

Tribunales de ocupación, jus ad bellum y grupos no estatales: revisando la ética de la ocupación militar

Alejandro Chehtman †

Este artículo brinda un análisis normativo del derecho en materia de ocupación militar, poniendo énfasis en los tribunales de ocupación y su legitimidad. El artículo se centra en dos puntos de la regulación jurídica de la guerra: el principio de igualdad de los beligerantes, es decir, la potencial relevancia de consideraciones *ad bellum* sobre los derechos in bello de los ocupantes; y la distinción tradicional entre Estados y grupos armados no estatales, especialmente en conflictos de carácter no internacional. En contra de la posición neoclásica dominante sobre la teoría de la guerra justa, el artículo argumenta a favor de la igualdad moral de los ocupantes justos e injustos. En contra de la posición ortodoxa del derecho internacional, el artículo defiende un tratamiento simétrico de los actores estatales y no estatales en conflictos armados internos, al menos en términos del derecho que pueden reclamar en el territorio bajo su control.

El artículo concluye con una evaluación sobre cómo este panorama moral debe trasladarse a normas jurídicas.

† Alejandro Chehtman es profesor asociado de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella. Cursó sus estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde recibió el título de abogado (diploma de honor), y en la London School of Economics, donde obtuvo los títulos de MSc in Political Theory, y de PhD in Law. Actualmente está trabajando en un libro sobre la regulación de los conflictos armados asimétricos, para el que fue galardonado con una Marie Curie Fellowship por la Comisión Europea, y que será publicado por Oxford University Press.

Palabras clave: tribunales de ocupación, guerra, jus ad bellum, jus in bello, crímenes de guerra, actores estatales, actores no estatales, conflictos armados internos, conflictos armados internacionales.

I. OCUPACION, TEORIA DE LA GUERRA JUSTA Y DEL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

La ocupación militar, en tanto un problema tanto del derecho internacional como de la filosofía política normativa, combina un interés práctico inmediato con problemas filosóficos acuciantes. Desde los años '90, el derecho sobre ocupación militar se ha invocado de forma creciente y aplicado en diversos contextos, desde los territorios palestinos ocupados hasta en el Congo, Chipre del Norte, Iraq, Timor Oriental y Eritrea, por mencionar algunos. Los aspectos técnicos de la ocupación militar y su práctica contemporánea han sido ampliamente explorados en la literatura relevante. Sin embargo, los aspectos teóricos subyacentes se han mantenido en buena medida subexplorados.¹ Los derechos y deberes de los poderes ocupantes son parte de un marco más general del derecho de los conflictos armados. Este artículo se enfoca en la justificación normativa de dos puntos relevantes: el principio de igualdad entre beligerantes, esto es, la potencial relevancia de consideraciones ad bellum sobre los derechos in bello de los ocupantes, y la distinción tradicional entre los grupos armados estatales y no estatales, especialmente en conflictos de carácter no internacional. En contra de la posición dominante de autores neoclásicos sobre teoría de la guerra justa, se argumenta a favor de la igualdad moral de los ocupantes justos e injustos.² En contra de la posición ortodoxa en el derecho internacional, defenderé un tratamiento en buena medida simétrico entre actores estatales y no estatales en conflictos armados internos, al menos en

¹ La pequeña cantidad de trabajos que abordan este tema incluyen a Jeff McMahan, *The Morality of Military Occupation*, 31 *LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV.* 101–123 (2009); J. Rocheleau, *From Aggression to Just Occupation? The Temporal Application of jus ad bellum Principles and the Case of Iraq*, 9 *J. MIL. ETHICS* 123–138 (2010); Cecile Fabre, *Living with the Enemy: The Ethics of Belligerent Occupation* (manuscrito no publicado) (en los archivos del autor); y más recientemente, Saba Bazargan, *Proportionality, Territorial Occupation and Enabled Terrorism*, 32 *LAW & PHIL.* 435–457 (2013).

² Véase, por ejemplo, JEFF MCMAHAN, *KILLING IN WAR* (2009). Sobre la opinión contraria véase, inter alia, Christopher Greenwood, *The Relationship between jus ad bellum and ius in bello*, 9 *REV. INT'L STUD.* 221–234 (1983); y Adam Roberts, *The Equal Application of the Laws of War: A Principle under Pressure*, 90 *INT'L REV. RED CROSS* 931–962 (2008).

términos de los poderes y deberes que tienen en el territorio bajo su control.

En lugar de discutir los diferentes aspectos relevantes de la ocupación militar de territorios extranjeros, me centro aquí en la cuestión de los tribunales de ocupación (y en los tribunales penales, en particular) como una forma de proporcionar ideas y argumentos específicos aplicables a la ocupación en general. Esta forma de circunscribir el tema se basa en dos consideraciones principales. En primer lugar, se puede argumentar que, analíticamente, el aspecto saliente de la ocupación militar —y lo que es necesario justificar normativamente— es la administración de los territorios ocupados o, como dice Fox, “la apropiación de las funciones gubernamentales”.³ El derecho internacional regula muchos otros aspectos de la ocupación, en particular, la protección de civiles y la incautación de bienes, entre otros. Sin embargo, las reglas sobre muchas de estas cuestiones son, al menos conceptualmente, en cierto modo independientes de la situación de la ocupación per se —es decir, también se aplican a los “meros” invasores.

En segundo lugar, dada la relación intrínseca entre el castigo penal y las funciones básicas del Estado, la justificación del ejercicio de jurisdicción penal sobre el territorio ocupado proporciona una presunción *prima facie* para conferirle a los ocupantes otra serie de poderes, incluida la jurisdicción civil o administrativa y la autoridad para adoptar medidas económicas. En suma, utilizaré la pregunta sobre los tribunales de ocupación como proxy para examinar el marco general que debería aplicarse, desde el punto de vista normativo, a la ocupación militar. Por consiguiente, no discutiré ciertos temas específicos que surgen a menudo en este tipo de situaciones y que requieren un examen por separado, tales como la explotación de los recursos naturales o la democratización de pueblos autoritarios con arreglo a la llamada doctrina de la ocupación “transformadora”.

Este artículo defiende dos proposiciones centrales. Una tesis débil proporciona un argumento normativo *prima facie* para sostener que tanto los ocupantes justos o injustos desde el punto de vista *ad bellum*, como los estatales y no estatales poseen jurisdicción penal sobre el territorio ocupado. La tesis fuerte, por el contrario, es más restrictiva. En el núcleo de este artículo se encuentra la afirmación de que si uno está dispuesto a aceptar la jurisdicción de los ocupantes justos, uno está

³ Gregory H. Fox, *Humanitarian Occupation* (2008), pág. 220.

obligado a reconocer poderes simétricos a ocupantes ad bellum injustos y a los actores no estatales que ejercen control efectivo de facto sobre el territorio, en la medida en que brinden procesos justos. Brevemente, este artículo proporciona una defensa limitada al principio de separación entre consideraciones ad bellum e in bello —al menos en su aplicación a los poderes ocupantes— y aboga por el trato simétrico de grupos estatales y no estatales.

Esta conclusión puede parecer extraña, dado que la igualdad moral de los combatientes a menudo se asocia con una visión esencialmente estatista de la guerra, y este punto de partida parecería incompatible con poner los derechos de los Estados y los grupos no estatales a la par. Sin embargo, este artículo no defiende una visión estatista de la guerra. De hecho, su punto de partida es totalmente compatible con el núcleo de la posición neoclásica según la cual las situaciones de guerra son situaciones interpersonales “extendidas”, esto es, que involucran a muchos actores. El artículo alega únicamente que la aplicación de este punto de partida a situaciones de ocupación militar no conduce al tratamiento asimétrico propuesto de forma estándar por el enfoque revisionista.

El argumento procede de la siguiente forma. La sección II presenta brevemente el marco conceptual y normativo que utilizo en este artículo, es decir, presenta una explicación sucinta de qué entendemos por ocupación militar y por derechos jurisdiccionales. La sección III identifica un “caso estándar” —el de un Estado ocupante justo— y proporciona un argumento normativo en cuanto a por qué debemos conferirle poderes jurisdiccionales sobre el territorio ocupado. La sección IV, por su parte, examina la situación de los ocupantes injustos, y la sección V se refiere a la posición de los grupos armados no estatales. En la conclusión consideraré brevemente de qué forma este argumento moral debería traducirse en disposiciones jurídicas.

II. CONCEPTOS BASICOS: OCUPACION MILITAR Y JURISDICCION PENAL

Antes de analizar las competencias que debemos otorgar a los poderes ocupantes desde el punto de vista normativo, es necesario proporcionar una idea sucinta sobre qué significa ser una fuerza ocupante, y qué tipo de poderes tienen en general este tipo de actores. A estos efectos, usaré el marco conceptual proporcionado por el derecho internacional. Considero que este marco es suficientemente sofisticado para nuestra

empresa teórica. Por consiguiente, lo primero que debemos destacar es que el que un determinado territorio se considere ocupado es, principalmente, una cuestión de hecho.⁴ En palabras del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en su famosa decisión en Tadic, cualquier poder X es un poder ocupante en un territorio cuando posee "control efectivo de la zona".⁵ Esto significa que el ocupante "debe estar en condiciones de sustituir su propia autoridad por la de las autoridades de los ocupados, que deben haber sido consideradas incapaces de funcionar públicamente".⁶ Este tipo de control requiere más que la mera presencia militar; el derecho sobre ocupación no se aplica al mero "envío no consentido de tropas".⁷ La ocupación, por último, se circunscribe sólo a la zona en la que el ocupante es, en los hechos, capaz de ejercer su autoridad.⁸

Un análisis detallado de lo que significa un control eficaz en este contexto ciertamente excede los alcances de este artículo. Sin embargo, vale la pena elaborar esta noción con algo más de detalle. Se ha sugerido, por ejemplo, que la supremacía naval o aérea no son suficientes.⁹ Del mismo modo, está claro que no basta que exista un vacío de autoridad en el área relevante.¹⁰ En palabras de Leslie Green:

Debe quedar claro que en el territorio afectado ya no hay ninguna apariencia de autoridad distinta de la impuesta o tolerada por el

⁴ Art. 42, Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 18 de octubre de 1907 (Reglamento de La Haya). Durante la ocupación de los Aliados en Italia, por ejemplo, toda "la legislación [de los Aliados] se tornó operativa en cada provincia en la medida en que cada provincia era ocupada, y fue, entonces, innecesario acompañar cada ocupación con nuevas proclamaciones"; H.A. Smith, *The Government of Occupied Territory*, 21 BRIT. Y.B. INT'L L. 153 (1944).

⁵ Fiscal c. Tadic, Caso No. IT-94-1-AR, Decisión sobre la Moción de Defensa para la Apelación Interlocutoria de la Jurisdicción, ¶72 (Cámara de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 2 de octubre de 1995). Ver también YORAM DINSTEIN, *THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION* (2009), pág. 35.

⁶ Fiscal c. Naletilic et al., Caso No. IT-98-34 (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 31 de marzo de 2003), pág. 217.

⁷ DINSTEIN, supra nota 5, 43. El art. 42 (1907) del Reglamento de la Haya, supra nota 5, establece que "[s]e considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo" (mi énfasis). Algunos podrán cuestionar que renunciando al control sobre determinado territorio (por ejemplo, Israel sobre Gaza) los ocupantes podrán buscar escapar del marco normativo del derecho sobre ocupación. Esta pregunta es crucial, pero se encuentra fuera del alcance de este artículo.

⁸ DINSTEIN, supra nota 5, pág. 42. Véase también INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, *THE LAWS OF WAR ON LAND* (1880), art. 41, disponible en <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/140?OpenDocument>.

⁹ H.P. Gasser, *Protection of the Civilian Population*, en *THE HANDBOOK OF HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICTS* (Dieter Fleck ed., 2008), pág. 272.

¹⁰ F. Mini, *Liberation and Occupation: A Commander's Perspective*, 35 ISR. Y.B. ON HUM. RTS. 86 (2005).

[ocupante], que las fuerzas locales ya no son eficaces en la zona,... y que es la autoridad ocupante la que está efectivamente manteniendo la ley y el orden.¹¹

Este tipo de control admite, sin embargo, la existencia de “resistencia local esporádica”.¹² En el resto de este artículo daré por sentado que el ocupante relevante tiene el control necesario sobre los territorios en cuestión.

Más aún, con arreglo al derecho internacional vigente, las potencias ocupantes tienen jurisdicción sobre los territorios ocupados.¹³ Esto significa que tienen el derecho de juzgar y sancionar a los autores de delitos internos cometidos en los territorios ocupados. Pese a ello, el ocupante debe respetar “salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país”.¹⁴ Generalmente se entiende que esta obligación conlleva el derecho de adoptar determinadas medidas legislativas, incluyendo principalmente legislación en materia de seguridad destinada a proteger a las fuerzas ocupantes, así como también la facultad de derogar legislación que resulte incompatible con el derecho de los conflictos armados, y adoptar legislación que sirva a los intereses de la población civil.¹⁵

En este artículo solamente discutiré si los poderes ocupantes deben tener el derecho de hacer cumplir la legislación vigente, siempre que esta legislación se ajuste a estándares de derechos humanos básicos. Es cierto que los territorios ocupados a menudo tienen un sistema de dos niveles de tribunales con jurisdicción penal concurrente: el poder judicial local y los tribunales militares de la potencia ocupante. A los efectos de este artículo, no distingo entre los dos. La razón para ello es que el poder judicial local depende en última instancia, aunque sea temporalmente, de la autoridad de la potencia ocupante. En efecto, si las normas penales locales son modificadas por la potencia ocupante, ambos tribunales tienen que aplicar las leyes modificadas. Del mismo modo, las fuerzas

¹¹ LESLIE C. GREEN, *THE CONTEMPORARY LAW OF ARMED CONFLICT* (3rd ed. 2008), pág. 286.

¹² Véase Naletilic et al., *supra* nota 6, pág. 217.

¹³ Habitualmente se entiende que esto se desprende del art. 43 del Reglamento de La Haya, *supra* nota 4, que impone a los ocupantes el deber de “restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos”.

¹⁴ *Ibid.* Nótese que la versión vinculante es la versión en francés y tiene discrepancias significativas con la versión en inglés. En particular, se refiere a “l’ordre et la vie publics” en lugar de “orden y la seguridad públicos” (public order and safety). Esta distinción, que no es trivial, no juega ningún rol en mi argumento.

¹⁵ Véase Convenio de Ginebra (IV) relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, Ginebra, 12 de agosto de 1949 (CGIV), art. 27, ¶¶ 3, 4, y art. 64.

ocupantes tienen la autoridad para remover jueces y funcionarios públicos, y tendrían la facultad de nombrar a otros nuevos en los casos de renuncia, jubilación o remoción.¹⁶ Por último, pueden rediagramar la organización de los tribunales locales, establecer nuevos tribunales, “cortar cualquier subordinación de los tribunales locales a los órganos de apelación que operan en una región no ocupada retenida por el soberano desplazado”¹⁷, e incluso transferir casos de tribunales locales a tribunales militares en determinadas circunstancias.¹⁸

Antes de continuar con la discusión sobre la posición normativa de diferentes tipos de ocupantes, es necesario introducir el marco analítico básico relativo al poder jurisdiccional.¹⁹ Primero, el argumento normativo que aquí brindo se inserta en el lenguaje y el aparato conceptual de los derechos morales. Este punto de partida es, en términos generales, no particularmente controvertido. Las justificaciones morales basadas en derechos no sólo tienen un atractivo significativo, sino que también resultan particularmente apropiadas para llevar a cabo una evaluación normativa de determinadas prácticas jurídicas, en virtud de la afinidad conceptual entre los derechos morales y jurídicos.²⁰ Segundo, doy por sentado que los derechos están formados por diferentes incidentes hohfeldianos, a saber, libertades, derechos propiamente dichos, poderes e inmunidades. Me preocupa aquí principalmente si diferentes ocupantes tienen jurisdicción penal, es decir, un poder de segundo orden para castigar a los infractores por delitos cometidos dentro del territorio ocupado, un poder que pueden tener el deber o la responsabilidad de ejercer. Por último, parto de la premisa de que conferir a un órgano un derecho determinado requiere identificar un interés o conjunto de intereses determinado que tienen un peso moral suficiente para justificar que otra persona tenga un no-

¹⁶ CGIV, supra nota 15, art. 54.

¹⁷ DINSTEIN, supra nota 5, pág. 116.

¹⁸ H.A. Smith dice que “[l]a tarea de la sección judicial [de la Ocupación del Gobierno en Italia] era organizar y administrar las cortes militares aliadas, para enjuiciar infractores que atentaran en contra de las proclamaciones... para revisar casos, y para supervisar el trabajo de las cortes italianas cuando estas fueron reabiertas”. Las cortes militares aliadas, además, podrían juzgar cualquier delito con arreglo al Código Penal Italiano o ordenanzas comunales, si el Gobernador Militar así lo determinara. Smith, supra nota 4, pág. 152–153. Véase también Philip Marshal Brown, *The Armed Occupation of Santo Domingo*, 11 AM. J. INT’L L. 396 (1917).

¹⁹ Para una defensa más detallada de este marco teórico, véase ALEJANDRO CHEHTMAN, *THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF EXTRATERRITORIAL PUNISHMENT* (2010), esp. cap. 2.

²⁰ *Ibid.*, cap. 1. Para críticas a este enfoque, véase Aeyal M. Gross, *Human Proportions: Are Human Rights the Emperor’s New Clothes of the International Law of Occupation*, 18 EUR. J. INT’L L. 7–9 (2007).

derecho, un deber, una incapacidad o sea pasible de una sanción (liability).²¹

No obstante, en relación con determinados derechos puede argumentarse que identificar un interés importante no alcanza, todo considerado, para justificar plenamente el otorgar ese derecho a una entidad específica X. Podemos admitir, por ejemplo, que un Estado X que castiga a un delincuente puede servir un interés particular de un determinado grupo de personas, y, al mismo tiempo, podríamos negarnos a asignar a ese Estado el poder (hohfeldiano) para imponer dicho castigo, ya que sus tribunales deciden habitualmente sobre la culpabilidad de los acusados sobre la base de confesiones obtenidas mediante tortura o procedimientos manifiestamente injustos.²² A continuación, brindaré una explicación más detallada del fundamento de la autoridad de los tribunales penales, que se basa en la influyente concepción de “servicio” de Joseph Raz. La concepción de Raz tiene dos características centrales que vale la pena mencionar aquí. En primer lugar, supone que la cuestión teórica sobre la autoridad de alguien es esencialmente una pregunta acerca de cómo la existencia de una decisión autoritativa afecta el razonamiento o la toma de decisiones de otros.²³ En otras palabras, conceder a un determinado órgano la autoridad para castigar a un acusado significa que otras personas deben considerar que su decisión es vinculante, es decir, que tienen la obligación de cumplirla. En segundo lugar, Raz postula que la autoridad legítima de cualquier tribunal no debe ser equiparada a la autoridad del Estado o de la organización en cuyo nombre actúa, aunque no es totalmente independiente de ella.

No brindaré aquí una explicación general sobre la autoridad de los Estados. Eso está claramente fuera de los alcances de esta investigación.

²¹ La teoría del interés de los derechos se opone a la teoría de la voluntad. No puedo tratar aquí el debate entre estas dos teorías. Para las versiones estándares de la teoría del interés de los derechos, véase M. Kramer, *Rights without Trimmings*, in *A DEBATE OVER RIGHTS* (M.H. Kramer, N.E. Simmonds & H. Steiner eds., 1998); y JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* (1988).

*N.d.T.: El concepto de liability no tiene un equivalente en castellano. A los efectos del presente trabajo se traduce en general como ser pasible de sanción. Cuando corresponda se dejará la palabra liability entre paréntesis para mayor claridad.

²² La teoría del interés que aquí se adopta ha sido criticada porque no explicaría adecuadamente los poderes hohfeldianos. No puedo profundizar este tema aquí. Para consideraciones estándar al respecto, véase Kramer, *supra* nota 21, y PETER JONES, *RIGHTS* (1994).

²³ RAZ, *supra* nota 21, pág. 46. Las directivas autoritativas funcionan, entonces, como razones protegidas, es decir, como razones válidas para tomar una acción que también funcionan como razones de primer orden (excluyentes) para descartar otras razones en su contra. Sobre este punto, véase JOSEPH RAZ, *THE AUTHORITY OF LAW* (1979), pág. 3.

Para nuestros propósitos basta señalar que, en determinadas circunstancias, la pertenencia a un Estado u organización concreta puede socavar la autoridad de un tribunal determinado, incluso si cumple todas las condiciones pertinentes que explican la autoridad de los tribunales. En otras palabras, el marco propuesto aquí es sensible al hecho de que podemos cuestionar la autoridad de tribunales nazis, incluso en los casos en que proporcionan a un acusado una justicia inmaculada. Volveré sobre esta cuestión más adelante.

III. EL CASO BASE: EL OCUPANTE ESTATAL Y JUSTO

Primero examinaremos el caso del ocupante justo. A los efectos presentes, podemos centrarnos en el caso de un Estado dado que ocupa parte del territorio de un Estado extranjero, de conformidad con las normas de jus ad bellum. Por ejemplo, podemos suponer que el Estado ocupante ha actuado en legítima defensa contra un ataque militar ilegítimo lanzado precisamente de la región ocupada. El grupo de ocupantes justos es, sin duda, más amplio que este ejemplo en particular; con arreglo a la mayoría de las interpretaciones, incluiría a las fuerzas lideradas por las Naciones Unidas que ocupan un país luego de un conflicto, y algunas personas sugerirían que incluso fuerzas ad bellum injustas podrían tener alguna justificación para ocupar de un territorio determinado. Nuestra preocupación, por ahora, es sólo si nuestro ocupante inequívocamente justo debe tener jurisdicción penal para juzgar delitos cometidos en los territorios ocupados. Más precisamente, la pregunta relevante es: ¿Por qué motivos podría hacerlo? Como lo sugiere la interpretación estándar, “incluso un ocupante totalmente legítimo debe proporcionar una justificación in bello independiente para llevar a cabo actos de gobierno en el territorio ocupado”.²⁴

Una posición influyente en la teoría contemporánea de la guerra justa argumenta, reviviendo la posición clásica defendida por Vitoria, Suárez y Grocio, que el hecho de que X este luchando contra una guerra ad bellum justa o injusta tiene consecuencias respecto de los derechos y deberes in bello de X.²⁵ Defensores de esta posición afirman, por ejemplo, que los combatientes que luchan en el bando injusto actúan de forma impermissible en contra de los que luchan en el bando justo. La idea

²⁴ FOX, supra nota 3, pág. 221.

²⁵ Esta visión es defendida firmemente, inter alia, por Tony Coady, Cecile Fabre, Jeff McMahan y David Rodin.

central detrás de esta posición es que las situaciones de guerra son situaciones interpersonales “extendidas” —la diferencia entre la guerra y los conflictos que no llegan a ser una guerra es sólo una cuestión de números y del grado de coordinación de las personas involucradas.²⁶ En consecuencia, no son situaciones interpersonales fundamentalmente diferentes de las de un individuo que injustificadamente amenaza la vida o la integridad física de otra persona. En este tipo de situaciones, se entiende habitualmente que el individuo amenazado tiene el derecho de usar la fuerza en legítima defensa, mientras que el atacante no tiene a su vez el derecho de tomar represalias en su propia defensa. *Mutatis mutandis*, la misma asimetría existiría entre combatientes justos e injustos en los conflictos armados. No argumentaré aquí en contra de este marco teórico, ni en términos de su capacidad de justificación, ni como dispositivo heurístico. Tampoco cuestionaré la solidez de su posición central, que niega a los beligerantes injustos la mayoría de sus derechos *in bello*. Mi objetivo principal es, más bien, evaluar si tal asimetría se puede trasladar de forma consistente al derecho *in bello* que nos preocupa aquí, es decir, al derecho a ejercer la jurisdicción penal en los territorios ocupados.

Según esta posición neoclásica, es necesario un argumento particularizado para determinar las diferentes posiciones normativas que poseen distintos individuos en el contexto de una ocupación militar. Si consideráramos que la justificación *ad bellum* para recurrir a la fuerza tiene un impacto en los derechos *in bello* de una parte beligerante, entonces tendríamos que distinguir entre los diferentes individuos en función de su participación y actitud hacia la guerra injusta. En este sentido, podemos distinguir entre al menos tres grupos diferentes, a saber, los funcionarios del gobierno del Estado ocupado (injusto) y algunos civiles que apoyan la guerra (injusta), incluidos los soldados que luchan en ella; otros civiles en ese Estado que pueden ser neutrales hacia la guerra; y las personas que se oponen activamente a la guerra (pero que resienten la ocupación militar). Jeff McMahan formaliza estas posiciones sugiriendo que la justificación de los derechos *in bello* del poder ocupante podrían basarse en uno (o más) de estos tres tipos de argumentos: 1) que ciertos individuos son en sí mismos susceptibles de ser tratados de cierta manera (liable); 2) que el hecho de que algunas personas sufran cierto trato es el mal menor en la situación dada; y 3)

²⁶ Agradezco a Jeff McMahan por solicitarme que clarifique esta premisa.

que las personas en los territorios ocupados se benefician de ciertas acciones del ocupante.²⁷ El desafío para el principio de “igualdad moral” es producto de que 1) sea la justificación dominante (si bien no exclusiva).

Así, el enfoque estándar en la literatura neoclásica de la guerra justa se basa en la afirmación de que los individuos presentes en los territorios ocupados justamente (al menos muchos, si no la mayoría de ellos) son susceptibles de estar bajo la autoridad de la potencia ocupante. Parece moralmente convincente afirmar que los funcionarios públicos que se encargaron de llevar a cabo una guerra de agresión quedan ipso facto bajo la jurisdicción del ocupante justo. Para la mayoría de los autores contemporáneos, estos soldados y líderes militares son susceptibles de ser atacados, y esto sería consecuencia de su propia contribución a la guerra injusta.²⁸ Si aceptáramos que existe una continuidad entre la moralidad de la ocupación y la moralidad de la guerra, entonces podríamos explicar fácilmente el hecho de que tales individuos sean susceptibles (liable) de ser castigados por el ocupante.

Sin embargo, no se sigue necesariamente del hecho de que A sea susceptible de ser atacado, o incluso muerto por el ejército de ocupante, que esté sujeto a su jurisdicción penal. Esa es precisamente la situación en la que está un atacante no responsable, con arreglo a varias descripciones del derecho a la legítima defensa, fuera del contexto de la ocupación: sería susceptible de ser muerto en legítima defensa, pero no castigado.²⁹ Ciertamente, McMahan podría responder que esta proposición sería totalmente compatible con su marco normativo, ya que para él sólo los atacantes que son moralmente responsables de crear una amenaza injustificada serían susceptibles de ser atacados en conflicto armado. Del mismo modo, sólo los individuos responsables de contribuir a la guerra injusta deberían estar sometidos a la autoridad del ocupante justo.

Pero esta estrategia no basta para fundar esa posición. En primer lugar, este enfoque sería incapaz de distinguir entre ocupantes y “meros” invasores: los combatientes enemigos son susceptibles de ser atacados independientemente de si el beligerante justo ha consolidado su control efectivo sobre el territorio enemigo. Esto muestra que la susceptibilidad

²⁷ McMahan, *Morality*, supra nota 1, pág. 104.

²⁸ Véase Jeff McMahan, *The Ethics of Killing in War*, 114 *ETHICS* 693–733 (2004); MCMAHAN, *KILLING*, supra nota 2; y CECILE FABRE, *COSMOPOLITAN WAR* (2012), entre otros.

²⁹ Véase el célebre trabajo Judith J. Thomson, *Self-Defense*, 20 *PHIL. & PUB. AFF.* 283–310 (1991).

de ser atacado y la de ser castigado no tienen la misma extensión. Del mismo modo, el argumento de McMahan sería incapaz de explicar que la jurisdicción del ocupante se limita al territorio ocupado de facto, y no a todo el país.³⁰ En segundo lugar, parece un poco extraño decir que el beligerante justo ha adquirido ipso facto el derecho a juzgar individuos que son de algún modo responsables por la guerra injusta, por crímenes comunes que son totalmente ajenos a la guerra. Prima facie parecería que no es de su incumbencia si un alto comandante militar está involucrado en casos de corrupción en contra de su propio Estado, o si un magnate industrial falsifica moneda local o golpea a su esposa. Por último, en la medida en que desde el punto de vista de McMahan la mayoría de la población civil en cualquier país en conflicto no es susceptible de ser atacada intencionalmente por el ocupante justo, él necesitaría proporcionar un argumento específico para explicar porque estas personas serían susceptibles de ser sometidos a la autoridad del ocupante y a su poder punitivo.³¹

Sugiero, por el contrario, que es necesario presentar un argumento más específico a fin de conferir a un poder ocupante justo jurisdicción penal sobre delitos internos. De hecho, necesitamos un argumento que explique precisamente la consecuencia normativa en discusión: la susceptibilidad de ser castigado por delitos comunes (por oposición a cualquier otra susceptibilidad –liability). En otro trabajo he sugerido que la razón por la cual este poder hohfeldiano se confiere generalmente a cualquier Estado se basa en que tener un sistema de normas jurídico-penales en vigor constituye un bien público que, de acuerdo con el argumento 3) anterior, beneficia a las personas que están sometidas a él.³²

Esta posición se basa en una afirmación analítica y en una normativa. Analíticamente, esta posición implica que existe un vínculo necesario entre que el sistema jurídico-penal esté en vigor y que algún agente que tenga el poder normativo para sancionar aquellos que violan sus normas. Creo que este punto es lo suficientemente plausible y no requiere mayor elaboración aquí.³³ Desde el punto de vista normativo, esta posición sostiene que creer que un conjunto de normas jurídicas que prohíben el

³⁰ Véase supra sección II. De hecho, el art. 66 del CGIV, supra nota 15, incluso requiere que los tribunales de ocupación se establezcan en el territorio ocupado.

³¹ MCMAHAN, KILLING, supra nota 2, cap. 5.

³² Véase CHEHTMAN, supra nota 20, cap. 2.

³³ Para una defensa clásica de esta afirmación, véase RAZ, MORALITY, supra nota 21.

homicidio, la violación y otros crímenes está en vigor contribuye al sentido de dignidad y seguridad de las personas en una sociedad. Esto es, el hecho de que estas normas jurídico-penales se encuentren en vigor contribuye al hecho de que seamos portadores de ciertos derechos y a nuestra confianza en el hecho de que hay normas jurídicas que protegen estos derechos y que son vinculantes para las personas que nos rodean. Esta proposición es una afirmación empírica cuya plausibilidad deberá ser dada por cierta aquí, pero este punto de vista parece suficientemente plausible. En última instancia, presupongo que el interés colectivo que los individuos tienen en que estas normas que prohíben el homicidio, la violación y otros crímenes, estén en vigor, es decir, sean vinculantes para ellos y para otros a su alrededor, es lo suficientemente importante como para justificar que aquellos que violan estas normas sean susceptibles de ser castigados.

No defenderé este argumento en sus propios términos aquí.³⁴ Más bien, me centraré en explicar cómo nos permite justificar la jurisdicción penal del ocupante justo en el territorio ocupado. Como se ha indicado, sugiero que el poder de un Estado de castigar a infractores se justifica por el interés colectivo de personas en ese Estado de tener un sistema de normas jurídico-penales en vigor. Este interés colectivo nos permitiría justificar frente a los acusados el poder de someterlos a juicio. Pero también —y este punto es crucial— necesitamos explicar este poder frente a la población en general de los territorios ocupados, no sólo frente al acusado. Sugiero entonces que los individuos en la zona de Italia ocupada por los Aliados durante la Segunda Guerra Mundial (un ejemplo plausible de un ocupante justo) tenían un interés en que las normas jurídico-penales básicas permanecieran en vigor durante la ocupación. En efecto, “[un] ocupante beligerante, debería estar obligado a garantizar la disponibilidad” de servicios públicos básicos, como la educación, la atención sanitaria, entre otros, “especialmente debido a las interrupciones que provoca en las relaciones pacíficas en el territorio ocupado”³⁵. Entre estos servicios, se debe incluir la observancia de las

³⁴ Para la mayoría de los propósitos, este argumento puede ser sustituido por explicaciones estándares basadas en la retribución o en la disuasión, las cuales conducirían a conclusiones similares. No puedo abordar esta cuestión aquí.

³⁵ Davis P. Goodman, *The Need for Fundamental Change in The Law of Belligerent Occupation* 37 STAN. L. REV (1985), pág. 1601. Sobre el deber de asegurar el suministro médico, véase arts. 55 y 56 del CGIV, supra nota 15; sobre educación, véase ibid., art. 50. Véase también Res. C. S. 1472, CS de NU, Sesión 58, reunión 4732., Doc. de la ONU S/RES/1472 (28 de marzo de 2003) (sobre situación entre Irak y Kuwait), reimpressa en 42 INT'L LEGAL MATERIALS 767 (2003).

leyes penales locales. Esta proposición es totalmente compatible con el texto oficial del artículo 43 del Reglamento de La Haya (en francés), que faculta a los ocupantes a mantener la “vida pública” (*la vie publique*).³⁶

Más aún, se podría argumentar que en la medida en que el ocupante lleve adelante procesos penales justos y confiables contra los acusados, también ha de reconocérsele autoridad para emitir decisiones vinculantes. Como se sugirió anteriormente, la cuestión teórica sobre la autoridad se refiere a los motivos por los que podemos justificar someter el juicio propio de una persona al de otra persona, en nuestro caso, al permitir que los tribunales de ocupación decidan si un acusado en particular debe ser castigado. Siguiendo la influyente concepción de Raz de la autoridad como “servicio”, podemos aceptar que este sería el caso cuando es más probable que alguien cumpla las razones que le son aplicables (con independencia de las presuntas directivas autoritativas) “si acepta las directivas de la presunta autoridad como autoritativamente vinculantes y trata de cumplirlas, en lugar de tratar de seguir directamente las razones que se aplican a él”.³⁷ Este razonamiento nos brinda una explicación familiar de lo que entendemos por la autoridad de los tribunales penales, una en la que esta autoridad está vinculada a su capacidad de “determinar con precisión y de forma justa si una persona ha cometido un delito penal específico”³⁸. La autoridad, entonces, está esencialmente conectada con la precisión, la fiabilidad y la equidad.³⁹

Pero tiene que haber algo más que explique por qué los tribunales noruegos suelen tener autoridad en Noruega y los tribunales brasileños suelen tener autoridad en Brasil. O, mejor dicho, tiene que haber algo en el hecho de que X se ha convertido en una potencia ocupante en un territorio determinado para que los tribunales bajo su mando tengan autoridad allí. Con arreglo a la concepción de servicio, para que un órgano

³⁶ El delegado belga en las negociaciones de la Convención de Bruselas de 1874 (Proyecto de Declaración Internacional relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra) sostuvo que esta cláusula se refería a la “función social y las transacciones ordinarias de la vida diaria”. Esta definición fue utilizada para sugerir que su propósito era más amplio que la seguridad humana básica e incluiría otros servicios esenciales que benefician a la población local. Citado en M.J. Kelly, *Iraq and the Law of Occupation: New Tests for an Old Law*, 6 Y.B. INT'L HUMANITARIAN L. 147 (2003).

³⁷ RAZ, MORALITY, *supra* nota 21, pág. 53.

³⁸ ANDREW ASHWORTH & MIKE REDMAYNE, *THE CRIMINAL PROCESS* (2010), pág. 23. Sobre este punto, véase también IAN DENNIS, *THE LAW OF EVIDENCE* (3d ed. 2007), cap. 2. Antony Duff y sus colegas aceptan las consideraciones aquí presentadas, pero las consideran incompletas; véase ANTONY DUFF, LINDSAY FARMER, SANDRA MARSHALL & VICTOR TADROS, 3 *THE TRIAL ON TRIAL: TOWARDS A NORMATIVE THEORY OF THE CRIMINAL TRIAL* (2007).

³⁹ En contra de este punto de vista, véase STEPHEN DARWALL, *THE SECOND-PERSON STANDPOINT: MORALITY, RESPECT AND ACCOUNTABILITY* (2006).

determinado tenga la facultad de adoptar decisiones autoritativas (vinculantes) no sólo debe proporcionar juicios justos y confiables a los acusados, sino que también debe tener suficiente autoridad de facto⁴⁰. Sin este tipo de reconocimiento de facto, las autoridades no serían capaces de proporcionar los beneficios que en última instancia justifican que se le otorgue poder a una autoridad centralizada, es decir, que exista mayor coordinación y reducción de los costos.⁴¹ Sin embargo, por definición los ocupantes cumplen este requisito. Sobre esta base, podemos concluir con seguridad que siempre que tome esta responsabilidad en serio, un ocupante justo no sólo actuaría en beneficio de la población local al velar por la vigencia de las leyes penales locales, sino que también sería capaz de reclamar la autoridad para hacerlo.

Antes de terminar esta sección, consideremos la siguiente objeción: la posición defendida aquí se basa en la forma en que al menos una parte de las facultades del ocupante benefician a la población local en los territorios ocupados. Esta posición, se podría objetar, se basa en una comprensión profundamente equivocada de la situación de ocupación militar, ya que ignora por completo la enorme carga que la ocupación conlleva para esos mismos individuos. Cualquier estudio histórico sobre las situaciones de ocupación sugeriría que retratar las ocupaciones esencialmente en términos de beneficios para los ocupados es sencillamente no entender el fenómeno. Esta objeción es justa. Sin embargo, no es necesario discutir la premisa básica de esta objeción para lidiar con ella. La mayor parte de las características relevantes de cualquier ocupación constituyen una pesada carga para los individuos en los territorios ocupados. Todo lo que mi argumento necesita demostrar es que algunas de estas características no lo son. De hecho, parece plausible afirmar que en ausencia de una autoridad centralizada con control efectivo sobre el territorio, una institución que proporcione bienes públicos básicos, tales como atención sanitaria, educación y observancia de las leyes penales locales, beneficiará a la población local lo suficiente como para que se le confiera un derecho (e incluso el deber) de hacerlo.

Para aquellos que permanecen escépticos ante esta respuesta, podemos señalar que en la medida en que la objeción se basa en la ocupación per se, es decir, es independiente de si la ocupación es justa, la

⁴⁰ RAZ, MORALITY, supra nota 21, pág. 56.

⁴¹ Ibid., págs. 30-31.

objección no socavaría la tesis fuerte defendida en este artículo, a saber, que los ocupantes *ad bellum* justos e injustos deberían mantener los mismos derechos *in bello* sobre los territorios ocupados. La objeción sólo socavaría la tesis débil, es decir, que las potencias ocupantes deberían, como cuestión de principio, tener el poder de hacer cumplir las leyes penales nacionales en el territorio ocupado.

IV. PRIMERA EXTENSION DEL ARGUMENTO: LOS OCUPANTES ESTATALES INJUSTOS

Una tarea central de este artículo es evaluar la vigencia del principio de igualdad entre los beligerantes en el contexto de una ocupación militar. Esta sección se centra en los ocupantes injustos. Entenderé como ocupantes injustos exclusivamente a aquellos que han violado las reglas de *ius ad bellum*. Por lo tanto, podemos tomar el caso de un Estado A que ha invadido y ocupado el territorio de su Estado vecino B en el curso de una guerra de agresión sobre las reservas petrolíferas situadas entre los dos países. Una vez más, este no sería el único tipo de ocupante injusto, aunque proporciona un buen punto de partida para discutir la cuestión normativa que aquí interesa. Una característica fundamental del derecho de la ocupación militar es que no distingue entre ocupantes lícitos e ilícitos en términos de los derechos y deberes que tienen sobre los territorios ocupados.⁴² La ocupación está regulada por el *ius in bello*, que, tanto en el derecho internacional como en la teoría ortodoxa de la guerra justa, está “separado” de toda consideración *ad bellum*.⁴³

Algunos autores neoclásicos han argumentado fuertemente en contra del principio de igualdad moral entre beligerantes justos e injustos. Por el contrario, defienden la interconexión entre consideraciones *ad bellum* e *in bello*.⁴⁴ Es decir, afirman que las normas que deben regir lo que pueden hacer los beligerantes durante la guerra no pueden ser independientes de la justicia de la guerra. Esta posición también se aplica en contextos de ocupación militar. En palabras de McMahan, “[l]a la moralidad de la conducta de una ocupación no puede ser independiente

⁴² Trial of Wilhelm List and Others: United States Military Tribunal, Nuremberg, 8th July, 1947, to 19th February, 1948 (The Hostages Trial), en 8 LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS 34, 59 (1949). Véase también A. Gerson, War, Conquered Territory, and Military Occupation in the Contemporary International Legal System, 18 HARV. INT'L L.J. 525 (1977).

⁴³ MICHAEL WALZER, JUST AND UNJUST WARS (1977), pág. 21. Véase también GEORGE F. FLETCHER & JENS DAVID OHLIN, DEFENDING HUMANITY: WHEN FORCE IS JUSTIFIED AND WHY (2008), pág. 20.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, MCMAHAN, KILLING, *supra* nota 3; DAVID RODIN, WAR AND SELF-DEFENSE (2002); y FABRE, COSMOPOLITAN, *supra* nota 28.

de la moralidad de la ocupación en sí misma”.⁴⁵ Una respuesta estándar a este tipo de argumentos de parte de académicos del derecho internacional ha sido que este tiende “a exagerar el rol y la influencia de las leyes de la guerra”, y no tiene en cuenta los orígenes históricos del derecho humanitario como una forma de moderar los sufrimientos a no combatientes.⁴⁶ Según esta línea de argumentación, no tendría sentido que las leyes de la guerra prescribieran todos los tipos de comportamiento de los beligerantes; deberían imponer sólo un número muy limitado de restricciones y exigencias durante el conflicto. Las leyes del conflicto armado deben ser, como se sugiere frecuentemente, intensamente prácticas.

Esta respuesta, así formulada, no brinda una solución al desafío normativo que articula McMahan. Esto se debe a que parece referida únicamente a la cuestión de la institucionalización de ciertos principios normativos, y no por la realidad normativa subyacente. El principio jurídico de aplicación igualitaria no necesita descansar en la premisa de “que hay ‘igualdad moral en el campo de batalla.”⁴⁷ Este artículo, por el contrario, propone un tipo diferente de respuesta al desafío neoclásico. Sugiere que los ocupantes injustos tienen el poder hohfeldiano de castigar delitos nacionales cometidos en los territorios ocupados como una cuestión de lo que ha sido denominado de forma estándar la moralidad profunda de la guerra, un poder que tienen el deber de ejercer. Esta proposición se basa, una vez más, en las consideraciones que fundamentan el derecho de castigar en circunstancias ordinarias.⁴⁸

En la sección anterior argumenté que el derecho de castigar puede explicarse plausiblemente por el interés de las personas en un territorio determinado en la existencia de un sistema de normas jurídico-penales que protejan sus derechos básicos. Sugiero ahora que aun en una situación en la que la potencia ocupante puede considerarse injusta desde el punto de vista *ad bellum*, los individuos en los territorios ocupados tienen un interés en que su sistema de derecho penal que permanezca en vigor. Esto es relativamente poco controversial. El ocupante injusto es el único órgano que está de facto en una posición de

⁴⁵ McMahan, *Morality*, supra nota 1, pág. 116. Véase también Fabre, *Living with the Enemy*, supra nota 1.

⁴⁶ Roberts, supra nota 2, pág. 935.

⁴⁷ *Ibid.*, pág. 936. Similarmente, véase Jeff McMahan, *The Law of War*, en *THE PHILOSOPHY OF INTERNATIONAL LAW* 498–499 (eds. S. Besson & J. Tasioulas, 2010).

⁴⁸ En contra de esta distinción, véase Seth Lazar, *The Morality and Law of War*, en *THE ROUTLEDGE COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW* (ed. Andrei Marmor, 2012).

hacer cumplir estas normas. Se sigue de esto que el interés que justifica conferir a ocupantes justos el poder normativo para castigar a los delincuentes en los territorios ocupados lleva a la misma conclusión en el caso de los ocupantes injustos. La posición del gobierno de la República Turca del Norte de Chipre (RTNC) o el gobierno de los EE.UU. en Santo Domingo en 1907, es decir, ocupaciones en violación a las normas *ad bellum*, ilustran este punto.⁴⁹

Esta posición además se ve apoyada por el hecho de que, por lo general, una de las primeras dificultades en toda ocupación es la explosión de la criminalidad local, incluyendo los saqueos, robos y la actividad de bandas criminales, como hemos visto en Irak después de 2003.⁵⁰ El cumplimiento de la ley y la seguridad personal y de la propiedad son cuestiones particularmente sensibles y urgentes durante una ocupación. Hay estudios que indican que la falta de una política de seguridad básica en Irak en el período inmediatamente posterior a la guerra alimentó el conflicto interno. La falta de protección de los arsenales dio a las facciones pertinentes acceso a armas y explosivos, y la destrucción de los servicios básicos e industrias socavó la legitimidad del ocupante.⁵¹

Por cierto, fueron justamente los Estados más débiles los que alentaron a los Estados más fuertes a aceptar una obligación especial de garantizar el orden público y la vida cívica, y abogaron por la aplicación de sanciones penales como forma de proteger a su propia población civil, en el caso de que su territorio se encontrase bajo ocupación.⁵² Los “redactores de los Reglamentos de la Haya temían que la potencia ocupante pudiera tolerar tumultos y desmanes generalizados, sin mover un dedo para evitar que la anarquía desenfrenada paralizase toda la vida de la población civil”⁵³. En efecto, “[e]s fácil imaginar un escenario en el

⁴⁹ Sobre Santo Domingo, véase Brown, *supra* nota 18, págs. 394–399. Sobre la RTNC, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere a esta situación como una ocupación; véase Loizidou c. Turkey, TEDH, reimpresso en 36 INT’L LEGAL MATERIALS 440, 453–454 (1996) (fondo). Claramente, Turquía argumentaría que su intervención de 1974 fue justa (en términos *ad bellum*).

⁵⁰ Se ha argumentado que los saqueos, y no la insurgencia armada, fueron la mayor amenaza en contra del bienestar de la población local en Irak después de la invasión de 2003. Véase M. Sassoli, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers*, 16 EUR. J. INT’L L. 667 (2005). Véase también JOHANNES ANDENAES, *PUNISHMENT AND DETERRENCE* (1974), págs. 51, 124, 128.

⁵¹ Véase Asli U. Bali, *Justice under Occupation: Rule of Law and the Ethics of Nation-Building in Iraq*, 30 YALE J. INT’L L. 452 (2005); y David Glazier, *Ignorance Is Not Bliss: The Law of Belligerent Occupation and the U.S. Invasion of Iraq*, 58 RUTGERS L. REV. 77, 78, 83 (2005).

⁵² Sassoli, *supra* nota 50, pág. 680.

⁵³ DINSTEIN, *supra* nota 5, pág. 92.

que las bandas armadas rebeldes causen estragos sobre la población civil, evitando al mismo tiempo un enfrentamiento con las fuerzas armadas de la Potencia Ocupante”.⁵⁴ Es razonable sostener, entonces, que los ocupantes injustos tienen una responsabilidad especial de garantizar que la población local sufra lo menos posible como resultado de la ocupación. Del mismo modo en que serían responsables de garantizar la salud pública y otros servicios básicos, también serían responsables del funcionamiento de un sistema de tribunales penales.⁵⁵

McMahan y otros defensores de la posición asimétrica concederían este punto. Estarían dispuestos a aceptar que algunos ocupantes injustos tienen este tipo de prerrogativa cuando la ocupación es, en términos de McMahan, injusta pero justificada. “Justificada” en este contexto se refiere al hecho de que la ocupación ha debilitado la infraestructura del Estado de manera tal que hace que sea incapaz de funcionar. En estas condiciones, el ocupante adquiere una responsabilidad especial en razón de su (mala) conducta anterior. Por el contrario, McMahan cree que los ocupantes que son a la vez injustos e injustificados carecen de cualquier tipo de autoridad sobre los territorios ocupados, incluido el poder normativo de hacer cumplir las leyes penales locales. Este tipo de ocupante, concluye, debe “irse de inmediato”.⁵⁶

Sin embargo, aun si McMahan tiene razón en que tales ocupantes tienen el deber de “irse de inmediato”, no se sigue de ello que estarían bajo una incapacidad hohfeldiana de hacer cumplir las leyes penales locales. Permítaseme ilustrar esta afirmación con un ejemplo interpersonal. Supongamos que Amalia ha secuestrado a Bernardo y a Carlos. Bernardo tiene una enfermedad grave y mientras esta capturado sufre una crisis grave. Supóngase además que tanto Amalia y Carlos son médicos y ambos podrían ayudar a Bernardo a superar la crisis. En estas circunstancias, se puede decir que Amalia tiene el deber de ayudar a Bernardo aun cuando ella también está obligada a liberarlo (a él y a Carlos). Estos dos deberes son lógicamente independientes. En términos de la teoría del interés de los derechos que aquí se adopta, el interés en el cual se basa el derecho propiamente dicho de Bob de no ser privado de

⁵⁴ Yoram Dinstein, *The Israeli Supreme Court and the Law of Belligerent Occupation*, 25 *ISR. Y.B. ON HUM. RTS.* 15 (1995).

⁵⁵ En materia de Derecho Internacional Humanitario, los ocupantes tienen deberes concretos en cuanto a unidades médicas, la defensa civil y las necesidades básicas. Véase arts. 14, 63 y 69 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, y relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, 8 de junio de 1977 (Protocolo I), respectivamente.

⁵⁶ McMahan, *Morality*, supra nota 1, pág. 118.

la libertad en este contexto es en gran medida independiente de su interés en recibir cuidados médicos en forma inmediata. No tratar su enfermedad en tal situación constituiría un inconducta adicional y distinta de la privación de su libertad.⁵⁷ Además —y esto es crítico para nuestros propósitos— el hecho de que hay una tercera parte (Carlos), que no está relacionado con el secuestro y que estaría en posición de ayudar a Bernardo en el caso de que Amalia no se lo impidiese, es irrelevante a los efectos de concluir que Amalia está obligada en este caso.

En el caso del ocupante injusto e injustificado, esta falta de conflicto entre los dos incidentes hohfeldianos relevantes es aún más clara. La existencia de un poder normativo de segundo orden de castigar a delincuentes es lógicamente independiente de la falta de una libertad de primer orden de quedarse. Uno podría estar obligado a irse y conservar aún este poder. De hecho, un Estado puede tener el deber de irse y tener a la vez el deber de ejercer este poder. Esto es, de hecho, lo que prescribe el derecho internacional. Si esta distinción analítica es correcta, el argumento de McMahan no da respuesta a la pregunta relevante. Es decir, él necesitaría, pero no tiene, un argumento que indique por qué este ocupante injusto e injustificado estaría incapacitado para hacer cumplir las leyes penales locales. Para decirlo de forma más sencilla: la propuesta clave defendida en esta sección no es que los ocupantes justos e injustos son moralmente iguales todo considerado. Claramente no lo son. Los ocupantes justos e injustos se encuentran en una posición moralmente diferente con respecto a la población local puesto que estos últimos violan los derechos de la población local por el simple hecho de hallarse allí mientras que los primeros no. Pero esta inconducta es precisamente lo que captura la afirmación de que los ocupantes injustos están violando las reglas *ad bellum*. Mi posición es que esta diferencia normativa fundamental no se traduce a los derechos y las obligaciones *in bello* que poseen respecto de la administración del territorio ocupado.

Para volver a nuestro ejemplo del secuestro: a pesar de Carlos estaría en condiciones de ayudar a Bernardo si Amalia se lo permitiera (por ejemplo, si lo desatase), él no está en tal posición. Por supuesto, Amalia tendría el deber de desatar a Carlos tanto por el bien de él y para que él sea capaz de ayudar a Bernardo; pero esto es una cuestión separada. En la medida en que ella no desate a Carlos, y en la medida en que ella sea

⁵⁷ Con esto no quiero decir que los secuestradores necesariamente tengan autoridad sobre quienes secuestran; más bien, sugiero sólo que del hecho de que tengan el deber de liberarlos no se sigue lógicamente que ellos no tengan derechos sobre ellos en ciertos aspectos.

quien lo incapacita, Amalia asume un deber de cuidado especial frente a Bernardo. Mutatis mutandis, el ocupante injusto e injustificado asume una responsabilidad especial hacia la población local. Dicho de otra manera, el problema con el enfoque de McMahan parece provenir del hecho de que él está demasiado preocupado por la pregunta sobre si el ocupante debería estar allí y no tanto con la diferencia que hace, si es que hace diferencia, que el ocupante injusto ya se encuentre de hecho allí y no esté dispuesto a irse.

McMahan todavía podría argumentar que esta respuesta es apresurada. En tal situación, la única opción permisible para Amalia debería ser liberar a Bernardo para que pueda ser tratado por Carlos. Si Amalia cuida ella misma a Bernardo, eso sería un mal menor frente a la posibilidad de no brindarle ningún cuidado. Pero sería errado decir que Amalia tiene el derecho o incluso que tiene el deber de hacerlo. Ella sólo estaría ante alguna forma de deber condicional, pero este deber condicional sería un deber que, todo considerado, sería impermissible cumplir. La razón para ello es simplemente que sería impermissible crear las condiciones bajo las cuales ese deber surge. El mismo razonamiento se aplica, mutatis mutandis, al ocupante injusto e injustificado. Este estaría bajo algún tipo de deber condicional de hacer cumplir las leyes penales locales, pero sólo si actúa injustamente al continuar con la ocupación. Este, de nuevo, sería el mal menor, pero sería un error sugerir que el ocupante injusto e injustificado tiene el derecho e incluso el deber de castigar a los perpetradores de delitos cometidos en los territorios ocupados.⁵⁸

Estoy de acuerdo en que el poder (y el deber) del ocupante injusto e injustificado es condicional. Pero sugiero que es condicional a la posesión de facto de control efectivo sobre los territorios ocupados, y que esta condición no está relacionada con la inconducta ad bellum de la ocupación. En este sentido en particular el poder del ocupante justo también es condicional. Por otra parte, sugiero que la condicionalidad no tiene una implicancia directa en que ninguno de los dos ocupantes posea un poder relevante o tenga una libertad o incluso un deber de ejercer tal poder. Consideremos el caso de Amalia una última vez. Ella claramente no está obligada a no ayudar a Bernardo con su crisis de salud, es decir, que claramente tiene la libertad (en sentido hohfeldiano) de hacerlo. Si tuviéramos que evaluar su comportamiento moral, el hecho de que ella

⁵⁸ Estoy en deuda con Jeff McMahan por insistirme sobre este tema.

asista a Bernardo tendría que ser considerado como un elemento atenuante del mal general que le infligió. Esto parece indicar que ayudar a Bernardo no era meramente un mal menor, sino, en realidad, una buena acción en medio de un mal terrible. Esto es compatible con mi afirmación anterior de que el poder de un ocupante de castigar se basa en los beneficios que proporciona el ejercicio de este poder a la población local y no sólo en consideraciones basadas en la causación de un mal menor.

Por otra parte, si Carlos impidiera a Amalia asistir a Bernardo (asumo ahora que Carlos puede evitar que Amalia salve a Bernardo pero no es capaz físicamente de asistir él mismo a Bernardo debido a que Amalia lo tiene inmovilizado), no solo le estaría permitido a Amalia zafarse, sino que además esa conducta estaría justificada. Dicho de otra manera, su comportamiento "in bello" me parece claramente permisible incluso si su comportamiento "ad bellum" claramente no lo es. Por último, la circunstancia en la que su comportamiento es impermisible en términos "ad bellum" parece conllevar, en todo caso, que su deber de asistir a Bernardo es más estricto que el que tendría si no lo hubiera secuestrado. Estas implicaciones son suficientes, en mi opinión, para justificar mi afirmación de que siempre que uno acepte que los ocupantes justos tienen jurisdicción penal sobre los territorios ocupados, esa afirmación conlleva aceptar que se debe reconocer un poder similar a los ocupantes injustos (e injustificados). Incluso podríamos decir que el deber de ejercer este poder es aún más fuerte en este último caso.

Una segunda objeción, relacionada con la anterior, afirmarí que la solución que propongo tornaría menos probable que se cumpla la obligación de primer orden. Conferir al ocupante injusto e injustificado jurisdicción penal sobre el territorio ocupado podría crear incentivos peligrosos al permitir a los ocupantes injustos asegurarse ellos mismos su propia legitimidad mientras violan derechos de personas inocentes. Ello, en definitiva, podría constituir la injusticia más extrema: sería como conceder derechos laborales a esclavos en lugar de hacer frente a la injusticia que la esclavitud conlleva. Esta es una objeción poderosa. Un primer punto a tener en cuenta es que no es claro que el equilibrio de incentivos funcione de la forma en que esta objeción asume. Por un lado, es dudoso que otorgar jurisdicción penal a un ocupante injusto e injustificado mejoraría significativamente su legitimidad frente a la población local. Los ejemplos abundan, pero la situación de Israel en ciertas partes de los territorios palestinos parece ilustrar esto muy bien.

Por otro lado, está lejos de ser evidente que el ejercicio de la jurisdicción penal sobre los delitos internos tenga un impacto directo en la voluntad de un ocupante injusto e injustificado de permanecer en el territorio ocupado. La historia de la negociación de los Reglamentos de La Haya, así como gran parte de la literatura especializada en el derecho internacional, permite poner seriamente en duda esta afirmación.⁵⁹ Después de todo, la administración del territorio ocupado implica la asignación de recursos y personal significativos, de modo que generalmente se convierte en una carga pesada. No obstante, aun si aceptamos que los incentivos funcionarían en la forma en que la objeción sugiere, podemos dudar de que los incentivos creados por la solución neoclásica estándar resulten mejores en estas circunstancias. Para decirlo brevemente, conferir al ocupante injusto pero justificados poderes jurisdiccionales sobre el territorio ocupado y negárselos al ocupante injusto e injustificado crearía incentivos para que el ocupante injusto destruya la infraestructura local con el fin de justificar su presencia (y sus poderes) sobre el territorio determinado.

Por otra parte, a menos que uno adopte un enfoque puramente consecuencialista, esta objeción no afecta realmente el argumento de principio aquí defendido. La razón de para ello es que la objeción funciona sólo en el nivel de institucionalización, no de la moralidad profunda de la guerra. La objeción parece sugerir en última instancia que debemos tener cuidado con la institucionalización de los derechos morales que tienen los ocupantes injustos e injustificados en materia de su jurisdicción penal sobre los territorios ocupados debido a los incentivos perniciosos que podría ocasionar conferirles tal jurisdicción. Pero la objeción no pone en duda la afirmación de que la realidad normativa subyacente funciona exactamente de la manera en la que la he descrito en este artículo.

Lo que parece estar en el centro de esta objeción desde una perspectiva intuitiva es la posibilidad de que el ocupante injusto e injustificado castigue a los locales que luchan en contra de la ocupación. En efecto, el artículo 64 del IV Convenio de Ginebra establece que:

[L]a Potencia ocupante podrá imponer a la población del territorio ocupado las disposiciones que sean indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio, y garantizar la administración normal del territorio y la seguridad, sea de la Potencia

⁵⁹ Véase texto correspondiente a supra notas 53 y 54.

Ocupante sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de la administración de ocupación, así como de los establecimientos y de las líneas de comunicación que ella utilice.

Sin embargo, me temo que la intuición clave que subyace a esta objeción está equivocada. El comportamiento de los soldados o incluso civiles que toman parte directamente en las hostilidades en contra del ocupante injusto no está regulada por las normas sobre la ocupación beligerante (esto podría argumentarse que es cierto como una cuestión de derecho, pero también como una cuestión moral). Por el contrario, se rige por las normas que regulan los conflictos armados que se aplican entre los beligerantes, es decir, las reglas de enfrentamiento y las normas pertinentes relativas a los crímenes de guerra.⁶⁰ En consecuencia, estos combatientes no están bajo la jurisdicción ordinaria del ocupante ni son objeto de mi argumento en este artículo, que se centra exclusivamente en la jurisdicción sobre los delitos comunes.

Una última línea de objeción en contra de la proposición principal defendida en esta sección es que se basa, tal vez fatalmente, en que el ocupante injusto sea capaz, de hecho, de proveer los bienes públicos específicos en juego a las personas en los territorios ocupados. Esto, continua la objeción, puede ponerse en duda seriamente. Mientras que una potencia ocupante injusta fácilmente podría proporcionar atención médica a las personas en los territorios ocupados, o asegurarse de que tengan acceso a agua potable, no se sigue necesariamente que estaría en condiciones de garantizar la provisión de un bien público como un sistema jurídico-penal en vigor. Este bien público es importantemente desanálogo a un sistema de salud o de agua potable. La pena tiene una función condenatoria, comunicativa que los otros bienes no tienen. Este aspecto de la imposición del castigo requiere, entre otras cosas, cierta legitimidad. Por otra parte, el castigo tiene un potencial único para facilitar la opresión. Las ocupaciones nazis durante la Segunda Guerra Mundial constituyen el caso arquetípico.⁶¹ Fueron ocupaciones brutales, asesinas y despiadadas. Las personas que vivían bajo su poder difícilmente podrían haber creído que sus derechos fundamentales a la vida, la libertad, entre otros, estuviesen genuinamente protegidos por el sistema local de normas jurídico-penales, aun en los casos en que las autoridades nazis hicieron cumplir las disposiciones penales locales.

⁶⁰ DINSTEIN, INTERNATIONAL, *supra* nota 5, pág. 100.

⁶¹ Véase, por ejemplo, RAPHAEL LEMKIN, *AXIS RULE IN OCCUPIED EUROPE: LAWS OF OCCUPATION, ANALYSIS OF GOVERNMENT, PROPOSALS FOR REDRESS* (2005), esp. caps. 3 y 4.

Concedo este punto. Sin embargo, esta objeción difícilmente socava la proposición central defendida en esta sección, a saber, que las consideraciones *ad bellum* están separadas de las reglas *in bello* en materia de ocupación. El hecho de que a la Alemania nazi no debería concedérsele el poder de aplicar leyes penales básicas cuando, por ejemplo, ocupó Bélgica no tiene relación alguna con el hecho de que haya violado la prohibición del uso de la fuerza en un sentido *ad bellum*. La razón por la cual debería carecer de tal derecho es, en palabras del Tribunal de Nuremberg, que “Alemania violó... todos los principios del derecho sobre ocupación militar”⁶² y, posiblemente, todos los derechos humanos básicos de la población local bajo su control. Un problema adicional es la forma en la que Alemania hizo cumplir las leyes locales, es decir, a través de juicios manifiestamente injustos, de la persecución de las minorías y de ejecuciones sumarias. En las escalofriantes palabras de Goebbels, “[l]a idea de que el juez debe estar convencido de la culpabilidad del acusado debe ser descartada por completo”⁶³. McMahan mismo alude a esto cuando él sugiere que lo que importa fue el hecho de que los nazis eran “bárbaros”.⁶⁴

Por lo tanto, mi opinión es que no hay una diferencia significativa en este respecto entre ocupantes *ad bellum* justos e injustos en el ámbito de sus poderes y responsabilidades vis-á-vis los territorios ocupados. Un ocupante *ad bellum* justo que, sin embargo, es incapaz de cumplir los requisitos mínimos del debido proceso, o que está a su vez asociado a atrocidades o violaciones masivas de derechos humanos básicos estaría incapacitado desde el punto de vista normativo para hacer cumplir las leyes penales locales, al igual que lo estaría un ocupante *ad bellum* injusto que hubiera sido susceptible a las mismas críticas. Para ilustrar esto, sugiero que debemos tratar de manera similar a la ocupación alemana de, por ejemplo, Dinamarca y a la ocupación soviética de partes de Alemania durante la Segunda Guerra Mundial. Independientemente del hecho de que la primera claramente violó los principios *ad bellum* y la segunda no, la posición que aquí defiendo sostiene que tanto la Alemania Nazi como la Unión Soviética de Stalin carecían, desde el punto de vista estrictamente moral, de jurisdicción

⁶² The Justice Trial: Trial of Josef Altstotter and Others: United States Military Tribunal, Nuremberg, 17th February–4th December, 1947, en 6 LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS 1, 59 (1948).

⁶³ *Ibid.*, pág. 104.

⁶⁴ McMahan, *Morality*, supra nota 1, pág. 117.

penal sobre los territorios ocupados respectivamente por cada una de ellas.

Puede parecer que esto nos deja donde empezamos, porque incluso si no podemos distinguir entre Alemania y la URSS durante la Segunda Guerra Mundial, aún podemos sugerir que la violación de las normas *ad bellum* sería suficiente para descalificar la autoridad de un agresor. La pregunta pertinente es si un ocupante injusto en términos *ad bellum* debería estar sujeto a una incapacidad en el ejercicio de la jurisdicción penal por este motivo, es decir, si eso sería una condición suficiente para impedirle su ejercicio. El argumento defendido aquí es que este ocupante injusto no debería ser incapacitado *per se*. Los individuos del territorio ocupado tienen un interés en que sus derechos básicos sean protegidos por un sistema vinculante de normas jurídico-penales. En la medida en que el ocupante sea un Estado mínimamente decente y establezca juicios justos y confiables para los acusados locales, las sentencias serían capaces de transmitir a las partes interesadas que las sanciones impuestas reivindican las prohibiciones penales violadas⁶⁵. Según algunas versiones, los alemanes habrían estado en esta posición durante la ocupación del territorio ruso en la Primera Guerra Mundial⁶⁶. Pero un mejor ejemplo sería, tal vez, la ocupación estadounidense de partes de México por parte del general Winfield Scott en la guerra entre 1846-8.⁶⁷ Las fuerzas estadounidenses se esforzaron para restaurar el orden público después de la captura de cada ciudad y protegieron a los locales de los bandidos y el saqueo. Como comentario anecdótico, cabe destacar que los mexicanos juzgados por los tribunales estadounidenses disfrutaron de una tasa de absoluciones más elevada que sus contrapartes estadounidenses.⁶⁸

⁶⁵ Sobre la idea de Estados decentes, véase su caracterización en JOHN RAWLS, *THE LAW OF PEOPLES* (1999), págs. 64–68.

⁶⁶ S. W. D. Rowson (Shabtai Rosenne) reporta que los alemanes trataron a la población rusa en territorio ocupado de forma justa. Véase S.W.D. Rowson, *The Abolition of Nazi and Fascist Anti-Jewish Legislation by British Military Administrations of the Second World War*, *JEWISH Y.B. INT'L L.* 261–262 (1948).

⁶⁷ Interesantemente, Francis Lieber y el General Scott se opusieron a esta guerra desde el punto de vista *ad bellum*, o al menos fueron críticos de esta. Para una referencia resumida, véase Glazier, *supra* nota 51, pág. 36.

⁶⁸ *Ibid.*, pág. 23.

V. SEGUNDA EXTENSION DEL ARGUMENTO: LOS CUASI OCUPANTES NO ESTATALES

La segunda y última “extensión” que deseo considerar aquí es la relativa a los grupos armados no estatales. Una vez más, el punto en discusión es si deberían tener jurisdicción penal con arreglo a consideraciones de justicia. La posición ortodoxa en el derecho internacional distingue entre los actores estatales y no estatales, y lo hace precisamente en términos de los derechos y deberes que cada uno de ellos tiene durante los conflictos armados. Las normas aplicables a los conflictos armados no internacionales son, en cierta medida, diferentes a las que se aplican en los internacionales. En la actualidad existe una tendencia renovada en parte de la doctrina de acercar estas dos ramas del derecho, e incluso de anular completamente esta distinción.⁶⁹ El asunto en aquí es, precisamente, la validez de esta distinción y de (al menos alguna de) sus implicaciones normativas no tanto desde el punto de vista jurídico, sino más bien con arreglo a consideraciones puramente normativas. A diferencia de la sección anterior, no se trata aquí de revisar el principio de separación entre consideraciones *ad bellum* e *in bello*; nuestra preocupación aquí es con la condición asimétrica entre los Estados y los grupos no estatales en un conflicto militar.

El marco jurídico básico que regula la ocupación militar, descrito en la sección II, no se aplica a conflictos armados internos.⁷⁰ Conceptualmente, sin embargo, no hay ninguna razón obvia por la cual el marco conceptual de la ocupación militar resulta inadecuado para examinar las situaciones que conllevan un control efectivo por parte de grupos insurgentes de

⁶⁹ Dieter Fleck, *The Law of Non-International Armed Conflicts*, en *THE HANDBOOK OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW* 615 (Dieter Fleck ed., 2008); James Stewart, *Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict*, 85 *INT'L REV. RED CROSS* 850 (2003); y Emily Crawford, *Unequal before the Law: The Case for the Elimination of the Distinction between International and Non-International Armed Conflict*, 20 *LEIDEN J. INT'L L.* 441-465 (2007). Para argumentos que van más allá y atacan, precisamente, la asimetría moral entre fuerzas estatales y no estatales en el contexto de conflictos no internacionales, véase FABRE, *COSMOPOLITAN*, supra nota 28; y Francois Bugnion, *Jus ad bellum, jus in bello and Non-International Armed Conflicts*, 6 *Y.B. INT'L HUMANITARIAN L.* 167-198 (2003). Para precedentes importantes que abogan por la asimilación de conflictos internos a internacionales, véanse los ejemplos citados en David Elder, *The Historical Background of Common Article 3 of the Geneva Convention of 1949*, 11 *CASE W. RES. J. INT'L L.* 42-43 (1979).

⁷⁰ Adam Roberts recuerda que la posibilidad de que una porción de territorio sea ocupada por un actor no estatal no fue discutida en las convenciones de Ginebra de 1949 o de 1974-1977. Sin embargo, él “arriesga la opinión” que la ley sobre ocupación militar debería aplicarse plenamente en esas circunstancias, con la advertencia de que tal ocupante podría no tener algunos recursos con los que generalmente sí cuentan los Estados. Véase Adam Roberts, *What Is Military Occupation?* 55 *BRIT. Y.B. INT'L L.* 293 (1984).

partes del territorio nacional.⁷¹ Sin embargo, para evitar cualquier dificultad técnica o terminológica, usaré la expresión “cuasi-ocupación” para referirme a este tipo de situación. Nuevamente, recurramos al derecho para establecer el marco conceptual principal aplicable a esta situación específica. Lo más cerca que llegamos a la regulación de la cuestión que nos ocupa es el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (A3C) y el artículo 6(2) del Protocolo de Adicional II⁷². El primero prohíbe “las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.⁷³ El artículo 6(2) dispone que “no se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad”.⁷⁴

A pesar de que estas disposiciones regulan el funcionamiento de los tribunales en los conflictos armados de carácter no internacional, no dicen nada sobre a quiénes están dirigidas. Algunos autores creen que a través de ellas, el derecho internacional acepta la existencia de tribunales de grupos no estatales. Esta posición está basada en la afirmación de que

⁷¹ Véase L. OPPENHEIM, *INTERNATIONAL LAW* (H. Lauterpacht ed., 1952), pág. 249; y Fleck, *supra* nota 69, pág. 628; y el hecho de que la ley de ocupación era incluida en las Instrucciones del Gobierno para los Ejércitos de Estados Unidos en el Campo de Batalla de la Orden General No. 100 (Codigo Lieber), redactado para la Guerra Civil Americana. Véase también Sandesh Sivakumaran, *Courts of Armed Opposition Groups. Fair Trials or Summary Justice?* 7 J. INT'L CRIM. JUSTICE 489–513 (2009), nota 124.

⁷² Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados no Internacionales (Protocolo II), 8 de junio de 1977. Ciertamente, el Protocolo II y el A3C hacen mayor énfasis en la jurisdicción del grupo sobre crímenes de guerra que sobre crímenes ordinarios.

⁷³ Al menos una interpretación del requerimiento de “tribunales legítimamente constituidos” en el A3C está intrínsecamente conectada a veredictos claros y confiables. Véase, por ejemplo, *Hamdan v Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006) (Stevens, J.). Asimismo, el comentario de Pictet al Convenio de Ginebra no equipara esta exigencia con el derecho local, sino que se concentra en la prohibición de “justicia sumaria”; JEAN PICTET, *Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. Geneva, 12 August 1949: Commentary—Art. 3, Part I: General Provisions, in *COMMENTARY ON THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949*, disponible en <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUpCO-MART&articleUNID=A4E145A2A7A68875C12563CD0051B9AE>

⁷⁴ En relación con esta disposición, el *MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT* del Reino Unido considera que “el uso de la palabra ‘ley’... podría ser también lo suficientemente amplia como para cubrir las ‘leyes’ sancionadas por una autoridad insurgente”; Reino Unido, *MINISTRY OF DEFENCE, THE MANUAL OF THE LAW OF ARMED CONFLICT* (2004), pág. 404. Sobre esto, véase también el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, Res. CS 955, NU SCOR 49th sess., 3453rd mtg, Doc de la ONU S/Res/955 (1994), art. 4(g); Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, 2178 UNTS 138, 145; Doc. de la ONU S/2002/246, apéndice II, art. 3(g); y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Doc. de la ONU A/CONF. 183/9; 37 ILM 1002 (1998), art. 8(2)(c)(iv).

el derecho internacional humanitario es vinculante para todas las partes del conflicto.⁷⁵ La respuesta precisa a esta cuestión jurídica no viene al caso aquí. Nos preocupa sólo la justificación normativa del derecho de estos actores a ejercer jurisdicción penal sobre los territorios bajo su control.

La posición ortodoxa en Derecho internacional sostiene que la equivalencia entre los beligerantes que se aplica en los conflictos armados internacionales no es aplicable entre Estados y grupos armados de oposición, al menos en los conflictos armados de carácter no internacional.⁷⁶ Sin embargo, esta posición no se aplica a todos los grupos no estatales. En primer lugar, algunos conflictos entre un Estado y un grupo no estatal pueden considerarse internacionalizados a los efectos del derecho internacional humanitario, como las guerras libradas por grupos subsidiarios o por grupos no estatales bajo el control de un Estado extranjero.⁷⁷ En tal contexto, la posición de las diferentes partes sería en gran medida simétrica en términos de derechos y obligaciones. En segundo lugar, al menos parte del derecho en materia de ocupación militar se aplicaría normalmente a conflictos en los cuales un “pueblo” está “luchan[do] contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”.⁷⁸ En tercer lugar, el reconocimiento de beligerancia por un actor no estatal podría poner a este grupo a la par de las autoridades estatales para muchos propósitos, incluso si el derecho de ocupación militar no regula necesariamente su conducta.⁷⁹ En última instancia, la clasificación del conflicto relevante y la especificación de las disposiciones concretas que se aplican en cada caso exceden nuestro propósito.⁸⁰ Mi interés radica en determinar la solución normativa

⁷⁵ Sivakumaran, *supra* nota 71, pág. 493. A favor de esta posibilidad, véase Marco Sassoli, *Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Their Compliance with International Humanitarian Law*, 1 J. INT'L HUMANITARIAN LEGAL STUD. 34 (2010); y Jonathan Somer, *Jungle Justice: Passing Sentence on the Equality of Belligerents in Non-International Armed Conflict*, 89 INT'L REV. RED CROSS 655-690 (2007).

⁷⁶ Particularmente, los beligerantes no estatales no tienen inmunidad de jurisdicción como resultado de su participación en el conflicto.

⁷⁷ Véase, por ejemplo, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), Fondo [1986] ICJ Rep 14; y *Tadic*, *supra* nota 5; aunque, cada uno requiere niveles diferentes de control por el Estado extranjero.

⁷⁸ Art. 1(4) del Protocolo I, *supra* nota 55. Esta disposición, sin embargo, no es vinculante per se sobre aquellos que no son Estado parte. La pregunta sobre si esta disposición se ha vuelto parte del derecho internacional consuetudinario va más allá del alcance de este artículo.

⁷⁹ Bugnion, *supra* nota 69, pág. 181.

⁸⁰ Para una exposición clara y sintética, véase YORAM DINSTEIN, *THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT* (2010), págs. 14-16.

aplicable a la posición de un grupo armado no estatal, sin importar el tipo de conflicto en el que esté involucrado, pues nuestro interés es básicamente conceptual y no jurídico.

El argumento clásico a favor de distinguir entre actores estatales y no estatales para nuestros propósitos sostiene que conferir poderes o inmunidades que tradicionalmente tienen exclusivamente los Estados promueve la insurrección, o, al menos, habilita una rebelión.⁸¹ Los rebeldes no estatales aparecen, por consiguiente, retratados como meros bandidos o criminales a quienes se les debería aplicar el derecho penal interno, en lugar del derecho internacional humanitario. No obstante, este argumento es demasiado apresurado. Por un lado, los defensores de esta posición probablemente tendrían dificultades para evaluar un conflicto armado interno en el que las dos partes en conflicto son grupos no estatales que luchan por el control de la maquinaria estatal. Por otra parte, podría argumentarse que no es cierto que sea adecuado considerar a todos estos grupos como bandas criminales. En consecuencia, simplemente no se sigue que su condición de grupo no estatal sea suficiente para descalificar a todos estos grupos de tener los derechos que característicamente disfrutaban los Estados sobre un territorio ocupado.

El principal problema con estos grupos –podría retrucar el defensor de la posición ortodoxa– es que carecen de autoridad relevante (auctoritas).⁸² Sin embargo, es discutible que esta consideración sea en última instancia relevante. Por ejemplo, la victoria de un grupo secesionista le otorga automáticamente, con arreglo al derecho aplicable, las facultades que los defensores de la visión ortodoxa le niegan a ese grupo hasta que ocurre tal victoria.⁸³ Del mismo modo, los beligerantes no estatales que luchan por la libre determinación nacional tendrían estos derechos desde el principio. Sea como fuere, esta objeción adolece de un defecto más fundamental; a saber, si estos grupos no estatales tienen o no autoridad para juzgar a individuos es precisamente el punto en discusión. Por lo tanto, cualquier argumento que dé este punto por sentado simplemente incurre en una petición de principio.

En otras palabras, es necesario abordar la pregunta acerca de si estos grupos deben tener el poder de castigar los delitos cometidos en el

⁸¹ Véase, por ejemplo, Elder, *supra* nota 69, pág. 50.

⁸² Véase, por ejemplo, STEPHEN NEFF, *WAR AND THE LAW OF NATIONS: A GENERAL HISTORY* (2005), pág. 250.

⁸³ Bugnion, *supra* nota 69, pág. 182.

territorio bajo su control sobre la base de un argumento normativo, y no de una mera descripción institucional. La sustancia, y no la forma, debería ser el nudo del argumento. Como he expuesto antes, los individuos en un conflicto armado tienen un interés en que el derecho penal local permanezca en vigor durante el conflicto armado. Las situaciones de ocupación no sólo crean una amenaza a la vida, la integridad física y la propiedad; a menudo debilitan gravemente las estructuras del Estado, y su estallido frecuentemente conduce a una explosión de la criminalidad “común”. Esto también es cierto para los conflictos internos. Entonces, en términos de la justificación del derecho a castigar estos delitos, se sigue del argumento defendido en las secciones anteriores que los individuos en los conflictos armados internos tienen un interés en que una autoridad central castigue a los delincuentes. En palabras de Cécile Fabre, “en las guerra[s] [civiles]... los ladrones deben ser arrestados, los homicidios ‘comunes’ deben ser resueltos, las leyes (no todas son injustas) deben cumplirse”⁸⁴. En consecuencia, en las zonas bajo el control efectivo de un grupo armado no estatal, este interés sería lo suficientemente importante como para justificar conferirle a esa organización jurisdicción sobre los criminales.

Es necesario hacer una pausa aquí para distinguir el argumento que he presentado de otras afirmaciones similares que ya existen en la literatura. Sivakumaran, por ejemplo, sostiene que los tribunales de grupos armados no estatales “ofrecen un foro para la persecución penal que, de lo contrario, no existiría”. Estos tribunales funcionan “como un contrapeso al desorden y el caos que de otro modo reinarían en el territorio bajo control del grupo armado”; “[s]in juicios, las ejecuciones sumarias... pueden convertirse en la regla”⁸⁵. Este argumento se basa, al igual que el argumento que se defiende aquí, en el hecho de que los grupos armados son la única autoridad de facto sobre el terreno y que el ejercicio de la jurisdicción penal contribuiría al orden público.

Sin embargo, a diferencia del argumento que aquí se defiende, Sivakumaran parece considerar que estas consideraciones son suficientes para conferir a los grupos armados no estatales jurisdicción penal sobre los delincuentes.⁸⁶ Sin embargo, si procedemos sobre la base

⁸⁴ FABRE, COSMOPOLITAN, *supra* nota 28, pág. 127. Véase también Philip Alston, Civil and Political Rights, Including the Question of Disappearances and Summary Executions: Rep. of the Special Rapporteur, Philip Alston, Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/2006/53/Add.5 (27 de marzo de 2006).

⁸⁵ Sivakumaran, *supra* nota 71, pág. 500.

⁸⁶ *Ibid.*

de las tres consideraciones señaladas por Sivakumaran tendríamos que admitir que un grupo armado que lleva a cabo juicios basados en confesiones obtenidas mediante tortura debería tener el derecho de ejercer la jurisdicción penal en el territorio bajo su control.⁸⁷ Esto sería, desde una perspectiva normativa, profundamente problemático. Y, aun así, ese tipo de grupo bien podría ser capaz de garantizar el orden público, evitar ejecuciones sumarias, y ser el único en condiciones de hacerlo. Dicho de otra manera, el punto que estoy tratando de destacar es que no todos los tipos de orden público son moralmente equivalentes. Sólo el tipo de orden público conectado a la protección de los derechos fundamentales de las personas es valioso y lo suficientemente importante como para justificar el daño que conlleva el castigo penal.

La cuestión más controvertida está conectada con la segunda parte del argumento sobre el poder hohfeldiano de castigar, que identificara anteriormente. Es decir, aun si damos por cierto la existencia de un interés lo suficientemente importante para conferir en ellos el poder de castigar, debemos determinar si los grupos armados no estatales pueden reclamar la autoridad legítima para juzgar y castigar a los infractores. La autoridad, en este contexto, requiere capacidad real. Para poder llevar a cabo este tipo de procesos penales una organización necesitaría al menos una cantidad significativa de control o autoridad de facto sobre su área de acción. El grupo armado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), por ejemplo, en su momento de mayor poderío ejerció el control de facto sobre varias zonas de Colombia hasta el punto de ser considerado por los habitantes de esas zonas como la única autoridad de aplicación de la ley.⁸⁸ Los órganos judiciales estatales gestionaban tan solo el 20 por ciento de los conflictos existentes y estaban en gran medida ausentes en las zonas rurales. Aun en los casos en los que intervenían dependían en última instancia de la “autorización” de la FARC para hacer cumplir sus decisiones.⁸⁹

Sin embargo, hemos visto que la autoridad en este contexto no sólo requiere la capacidad material para realizar esta tarea, sino también que

⁸⁷ Esto, naturalmente, no es lo que él tenía en mente. Aun así, parece que el enfoque consecuencialista que él adopta para resolver esta cuestión lo compromete con esta posición implausible.

⁸⁸ Nicolás Espinosa, El despeje dos años después: en búsqueda de la experiencia del experimento, 5 REVISTA COLOMBIANA DE SOCIOLOGÍA 118–119 (2000).

⁸⁹ Véase Jaime Giraldo Ángel, Los mecanismos alternos de resolución de conflictos (1998), en 4; y Mauricio García Villegas, Jueces sin Estado: La justicia colombiana en zonas de conflicto armado (2008).

las decisiones se tomen de una manera justa. He apoyado una teoría de la autoridad que está en gran medida basada en que los tribunales dicten sentencias después de una investigación mínimamente confiable de los hechos y un examen imparcial de los argumentos de las partes relevantes. Sólo entonces se debe considerar que su decisión es vinculante para todas las partes interesadas.⁹⁰ Si bien los tribunales en este tipo de contexto, tales como los establecidos por grupos como el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) de El Salvador y el Partido Comunista de Nepal-Maoísta (CPN-M), no proporcionaron procedimientos imparciales y medios de defensa⁹¹, puede haber casos de grupos armados que satisfagan estos requisitos. Se ha sostenido aquí que la autoridad de cualquier decisión relativa a la culpabilidad penal de un individuo depende crucialmente de que el órgano judicial relevante satisfaga estos requisitos. Teniendo en cuenta el interés del grupo armado en la estabilidad de la zona bajo su control a los efectos de llevar a cabo su actividad propiamente militar, y el interés de la población local en que los derechos fundamentales estén protegidos por un derecho penal en vigor, es posible que una organización ejerza su jurisdicción penal basándose en el interés de la población local.⁹²

De hecho, fueron los habitantes de las zonas ocupadas quienes recurrieron a las FARC para resolver sus controversias, incluyendo tanto a grandes propietarios de tierra como las clases populares.⁹³ Apoderarse de estas funciones involucró un desafío difícil para las FARC y ellas debieron establecer una infraestructura legal bastante compleja.⁹⁴ Durante la década de los '90, en lo que probablemente fue el apogeo de su poder territorial, las FARC persiguieron penalmente y enjuiciaron a políticos por actos de corrupción. En el mismo sentido, el Ejército de Liberación Nacional (ELN) supervisó elecciones locales con el objetivo de

⁹⁰ Ciertamente, uno debe tener en cuenta el hecho de que las garantías procesales requeridas en tiempos de conflicto podrían no ser tan estrictas como aquellas aplicables en tiempos de paz. El punto clave en este sentido es que no debería hacerse ninguna distinción en términos de los requisitos del debido proceso entre tribunales estatales y no estatales.

⁹¹ Third Report of the United Nations Observer Mission in El Salvador (ONUSAL), 11–14, Doc. De la ONU A/46/876-S/23580 (19 de febrero de 1992). El FMLN, por supuesto, ha disputado este hallazgo.

⁹² Sobre esto, véase, por ejemplo, Alston, *supra* nota 84, pág. 36.

⁹³ Véase *ibid.*, págs. 445–446; Alfredo Molano, *La justicia guerrillera*, en 2 *EL CALEIDOSCOPIO DE LAS JUSTICIAS EN COLOMBIA: ANÁLISIS SOCIO-JURÍDICO* 333 (Boaventura de Sousa Santos & Mauricio García Villegas eds., 2001); y Nicolás Espinosa, *Entre la justicia guerrillera y la justicia campesina. ¿Un nuevo modelo de justicia comunitaria?* *La Macarena, Meta*, estudio de caso, 20 *REVISTA COLOMBIANA DE SOCIOLOGÍA* 137 (2003).

⁹⁴ Molano, *supra* nota 93, pág. 334.

asegurar la transparencia. Ambos grupos mostraron preocupación por cuestiones de protección ambiental.⁹⁵ Sus acciones, en definitiva, podría decirse que contribuyeron al mantenimiento de la “vida pública” en la región correspondiente.⁹⁶

Ciertamente, durante su expansión y establecimiento muchos de estos grupos usaron el castigo penal como medio para consolidar su poder. A menudo las sanciones consistieron en ejecuciones sumarias, o fueron impuestas a través de procesos claramente injustos.⁹⁷ En estos contextos, además, el castigo penal suele ser utilizado para amenazar o coaccionar a la población local para que cumpla y respete las leyes de la organización guerrillera, y a la vez que para proveer “seguridad”. Sin embargo, estas afirmaciones apoyan aún más el argumento defendido aquí. Primero, porque estas son el tipo de sanciones que carecerían de autoridad de acuerdo con el argumento aquí defendido. En este sentido, podríamos distinguir, por ejemplo, entre el grupo rebelde Tuareg Movimiento Nacional para la Liberación de Azawad (MNL) y los rebeldes salafistas en la parte norte de Malí después del golpe de estado de 2012.⁹⁸ En segundo lugar, las situaciones en las que el castigo se impone con el fin de coaccionar a la población local y aumentar la autoridad de estos grupos armados normalmente ocurren en contextos en los que este grupo armado carece, o está luchando para asegurar el control efectivo sobre el área relevante.⁹⁹ Y la proposición defendida aquí es, precisamente, que grupos armados no estatales podrían tener derecho a ejercer la jurisdicción penal únicamente cuando ya tienen el control

⁹⁵ Mario Aguilera Peña, Justicia guerrillera y población civil: 1964–1999, 29 BULLETIN DE L'INSTITUTE FRANCAIS DES ETUDES ANDINES 452, 453, 457 (2000).

⁹⁶ *Ibid.*, págs. 436–437.

⁹⁷ *Ibid.*, sec. 2.2. En los 90s, sin embargo, la ejecución se volvió una pena rara vez utilizada por las FARC y el ELN. Esta pena debía ser aprobada por el Comando Central del ELN o el Secretariado de la FARC; Molano, *supra* nota 93, pág. 335.

⁹⁸ Mientras que el primero grupo ha sido considerado generalmente decente, el segundo ha participado en una imposición implacable de una versión estricta de la ley de la Sharia, que ha incluido amputaciones, apaleamientos y la lapidación; véase, por ejemplo, Adam Nossiter, Jihadists' Fierce Justice Drives Thousands to Flee Mali, N.Y. TIMES, 17 de julio de 2012, disponible en <http://www.nytimes.com/2012/07/18/world/africa/jihadists-fierce-justice-drives-thousands-to-flee-mali.html?pagewanted=all>.

⁹⁹ Aguilera Peña, *supra* nota 95, sec. 1. Las diferentes actitudes que tienen estos grupos cuando intentan asegurar el control sobre un área y luego de que este control ha sido asegurado están ilustradas por el contraste de las acciones de los Tigres de Liberación de Eelam Tamil (TLET) en diferentes partes de Sri Lanka durante 2006; mientras que en el norte establecieron “un experimento interesante de gobierno, con su propio poder judicial y su propia fuerza policial”, en el este del país, “su modus operandi inflige intimidación, coerción y violencia sobre una población que no está involucrada en el conflicto”; Alston, *supra* nota 84.

efectivo sobre el área de una forma similar al control que tendría un Estado ocupante.

Muchos insistirían en que los grupos armados adversarios son casi siempre más débiles que los Estados¹⁰⁰. Por consiguiente, es razonable que discriminemos entre ellos y los Estados sobre la base de su falta (comparativa) de capacidad. No obstante, la visión ortodoxa del derecho internacional podría tener dificultades para presentar este argumento de forma consistente. Puesto que, como se ha indicado anteriormente, éste confiere a ciertos grupos armados no estatales, es decir, a aquellos que están luchando una guerra de liberación nacional, los poderes propios de los Estados, entre ellos el derecho a ejercer la jurisdicción penal sobre el territorio bajo su control. Y no hay ninguna diferencia necesaria, en términos de capacidad y organización, entre los grupos armados que luchan contra la dominación colonial en el ejercicio del derecho a la libre determinación y aquellos que participan en otros tipos de conflictos. Por otra parte, la propuesta que aquí se defiende no es que la jurisdicción penal debe ser conferida a cualquier grupo armado no estatal, sino sólo a los que tienen el control efectivo de facto sobre un territorio. Esto a su vez requiere un grado significativo de organización suficiente, al menos, en lo que se refiere a realizar una investigación seria y confiable y un juicio público¹⁰¹. Por lo tanto, sólo los actores no estatales que ya tienen cierta capacidad para funcionar como sustitutos del Estado tendrían derecho a ejercer jurisdicción penal según la posición aquí defendida.¹⁰²

Por ejemplo, estas consideraciones bastarían para rechazar el derecho del grupo argentino Montoneros de condenar y ejecutar al General Aramburu en 1970.¹⁰³ Montoneros no era el tipo de organización que podría reclamar legítimamente el derecho a ejercer jurisdicción penal ya que carecía de un control efectivo sobre cualquier área de

¹⁰⁰ *Ibid.*, pág. 459.

¹⁰¹ Como derecho de los tratados el artículo 6(2) del Protocolo II, *supra* nota 72, sólo se aplica a actores no estatales que ejerzan suficiente control de facto sobre parte del territorio nacional que "les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar" sus obligaciones con arreglo al Protocolo II.

¹⁰² El punto de que estas organizaciones tienen obligaciones y derechos crecientes en función de su nivel de organización (capacidad) y de su nivel de control sobre el área relevante no es extraño en la academia jurídica. Véase, por ejemplo, LISBETH ZEGVELD, *THE ACCOUNTABILITY OF ARMED OPPOSITION GROUPS IN INTERNATIONAL LAW* (2002). Esta proposición no debería interpretarse de forma tal que exija un límite demandante para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a conflictos de carácter no internacional.

¹⁰³ El General Pedro Eugenio Aramburu fue secuestrado por Montoneros, enjuiciado por su rol en el golpe de 1955 (incluyendo ejecuciones en 1956) a través de un supuesto "juicio popular", y ejecutado en el sótano de una estancia en la provincia de Buenos Aires.

Argentina. Aun así, este caso lleva a una importante aclaración: uno no debe tomar la existencia o la falta de control de facto sobre un territorio determinado como el elemento clave que lleva a cabo todo el trabajo justificatorio. A la vez, la autoridad de esos tribunales tampoco está basada, en este contexto, en la existencia per se de juicios justos. Estas dos son condiciones necesarias, pero no suficientes para que un grupo tenga el poder de sancionar durante una cuasi-ocupación. En última instancia, como ilustra este ejemplo, el argumento que aquí defendiendo se basa en la afirmación de que la condena de Aramburu y su castigo nada podrían haber hecho para transmitir a la población en la Argentina la sensación de que existía un sistema de derecho penal que estaba en vigor y que, en esa medida, garantizaba sus derechos fundamentales. Por el contrario, este tipo de proceso socava este tipo de percepción. El mismo razonamiento resultaría aplicable a la justicia penal basada en la retaliación ejercida por los Tupamaros en Uruguay o al uso propagandístico de la justicia penal que llevó a cabo el movimiento M-19 en Colombia.¹⁰⁴

Y, sin embargo, a pesar de estas aclaraciones, muchos todavía cuestionarán la autoridad de estos grupos armados sobre la base de su falta de integridad moral. Según este argumento, a diferencia de los Estados la mayoría de estos grupos es percibida como violadores de derechos más que como autoridades legítimas.¹⁰⁵ Esta es una posición controvertida, ya que a menudo parte de una visión externa, y no de la visión de la población local, cuyos intereses son esencialmente los que determinan la posición moral del grupo. Para dar sólo un ejemplo, se podría argumentar que una parte significativa de los habitantes de las zonas orientales de Afganistán no consideran a los Talibán meramente como una organización criminal; muchos de ellos, no lo considerarían como una organización criminal en absoluto. Para ellos, la autoridad ilegítima bien puede ser el gobierno respaldado por EE.UU. en Kabul. Lo mismo podría argumentarse sobre varios otros grupos armados no estatales con un control efectivo sobre una porción de territorio, como las autoridades de Kosovo o la FNLM.

Pero incluso si damos por cierta esta objeción por hipótesis, ella todavía no conduce a la conclusión que pretende defender. Es decir, no permite distinguir entre Estados y grupos no estatales sólo sobre la base

¹⁰⁴ OMAR COSTA, LOS TUPAMAROS (1972); Aguilar Peña, *supra* nota 95, pág. 449, sobre el movimiento M-19.

¹⁰⁵ Sassoli, *Taking Armed Groups*, *supra* nota 75, pág. 8.

de este rasgo. Como se ha argumentado en la sección anterior, los Estados que se perciben en gran medida por los habitantes locales como Estados “criminales” también carecerían del poder de hacer cumplir las leyes penales internas desde una perspectiva normativa. Y esto sería precisamente por la misma razón: estos están tan estrechamente vinculados a atrocidades generalizadas o sistemáticas que se vuelven incapaces de expresar o comunicar a los individuos relevantes la sensación de ser portadores de derechos y de que estos derechos están protegidos por normas jurídico-penales vinculantes. No es el carácter estatal o no estatal el que justifica o socava aquí el poder de castigar de estas organizaciones. Para decirlo en pocas palabras, siempre y cuando uno esté dispuesto a admitir que los Tigres de Liberación de Eelam Tamil (TLET) carecerían de legitimidad moral para tratar a los infractores de delitos comunes cometidos en el territorio bajo su control en razón de su responsabilidad en violaciones muy graves a los derechos humanos, o debido a que no llevan a cabo juicios justos, uno probablemente tendría que llegar a la misma conclusión en relación con las autoridades gubernamentales en Sri Lanka.¹⁰⁶ Son estas características, y no su estatus estatal o no estatal, lo que explica que puedan reclamar o no jurisdicción penal en un determinado territorio.

VI. CONCLUSION: DEL ARGUMENTO NORMATIVO A LA EVALUACION DEL DERECHO APLICABLE

Este artículo proporciona una defensa limitada del principio de separación entre consideraciones *ad bellum* e *in bello* y defiende la extensión del principio de igualdad entre beligerantes estatales y grupos armados no estatales, al menos en cuanto a sus poderes durante una ocupación. El principal argumento esgrimido aquí es que, si uno está dispuesto a aceptar la jurisdicción de un Estado ocupante justo, también estaría comprometido a conferir poderes paralelos a un Estado ocupante injusto desde el punto de vista *ad bellum* y a actores no estatales. A diferencia de otros argumentos en la literatura, estas conclusiones no se basan en consideraciones institucionales sino en consideraciones que funcionan en el nivel de la moralidad profunda de la guerra. El artículo sostiene además que la distinción normativa relevante entre ocupantes debería constituirse sobre líneas diferentes a las planteadas por los revisionistas en materia de teoría de la guerra justa y los autores

¹⁰⁶ Véase Alston, *supra* nota 84, págs. 10, 11.

defensores de la posición ortodoxa en derecho internacional, es decir, debería centrarse en analizar si los ocupantes pueden imponer de forma creíble y confiable un castigo legal basado en las razones correctas. Entre las consideraciones que podrían socavar ese poder se encuentra el hecho de que el actor relevante juzgue a los acusados a través de procedimientos injustos o poco fiables, que carezca de control efectivo de facto sobre el territorio en cuestión, o que sea considerado una organización criminal. Dicho de otra manera, para tener el derecho a castigar, los ocupantes esencialmente deben juzgar a los individuos mediante un proceso justo y ser mínimamente decentes.

Podría objetarse plausiblemente que estos requisitos son demasiado exigentes. Con este estándar, acabaríamos rechazando el derecho de varios poderes de ejercer la jurisdicción penal en los territorios bajo su control, tanto justos como injustos, y estatales como no estatales. Esto, sin embargo, no tiene por qué ser así. Esta objeción parece presuponer que la ley siempre debe reflejar la moral, y esta me parece una postura inverosímil. El argumento aquí defendido funciona únicamente a nivel de los principios normativos. Consideremos, aunque sea brevemente, cómo este argumento moral debe ser implementado a nivel de las normas jurídicas. El derecho internacional se basa exclusivamente en la equidad procesal para conferirle a los ocupantes, ya sean legales o ilegales en términos *ad bellum*, estatales o no estatales, jurisdicción penal sobre los delitos cometidos en el territorio bajo su control.

Esto, ciertamente, no captura una consideración—podría decirse que la más importante— de aquellas que sugerí que socavan el poder moral de un ocupante de hacer cumplir las normas penales, es decir, el hecho de que sea percibido como una organización criminal. Sin embargo, esta no es una deficiencia trágica del derecho, sino más bien un compromiso razonable entre principios morales, realidad política y consideraciones prácticas. Tenemos buenas razones para dudar que la comunidad internacional estaría en condiciones de crear un tribunal o cualquier otro mecanismo que pueda distinguir entre ocupantes lícitos e ilícitos, o entre ocupantes criminales y decentes, en el curso de una guerra, y lo pueda hacer de forma autoritativa.¹⁰⁷ En tales circunstancias, la equidad procesal puede ser un requisito legal razonable para conferirle a cualquier ocupante o cuasi-ocupante el poder de ejercer jurisdicción

¹⁰⁷ Sobre la visión contraria, véase Jeff McMahan, *The Prevention of Unjust Wars*, en *READING WALZER* (eds. Yitzhak Benbaji & Naomi Sussman, 2013).

penal sobre los territorios bajo su control. Esto es así, puesto que aunque los Estados o grupos armados no estatales que podríamos considerar criminales podrían eventualmente llegar a ejercer esa jurisdicción respetando las garantías fundamentales del debido proceso, esto es totalmente improbable, como la historia nos demuestra. En consecuencia, las normas del derecho internacional que regulan este punto en particular se deben defender no tanto sobre la base de que reflejan perfectamente los principios morales últimos en materia de ocupación militar, sino más bien sobre la base de que constituyen una forma práctica y políticamente astuta de capturar a través del derecho las diferencias morales relevantes.

El presente artículo fue publicado originalmente como "Occupation Courts, Jus ad Bellum Considerations, and Non-State Actors: Revisiting the Ethics of Military Occupation" *Legal Theory* 21(1) (2015), 18-46. Agradezco a su Editor por el permiso para traducir y reproducir este texto. La traducción estuvo a cargo de la Revista Latinoamericana de Derecho Internacional. Estoy agradecido a los participantes del Inaugural Junior Faculty Forum in International Law en la New York University, del Seminario de la Facultad de Derecho de la Escuela de Derecho de Universidad Torcuato Di Tella, del taller de doctorado de la Escuela de Derecho de la Universidad de los Andes, y del Criminal Law and Criminal Justice Group de la London School of Economics, particularmente a quienes comentaron mi trabajo en Nueva York, Bogotá, y Buenos Aires: Philip Alston, René Ureña y Francisco García Gibson, respectivamente. Mis agradecimientos también van a Miguel Alzola, Alasdair Cochrane, Cécile Fabre, Charles Garraway, Máximo Langer, Jeff McMahan, Sergio Muro, Massimo Renzo y Luciano Venezia por comentarios escritos a borradores de este artículo. También me he beneficiado de las útiles sugerencias de Manuel Iturralde, Niki Lacey y Mike Redmayne. Los errores son todos míos.