, 44 GOAR Supp. (núm. 49), UN Doc. A/44/49, 1989.

<sup>72</sup> Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la Participación de los Niños en los Conflictos Armados, adoptada el 20 de mayo de 2000, A/RES/54/263.

<sup>73</sup> G.A. Res. 2675, 25 UN GAOR Supp. (núm. 28), UN Doc. A/8028 (1970).

<sup>74</sup> Frowein, A., *cit.*, nota 64, p. 7.

derechos humanos. Esto indica que la protección por tratados de derechos humanos no debe ser remplazada por ningún otro régimen sino que debe aplicarse continuamente en conflictos armados.

#### IV. CONCLUSIONES

Hay una presunción equivocada de que al entrar en operación el derecho internacional humanitario las normas internacionales de derechos humanos quedan suspendidas para reanudarse en tiempo de paz. Se parte de que al no haber vinculación de nacionalidad de la población con el ocupante las normas de derechos humanos quedan excluidas. Aun aceptando la aplicación de normas de derechos humanos hay otra presunción, igualmente errónea, de que la cláusula derogatoria de los convenios de derechos humanos permite al ocupante suspender alguna de las disposiciones inderogables de un instrumento determinado.

En contraste con el derecho internacional de los derechos humanos, no hay un concepto de derogación en el derecho internacional humanitario. La derogación opera en el régimen de derechos humanos en tiempos de guerra o en cualquier otra emergencia pública que amenace la vida de la nación. El derecho internacional humanitario ha sido elaborado específicamente para situaciones de esta índole y sus normas están diseñadas de manera que no afecten la capacidad de un ejército para ganar la guerra.

No hay ninguna duda de que el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos se encuentran estrechamente vinculados. Lo que no resulta tan claro es la forma de protección que proporcionan, juntos o separados, a la población civil. A menudo se presenta una yuxtaposición de ambos ordenamientos y esto dificulta la protección de los civiles en un territorio ocupado.

De cualquier modo, es muy probable que las dos ramas del derecho internacional sigan convergiendo en el futuro. La mayor ventaja de la utilización del derecho internacional humanitario por los órganos de derechos humanos es que éste será cada vez

más conocido por los gobiernos y el público en general. Aunque por otra parte, la tendencia hacia la politización de los derechos humanos podría afectar la aceptación universal del derecho internacional humanitario.

Sin embargo, hay varios factores que impedirían que eso sucediera. Todos los tratados de derecho internacional humanitario son universales, lo cual significa que no hay sistemas regionales. De haberlos, podría generarse una percepción de que el derecho internacional humanitario varía según el lugar de que se trate.

Asimismo, el núcleo más sensible de los derechos humanos, constituido por los derechos políticos y la forma de gobierno, está ausente por completo en el derecho internacional humanitario. El mayor problema es que por consideraciones políticas los Estados insistan en la instrumentación selectiva de tal ordenamiento, de acuerdo con sus intereses. Los esfuerzos futuros para desarrollar el derecho internacional humanitario deberán enfocarse en mayor medida hacia una perspectiva de los derechos humanos más que en regular la guerra y los métodos de combate.

El marco normativo del derecho internacional de los derechos humanos es suficiente para cubrir la mayoría de las violaciones a los derechos humanos, aun las derivadas de conflictos armados. Empero, cierto tipo específico de violaciones ocurren en situaciones donde los estándares establecidos por el derecho internacional humanitario son los más directamente relevantes. La utilización de estándares humanitarios para interpretar estándares de derechos humanos, así como otras formas de desarrollar estándares más sólidos en ambos ordenamientos legales para cubrir prácticas y situaciones en las que ambos tienen relevancia, refuerza la compatibilidad y la eficacia de los dos sistemas.