

LA OCUPACIÓN BÉLICA

Agustín Corrales Elizondo

SUMARIO

I.- Introducción. II.- Concepto de ocupación bélica. III.- Régimen jurídico y consecuencias de la ocupación en el ámbito del DIH. IV.- Aplicación de la normativa de ocupación militar a las operaciones de organizaciones internacionales, en particular en los casos de operaciones de paz y de administraciones civiles transitorias de carácter internacional. V.- Problemas durante la ocupación: cambios de situación, movimientos de resistencia o acciones de combate en el territorio ocupado. Actos terroristas y de otras personas civiles. VI.- Consideración especial de la construcción de un muro en territorio palestino en el marco del conflicto entre Israel y Palestina. VII.- Reflexiones sobre la situación creada con motivo de la ocupación de Irak. VIII.- Consideración de las actuaciones en Afganistán y Haití. IX.- Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los propósitos y los principios que se establecen en los dos primeros artículos de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante, Carta) están presididos por el mandato de mantener la paz y la seguridad internacionales tendiendo a garantizar que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común. Entre los principios del art. 2.º figura el de arreglar las controversias internacionales por medios pacíficos, absteniéndose de recurrir al uso de la fuerza contra cualquier otro Estado. Debiendo respetar (art. 2.4) la integridad territorial y la independencia política de tal Estado.

La Corte Internacional de Justicia, en Sentencia de 27 de junio de 1986, estableció que el art. 2.4 de la Carta constituye no solo una norma de

derecho positivo, sino también la articulación del derecho consuetudinario contemporáneo. Por tanto, el principio de interdicción del uso de la fuerza es vinculante también como costumbre internacional.

El mismo principio fue aprobado por la Asamblea General de las N.U. en la Resolución 2625 en la que, entre otros muchos aspectos, se determina lo siguiente:

«El territorio de un Estado no será objeto de ocupación militar derivada del uso de la fuerza, en contravención de las disposiciones de la Carta».

Pues bien: La Corte Internacional de Justicia entendió, en la Sentencia antes referenciada, que la Resolución 2625 expresaba una «opinio iuris» que no podía ser entendida como un simple recordatorio, sino como una adhesión al valor de las reglas declaradas por la Resolución, otorgándoles valor propio como Derecho Internacional.

Ello implica que la ocupación militar está indiscutiblemente incorporada y jurídicamente sujeta a las disposiciones de la Carta. En el presente trabajo analizaremos como, además de este encuadramiento en la Carta, la ocupación bélica se encuentra regulada, desde el denominado Derecho de La Haya, por las normas del Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH).

A estos efectos, la estructura del estudio parte del concepto de ocupación militar en sentido jurídico, para continuar con la regulación desde el prisma del DIH y contemplar luego su proyección normativa en las operaciones de organizaciones internacionales, en las de mantenimiento de la paz y en las administraciones civiles transitorias. A continuación consideraremos la incidencia de los movimientos de resistencia, acciones de combate y posibles actos terroristas en territorio ocupado, así como la confusión entre estos últimos y los actos de resistencia. Por último, abordaremos problemas específicos como la construcción del muro por Israel en el marco del conflicto palestino-israelí, la situación actual de Irak y las condiciones de actuación de las tropas internacionales en Afganistán y Haití.¹

II. CONCEPTO DE OCUPACIÓN BÉLICA

La definición de la ocupación se encuentra precisada en el Reglamento anexo a la IV Convención de La Haya de 1907 (en adelante, H.), que comprende las leyes de la guerra en tierra (Convención) y las costumbres

¹ Esta sistemática, a salvo de los últimos apartados, es la comúnmente seguida por la doctrina. Así, vide S. Vite: «La aplicabilidad del derecho internacional de la ocupación militar a las organizaciones internacionales», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 86; N.º 853; marzo, 2004, págs. 9 y sigs.

sobre la misma cuestión (Reglamento Anexo, cuya Sección 3.^a, abordaba el problema bajo la rúbrica «De la Autoridad Militar sobre el territorio del Estado enemigo»). El art. 42 de esta Sección dice (H. IV, R, 42):

«Un territorio se considera ocupado cuando se encuentra sometido de hecho a las autoridades del ejército enemigo. La ocupación no se extiende más que a los territorios en los que dicha autoridad está establecida en condiciones de ser ejercida».

De la mentada descripción se colige que, una vez más, las normas del DIH, ya históricamente, trascendentalizan el principio de efectividad que ha de proyectarse aquí sobre la realidad de la ocupación con un carácter de cierta permanencia, que habrá de dar lugar a la virtualidad de relaciones directas entre la autoridad militar y la población civil de los territorios ocupados.

La definición pretérita ha sido precisada y refrendada por el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 (en adelante, G. IV), cuyo art. 2.1 especificará que el Convenio «se aplicará igualmente en todos los casos de ocupación de todo o parte del territorio de una Alta Parte contratante, aunque esta ocupación no encuentre resistencia militar», precepto éste —como es sabido— común, como los arts. 1 y 3, a los Cuatro Convenios de Ginebra.

En el precitado art. 2.1 (G. IV) se da por previsto el principio de efectividad con independencia del reconocimiento del estado de guerra o de conflicto entre los beligerantes y al margen de la posible resistencia por los habitantes o fuerzas del territorio ocupado. La precisión, respecto al art. 42 del Reglamento adjunto a la Cuarta Convención de La Haya (H. IV, 12), pretende en alguna medida hacer abstracción del requisito del «ejército enemigo» como sujeto activo de la ocupación, que normalmente concurrirá, pero sin que los términos estrictos puedan servir de límite para la aplicación del DIH.

Otra particularidad de los conceptos que estamos utilizando está constituida por el hecho de que la ocupación se establece en territorios pacificados o estabilizados militarmente hablando, en los cuales no tiene necesariamente que existir por ello tensión bélica en operaciones armadas en curso o que se estén librando. A ello se refiere el art. 42.2 (IV. H, R.) cuando concreta que la ocupación «no se extiende» a territorios al margen de aquellos en los que la autoridad militar está «establecida» y «en condiciones de ejercerse».

Y a este mismo extremo de «estabilidad», como complementario de la «efectividad» se refiere luego el art. 43 (IV. H., R) cuando imperativamente exige que: «Desde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, éste tomará todas las medidas que estén a su alcance

a fin de restablecer y conservar, en cuando sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país».

Lo que debe considerarse sujeto a interdicción para la potencia ocupante es dejar sin efecto el estatuto de protección de las personas protegidas. En este sentido ha de interpretarse el art. 47 (G. IV), que taxativamente mantiene dicha tutela de manera tan imperativa y rotunda para el ocupante que, especifica que los beneficios de las mismas no decaerán como obligación del ocupante «en ninguna circunstancia ni en modo alguno».

Todo ello implica que la ocupación presupone el efecto de la estabilidad real, con control efectivo, jurídico y militar, por parte de las fuerzas armadas ocupantes, sin que puedan configurarse en puridad las previsiones descritas cuando se den enfrentamientos entre fuerzas beligerantes dentro del territorio.²

III. RÉGIMEN JURÍDICO Y CONSECUENCIAS DE LA OCUPACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DIH

De algunas de las anteriores reflexiones se desprende que el DIH pretende reorientar el «factum» de la ocupación ó la situación hacia la estabilidad, la normalización de relaciones; en definitiva a que, durante el periodo en que se desarrolle, los habitantes del territorio ocupado puedan desenvolverse en lo posible por los cauces de vida más llevaderos. Esta es la razón de que el Derecho Internacional en general y el DIH, en particular, trate de encorsetar en la mayor medida factible las obligaciones del ocupante, bajo la perspectiva del respeto a las normas, costumbres, régimen de vida y, sobre todo, derechos humanos de los habitantes que son los sujetos pasivos y, en principio, padecen la situación.

Conviene ahora, sistemáticamente, aproximarnos a la regulación jurídica vigente, contemplando para una mayor claridad en diversos apartados los diversos aspectos:

² Estas realidades se dan en las descripciones doctrinales sobre la ocupación militar. Así E. David, en «Principes de droit des conflits armés», Bruylant, Bruxelles 2002, pág. 497 afirma: «La ocupación supone... un conflicto armado entre dos Estados, la presencia armada de uno de los dos Estados sobre todo o parte del territorio del otro Estado, persistiendo el conflicto entre ambos». También E. Benvenisti: «The International Law of Occupation», Princeton University Press, Princeton, 1993, pág. 355 escribe que se da el presupuesto de la ocupación mediante «el efectivo control del poder (sea por uno o mas Estados o por una organización internacional) sobre un territorio respecto del cual no existe título de soberanía, sin la aquiescencia de quién ostentaba dicho título en el expresado territorio».

A) DURACIÓN

El art. 6 (G.IV) estudia la cuestión de la duración de la ocupación. En su párrafo primero contempla el «dies a quo» o inicio, afirmando que el Convenio se aplicará «desde el comienzo de todo conflicto u ocupación». No se fija, pero es palmario que se pretende que desde la iniciación de la ocupación la normativa sea aplicable. En cuanto al «dies ad quem» o fin de la misma, el párrafo tercero del propio art. 6, distingue entre una fórmula general que fija dicho final o terminación «un año después del cese general de las obligaciones militares» y una exigencia concreta para que la Potencia ocupante observe un conjunto extenso de disposiciones del Convenio (arts. 1 a 22, 27, 29 a 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 al 77 y 143) «en tanto que esta Potencia ejerza funciones gubernamentales en el territorio de que se trata»³.

Como se observa, el art. 6 no hace previsiones para los casos en que la ocupación se haya producido sin ningún tipo de resistencia militar. Sin embargo la doctrina entiende⁴ que, habida cuenta de que el territorio se considera ocupado, aunque el ocupante no haya encontrado la aludida resistencia, no debe haber excepción para la aplicación de la Convención. Se argumenta asimismo que el requisito de la efectividad, que es el que contemplaba la normativa consuetudinaria derogada por el art. 6 (G. IV), se da en cualquier tipo de ocupación, por lo que no deben existir distinciones en este punto.

La problemática ha sido contemplada también por el Protocolo adicional I, de 1977 (en adelante, P.I), cuyo art. 3 b) precisa que la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo cesará «al término de la ocupación», aunque salvaguardando la protección de las personas pendientes de «liberación definitiva, repatriación o reasentamiento». Sobre estos extremos, comenta VITE⁵ que podrán concurrir circunstancias decisivas

³ Como explica S. Vite, (cit. Pág, 12, nota 12), la razón de ser de esta disposición se encuentra en los casos y experiencias habidas con Alemania y Japón, tras la Segunda Guerra Mundial, toda vez que, después de un año, se comprobó que no era posible mantener rigurosamente inamovibles en tales territorios las normas del derecho de ocupación militar, tras el fin de las hostilidades, en consideración a los habitantes del territorio ocupado, al concurrir una menor necesidad de protección, siempre reservando en todo caso las disposiciones humanitarias, es decir, los principios básicos sobre el tratamiento de personas, contenidos en la Convención.

⁴ J. Pictet: «La Convención de Ginebra relativa a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra», CICR, GINEBRA, 1956; pág. 70. En el mismo sentido, F. Mulinen: «Manual sobre el Derecho de la Guerra para las Fuerzas Armadas», CICR, GINEBRA, 1991, pág. 196.

⁵ S. Vite. cit., pág. 13.

para el fin de la situación de ocupación y que afectarán al mismo, entre las que cita la reanudación de las hostilidades si las fuerzas ocupantes no pueden garantizar el control efectivo del territorio que es requisito conceptual esencial; la retirada de las tropas ocupantes o la conclusión de algún tipo de acuerdo que atribuya un estatuto especial a dichas fuerzas.

Sobre la primera de dichas circunstancias – reanudación de hostilidades – conviene apuntar aquí que cuando se libran combates en un territorio entre las fuerzas enemigas y las que defienden el territorio, no habiéndose producido, por tanto, o habiendo desaparecido el «control» del ejército de ocupación, en tal caso no nos encontramos ante una situación de ocupación, sino en la de «invasión».⁶

B) PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DEL ORDEN JURÍDICO

La Potencia ocupante que ostenta la autoridad debe tomar las medidas a su alcance para restablecer y garantizar, en la medida de lo posible, las condiciones de vida y el orden público [Reglamento de La Haya (H IV), art. 43]. Las fuerzas armadas ocupantes serán las responsables de la aplicación del DIH (P. I, arts. 86 y 87), si bien, para beneficiarse de esta protección plenamente, los habitantes del territorio ocupado deben abstenerse de toda actividad hostil contraria a la seguridad de la Potencia ocupante (G. IV, art. 5).

A tal efecto, la Potencia ocupante debe respetar las leyes vigentes en el territorio con antelación al hecho de la ocupación, a no ser que resulte absolutamente imposible o las normas vigentes no se correspondan con el debido respeto a los derechos fundamentales (v.gr. si son discriminatorias) [Reglamento de La Haya (H. IV), art. 43].

En particular, el Reglamento (arts. 46 y 55) ordena el respeto a la propiedad privada.

En cuanto a los *asuntos penales*, seguirá en vigor la legislación penal vigente en el territorio ocupado (G. IV, art. 64), si bien el ocupante podrá

⁶ Una de las más emblemáticas y originales situaciones, aunque atípica, «invasión», fue la constituida por la operación «Overlord» y el «Plan Bigot», es decir, el desembarco de los aliados en las costas de Normandía, el 6 de junio de 1944. Se dice que el general De Gaulle, enterado de la intención de las fuerzas de desembarco de «administrar las ciudades francesas que vayan siendo liberadas», según las instrucciones del mando aliado (AMGOT), como se hizo en Italia (ciertamente el caso era distinto, porque Italia estaba entre los países del «Eje» enemigo), comenzó a idear la estrategia para evitar a toda costa que esta «liberación» se volviera una verdadera «ocupación», a cuyo efecto movilizó a combatir a los franceses por radio el mismo día del desembarco.

derogar o suspender dicha legislación si constituye «una amenaza para la seguridad de la Potencia ocupante» o un obstáculo para la aplicación del DIH en lo referente a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Asimismo se prevén supuestos en que se pueden promulgar nuevas disposiciones penales, siempre sin efecto retroactivo, para la correcta administración del territorio y en garantía de la seguridad de los ocupantes (G. IV, art. 64 y 65) redactadas en la lengua hablada por los habitantes del territorio ocupado. En la aplicación de las antiguas normas funcionarán los Tribunales del lugar. Sin embargo, en la aplicación de las nuevamente promulgadas, la Potencia ocupante «podrá someter a los acusados a sus tribunales militares si éstos no son políticos y están legítimamente constituidos», a condición de que funcionen en el país ocupado. También se tratará de que los Tribunales de apelación, en tales casos, funcionen asimismo en el país ocupado. (G. IV, art. 66). Los habitantes no pueden ser procesados – sin embargo – por actos cometidos antes de la ocupación o durante una interrupción temporal de la misma, excepto por infracciones contra el derecho de la guerra (G. IV, art. 70). Asimismo la condena será siempre acorde con las normas de proporcionalidad de las penas no pudiendo ser excesiva con respecto al daño efectivamente causado (G. IV, art. 68). Excepcionalmente, en las disposiciones penales de la Potencia ocupante, se puede imponer la pena de muerte, únicamente para los delitos de espionaje, actos graves de sabotaje contra la Potencia ocupante e infracciones internacionales que hayan causado la muerte de personas. Sin embargo, es necesario que, en la legislación del territorio ocupado, vigente antes de comenzar la ocupación estuviera prevista la pena de muerte⁷ para tales infracciones (G. IV, art. 68).

C) FACULTADES ADMINISTRATIVAS DE LA AUTORIDAD MILITAR OCUPANTE

Pudiera entenderse que la obligación de restablecer y asegurar el orden y la vida pública deja un posible margen de maniobra tal vez excesivo a los ocupantes. Esta realidad es la que tiene presente tanto el Reglamento de la H. IV como el G. IV. Así, está prohibido que se modifique el estatuto de los

⁷ El inciso de condicionar la aplicación de la pena de muerte, exclusivamente a los países que ya la tuviesen prevista para los delitos que se contemplan, es afortunado, dentro de la repulsa que dicha pena produce hoy afortunadamente en una elevada proporción de legislaciones penales, entre ellos España que la eliminó –a pesar de una primaria contemplación constitucional para tiempo de guerra, plasmada en nuestro Código Penal Militar de 1985– incluso en tales casos excepcionales.

funcionarios y de los magistrados del país ocupado, aunque podrán privar de su cargo a los titulares de funciones públicas (G. IV, art. 54).

Se establece también la cautela de que la policía del lugar no deba ser requerida para que ayude a ejecutar órdenes tendentes a emplear a la población civil con finalidad militar o para que participe directamente en las hostilidades (G. IV, art. 51); se limitan las requisas al ámbito sanitario, de transporte y de víveres y siempre que quede atendida la población civil (G. IV, arts. 55 y 57) y P. I (art. 14); se obliga al pago en efectivo de efectos requisados; se facilitará la recaudación de impuestos y contribuciones establecidos antes de la ocupación, admitiéndose en el Reglamento de 1907 (H. IV, art. 49) la posibilidad de contribuciones en efectivo «para cubrir las necesidades de las fuerzas de ocupación o de la administración del territorio ocupado». Se prevé la colaboración en materia sanitaria (G. IV, art. 56) en abastecimiento de la población (G. IV, art. 55); protección civil (P. I, art. 63) y salvaguarda y conservación de bienes culturales.

En el mismo sentido, serán principios orientadores de la política de ocupación respetar tanto las propias obligaciones como los derechos de las autoridades y habitantes del territorio, impartiendo directrices e instrucciones para la aplicación de medidas de seguridad y correcta administración.

D) SITUACIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL

La protección fundamental en situaciones de ocupación se dirige a la población civil (P. I. Art. 75) a la que no se privará de sus derechos (G. IV, art. 47); pudiendo internar a miembros desmovilizados de las fuerzas armadas del país, a los que se tratará como prisioneros de guerra (G. III, art. 4); no pudiendo retener a personas civiles en zonas peligrosas (G. IV, art. 49) respetando las convicciones religiosas y el culto (G. IV, art. 58); no forzando el alistamiento, quedando prohibida la acción de obligar a la población civil del territorio ocupado a integrarse en las fuerzas armadas ocupantes. Únicamente se podrá requerir a la población a realizar trabajos necesarios para las fuerzas de ocupación o por utilizada pública, abastecimiento, transporte o mantenimiento de la sanidad y salud pública; en ningún caso en operaciones militares y siempre con exclusión de los menores de dieciocho años (G. IV, art. 51). Por lo que se refiere a la regulación jurídica de la actividad laboral, seguirá aplicándose la vigente en el país ocupado en cuanto a las condiciones de trabajo (G. IV, art. 51).

De otra parte, no se permite a la Potencia ocupante evacuar o trasladar a la población civil (G. IV, art. 49), no pudiendo deportarla y sí únicamente

evacuarla por razones de seguridad de la misma y nunca fuera de los límites del territorio ocupado y con alojamientos en instalaciones adecuadas, en condiciones satisfactorias, sin separar a los miembros de una misma familia.

Únicamente por imperiosas razones de seguridad se puede imponer a los habitantes del país ocupado cualquier forma de residencia forzosa o internamiento, siempre de conformidad con el Derecho de Ginebra en materia de protección a las personas civiles (G. IV., arts. 78 y, especialmente de acuerdo con la profusa regulación sobre este extremo contenida en los arts. 79 al 135 G. IV).

IV. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE OCUPACIÓN MILITAR A LAS OPERACIONES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES, EN PARTICULAR EN LOS CASOS DE OPERACIONES DE PAZ Y DE ADMINISTRACIONES CIVILES TRANSITORIAS DE CARÁCTER INTERNACIONAL

Verdaderamente, la proyección actual de las Fuerzas Armadas en la comunidad internacional, al participar, especialmente en el marco de la Carta y del Derecho Internacional, en operaciones de mantenimiento de la paz o de carácter humanitario, que implican situaciones de ocupación del territorio en el que se desarrolla la misión, en muchos casos tras el desenlace o con la presencia latente de un conflicto armado de carácter interno, conlleva la cuestión que abordamos ahora. ¿Es aplicable la normativa que hemos resumido apretadamente en estos casos? ¿Qué especialidades comporta la actuación de fuerzas armadas de diversos países y de N.U., en su caso?

Cita VITE⁸ a varios autores⁹ a juicio de los cuales el estatuto de las fuerzas internacionales, desplegadas sobre el terreno en que desarrolla su misión, es distinto del que corresponde a una Potencia ocupante por lo que procede que se las contemple con un estatuto jurídico diferente, en razón a que carecen de los intereses específicos de un ejército de ocupación, centrándose exclusivamente en la defensa de la población local.

Otro grupo de autores¹⁰ sostiene que, en las operaciones de N.U. dirigidas a la «imposición de la paz», en el marco del art. 42 de la Carta, habida cuenta de que las misiones se efectúan ejecutando un mandato de

⁸ S. Vite. Cit. págs. 19 y sigs.

⁹ D. Sarga: «Las N.U. como sujeto sometido al DIH», en «Coloquio con motivo del 50 aniversario de la ONU», París 1996 y BOTHE, Michael: «Peace Keeping» en la obra colectiva sobre «The Charter of the United Nations», Oxford University Press, 1995.

¹⁰ D.W. Bowet: «Fuerzas de N.U. Un estudio legal», Londres, 1964; C. Emanuelli: «Las acciones militares de la ONU y el DIH» Montreal, 1995 y C. Greenwood: «Derecho Internacional Humanitario y operaciones militares de las N.U.», en «Anuario de DIH, vol. I, 1998».

la ONU, para cubrir las deficiencias que se hayan apreciado en las autoridades locales viniendo a ejercer un auténtico «control efectivo» militar en el territorio, parecen cumplirse todos los requisitos que, según hemos expuesto, constituyen el derecho regulador de la ocupación bélica en estas operaciones de «imposición» de la paz.

Distinta apreciación merece, por contraste, la oportunidad de dicha aplicabilidad en las operaciones de «mantenimiento» de la paz, que se llevan a cabo tras la conclusión de un acuerdo entre el Estado de acogida y la organización o representación que programa la misión en nombre de las N.U.

Si pasamos revista a la serie de operaciones – a veces fronterizas entre las situaciones de «imposición» y «mantenimiento» de la paz, no siempre nítidamente individualizadas, tales como las del Congo (años 1960 y sigs.); Camboya (1991); Somalia (1993) y Bosnia (1995), las N.U. no han buscado específicamente aplicar el «Derecho de la ocupación bélica». Sin embargo, en todos los casos, el marco de dichas normas y, en concreto, el Convenio G. IV constituye un fundamento válido de normas de actuación, precisamente por la imprecisión en la determinación de la naturaleza jurídica de la operación y también porquén no existe una regulación internacional con el apoyo unánime que implica el Derecho de Ginebra y el Derecho consuetudinario sobre la materia. Ello no significa que se implementen en cada caso las «reglas de enfrentamiento» y los pactos o acuerdos oportunos con las autoridades locales, siempre buscando los mismos fines que presiden las normas de ocupación militar, es decir la consecución de una paz inmediata, justa y duradera, con respeto a los derechos fundamentales, facilitando el desarrollo de sus organismos y administración, siempre con el fondo de la protección inspirador del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Quizás, sin embargo, ha de verificarse una matización, cual es que, en materia de derecho penal y funcionamiento de los Tribunales, a la que antes nos referíamos, ha de actuarse de manera muy cautelosa. Es obvio que las Fuerzas Armadas que actúan en el seno de una fuerza multinacional, bajo mandato de la ONU, no es factible que traten de instaurar un régimen de administración de justicia distinto del existente en el país y mucho menos promulgar normas con tipificación de nuevos delitos y constitución de Tribunales militares. Esa fórmula solo tendría y tiene sentido a nivel estrictamente internacional: la creación de Tribunales «ad hoc» ante acontecimientos que, con ocasión de criminalidad de guerra, lo requieran así. Tales situaciones han dado origen a los Tribunales Internacionales para la persecución de los crímenes de guerra de los conflictos de la ex-Yugoeslavia y de Ruanda y justifican, en definitiva la creación por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En definitiva, hay normas del Derecho de ocupación militar no extrapolables con lógica y eficacia a muchas operaciones internacionales. Sin embargo no puede olvidarse que, en la mayoría de sus vertientes, la normativa que contemplamos es útil y eficaz y, en todos los supuestos, constituye una herramienta válida invocable siempre a nivel interpretativo y susceptible de utilización para inspirar los acuerdos, directrices y relaciones con las autoridades del país ocupado.

Ello nos conduce a su admisión parcial con los condicionamientos expuestos. A esta orientación parece conducir también la Circular de la Secretaría General de la ONU de 6 de agosto de 1999¹¹ que contiene las orientaciones y reglas para que las fuerzas de las N.U. respeten en sus misiones las normas de DIH, en particular en lo que aquí interesa, el tratamiento de civiles y de las personas fuera del combate; trato a detenidos tratamiento de heridos y enfermos, organización de la actividad médico-sanitaria, etc. Sin embargo, parece claro que los Organos de la ONU no han pretendido «normativizar» una adaptación absoluta o plena, desde luego, de la regulación que hemos compendiado para sus fuerzas en misiones de paz, especialmente en situaciones de mero «mantenimiento».

Consideración especial merece el estudio de los denominados «administraciones civiles internacionales transitorias».

Estos supuestos particulares, entre los que la doctrina ha incluido las actuaciones en Timor Oriental y en Kosovo, contemplan las situaciones en las que el poder soberano existente con anterioridad otorga su consentimiento para la puesta en marcha de un nuevo régimen o sistema, sin que pueda hablarse de ocupación en sentido estricto, toda vez que no se produce oposición a la actuación de las Fuerzas Internacionales, sin perjuicio de que haya de aplicarse la normativa que proceda en materia de derecho internacional y derechos del hombre.

De cualquier manera no es posible asumir una doctrina general ni una equiparación de todos los supuestos, puesto que en cada uno de ellos concurren circunstancias especiales. En el caso de Kosovo, por ejemplo, describe Vité¹² que es difícil apartar la cuestión debatida de la validez del consentimiento otorgada por las autoridades yugoslavas para la actuación de las Naciones Unidas (MINUK y de la KFOR), consentimiento otorgado el 3 de junio de 1999 por el Parlamento Serbio y el Gobierno Federal de Yugoslavia, cuando aceptaron el despliegue civil y militar internacional en Kosovo, aunque la campaña de bombardeos estaba todavía presente;

¹¹ UN Doc ST/SGB/1999/13

¹² Cit., pág. 23 y sigs.

acuerdo el citado sobre cuyo contenido se interrogaba la doctrina a la luz del texto del art. 52 del Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, cuando pone en tela de juicio la validez de aquellos si se obtienen en el marco de una amenaza o con el empleo de fuerza.

Por otra parte, cuando las misiones están amparadas por resoluciones del Consejo de Seguridad, lo que presidía toda la actuación en Kosovo y cuando, además, la finalidad era el establecimiento de una administración autónoma y democrática en un territorio, elaborando un nuevo marco constitucional y de convivencia, parece que nos encontramos con lo que pudiéramos denominar un supuesto específico, típico y cualitativamente distinto de cualquier otro, a los efectos de imponer la aplicación de las reglas sobre la ocupación bélica, habiendo sido incluidas tales situaciones de una manera más genérica en formas de «internacionalización de territorios» al amparo del Capítulo VII de la Carta.

De cualquier forma nada puede contradecir la aplicabilidad en estos supuestos del art. 64.2 G. IV cuando hace referencia a la actuación de la Potencia ocupante que ha de someter a población del territorio ocupado «a las disposiciones que resulten indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio, y asegurar la administración regular del territorio así como la seguridad...». Es decir, nada ha de oponerse a las actuaciones dirigidas a favorecer el desarrollo normal de la convivencia y a la consecución de la paz y la estabilidad siempre guardando las obligaciones del DIH.

Quizás como conclusión podríamos hablar de la existencia de lazos entre el régimen de las administraciones civiles internacionales transitorias y el derecho de ocupación militar, aunque siempre partiendo de que es imprescindible en cada caso una adaptación que deberá partir siempre justamente del origen de la misión, es decir, de la delimitación precisada en la resolución del Consejo de Seguridad NU conforme a la cual se va a desarrollar y que constituye en definitiva su normativa aplicable específica, que podrá estar inspirada en alguna forma en lo que se ha venido en denominar aplicación «de facto» y no «de iure» del derecho de ocupación militar.

V. PROBLEMAS DURANTE LA OCUPACIÓN: CAMBIOS DE SITUACIÓN, MOVIMIENTOS DE RESISTENCIA O ACCIONES DE COMBATE EN EL TERRITORIO OCUPADO. ACTOS TERRORISTAS Y DE OTRAS PERSONAS CIVILES

Para ser plenamente eficaz, el derecho de ocupación debe ser ejercitado con medidas apropiadas para su mantenimiento o reglas específicas que

vinculen y delimiten las actuaciones tanto de la Potencia ocupante como de las autoridades del territorio ocupado. Pero el «statu quo» creado puede alterarse en función del comportamiento de las fuerzas ocupantes y de las reacciones de las autoridades y de los habitantes del territorio ocupado. Será habitual que se pase de una coexistencia más o menos pacífica al planteamiento de tensiones y a que surjan actos de violencia o incluso terroristas, que puedan reconducir la situación a realidades o problemas cercanos o afines a los que se plantean en un conflicto armado.

Ello constituye la necesidad de medidas de control, que pueden variar según la evolución de los problemas en el territorio ocupado, siempre tendiendo obviamente al cumplimiento de los objetivos mediante la prudencia en las actuaciones por parte de todos los organismos y personas a quienes conciernen las diferentes funciones durante la ocupación.

El límite de los problemas aludidos serían las situaciones de violencia incontrolada o las provocaciones. Los ocupantes deberán impartir directrices a las autoridades locales y a los habitantes del territorio relativas a su comportamiento y formas de cooperación. A pesar de las cautelas, podrán presentarse movimientos de resistencia organizados por los habitantes del territorio ocupado. En tales casos, en principio, debería aplicarse el Derecho de Ginebra (G. III, art. 4 y P.I. arts. 43 y 44). Para que un movimiento de resistencia cumpla la condición de «Fuerza Armada» deberá constituirse como «movimiento de resistencia organizado, perteneciente a una parte contendiente y que actúe fuera o dentro de su propio territorio, aunque este territorio se halle ocupado, siempre que esas milicias o cuerpos organizados tengan las condiciones previstas en el G.III, art. 4», (que exista una persona responsable a su mando, que lleven un signo distintivo, que ostenten las armas y que actúen de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra).

Por otro lado, de acuerdo con los arts. 43 y 44 P.I., el estatuto del combatiente exige un «régimen de disciplina interna» y que se distingan de la población civil, llevando abiertamente las armas para no incurrir en perfidia.

En la hipótesis en que concurren todos estos requisitos, que previsiblemente no será la habitual, habría de reconocerse el estatuto del combatiente el derecho a participar en acciones de combate y al estatuto de prisionero de guerra, mas en tales situaciones el derecho de ocupación militar evoluciona a una regulación en el marco del derecho de los conflictos armados, al menos de forma temporal o en la zona o territorio donde se manifieste una acción de combate, dentro del total del territorio ocupado y en tales supuestos el DIH prevé la necesaria distinción entre objetivos

militares y personas o bienes civiles y, desde luego, el respeto a la regla de proporcionalidad.

En cualquier caso, resulta ciertamente problemático distinguir entre los expresados movimientos de resistencia surgidos contra una ocupación no deseada y, por tanto, en principio amparados en la legitimidad de sus fines y otras actuaciones que, transgrediendo las normas que acabamos de reflejar, vienen a constituir formas de destrucción o ataque indiscriminado y que, abandonando los objetivos militares, ponen en riesgo a la población civil, infringiendo el DIH que proclama en todo momento la distinción entre población civil y combatientes y entre bienes de carácter civil y objetivos militares a los que únicamente pueden dirigirse las operaciones (P.I, art. 48). Junto a este principio de distinción habrá de exigirse siempre el principio de limitación, de acuerdo con el cual el conductor militar solo podrá emplear los medios y procedimientos de combate que no causen males superfluos y sufrimientos innecesarios (P.I. art. 35). Directamente vinculado al de proporcionalidad y, en los casos que aquí estamos contemplando, tratando de evitar acciones indiscriminadas.

Es evidente el progreso sustancial que constituyen las normas del Protocolo I de 1977 en la aplicabilidad de la normativa sobre combatientes y prisioneros de guerra a los movimientos de resistencia y a los movimientos organizados de liberación¹³ que reúnan los requisitos aludidos (arts. 43 y 44 P.I). El art. 2.3 G. I, II, III, IV abrió ya la puerta a la aplicación del «ius in bello» a potencias que «no fuesen parte en los Convenios, si aceptaban y aplicaban sus disposiciones». Algunos autores¹⁴ han interpretado que el término «potencia» es más amplio que el de Estado y puede asimilarse a otras entidades. Sin embargo, las dudas las solventó el P.I al extender su ámbito de aplicación a entidades que no son Estados admitiendo que los movimientos de liberación que luchan sobre todo contra una dominación colonial o los movimientos de resistencia que representen a un sujeto de derecho internacional preexistente pueden ser considerados «partes en el conflicto» si cumplen las exigencias previstas en el art. 96 P.I. Por ello, la noción de «parte en el conflicto» en el P.I., es abierta en el sentido expuesto facilitando su aplicabilidad a situaciones tipo como las señaladas. Ello podrá dar lugar a que el adversario de esa para él advenediza «parte del conflicto» le deniegue la condición

¹³ Vid., sobre estas cuestiones: «Comentario del Protocolo I de 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949». C.I.C.R. y Plaza y Janés. Tomo I. Editores Colombia. Santa Fé de Bogotá, 2001; págs. 703 y sigs.

¹⁴ V. gr. Schindler: «The different types of armed conflicts», ASDI, 1965, pág. 136. Cfr., también M. Veuthey: «Guerrilla et droit humanitaire», Ginebra, 1976; págs. 249-259.

de tal. Sin embargo, la intención del P.I., en contraste con los Convenios G., en los que – a salvo de interpretaciones sobre el término «potencia» – solo las fuerzas armadas regulares están legitimadas para representar al Estado y, por tanto, a una «parte en el conflicto», es que las entidades que no son Estados pero que deben ser sujetos de derecho internacional, al menos a título parcial, pueden eventualmente llegar a ser partes. Incluso puede suceder que distintas autoridades pretendan representar a una única parte del conflicto e intervendrían en él como tal si fuesen grupos o unidades armadas, organizadas bajo un mando responsable y con los antes aludidos requisitos de fondo y forma.

En el Derecho de La Haya, el estatuto de prisioneros de guerra no se extendía a los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios, quienes debían demostrar sobre el terreno que respetaban las normas del R.H. El Convenio G. III, art. 4, A, inciso 2 no modificó esta situación por lo que respecta a los movimientos de resistencia. Por tanto, la disposición verdaderamente impulsora de esta línea es el P. I., art. 44, que supone un avance sustancial respecto al art. 85 G. III.

Conviene también significar que dicho avance, que en estas cuestiones supuso el P.I, especialmente para la extensión de «estatuto de combatiente» y del de «prisionero de guerra», además de para la clarificación conceptual, especialmente en los arts. 43 y sigs. P.I. analizados y en otros preceptos, se ha dicho que pierde relevancia y la eficacia de su regulación queda disminuida por el hecho de su no ratificación por parte de Estados que participan en determinados conflictos (v.gr. no lo han ratificado EEUU, Afganistán, Israel, Irak, etc.). En este punto, gran parte de la doctrina interpreta que varias de las normas del P.I serían exigibles como integrantes del derecho internacional consuetudinario –«*ius cogens*» ó costumbre internacional– y otras por tratarse de normas reformadas o adaptadas, ya presentes en el D.I.H., precedente. A ello hay que añadir el contenido de la Cláusula MARTENS, obrante en los Preámbulos de los C.H y del P.I, que establece que «en los casos no previstos, las personas civiles y las no combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública». Este enfoque contribuye a que defendamos en principio la aplicación mayoritaria de los preceptos ó, al menos, del espíritu o la esencia del DIH a la inmensa mayoría de los conflictos, en sus diversas vicisitudes, así como a las situaciones de ocupación, si bien surgen dificultades ante las reticencias de varias potencias ante el P.I., a pesar de esta interpretación que describimos.

Ahora bien, el estatuto de prisionero de guerra, que pueden obtener los miembros de milicias y de movimientos de resistencia, se refuerza bajo la obligación de respetar el DIH, con posible castigo por su infracción. Por ello, el P.I, desde luego, no ampara ni incluye – como es lógico – en ningún caso la acción terrorista, entendiendo aquí el terrorismo como ataque sistemático a objetivos no militares, con el fin de obligar a los efectivos militares adversos a plegarse a la voluntad del atacante, por la vía del temor y la angustia que ocasionan esos ataques¹⁵. El Departamento de Estado de EEUU ha identificado el acto terrorista como «violencia perpetrada por grupos subnacionales clandestinos contra objetivos no combatientes», tratando de aproximarse a los últimos trágicos ejemplos que muestran una actuación con execrables atrocidades indiscriminadas con origen en ideologías extremistas étnicas o religiosas.

Esta dificultad conceptual y legal del término «terrorismo», hace que se haya considerado conveniente, en la línea de los estudios de GASSER¹⁶ la preferencia por utilizar jurídicamente la expresión «acto terrorista» o «acto de terror», que implica el empleo de «violencia indiscriminada para aterrorizar a la población civil», que están prohibidos en todas sus formas por el DIH y sus autores o grupos organizados que los practican y ejecutan deben ser perseguidos por todos los Estados Partes, a pesar de la relativa atención específica en la normativa convencional que los contempla en los arts. 51.2 y 51.4 P.I, que describen formas de protección a la población civil contra los mismos. No obstante, el propio GASSER plantea que tales actos también pueden dirigirse contra objetivos militares legítimos, en cuyo caso constituirían un método de combate prohibido o pérfido, en la línea de las previsiones de los arts. 35 y 37 P.I.¹⁷. Esta proscripción de tales actos se extiende a los conflictos armados internos (art. 3 G.I, II, III, IV y arts. 4.2 d) y 13.2 P.II) y a las denominadas guerras de liberación nacional (arts. 43 y 44 P.I) antes aludidas.

La normativa del DIH obviamente no puede reconocer a estos grupos ni organizaciones mas que precisamente para su identificación criminal

¹⁵ Sabida es la laguna que sobre el concepto de terrorismo mantiene el Derecho Internacional y las Organizaciones Internacionales, dudas que constituyen un obstáculo para su configuración como crimen contra la humanidad y para un futuro sometimiento de los actos de tal carácter a la Corte Penal internacional. No obstante, la polivalencia y el abuso en la utilización del término y su carga política dificultaran el avance. Estas cuestiones, tratadas en otros lugares de los presentes estudios, exigen y necesitan un enfoque técnico jurídico deseable y propuestas urgentes unificadoras.

¹⁶ H.P. Gasser: «Acts of terror, «terrorism» and international humanitarian law», en R.I. de la Croix Rouge, septiembre 2002, vol. 84, págs. 553 y sigs.

¹⁷ Cfr. sobre este punto J.L. Rodríguez Villasante y Prieto: «Actos de terror, conflictos armados y Derecho Internacional Humanitario»

y distinción de otros tipos de movimientos o grupos de resistencia que pueden actuar en los conflictos armados o surgir y desarrollarse en ellos como sujetos combatientes. Es misión del iusinternacionalista precisamente distinguir, separar y precisar rigurosamente los conceptos para evitar que el terrorismo puede ser acogido, en ninguna de sus formas de acción, como una actuación amparable en hipotéticas y siempre falsas causas de justificación.

Por último, en este punto, a la luz de los preceptos del DIH estudiados en materia de ocupación bélica, debe reflejarse sintéticamente la doctrina sobre las participaciones de personas civiles en las hostilidades, cuando no realicen actos terroristas, sino acciones directas (de lucha, enfrentamiento o colaboración esencial) e indirectas (de apoyo, aprovisionamiento o propaganda, entre otras). Al tratarse de civiles no ostentan la protección específica del combatiente, cuando, como es habitual no cumplan los requisitos de tal. Sin embargo la doctrina mayoritaria¹⁸ asume, de conformidad con el art. 4 G. IV, en la interpretación del CICR, que los civiles que hayan tomado parte en las hostilidades y cumplan con los criterios de nacionalidad previstos en el G. IV siguen siendo personas protegidas en virtud de dicho Convenio. Los que no cumplan por su condición de extranjeros el criterio de nacionalidad únicamente tendrán el amparo del art. 3 G. I, II, III y IV y, en su caso, del art. 75 P. I, si bien se tiende a flexibilizar el concepto o la exigencia del requisito de nacionalidad a estos efectos¹⁹.

En el caso específico de ocupación, se darán por tanto los siguientes casos posibles: a) civiles combatientes con los requisitos de portar y abierta y claramente armas; b) civiles nacionales de una de las partes en conflicto y c) civiles extranjeros. Los primeros tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra (art. 44 P. I); los segundos se amparan en el G. IV y los últimos únicamente en el art. 3 G. I, II, III y IV y art. 75 P. I, pudiendo por ello hablarse siempre, cuando menos, en estos últimos casos de la denominada protección residual.

En este orden DORMÁN²⁰ acuña la expresión o concepto de «combatiente/beligerante ilegal/no privilegiado», en el que incluye «todas las personas que participan directamente en las hostilidades sin estar obligadas a hacerlo» y que por ello no pueden ser consideradas prisioneros de guerra

¹⁸ J.L. Rodríguez Villasante y Prieto; cit. Tema 7.

¹⁹ M. Pérez González y J.L. Rodríguez Villasante y Prieto: «El caso de los detenidos en Guantánamo ante el DIH y de los Derechos Humanos». Anuario de Derecho Internacional. Vol. 15, 1999, exponen ese punto de vista esgrimiendo en su apoyo la jurisprudencia del TP I para la ex-Yugoslavia.

²⁰ K. Dorman: ««La situación jurídica de los «combatientes ilegales/no privilegiados»», en Revista Internacional de la Cruz Roja; marzo, 2003; n.º 849; págs. 27 y sigs.

si caen en poder del enemigo. Entre ellas sitúa a las personas civiles que participan directamente en las hostilidades, los miembros de la milicia y de otros cuerpos de voluntarios y los componentes de movimientos de resistencia organizados, que no forman parte de las fuerzas armadas regulares pero que pertenecen a una parte en conflicto, reflejando que esa noción comprensiva de «combatiente ilegal» solo es pertinente «en el contexto de los conflictos armados internacionales». Precisa su protección por el G. IV, vía art. 4 del mismo, con los propios límites del párrafo segundo; no quedando extendida la cobertura a las personas que protegen los G. I y III y no abarcando, por ello, a:

-) los súbditos de un Estado que no sea parte en el Convenio; -) los súbditos de la parte o Potencia en cuyo poder están y -) los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un beligerante o de un cobeligerante.

También debe recogerse aquí el art. 5 G. IV, para concretar «derogaciones» a esta fórmula abstracta de protección, en los casos de personas protegidas que sean imputados como espías o saboteadores o que, de cualquier otra forma, actúan contra la seguridad del Estado, incluyéndose incluso las «sospechosas», casos en los que la Potencia ocupante puede limitar derechos en la medida «indispensable» para la seguridad militar, pero exigiéndose siempre trato humano y un proceso equitativo (art. 5 G. IV, párrafos segundo y tercero). De todo ello puede desprenderse la condición de personas protegidas (a la vista también de los arts. 45 y 75 P. I) del grupo de los que hemos incluido aquí como «combatientes ilegales», muy específicamente «si estos reúnen los requisitos de nacionalidad». El alcance de dicha protección se extenderá al que prevé el Título III G. IV: «Estatuto y trato de personas protegidas»: arts. 27 y sigs; y – en los territorios ocupados – los antes estudiados arts. 47 al 78 G. IV; a cuyo efecto significa DORMÁN que no debe distinguirse entre la etapa de invasión y el régimen estable de ocupación, sin fisuras respecto a los derechos de los civiles; sin olvidar –y este extremo debemos destacarlo– las garantías de trato ya presentes en el Derecho consuetudinario y las específicas de enjuiciamiento.

La conclusión del debate doctrinal es que la cobertura de protección del DIH se extiende a los civiles que toman parte en las hostilidades en general y en la ocupación bélica en particular, naturalmente con los límites de los actos terroristas y en todo caso, con el casuismo, excepciones o matices que hemos podido observar, aunque siempre con la cobertura, como «ultima ratio» de los derechos humanos y garantías penales y procesales.

VI. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA CONSTRUCCIÓN DE UN MURO EN TERRITORIO PALESTINO EN EL MARCO DEL CONFLICTO ENTRE ISRAEL Y PALESTINA

Resulta oportuno en la problemática jurídica de la ocupación militar referirse a las cuestiones que plantea el expresado histórico conflicto y en la actualidad, en particular, a la decisión de promover la edificación de un muro en territorio ocupado, problema que ha sido objeto de análisis, mediante dictamen de la Corte Internacional de Justicia de 9 de julio de 2004.

La Corte Internacional de Justicia en un extenso dictamen en el que siete de los Magistrados han aportado opiniones separadas, concurrentes parcialmente en algunos puntos, llegó a la conclusión, tras determinar que tenía jurisdicción para transmitir la opinión consultiva requerida por la Asamblea General de la ONU, de que los asentamientos establecidos por Israel en el territorio palestino ocupado contravenían el Derecho Internacional y la construcción del muro y su régimen conexo constituían un hecho consumado sobre el terreno que puede pasar a ser permanente con el riesgo de la adhesión de facto, lo que daba lugar al grave obstáculo para el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación. Se venía a precisar la imposibilidad de justificar la construcción del muro y su régimen asociado en necesidades de seguridad nacional u orden público o por imperativo militar, de donde se desprende la responsabilidad internacional de Israel que se separa de las obligaciones de ambas partes de observar escrupulosamente el DIH y la aplicación de buena fe de las resoluciones sobre la cuestión del Consejo de Seguridad en particular la 242, de 1967 y la 338 de 1973 en la que se integra la denominada «Hoja de Ruta». Desde el punto de vista del DIH es interesante constatar que aunque Israel no es parte en el IV Convenio de La Haya de 1907 y del Reglamento que hemos estado estudiando, las reglas de dicho instrumento normativo se prepararon como revisión de las leyes y usos generales de la guerra vigentes en ese momento y, con posterioridad, el Tribunal Internacional de Nuremberg determinó que las normas enunciadas en el Convenio «contaban con el reconocimiento de las naciones civilizadas y eran consideradas declarativas de las leyes y usos de la guerra, habiendo pasado a formar parte del derecho consuetudinario. Si a eso se añade que Israel es parte del Derecho de Ginebra y en particular del G.IV (lo ratificó el 6 de Julio de 1951) la cuestión que se plantea es que hay una interpretación divergente sobre este último, toda vez que, mientras Israel cuestiona la aplicabilidad de «iure» del Convenio al territorio palestino ocupado, argumentando el

no reconocimiento de la soberanía del territorio antes de su anexión por Jordania y Egipto y deduciendo de ello su no condición de territorio de una Alta Parte Contratante en virtud del Convenio; dicha versión no es compartida por el resto de las partes interesadas. Por su parte, Palestina formuló la declaración de 7 de Julio de 1982, expresando su compromiso unilateral de aplicar el G.IV, compromiso que admitió Suiza como válido, en su calidad de Estado depositario, aunque precisando que no estaba en condiciones de decidir si la solicitud presentada por el Movimiento de Liberación de Palestina podría considerarse como «instrumento de adhesión».

La Corte, bajo el principio de que los Tratados han de interpretarse de buena fe (art. 31 de la Convención de Viena) recuerda que, tras la Conferencia de 15 de julio de 1999, los Estados partes en el G. IV emitieron una declaración en la que reafirmaron que el G. IV era aplicable al Territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental, debiendo además ponderarse la opinión del CICR que reconoce la aplicabilidad de «iure» del G. IV a los territorios ocupados desde 1967 por Israel.

De la aplicabilidad de la expresada normativa al caso controvertido desprende la Corte que la construcción del muro es contraria al Derecho Internacional, la obligación de Israel de poner fin a su postura deteniendo las obras y desmantelando la estructura del muro y el reconocimiento por parte de los Estados de la ilegalidad de la situación.

En las votaciones de la opinión consultiva hubo, como hemos dicho, multitud de matices, si bien el único voto más específicamente contrario, que es el del Magistrado Buergenthal, tras expresar ciertas reflexiones sobre las invocaciones de Israel para defenderse de los ataques terroristas en el marco de un derecho inmanente de legítima defensa, concluye con consideraciones de carácter procesal en el sentido de que, a su juicio, la Corte debería haberse abstenido de ocuparse de este asunto y no emitir la opinión consultiva, significando que al no tratarse de una cuestión contenciosa, en la que cada parte tiene la obligación de probar sus argumentos, Israel renunció al derecho de aportar pruebas y a presentar información lo que, desde el punto de vista de la opinión del discrepante, hace que la Corte no haya podido establecer conclusiones tan rotundas jurídicamente como las que ha reflejado.

El muro es la última etapa de este supuesto atípico, específico y singular del Derecho de ocupación bélica con constantes excesos cometidos durante dicha situación por «ocupantes» y «resistencia», bien entendido que en el marco de un conflicto cuyo desenvolvimiento histórico y complejidad hace que sea de difícil calificación aunque, que duda cabe, en todo estudio sobre los aspectos jurídicos de la ocupación militar debe ser objeto de atención.

Como es sabido, Israel mantiene una presencia plural en la franja de Gaza y otra en Cisjordania, más dispersa, al margen de la planificación y parcial construcción del muro en esta última. En todos los casos se mantienen estas decisiones como fórmulas de protección de colonos o como obstáculo contra los atentados contra los que el muro, se sostiene, resulta especialmente eficaz. Palestina afirma que el muro es una medida para anexionar territorio. Los activistas de la organización palestina Hamás expresan que hay una «ocupación» y contra ella ejercen una «resistencia». Sin embargo, los métodos y medios de esa «resistencia» no escapan a la violencia terrorista sin exclusión de los ataques directos contra civiles. La histórica lucha es observada por la comunidad internacional con eterna esperanza. El pensamiento palestino se encierra en la frase «No renunciamos a lo que nos arrebataron en 1948». El ejército regular israelí y las milicias dispersas palestinas viven un enfrentamiento que una vez más se resiste a la catalogación de su naturaleza jurídica y el derecho aplicable. No se cumplen estrictamente los requisitos y características que justifican la normativa de la ocupación bélica, pero debería respetarse como básica. La atipicidad de las actuaciones desorbitadas israelíes y las acciones terroristas palestinas ofrecen transgresiones constantes del DIH. Solo el pacto, la vuelta a la Hoja de ruta puede indicar el comienzo de fases de solución del emblemático problema. En 2005, Sharon se ha comprometido a abandonar los asentamientos de la franja de Gaza, que ya se han iniciado habiendo obtenido los planes de evacuación, tanto de dicha franja como de las colonias del norte de Cisjordania, previstos para el próximo mes de agosto de 2005, un significativo asentimiento de la opinión pública israelí que, al parecer, apoya en más de un 50% dichas iniciativas. Por otro lado, la elección de Abu Mazen y del entorno de los nuevos dirigentes palestinos, tras el fallecimiento de Arafat, ofrece una imagen internacional favorable que no está sujeta a las servidumbres de este último, además del respaldo democrático y sobre todo del de la ONU que nunca ha conseguido influir eficazmente en el enfrentamiento. Esperemos el milagro del pacto, del cumplimiento de la normativa internacional, de la eficacia de las resoluciones de la ONU, de la constitución y respeto de las dos partes y, en definitiva, de la paz.

VII. REFLEXIONES SOBRE LA SITUACIÓN CREADA CON MOTIVO DE LA OCUPACIÓN DE IRAK

No es objeto de contemplación en este punto la controvertida legalidad de la actuación de los EEUU y del Reino Unido en la denominada guerra y

ocupación de Irak concluida a finales de abril de 2003. La declaración del 1 de mayo de dicho año del Presidente Bush afirmando que se había producido el «fin de las hostilidades» en el territorio iraquí se encontraba bastante lejos de la realidad, aunque lo cierto es desde el punto de vista técnico jurídico si puede hablarse del cese del conflicto en sentido estricto y del paso a una situación de ocupación militar, que es la que vamos a considerar.

Durante la contienda, las Fuerzas de Irak estaban constituidas por fuerzas regulares (Guardia republicana, Guardia Republicana Especial y Ejército Regular de Irak) y Milicias, entre las que se encontraban los Mujaidines, Fedayines, Ejército de Mártires de Sadam (suicidas), Extremistas religiosos (suicidas) y Voluntarios (de países vecinos)²¹. Las Fuerzas regulares combatieron con los requisitos reglamentarios G.III art. 49 y P.I. art. 43, mientras que las Milicias cumplían desigualmente dichos requisitos, habiéndose denunciado también la participación de mercenarios.

Tras el fin de los enfrentamientos principales, se llegó a una realidad complicada que permanece con dificultades para responder a las necesidades principales de la población iraquí, con inseguridad permanente y progresiva, desorden público, dificultades en la sucesiva instauración de una administración creada al amparo de las orientaciones de la Potencia ocupante y con la ayuda de varios países en actuaciones de carácter humanitario. Nos encontramos ante una problemática difícil de seguridad y de consecución de una mínima estabilidad de futuro²². La necesidad de seguridad es el derecho de protección que confiere el DIH a ciertas categorías de personas durante mucho tiempo después del cese de las hostilidades principales. Las estructuras estatales actuales funcionan con deficiencias, sectores de población se encuentran en situación muy precaria y día a día la acción de grupos incontrolados provoca multitud de víctimas, además de encontrarnos con grandes problemas de protección de la población civil, debiendo tenderse sin duda a que el desarrollo del proceso electoral concluya cuanto antes y se origine al menos una apariencia de autoadministración que, sin embargo, nos tememos que no producirá una auténtica estabilidad.

Debemos considerar, además, que en la compleja situación iraquí no puede afirmarse que exista solamente una serie de movimientos de resistencia, que sin duda se dan, formados por personas fieles al régimen de Sadam, dentro del denominado genéricamente movimiento de «insurgen-

²¹ Cfr.: C.H. Cerdá y A. Mendónça Lacour: «El Derecho Internacional Humanitario en la Guerra de Irak», en Revista Argentina de Derecho Militar y Derecho Internacional Humanitario, n.º 2, 2004, págs., 9 y sigs.

²² Cfr.: M. Harroff-Tavel: «¿Cuándo acaba una guerra? La acción del CICR cuando las armas enmudecen», en Revista Internacional de la Cruz Roja, n.º 851, de 30.09.2003.

cia iraquí», al lado del cual, sin embargo, actúa el terrorismo internacional de Al-Qaeda que, según las últimas noticias²³, ha propagado, a través de un reciente mensaje de Ben Laden, que dicha organización gasta 200.000 Euros cada semana en operaciones en Irák, dentro de una escalada de terror que ha abandonado las operaciones con objetivos militares y ataca de manera directa e indiscriminada a la población civil, con la excusa de que esta puede participar como colaboracionista; incluso recientemente emplea el sistema de la denominada «casa bomba», cuyos efectos demoledores y el elevado número de víctimas, con inclusión de mujeres y niños, aleja todos los conceptos de movimiento de resistencia y todo respeto por parte de los combatientes, cuando reúnen los requisitos jurídicos, al DIH.

Mas cercana tal vez a la condición ortodoxa de resistencia fue la que se produjo en Faluya, ciudad que se convirtió en símbolo de la resistencia suní a la ocupación norteamericana y que constituía una población dormitorio de más de 200.000 habitantes, gobernada por tribus, favorecida en el antiguo régimen por su fidelidad a Sadam Hussein. La ciudad no se había levantado en armas contra el «denominado invasor» en un primer momento ni se libraron grandes combates en sus alrededores. Sin embargo, pocas semanas después de la caída del dictador, en abril de 2003 y tras haberse instalado las tropas de los EEUU que verificaban registros y seguimientos, comenzó un movimiento incalculable de resistencia urdida en los cafés y en las mezquitas que hicieron de la ciudad el principal centro de la Yihad Internacional y epicentro del islamismo radical, con reinstauración de la Sharia o Ley Islámica y la actuación de un extraño gobierno compuesto por la alianza de clérigos suníes y los hombres de un dirigente que alcanzó notoriedad llamado Zarquai. La ciudad fue conquistada y destruida en gran parte, provocándose una huída en masa. Como consecuencia de las operaciones militares se reconoció el fallecimiento de ochenta marines de los EEUU y al menos, 1600 iraquíes. Hasta ahora, unas 8.000 personas han vuelto al único barrio al que se permite el regreso. En el año 2005, han continuado esporádicamente los enfrentamientos. En este último caso, como vemos, puede hablarse de un movimiento de resistencia, aunque tampoco en un sentido puro o estricto jurídicamente por las grandes irregularidades. El resto de la denominada insurgencia iraquí es una mezcla complejísima y atrabiliaria de facciones, grupos armados, terroristas y, en el fondo, una población inocente que padece un inacabable conflicto, cuyas consecuencias probablemente nunca se habían imaginado y cuyo final tampoco se adivina de forma estable, habiendo continuado a lo largo de 2005 una cons-

²³ Cfr. EL PAÍS, jueves 30.12.2004, pág. 8

tante acción terrorista, dirigida especialmente contra las fuerzas ocupantes, así como contra los miembros de la población que pretenden integrarse en las nuevas instituciones policiales o en los nuevos trabajos públicos, tras la elección del nuevo gobierno. Paralelamente se están presentando problemas regionales y solicitudes de niveles de mayor autonomía por parte de la región de Basora, además de la permanente del Kurdistán, apuntándose tendencias federalistas. A mediados del año 2005 no hay una perspectiva de estabilidad, aunque sí de una cierta regularización institucional.

La referencia aquí y ahora a la situación actual de Irak era necesaria, aunque triste, como ejemplo de la habitualidad y de la presencia casi normalizada de la problemática de la ocupación bélica en el mundo actual.

VIII. CONSIDERACIÓN DE LAS ACTUACIONES EN AFGANISTÁN Y HAITÍ

Debemos contemplar, por último, dos misiones de paz, en las que participa España, patrocinadas respectivamente por la ONU (Haití) y la OTAN (Afganistán) con independencia de la de los Balcanes, amparada por la Unión Europea y a la que ya hemos hecho referencia.

En el caso de Haití, las Naciones Unidas se comprometieron en abril de 2004 a garantizar los derechos humanos, la estabilidad institucional y la seguridad de sus ocho millones de habitantes, alterada por vaivenes políticos y graves problemas de delincuencia violenta, además de una situación económica caótica y los problemas de obtención de medios para la mínima subsistencia de la población. La situación era tan grave que el Consejo de Seguridad previó la posible autorización del uso de la fuerza por parte de las tropas internacionales hasta la celebración de elecciones, previstas para principios de 2006. No se puede hablar ciertamente de notables avances y éxitos de los cascos azules y no parece que se haya avanzado de forma patente en la desaparición de la violencia ni en la recuperación de medios y fórmulas que ayuden a una sociedad totalmente deprimida económica y humanamente. España se ha planteado incluso la oportunidad del mantenimiento de la participación, al no recibirse la ayuda económica que posibilite que la actuación militar pueda tutelar un mínimo resurgir de esa nación olvidada. Este sería otro de los problemas de las situaciones similares a la ocupación. La indiscutible posibilidad de aplicación, a nuestro juicio, a estos casos, de la normativa que ha sido objeto de análisis, ha de verse acompañada, quizás con carácter previo, de una ayuda económica internacional que posibilite una cobertura de necesidades de partida para

combatir la hambruna, la mortandad infantil, la carencia total de infraestructuras y demás plagas propias de la extrema pobreza, porque el primer derecho humano es el de la vida que, en muchos casos, no es arrebatada violentamente, porque, de forma simple y llana, se extingue por inanición o enfermedades perfectamente curables en este siglo.

En la actuación en Afganistán, en la que la motivación jurídica tuvo su origen en la lucha organizada contra actuaciones terroristas surgidas, en principio, de actos preparatorios de tal carácter que tuvieron su amparo en el régimen talibán de la citada república, la comunidad internacional, aunque no de manera unánime, ha asumido la actuación de los países miembros de la OTAN, al margen de las expresadas razones expuestas, para la defensa e instauración de los mínimos derechos humanos, sin duda vulnerados en el extinto régimen. Desde el punto de vista técnico jurídico ello supone que la práctica internacional viene a asumir la responsabilidad indirecta de los Estados, en este caso de Afganistán, por hechos cometidos por personas o autoridades, que pudieron avalar, al parecer, acciones de carácter terrorista o bien ofrecerles apoyo, razón ésta última que vendría a explicar que los EEUU, atacados el 11-S, desplegaran la operación militar contra el Estado imputado como «organizador», al considerar probado que el territorio afgano había servido como campamento para las actividades previas del grupo terrorista, con tolerancia del gobierno talibán, lo que llevaría a motivar en la legítima defensa la acción internacional. Probablemente, la convicción del resto de los países participantes en las actuaciones en Afganistán encuentra una base de mayor entidad en la defensa de los derechos humanos y en el mantenimiento de la paz en el territorio, en el que las «reglas de enfrentamiento» tienen que prever actuaciones muy similares a las descritas en la normativa expuesta en este trabajo, que deberá ser ponderada por los mandos para la redacción de aquellas, sin duda inspiradoras de actuaciones militares como las expresadas.

IX. CONCLUSIONES

1.º La ocupación militar está incorporada como sujeta a la disposición de la Carta de la ONU, de conformidad con la resolución 2625 de la Asamblea como forma de control del uso de la fuerza en el marco del art. 2.4 de la Carta.

2.º La regulación normativa, sobre ocupación militar, desde el punto de vista del DIH, está comprendida en la IV Convención de La Haya de 1907 y en su Reglamento anexo, cuyo art. 42 define cuando se considera un

territorio como ocupado. El Derecho de Ginebra analiza la problemática de la ocupación en el G. IV y en el P.I. de 1977, en el que se estructuran las referencias a los aspectos jurídicos a respetar por la Potencia ocupante, tanto en la esfera penal como en la administrativa.

3.º La aplicabilidad de la normativa sobre ocupación militar en materia de DIH a las operaciones de organizaciones internacionales se asume en particular, de algún modo, en las denominadas operaciones de «imposición de la paz», en ejecución de mandato de la ONU. Sin embargo, no es tan sencillo adaptar dicha normativa a las denominadas operaciones de «mantenimiento de la paz». Por lo que se refiere a las facultades de los llamados administradores civiles transitorios, habrá que estar a cada caso concreto, situación o problema, toda vez que no puede hablarse de una traslación íntegra de las normas reguladoras de la ocupación militar, en todo caso. No obstante, es un supuesto en el que, durante la implementación o búsqueda de la estabilidad, si parecen susceptibles de acogerse a las normas sobre ocupación.

4.º El P.I. de 1977 constituye un avance en la aplicabilidad de la normativa sobre combatientes y prisioneros de guerra a los movimientos de resistencia y a los movimientos organizados de liberación. Esa extensión de las normas del DIH ha de interpretarse cuidadosamente, evitando que células de acción o actividad de carácter terrorista pretendan amparar sus actos internacionalmente por hipotéticos fines aparentemente admisibles en el marco de una situación de conflicto, de ocupación o de otras invocaciones.

5.º El mundo actual nos ofrece de forma abundante situaciones de ocupación, en las que podemos apreciar la dificultad de trasladar la regulación del DIH sobre la materia en plenitud, habida cuenta especialmente de la incidencia que puede traer en dicha adaptación la actuación de fuerzas de resistencia y el resurgir de las situaciones de conflicto. En este orden, la construcción del muro en los territorios palestinos ocupados y la situación producida tras el establecimiento en Irak de los EEUU y Reino Unido muestran la complejidad para acertar con un tratamiento unitario, una solución unívoca o una apreciación ortodoxa ante realidades tan polivalentes. En otro orden de cosas, en determinadas operaciones de mantenimiento o implementación de la paz es, a nuestro parecer, absolutamente evidente la aplicabilidad de la normativa del DIH en materia de ocupación bélica, siendo ejemplos paradigmáticos a los que hemos hecho alusión los de Afganistán y Haití, en los que está presente la participación española.