

La ocupación en Irak desde 2003 y los poderes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*

Robert Kolb

Robert Kolb es profesor de derecho internacional público en las Universidades de Ginebra y Neuchâtel.

Resumen

En este artículo, se analizan en forma sucinta las limitaciones al poder del Consejo de Seguridad de hacer excepciones a la aplicación de las normas del derecho relativo a la ocupación. Las respuestas a las preguntas que suscita este tema son las siguientes: el Consejo de Seguridad no puede decidir excepciones a la aplicación de las disposiciones del derecho internacional humanitario que son de índole específicamente humanitaria (orden público humanitario); en ningún caso pueden presumirse excepciones a la aplicación del derecho internacional o del derecho internacional humanitario; y, en el de la ocupación de Irak desde 2003, el Consejo no hizo excepción alguna en relación con las normas relativas a la ocupación.

La ocupación de Irak ha puesto de relieve un problema latente desde la ocupación de Alemania y Japón después de la Segunda Guerra Mundial. Se trata de saber hasta qué punto es posible reformular o hacer excepciones a la aplicación del derecho relativo a la ocupación —que se basa en la conservación del *statu quo* en un territorio ocupado hasta la restauración de la soberanía legítima como expresión de la autode-

* Original: francés. “L’occupation en Irak depuis 2003 et les pouvoirs du Conseil de sécurité de l’Organisation des Nations Unies”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N.º 869, marzo de 2008, disponible en www.cicr.org/fre. Versión en inglés: “Occupation in Irak since 2003 and the powers of the UN Security Council”, *International Review of the Red Cross* N.º 869, marzo de 2008, disponible en www.cicr.org/eng.

terminación de la población local¹—, a fin de permitir la reconstrucción del Estado ocupado bajo el paraguas de una operación internacional apoyada, en alguna medida, por las Naciones Unidas para lograr precisamente la “(re)construcción de una nación”. La voluntad y el control de la comunidad internacional, expresadas a través de las Naciones Unidas, ¿pueden hacer que cese el respeto debido a *statu quo* que dimana del derecho relativo a la ocupación y que, tal vez, se exige ante todo del ocupante que no esté amparado por el paraguas de las Naciones Unidas? ¿Es posible hacer excepciones a la aplicación de algunas o de todas las normas relativas a la ocupación cuando las Naciones Unidas autorizan la adopción de ciertas medidas de transformación? Estas hipótesis conducen a dos preguntas: (1) ¿el derecho de la ocupación se aplica a operaciones dispuestas o supervisadas por las Naciones Unidas? y (2) ¿puede el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidir excepciones a la aplicación del derecho de la ocupación en virtud de los poderes que le confieren el artículo 25 y el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas? En otras palabras, ¿hasta qué punto el derecho de la ocupación es *jus cogens* para el Consejo de Seguridad? En el presente artículo, se abordará únicamente esta última pregunta.

El concepto de la excepción y el derecho de la ocupación como *jus cogens*

Supongamos que sea aplicable el régimen jurídico de la ocupación. ¿Es admisible introducir en él modificaciones *ad hoc* en función de los intereses y las necesidades de una operación particular? En caso afirmativo, ¿quién puede autorizar las modificaciones y conforme a cuáles modalidades? Por una parte, exceptuar la aplicación de algunas normas del derecho de la ocupación puede, efectivamente, parecer útil y constructivo. Por ejemplo, ¿qué sentido tendría exigir el estricto respeto de la legislación local, cuando se encuentra en marcha una operación internacional cuya finalidad es aplicar reformas estructurales para consolidar la paz en el país ocupado? Por otra, esas manipulaciones *ad hoc* del Consejo de Seguridad acarrear muchos riesgos. El más significativo es que un órgano político se arroge el papel de juez en lo que respecta a la aplicación del derecho humanitario mediante el establecimiento de regímenes jurídicos selectivos en función del caso y según los intereses políticos de tal o cual potencia que predomina entre los miembros de ese órgano en determinado momento de la historia². En tal caso, la idea misma de un

1 Art. 43 del Reglamento de La Haya de 1907.

2 Recientemente, se han observado manipulaciones *ad hoc* similares por parte del Consejo de Seguridad en el ámbito del derecho penal internacional: en la Resolución 1422 (2002), el Consejo solicitó a la Corte Penal Internacional que no iniciara investigaciones ni enjuiciamientos durante un plazo de doce meses a partir de determinada fecha (plazo que, por otra parte, era renovable) contra miembros de operaciones internacionales de mantenimiento o restablecimiento de la paz establecidas o autorizadas por el Consejo de Seguridad, en las que participasen Estados que no fueran partes en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. El objetivo de esta Resolución era conceder inmunidad general al personal de Estados Unidos que tomase parte en esas operaciones ya que, sin esa garantía, Estados Unidos amenazaba con utilizar su poder de veto contra esas operaciones o simplemente con no participar en ellas. En muchos casos, esas actitudes hubiesen causado el fracaso de las operaciones. V. Sebastian Heselhaus, “Resolution 1422 (2002) des Sicherheitsrates zur Begrenzung des Internationalen Strafgerichtshofs”, *ZaöRV*, vol. 62, 2002, pp. 907 y ss. Posteriormente, dejó de aplicarse ese régimen de excepción: v. Eric David, “La Cour pénale internationale”, *RCADI*, vol. 313, 2005, pp. 353–6.

derecho objetivo en favor de la población local podría correr peligro, a causa del subjetivismo político selectivo que refleja intereses particulares, sin mencionar la posibilidad de que se produzcan negociaciones tan variadas como impredecibles.

El *jus cogens* es una técnica jurídica cuyo propósito es mantener, siempre que el interés colectivo así lo exija, la unidad y la integridad de un régimen jurídico, impidiendo que sea fragmentado en regímenes más particulares, pues la aplicación de éstos sería, entonces, prioritaria en virtud del principio de *lex specialis*. Por ejemplo, las prohibiciones de la tortura y de la esclavitud se consideran parte del *jus cogens*. Por lo tanto, el derecho prohíbe a los Estados y a otros sujetos adoptar un acto jurídico³ incompatible con estas prohibiciones y de obligatorio cumplimiento para las partes que lo suscriban en sus relaciones mutuas, en lugar de la norma prohibitiva general. De ello se desprende que el *jus cogens* constituye una limitación a la capacidad normativa para preservar la integridad de los regímenes normativos. El término clave relacionado con el concepto de *jus cogens* es, por ende, “excepción de aplicación”. La excepción significa que un régimen normativo más restringido *ratione personae*, válido sobre todo *inter partes*, sustituye a un régimen normativo más general *ratione personae*. En este caso, el régimen general sigue siendo aplicable entre las partes que no se han adherido al régimen especial de excepción; el régimen especial rige, en cambio, las relaciones jurídicas entre las partes que lo han aceptado. La excepción se distingue así de la abrogación, que pone fin, de modo objetivo y respecto de todos los sujetos, a un régimen normativo que, a partir de ese momento, deja de existir *erga omnes*. La prohibición de hacer excepciones consiste en impedir a los sujetos la adopción de regímenes normativos aplicables entre ellos de la forma descrita, con objeto de proteger la integridad normativa del régimen general, considerada indispensable con respecto a ciertos valores sociales (humanitarios, morales, políticos, etc.). Éste es, pues, el ámbito del *jus cogens*. En este sentido, procuraremos establecer si los Estados (por consentimiento mutuo) o el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (por resolución unilateral) pueden hacer excepciones a la aplicación del derecho internacional humanitario (DIH) y del derecho de la ocupación⁴.

Pueden plantearse tres preguntas en relación con las limitaciones jurídicas que se imponen al poder del Consejo de Seguridad de hacer excepciones a la aplicación del DIH (y, en particular, del derecho de la ocupación). En primer lugar, ¿tiene el Consejo la competencia necesaria para decidir esas excepciones de conformidad con el derecho de la Carta? En segundo lugar, ¿está obligado el Consejo por el derecho internacional general, del que forman parte la gran mayoría de las normas del DIH? Y, por último, ¿limita el propio DIH el poder de cualquier sujeto para hacer excepciones a sus normas?⁵ Nuestro análisis debe seguir una secuencia lógica. Para empezar, debemos comprobar si el Consejo cuenta con los poderes pertinentes y, después, verificar si esos poderes están limitados por un ordenamiento jurídico general o particular. De este modo, la perspectiva endógena se combina con la exógena.

3 Multilaterales, plurilaterales, bilaterales o unilaterales.

4 Aunque el acto del Consejo de Seguridad sea unilateral (resolución), sigue siendo un acto normativo que establece normas aplicables en una situación particular. De este modo, puede “suspender” el derecho de la ocupación y, en consecuencia, ser sometido a un análisis basado en el concepto de *jus cogens*.

5 Éste es el punto de vista del *jus cogens*.

Competencia del Consejo de Seguridad

En ningún artículo de la Carta se afirma expresamente que el Consejo tiene la facultad de hacer excepciones a la aplicación de las normas del DIH. Esto no es sorprendente, porque la Carta no puede contener una lista exhaustiva y *pro futuro* de todas las normas con respecto a las cuales el Consejo podría verse llamado a decidir excepciones. Por lo tanto, para llegar a una respuesta más clara, es preciso analizar los poderes implícitos o la práctica subsiguiente. Esta última puede descartarse de inmediato. El Consejo ha reafirmado una y otra vez la importancia del respeto del DIH y ha manifestado en reiteradas ocasiones que vulnerarlo constituía una amenaza contra la paz⁶. Por ende, es difícil imaginar que él mismo pueda hacer una excepción a la aplicación de todas las normas del DIH⁷. A lo más, sería necesario buscar qué normas pueden ser suspendidas y cuáles no. Con respecto a los poderes implícitos para suspender la aplicación del DIH, podría encontrarse un punto de apoyo en la idea de que el Consejo debe contar con la capacidad jurídica de adoptar todas las medidas que se consideren necesarias para mantener y restablecer la paz. En vista de la importancia del Capítulo VII de la Carta, y por ende su preeminencia, ambas reconocidas por la propia Carta (véanse los artículos 25 y 103), cabe considerar que, cada vez que una norma del derecho internacional ajena a la Carta se opone a la consecución de ese fin supremo, la norma en cuestión debe ceder ante la Carta. Podrían exceptuarse las normas que no admiten excepciones, que quedan por identificar. Esta lectura de la Carta acrecienta los poderes del Consejo, ya que se inscribe en la línea de pensamiento que ve en el mantenimiento de la paz y en los poderes del Capítulo VII, así como en la Carta en general, una especie de constitución suprema de la comunidad internacional⁸. Esta constitución estaría dotada de

- 6 V. Jochen A. Frowein y Nico Kirsch, "Article 41", en Bruno Simma, *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2ª ed., Oxford, 2002, pp. 724–725, con referencias. Pueden citarse como ejemplos los siguientes casos: Yugoslavia (Resolución 771, 1991 y Resolución 836, 1993); Somalia (Resolución 794, 1992); Ruanda (Resolución 918, 1994, y Resolución 929, 1994); Haití (Resolución 940, 1994); Timor Oriental (Resolución 1264, 1999, y Resolución 1272, 1999); Sierra Leona (Resolución 1306, 2000). V. también Fred Grünfeld, "Human Rights Violations: A Threat to International Peace and Security", en Monique Castermans-Holleman et al. (eds.), *The Role of the Nation State in the 21st Century, Essays in Honour of P. Baehr*, La Haya, 1998, pp. 427 y ss.
- 7 David Schweigman, *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter*, La Haya/Boston/Londres, 2001, p. 180: "La hipótesis de que el propio Consejo emplee medidas que, según él mismo ha indicado, amenazan la paz y la seguridad internacionales, llevaría a una conclusión un tanto enrevesada" [Trad. CICR].
- 8 Con respecto a la idea de una constitución, desarrollada sobre todo en la doctrina jurídica alemana, v. Christian Walter, "International law in a process of constitutionalization", en J. Nijman y A. Nollkaemper (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, 2007, pp. 191 y ss.; Régis Chemain y Alain Pellet (eds.), *La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale?*, París, 2006; Pierre-Marie Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international", *Recueil des cours. Hague Academy of International Law*, vol. 297, 2002, pp. 215 y ss.; Bardo Fassbender, *UN Security Council Reform and the Right of Veto*, La Haya/Londres/Boston, 1998, pp. 89 y ss.

una primacía intrínseca que la haría prevalecer ante cualquier obstáculo. Nada le opondría resistencia, salvo, quizá, el *jus cogens*⁹.

Sin embargo, también es posible enfocar la cuestión desde la perspectiva opuesta y preguntarse si no correspondería exigir una base jurídica expresa que permita hacer excepciones a la aplicación de un ordenamiento jurídico tan fundamental como lo es el DIH, el cual forma parte de las normas básicas de la civilización. Éstas están protegidas contra la elusión, en general, por disposiciones especiales contenidas en los instrumentos que conforman el DIH (por ejemplo, los artículos 7, 8 y 47 del IV Convenio de Ginebra). El propio Consejo considera que esas disposiciones son fundamentales y exige su respeto por todos los actores internacionales y, en muchos casos, por los actores infraestatales. Constituyen normas de valor hacia las cuales es preciso orientar todos los esfuerzos de las Naciones Unidas, en virtud de los artículos 1 y 55 de la Carta. Según F. Seyersted¹⁰, el poder de interferir en relación con las normas “militares y humanitarias” de la guerra tiene consecuencias tan significativas y graves que su ejercicio debería estar expresamente previsto en la Carta. Pero, no existe norma alguna que conceda tal autorización. Teniendo en cuenta la materia y las consecuencias previstas, tampoco es posible, según Seyersted, considerar que esa competencia está implícita. Otros autores tienen opiniones similares, a veces en contextos más acotados¹¹. Es realmente poco probable que llegue a considerarse alguna vez que es necesario apartarse del DIH para mantener la paz, o incluso que tal medida pueda en algún modo coadyuvar a la paz y la seguridad internacionales. En tal caso, la imposibilidad de hacer excepciones culminaría en una ficción jurídica vinculada a las condiciones de aplicación del Capítulo VII.

En suma, se puede apoyar la idea de que la Carta confiere al Consejo de Seguridad únicamente el poder de suspender normas precisas del DIH y del derecho de la ocupación, pero no el conjunto de estos ordenamientos jurídicos. Un poder tan significativo y tan contrario a la práctica misma del Consejo no puede hallarse implícito. Además, es evidente que ese poder no se ha previsto expresamente ni se ha desarrollado por medio de la práctica subsiguiente. Por el contrario, la práctica ulterior tiende a oponerse a las interpretaciones según las cuales la suspensión de todas las normas podría ser “necesaria” para el ejercicio de las funciones del Consejo en los ámbitos del mantenimiento o del restablecimiento de la paz internacional.

9 Según Elihu Lauterpacht, en el caso de la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Medidas Cautelares, Informes de la CIJ, 1993, p. 440, párr. 100: “El concepto del *jus cogens* opera como norma superior tanto respecto del derecho internacional consuetudinario como del derecho convencional. La ayuda que el artículo 103 de la Carta puede aportar al Consejo de Seguridad en caso de plantearse un conflicto entre una de sus decisiones y una obligación convencional en vigor, no podría —por una sencilla cuestión de jerarquía de normas— extenderse a un conflicto entre una resolución del Consejo de Seguridad y el *jus cogens*. En efecto, basta con enunciar la proposición inversa —que una resolución del Consejo de Seguridad exija la participación en un genocidio— para constatar que tal criterio es inaceptable” [Trad. CICR]. Con respecto a las limitaciones del Consejo de Seguridad en relación con el *jus cogens*, v. también Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, OUP, 2006, pp. 423 y ss.

10 V. Finn Seyersted, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Leide, 1966, pp. 206–207.

11 V., p. ej., Henri Meyrowitz, *Le principe de légalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, 1970, pp. 168–169: “Ninguna disposición de la Carta confiere, explícita o implícitamente, al Consejo de Seguridad la competencia de modificar las leyes de la guerra prescribiendo o autorizando la aplicación desigual de esas leyes a un Estado agresor. ... [U]na resolución del Consejo que ordenase o autorizase, en el marco de la ejecución de esa acción armada, la discriminación respecto de las reglas del *jus in bello*... sería ilegal.” [Trad. CICR].

Aplicabilidad del derecho internacional general

Como sujeto del derecho internacional, toda organización internacional está obligada a cumplir el derecho internacional en el que se basan tanto su acción como el instrumento constitutivo en virtud del cual existe y que le confiere poderes y competencias. Sin embargo, la aplicabilidad del derecho internacional general no es ilimitada. Existe un conjunto de normas generales que se aplican *intuitu personae* solamente a los Estados. El ejemplo más sencillo es el principio de la soberanía. Por su naturaleza, los poderes del Consejo de Seguridad constituyen una significativa excepción al derecho internacional general. En efecto, el Consejo tiene el poder de adoptar medidas muy diversas (incluso de índole militar), determinar la forma de aplicarlas y conferirles fuerza vinculante. Las medidas del Capítulo VII suponen, por su índole, que se hace una excepción a la aplicación de las normas más elementales del derecho internacional consuetudinario: la prohibición del uso de la fuerza; la no intervención en los asuntos internos (el párrafo 7 del artículo 2 de la Carta reconoce este principio, pero crea, en forma expresa, una excepción para el Capítulo VII); el principio de la soberanía y la integridad territoriales, etc.¹². Por ende, en los “exorbitantes” poderes del Consejo ya se encuentra implícito un significativo grado de excepción en cuanto a la aplicación del derecho consuetudinario general. A pesar de que ciertos autores dudan de que el Consejo pueda liberarse del derecho consuetudinario, porque en el artículo 103 de la Carta se declara, *expressis verbis*, que las obligaciones dimanadas de la Carta prevalecen solamente sobre las obligaciones convencionales concurrentes¹³ y no sobre las obligaciones consuetudinarias concurrentes¹⁴, la doctrina mayoritaria y la práctica constante demuestran que el Consejo, en ejercicio de las funciones que le atribuye el Capítulo VII, no está vinculado por el derecho internacional general en su conjunto¹⁵. Del mismo modo, un Estado *uti singulus*¹⁶ no siempre está obligado por el derecho internacional general; puede sus-

12 También es posible evocar, como ejemplos, las decisiones de bloqueo marítimo que derogan los principios del pabellón y de la libertad de los mares: v. Danesh Sarooshi, *The United Nations and the Development of Collective Security*, Oxford, 1999, pp. 194 y ss., 263 y ss., que se refieren a los casos de Rhodesia del Sur, (1965-1966), Irak (1990), Haití (1993) y Yugoslavia (1993).

13 La razón de ello es que el propósito inicial de dicho artículo se limitaba a neutralizar la norma ordinaria sobre el conflicto entre tratados (la regla de *lex specialis vel posterior*), declarando que la Carta asumía la prioridad en esos casos. En relación con el derecho consuetudinario, tal indicación puede haber parecido innecesaria, ya que el derecho de la Carta, de índole más especial, prevalece de conformidad con las normas ordinarias (*lex specialis*).

14 V., p. ej., Alix Toublanc, “L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies”, *Revue générale de droit international public*, vol. 108, 2004, p. 446. La autora afirma que el artículo 103 no garantiza la prioridad de la Carta con respecto a esas obligaciones consuetudinarias, lo cual reduce significativamente, en el plano jurídico, la posibilidad de que el Consejo de Seguridad las derogue con éxito.

15 V. Jochen A. Frowein y Nico Kirsch, *op. cit.*, nota 6 *supra*, p. 711; Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, Londres, 1951, p. 730; Terry D. Gill, “Legal and Some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise its Enforcement Powers under Chapter VII of the Charter”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 26, 1995, pp. 61 y ss.; Bernd Martenczuk, *Rechtsbindung und Rechtskontrolle des Weltsicherheitsrats*, Berlín, 1996, pp. 219 y ss.; Karl Zemanek, “The Legal Foundations of the International System”, *Recueil des cours. Hague Academy of International Law*, vol. 266, 1997, p. 232; Schweigman, *op. cit.*, nota 7 *supra*, pp. 195 y ss.; Erika De Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford / Portland, 2004, pp. 182 y ss.; etc.

16 En este caso, no se trata de la excepción consensuada entre *dos o más Estados*, sino de un alejamiento con respecto a la regla general por parte de un solo sujeto, conforme a lo permitido por el derecho consuetudinario.

penden su aplicación adoptando contramedidas, siempre que respete las reglas generales secundarias que el derecho establece con respecto a esa medida específica¹⁷.

Lo que antecede no significa, entonces, que el Consejo esté enteramente libre de aplicar del derecho consuetudinario. Ello sería contrario a la naturaleza jurídica de las organizaciones internacionales. También sería contrario a la factibilidad y a la razón. En este sentido, existen dos limitaciones principales. En primer lugar, la regla general es que el Consejo no debe desviarse del derecho internacional *a menos que así lo exija imperiosamente su misión*. En otras palabras, debe hacerlo lo menos posible¹⁸. El derecho internacional es el orden jurídico de la comunidad de los Estados. Es el orden forjado por la experiencia histórica como el más próximo a las exigencias de la justicia internacional y como realidad normativa esencial para la supervivencia de la comunidad de los Estados. Es el orden que rodea al Consejo y que establece sus vínculos con el mundo interestatal. Ese orden debe perturbarse lo menos posible. Por lo tanto, la presunción siempre favorece al derecho internacional, e incumbe al Consejo demostrar la necesidad imperiosa de hacer excepciones a su aplicación. En el ámbito del derecho, esa necesidad no puede presumirse. La práctica del Consejo no guarda suficiente respeto por este precepto. Lamentablemente, las grandes potencias tienden cada vez más a considerarse por encima del derecho. En segundo lugar, *el Consejo no puede considerarse exento de todas las normas del derecho consuetudinario*. Hay normas que debe respetar. Podría considerarse que esas normas forman parte de un derecho internacional general aplicable específicamente al Consejo de Seguridad y que son vinculantes para él, del mismo modo que las normas del derecho consuetudinario son vinculantes para los Estados; o bien, podría considerarse que esas normas forman parte del *jus cogens* que obliga al conjunto de los Estados y a otros sujetos del derecho internacional indistintamente, incluido el Consejo de Seguridad¹⁹. En ambos casos, el Consejo no podría desviarse del derecho general planteado de esta manera. Para el Consejo, ese derecho sería infranqueable, esto es, “intransgredible”²⁰ y “que no admite excepciones”. Poco importa la precisión de la ficción jurídica. De todos modos, la cuestión vuelve sobre la posibilidad de hacer excepciones a la aplicación de las normas. Abordemos esta cuestión, pero esta vez desde una perspectiva muy precisa: la del derecho humanitario.

17 Karl Zemanek, *op. cit.*, nota 15 *supra*, p. 232.

18 El requisito de la necesidad, incluso en el contexto del DIH, es subrayado por Evelyne Lagrange, “Le Conseil de sécurité peut-il violer le droit international?”, *Revue belge de droit international*, vol. 37, 2004, p. 590.

19 Volveremos sobre este aspecto. Compárese, p. ej., con Schweigman, *op. cit.*, nota 7 *supra*, p. 197 y con De Wet, *op. cit.*, nota 15 *supra*, pp. 187 y ss.

20 Este término se utiliza en el caso *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, Informes de la CIJ 1996, p. 257, párrafo 79: “Además, estas normas fundamentales [del derecho internacional humanitario] han de ser observadas por todos los Estados... porque constituyen principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario” [Trad. del CICR]. Con respecto a este concepto, v. Robert Kolb, “*Jus cogens*, intangibilité, intransgressibilité, dérogation ‘positive’ et ‘négative’”, *Revue générale de droit international public*, vol. 109, 2005, pp. 305 y ss.

Suspensión de la aplicación / *jus cogens*

¿El DIH constituye *jus cogens* en el ámbito del derecho internacional general? ¿El Consejo de Seguridad puede derogar el derecho de los conflictos armados y, utilizando los poderes que le confiere la Carta, establecer normas particulares que se impondrían a los Estados miembros y a las fuerzas de las Naciones Unidas en virtud de los artículos 25 y 103 de la Carta como *lex specialis* vinculante? Si existe tal poder, ¿dónde habría que trazar, jurídicamente, sus límites? ¿Hasta qué punto el orden público establecido por el derecho de la Carta puede prevalecer sobre el derecho de los conflictos armados, que también representa un cuerpo jurídico impregnado de la idea de un orden público internacional?²¹

Algunos autores, entre los cuales cabe citar a L. Condorelli²², estiman que el Consejo *debe respetar todas las normas del DIH*. La norma convencional²³ y consuetudinaria según la cual este derecho ha de ser “respetado en todas las circunstancias” se aplica a todos los sujetos de derecho internacional, incluido el Consejo, porque, básicamente, se refiere a las garantías mínimas que protegen al individuo. Otros estudiosos de esta corriente de pensamiento, como E. David²⁴, consideran que la amplia mayoría de las

21 Con respecto a la índole de *jus cogens* en el DIH, v. también la tesis de doctorado de Catherine Maia, *Le concept de jus cogens en droit international public*, tesis de la Universidad de Borgoña, 2006, pp. 611 y ss.

22 V. Luigi Condorelli, *Le statut des Forces des Nations Unies et le droit international humanitaire*, en Claude Emanuelli (ed.), *Les casques bleus: policiers ou combattants?*, Montreal, 1997, pp. 105-106.

23 El artículo 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Con respecto a esta disposición, v. Luigi Condorelli y Laurence Boisson de Chazournes, “Quelques remarques à propos de l’obligation des États de respecter et faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances”, *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, CICR/Martinus Nijhoff, Ginebra / La Haya, 1984, pp. 17 y ss.; Nicolas Levrat, “Les conséquences de l’engagement pris par les Hautes Parties contractantes de ‘faire respecter’ les Conventions humanitaires”, en Frits Kalshoven e Yves Sandoz (eds.), *Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Dordrecht, 1989, pp. 263 y ss.; Kamen Sachariw, “El derecho de los Estados a tomar medidas para aplicar el derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N.º 93, mayo-junio de 1989, pp. 189-209; Paolo Benvenuti, “Ensuring Observance of International Humanitarian Law: Function, Extent and Limits of the Obligations of Third States to Ensure Respect of International Humanitarian Law”, *Yearbook of the Institute of Humanitarian Law*, San Remo, 1992, pp. 27 y ss.; Hans-Peter Gasser, “Ensuring Respect for the Geneva Conventions and Protocols: The Role of Third States and the United Nations”, en Hazel Fox y Michael A. Meyer (eds.), *Armed Conflict and the New Law*, vol. II, Londres, 1993, pp. 15 y ss.; Giovanni Casalta, “L’obligation de respecter et de faire respecter le droit humanitaire lors des opérations militaires menées ou autorisées par l’ONU”, *Droit et défense*, vol. 97/3, 1997, pp. 13 y ss.; Fateh Azzam, “The duty of third states to implement and enforce international humanitarian law”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 66, 1997, pp. 55 y ss.; Frits Kalshoven, “The Undertaking to Respect and Ensure Respect in All Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 2, 1999, pp. 3 y ss.; Birgit Kessler, *Die Durchsetzung der Genfer Abkommen von 1949 in nicht internationalen bewaffneten Konflikten auf Grundlage ihres gemeinsamen Artikels 1*, Berlín, 2001; Birgit Kessler, “The duty to ‘ensure respect’ under Common Article 1 of the Geneva Conventions”, *German Yearbook of International Law*, vol. 44, 2001, pp. 498 y ss. V. también CICR (ed.), *Comentario de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Bogotá, 2001, p. 61 y ss.; y el caso *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Informes de la CIJ 2004, párr. 154 y ss.

24 Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, 2ª ed., Bruselas, 1999, p. 85. V. también Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, 1988, p. 622; Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlín, 1991, pp. 70-71; Stefan Kadelbach, “Zwingende Normen des humanitären Völkerrechts”, en *Humanitäres Völkerrecht*, Informationsschrift, vol. 5/3, 1992, pp. 118-124.

normas del derecho de los conflictos armados pertenece al *jus cogens* porque esa rama del derecho constituye el último baluarte contra la barbarie. En consecuencia, su aplicación no puede subordinarse a un acuerdo en contrario de los Estados, ni a la voluntad discrecional de un órgano internacional. Otros autores optan directamente por limitar las normas del derecho de los conflictos armados que no pueden ser suspendidas al *orden público humanitario*, es decir, a un mínimo de normas del derecho de los conflictos armados consideradas sustanciales, en particular para la protección de la persona humana. Según D. Schindler²⁵, la esencia del derecho de los conflictos armados son las normas que no admiten excepción (*Kerngehalt*), es decir, las normas con fines humanitarios, por ejemplo, las que se relacionan con los métodos y medios de combate o con la protección de las víctimas. El Consejo no podría en ningún caso apartarse de estas normas cuya finalidad es ofrecer una protección elemental al individuo. Ciertos autores, sobre todo en Estados Unidos, se muestran más deferentes con los poderes del Consejo. En su opinión, el Consejo podría, en caso de urgencia, dejar de lado las normas del derecho de los conflictos armados, así como las que conforman el derecho internacional humanitario *stricto sensu*. Las excepciones sólo estarían permitidas si el Consejo toma una decisión cumpliendo todos los requisitos del caso y de conformidad con el Capítulo VII y si las suspensiones fuesen transitorias, proporcionales y estuviesen estrictamente limitadas a las exigencias mínimas de la situación. El Consejo no podría, en caso alguno, dispensarse de la aplicación de las garantías fundamentales, en especial las contenidas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949²⁶. En los últimos tiempos, muchos autores²⁷, conmocionados por la evolución de la práctica tras la guerra en Irak (2003), han dejado de examinar el grado de excepción permitido. Se contentan con suponer, sin ir más lejos, que la acción del Consejo en virtud del Capítulo VII, en combinación con los artículos 25 y 103 de la Carta, prevalece sobre el derecho de los conflictos armados. Algu-

25 V. Dietrich Schindler, "Probleme des humanitären Völkerrechts und der Neutralität im Golfkonflikt 1990/91", *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 1, 1991, p. 12. V. también Dietrich Schindler, "Die erga-omnes Wirkung des humanitären Völkerrechts", en *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, Berlín, 1995, pp. 199 y ss. En el contexto del derecho de la ocupación, v. p. ej., Odile Debbasch, *L'occupation militaire: Pouvoirs reconnus aux forces armées hors de leur territoire national*, LGDJ, París, 1962, p. 419; David J. Scheffer, "Beyond Occupation Law", *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 843, 849; Daniel Thürer y Malcolm McLaren, "Ius post bellum' in Iraq: A Challenge to the Applicability and Relevance of International Humanitarian Law?", en *Festschrift für Jost Delbrück*, Berlín, 2005, p. 763; Marten Zwanenburg, "Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the Law of Occupation", *International Review of the Red Cross*, N.º 856, diciembre de 2004, en www.icrc.org/eng; Massimo Starita, "L'occupation de l'Iraq: Le Conseil de sécurité, le droit de la guerre et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes", *Revue générale de droit international public*, vol. 108, N.º 4, 2004, p. 903.

26 V. Brian D. Tittmore, "Belligerents in Blue Helmets: Applying International Humanitarian Law to United Nations Peace Operations", *Stanford Journal of International Law*, vol. 33, 1997, pp. 105–106. En general, se acepta que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra constituye *jus cogens*; v. Hans-Peter Gasser, *Le droit international humanitaire*, Ginebra / Berna, 1993, p. 74. La práctica suiza ha afirmado este punto de vista en varias ocasiones; v. *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 9, 1999, p. 711; *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 11, 2001, p. 604.

27 V., sobre todo en el contexto del derecho de la ocupación, Marco Sassòli, "Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers", *European Journal of International Law*, vol. 16, 2005, pp. 681, 683–684, 690; M. Zwanenburg, *op. cit.*, nota 25 *supra*, p. 763; Steven R. Ratner, "Foreign Occupation and International Territorial Administration: The Challenges of Convergence", *European Journal of International Law*, vol. 16, N.º 4, 2005, p. 710; Gregory H. Fox, "The Occupation of Iraq", *Georgetown Journal of International Law*, vol. 36, invierno de 2005, pp. 296–297.

nos señalan esto con un dejo de satisfacción, otros con cierto pesar. Sin embargo, adoptar una posición de este género es presuponer algo que aún debe ser demostrado.

Parece útil conservar el concepto del orden público humanitario, ya que ofrece la base más equilibrada para armonizar, por un lado, las prerrogativas de acción y las exigencias de flexibilidad del Consejo, y por otro, los imperativos humanitarios que la acción del Consejo no debe dejar de preservar, incluso en su propio interés. Una interpretación matizada es útil sobre todo en lo que respecta al derecho de la ocupación. En pocas palabras, la idea general en que se basa nuestro análisis es que el Consejo puede dispensarse de la aplicación de las normas del derecho de los conflictos armados “que no sean específicamente humanitarias” mediante la aprobación de normas especiales. En el ámbito del derecho de la ocupación, es el caso de las normas que no prevén protecciones específicas para el ser humano. Concretamente, se trata de las disposiciones del Reglamento de La Haya de 1907 relativas a la administración del territorio ocupado, como el usufructo de la propiedad pública del Estado ocupado, cuyas normas están recogidas en el artículo 55 del Reglamento. En cambio, el Consejo no puede suspender el orden público humanitario, es decir, las normas del DIH en sentido estricto, que establecen las protecciones fundamentales de las personas en caso de conflicto armado. La tarea de precisar esas normas una por una se hará en otro estudio, al cual remitimos al lector²⁸.

Aplicación al caso de Irak (2003 - ...)

La ocupación de Irak después de la invasión de la Coalición formada por los países que voluntariamente se coligaron con Estados Unidos²⁹ proporciona algunas enseñanzas interesantes. Sin embargo, como se verá, esas enseñanzas se ven

28 Robert Kolb y Sylvain Vité, *Problèmes contemporains du droit d'occupation de guerre*, Bruylant, Bruselas, próxima edición (2008).

29 Con respecto a esta intervención, desde la perspectiva del *jus ad bellum*, v., especialmente, las contribuciones en el *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 553 y ss., y en Karine Bannelier, Olivier Corten, Théodore Christakis y Pierre Klein (eds.), *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, 2004. V. también Michael Bother, “Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 41, 2003, pp. 255 y ss.; Thomas Bruat, “Irak-Krieg und Vereinte Nationen”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 4, 2003, pp. 295 y ss.; Christopher Clarke-Posteraro, “Intervention in Iraq: Towards a Doctrine of Anticipatory Counter-Terrorism, Counter-Proliferation Intervention”, *Florida Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 151 y ss.; Olivier Corten, “Opération “Iraqi Freedom”: peut-on admettre l'argument de l'autorisation implicite du Conseil de sécurité?”, *Revue belge de droit international*, vol. 36, 2003, pp. 205 y ss.; Rainer Hofmann, “International Law and the Use of Military Force Against Iraq”, *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, pp. 9 y ss.; Patrick McLain, “Settling the Score with Saddam: Resolution 1441 and Parallel Justifications for the Use of Force Against Iraq”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 13, 2003, pp. 233 y ss.; Paolo Picone, “La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 86, 2003, pp. 329 y ss.; W. Michael Reisman, “Assessing Claims to Revise the Laws of War”, *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 82 y ss.; Christian Schaller, “Massenvernichtungswaffen und Präventivkrieg- Möglichkeiten der Rechtfertigung einer militärischen Intervention im Irak aus völkerrechtlicher Sicht”, *Zeitschrift für ausländisch öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 62, 2002, pp. 641 y ss.; Pierre-Marie Dupuy, “Sécurité collective et coopération multilatérale”, en *Le droit international à la croisée des chemins*, VI Reunión Internacional de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Túnez, París, 2004, pp. 61 y ss. y 72 y ss. Los principales aliados de Estados Unidos en la guerra fueron Australia, España, Italia, Japón, Polonia, Portugal y el Reino Unido. Los sitios oficiales del Gobierno estadounidense indican una cifra muy generosa de 49 Estados, sin distinciones: v. <http://www.whitehouse.gov/infocus/iraq/news/20030327-10.html> (consultado en enero de 2009).

limitadas por el alto grado de ambivalencia, ambigüedad y cautela que caracteriza a las resoluciones del Consejo. Dicho de otro modo, las preocupaciones políticas inmediatas han prevalecido sobre las consideraciones jurídicas básicas. No hay de qué asombrarse, ya que el Consejo no es sólo un órgano político sino que actúa en situaciones de urgencia.

La cuestión que se analizará no es si las fuerzas de ocupación en Irak han violado el derecho relativo a la ocupación, pues es indudable que ha sido así. La doctrina es prácticamente unánime al respecto³⁰. En ese sentido, se señala, en particular, la falta de preparación adecuada para mantener el orden en los días que siguieron a la invasión³¹ y las amplias reformas estructurales efectuadas en la economía iraquí³². Una de las reformas más discutidas fue la modificación radical de la ley de inversiones extranjeras. Mediante la Orden 39 (2003) de la Autoridad Provisional, Irak se abrió por completo a la inversión extranjera. Toda la legislación anterior más restrictiva fue derogada. El grado de apertura parece superar al de cualquier otro Estado del mundo. Además, se eximió a los inversores extranjeros de la obligación de reinvertir una parte de sus beneficios en Irak. Todas las ganancias pueden ser exportadas³³. Conforme a la legislación anterior de Irak, este privilegio se otorgaba únicamente a los nacionales de Estados árabes³⁴. Esa reforma estructural, que no era necesaria para la seguridad del ejército de ocupación ni para el mantenimiento de la vida civil, es manifiestamente contraria al artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1907, salvo que hubiera una autorización del Consejo de Seguridad por medio de una resolución³⁵. Estas consideraciones nos llevan a la

30 V. Sassòli, *op. cit.*, nota 27 *supra*, pp. 679, 694; Zwanenburg, *op. cit.*, nota 25 *supra*, pp. 757–759; Starita, *op. cit.*, nota 25 *supra*, pp. 886 y ss.; Kaiyan Homi Kaikobad, “Problem of Belligerent Occupation: The Scope of Powers Exercised by the Coalition Provisional Authority in Iraq, April/May 2003–June 2004”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, N.º 1, 2005, p. 260 (versa sobre la nulidad de las reformas que son contrarias al derecho de la ocupación); G.H. Fox, *op. cit.*, nota 27 *supra*, pp. 202 y ss., 240 y ss., 295–296; Adam Roberts, “The End of Occupation in Iraq (2004)”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, N.º 1, enero de 2005, pp. 36 y ss.; Adam Roberts, “Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights”, *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, pp. 614–615.

31 V. Hans-Peter Gasser, “From military invitation to occupation of territory: New relevance of international law of occupation”, en Horst Fischer, Ulrike Froissart, Wolff Heintschel von Heinegg y Christian Raap (eds.), *Crisis Management and Humanitarian Protection: In Honour of Dieter Fleck*, Berlín, 2004, p. 154; D.J. Scheffer, *op. cit.*, nota 25 *supra*, pp. 853 y ss.

32 Liberalización completa de la economía y del comercio, apertura casi total del país a la inversión extranjera, eliminación de la obligación de reinvertir en el país, reforma completa del sistema fiscal, etc. V., en particular, las Órdenes N.º 37, 39 y 64 de la Autoridad Provisional de la Coalición sobre la tributación, la ley de inversiones y la ley de sociedades.

33 La utilidad de esta reforma para los numerosos inversores estadounidenses es obvia.

34 V. Marten Zwanenburg, *op. cit.*, nota 25 *supra*, p. 757. La Autoridad Provisional ha argumentado que estaba autorizada a llevar a cabo estas reformas al amparo de la Resolución 1483 (2003) del Consejo de Seguridad, lo cual no es correcto; v. *infra* en el texto.

35 Como hemos dicho, el Consejo no goza de libertad ilimitada. Además, como señala Sassòli (*op. cit.*, nota 27 *supra*, p. 694), incluso en el caso de una administración civil internacional de transición (en la cual el derecho de la ocupación tal vez no se aplica por entero y *de jure*), las reformas profundas deben dejarse en manos de la población administrada, en virtud del principio de la autodeterminación: “Ni siquiera una administración de la ONU debe introducir cambios tan fundamentales; a lo sumo, puede sugerirlos a la población del territorio que administra, como una solución a sus problemas” [Trad. CICR]. V. también Hazel Fox, *op. cit.*, nota 23 *supra*, pp. 267–268, 276.

cuestión que deseamos analizar con mayor detenimiento en el presente artículo: ¿suspendió el Consejo el derecho de la ocupación en el caso de Irak? Como se verá más adelante, no ha sido así.

Antes de abordar la cuestión, conviene formular algunas observaciones introductorias:

- a) En primer lugar, cabe señalar que todas las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad exigen, explícitamente o por referencia, el respeto del DIH y del derecho de la ocupación. Por ejemplo, en una resolución clave, la N.º 1483 (2003), que establece el régimen de Irak una vez terminadas las hostilidades (aunque continuara la violencia), el Consejo toma conocimiento de la carta de los representantes de Estados Unidos y del Reino Unido, “reconociendo la responsabilidad y las obligaciones específicas que, en virtud del derecho internacional aplicable, corresponden a esos Estados en su calidad de potencias ocupantes bajo un mando unificado” (décimo tercer párrafo del preámbulo). Esta afirmación es declarativa, no constitutiva. El Consejo reconoce una obligación preexistente a la cual se someten los Estados en cuestión; no crea esa obligación. Ésa es una de las razones por las que esa declaración figura en un párrafo del preámbulo. En segundo lugar, la Resolución 1546 (2004), destinada a validar el fin de la ocupación, contiene dos párrafos, por decir lo menos, equívocos. Por un lado, en esa Resolución se afirma que la ocupación de Irak cesará el 30 de junio de 2004 (párrafo 2)³⁶, la fecha prevista para el traspaso de poderes de la Autoridad Provisional de la Coalición al Gobierno Provisional de Irak. Pero, por otro lado, en el párrafo 17 del preámbulo, el Consejo toma nota “del compromiso de todas las fuerzas que promueven el mantenimiento de la seguridad y de la estabilidad en Irak de actuar de conformidad con el derecho internacional, incluidas las obligaciones dimanantes del derecho internacional humanitario...”. Como se sabe, el derecho relativo a la ocupación forma parte de este derecho. Por ende, se observa una cierta ambigüedad entre los dos párrafos: al parecer, deja de aplicarse el derecho de la ocupación, pero, en virtud del DIH (del cual forma parte el IV Convenio de Ginebra, que contiene las normas relativas al derecho de ocupación), podría, en alguna medida, seguir vigente. Y, en efecto, es difícil imaginar que las fuerzas post-ocupación (según la calificación del Consejo) no respeten las disposiciones humanitarias del IV Convenio.

36 Esta vez, la constatación se encuentra en el cuerpo de la Resolución (párr. 2), pero ésta también parece declarativa y no constitutiva: en efecto, la ocupación debía haber cesado el 27 de junio de 2004, ya que la Autoridad había entregado formalmente sus poderes al Gobierno Provisional de Irak tres días antes. Probablemente, sería erróneo suponer que el Consejo deseaba mantener vigente el derecho de la ocupación entre el 27 y el 30 de junio, a pesar de la entrega del poder. Si esto es así, entonces la declaración es de índole declarativa y no constitutiva. Desde el punto de vista del Consejo, lo esencial era saber cuándo la Autoridad entregaría sus poderes. Por otra parte, cabe preguntarse si esta declaración no es, después de todo, de carácter constitutivo. ¿No relaciona el Consejo, con carácter vinculante para todos los miembros de las Naciones Unidas, el principio de la efectividad consagrado en el artículo 42 del Reglamento, con la entrega del poder de la Autoridad al Gobierno Provisional? En caso afirmativo, toda efectividad posterior a esa fecha no se relacionaría ya con una ocupación conforme a la resolución, sino que podría relacionarse con una ocupación en el marco del artículo 42 del Reglamento. Acerca de estos aspectos, v. *infra* en el texto.

- b) El Consejo puede decidir que el derecho de la ocupación o, más precisamente, algunas de sus disposiciones no se aplican. Sin embargo, no puede presumirse tal excepción, porque su efecto es apartarse del derecho internacional que se aplica normalmente. Más aún, esa excepción no comprende la supresión de normas de derecho internacional de suma importancia, como queda de relieve en las técnicas de protección contra la elusión contenidas en los artículos 7, 8 y 47 del IV Convenio de Ginebra. Las excepciones a la aplicación de este cuerpo jurídico deben, por ende, establecerse con claridad y por medio de una disposición de carácter vinculante. Por ejemplo, no es posible suspenderlo mediante la expresión de un deseo, una recomendación o una orientación. Tampoco es posible hacerlo por medio de una actitud equívoca que se preste a interpretaciones inciertas. No es posible embarcarse en negociaciones políticas a costa del derecho humanitario. Queda entonces claro que sólo una decisión en que se dé una orden expresa, y vinculante en el sentido del artículo 25 de la Carta, puede excluir la aplicación de las normas del derecho internacional que de otro modo serían aplicables. Por ende, toda ambigüedad en el mandato del Consejo de Seguridad debe interpretarse como contraria a la idea de hacer excepciones a la aplicación.

A continuación se considerarán, por separado, el aspecto preliminar (aplicabilidad del derecho de la ocupación) y el aspecto sustantivo (suspensión de la aplicación de las garantías sustanciales del derecho de la ocupación).

Aplicabilidad del derecho de la ocupación

Con respecto a la aplicabilidad del derecho de la ocupación, las resoluciones del Consejo presentan dos aspectos susceptibles de análisis crítico. En primer lugar, el Consejo parece arrogarse el poder de afirmar *quién es un ocupante y quién no*. Acto seguido, el Consejo parece asumir la facultad de determinar el momento del *fin de la ocupación*.

Ratione personae: ¿quién es un ocupante?

Comencemos por analizar quién es un ocupante, y, por oposición, quién no lo es. En el preámbulo de la Resolución 1483 (2003), un texto fundacional comparable a la Resolución 1244 (1999) para Kosovo, puede leerse que el Consejo toma nota de la carta de los representantes de Estados Unidos y del Reino Unido mediante la cual estos Estados reconocen “la responsabilidad y las obligaciones específicas que, en virtud del derecho internacional aplicable, corresponden a esos Estados en su calidad de potencias ocupantes bajo un mando unificado” (decimotercer párrafo del preámbulo). En el párrafo siguiente, el Consejo toma nota de que “otros Estados que no son potencias ocupantes están realizando tareas, o quizás lo hagan en el futuro, en el marco de la Autoridad” (párrafo decimocuarto del preámbulo). Se refiere a Estados como España, Polonia o Japón. Como recuerdan muchos

autores³⁷, el propósito de esas disposiciones poco afortunadas del preámbulo de la Resolución 1483 era liberar a los Estados en segundo plano presentes en Irak de la etiqueta de “potencias ocupantes”. Ese calificativo, que se percibía como muy negativo —si no infamante— en Europa y en Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial, causaba problemas en el ámbito de la política interna de esos Estados. Que España o Polonia tuviesen que admitir que eran potencias “ocupantes” en Irak hubiese traído reminiscencias históricas y causado considerables complicaciones políticas a los Gobiernos que secundaban a Estados Unidos, a menudo contra la voluntad explícita de sus pueblos. Sea como fuere, esas declaraciones del Consejo parecen chocar con el principio de efectividad consagrado en el artículo 42 del Reglamento de La Haya. Para el DIH, el control efectivo de un territorio es el único factor que determina la existencia de una ocupación beligerante³⁸. Si Polonia³⁹, por ejemplo, hubiera controlado zonas del territorio iraquí, hubiera sido una potencia ocupante. ¿Puede el Consejo calificar de otra forma la situación y liberar al Estado en cuestión de los deberes que le impone el derecho de la ocupación?

No parece que el Consejo haya efectuado tal excepción. En primer lugar, se observa que los párrafos en cuestión son meramente declarativos y sencillamente ofician de preámbulo. El Consejo toma nota de una situación que le ha sido comunicada. Estima que, en vista de los hechos *tal como se le han presentado*, hay Estados ocupantes y Estados no ocupantes. Además, el Consejo no formula ninguna calificación jurídica, sino que se limita a afirmar que “toma nota” de esta situación, a título de preámbulo, antes de pasar a las resoluciones contenidas en el cuerpo del documento. Esas declaraciones no satisfacen las estrictas condiciones para suspender la aplicación de normas, como se indica *supra*. Por lo tanto, sigue aplicándose el derecho de la ocupación. Si los Estados “no ocupantes” llegasen a ejercer poderes de ocupación conforme a los criterios del artículo 42, tendrían que ser calificados como ocupantes. Pero eso no es todo. El Consejo de Seguridad insta “a quienes concierna [no solamente a los ocupantes que él mismo ha determinado] a cumplir cabalmente las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular los Convenios de Ginebra de 1949 y el Reglamento de La Haya de 1907” (párrafo 5 de la parte operativa de la Resolución). Por ende, se reafirma implícitamente el artículo 42. No se hace una excepción a la aplicación del principio de efectividad del derecho internacional; más bien lo contrario.

¿Cuál es, entonces, el estatuto de los Estados no ocupantes, según la visión del Consejo? Hay varias interpretaciones posibles. Por ejemplo, el Consejo tal vez consideró que esos Estados no establecerían un control territorial autónomo y que sólo desempeñarían funciones limitadas (de orden humanitario, de reconstrucción,

37 V., p. ej., Adam Roberts, *op. cit.*, nota 30 *supra*, p. 33.

38 Recientemente, la CIJ recordó este aspecto en el caso *Actividades armadas en el territorio del Congo (Congo c. Uganda)*, Informes de la CIJ 2005, p. 59, párr. 172. V. también *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión Consultiva, Informes de la CIJ 2004, párrs. 178 y 189.

39 Más que cualquier otro Estado “no ocupante”, Polonia desempeñó, en los hechos, las funciones dimanadas de la ocupación. V. Liesbeth Lijnzaad, “How not to Be an Occupying Power: Some Reflections on UN Security Council Resolution 1483 and the Contemporary Law of Occupation”, *Making the Voice of Humanity Heard*, Leide, M. Nijhoff (etc.), 2004, pp. 302–304.

etc.) bajo el control global y efectivo de Estados Unidos y el Reino Unido. Al no gozar de una verdadera autonomía y estar sometidos a las dos potencias dominantes, el Consejo quizás estimó que sus actos debían atribuirse a las dos potencias principales. Sin embargo, esta posición no parece muy convincente en lo que respecta a Polonia, que administró y controló una pequeña zona en el sur de Irak con una autonomía y una efectividad suficientes como para ser calificada de fuerza de ocupación⁴⁰. Debe entonces prevalecer el principio de la efectividad contenido en el artículo 42 del Reglamento: Polonia fue, sin duda alguna, una potencia ocupante en el sentido del Reglamento. Muy lógicamente, el CICR instó a Polonia a que respetara, en su zona, las disposiciones del derecho de la ocupación, como lo hizo con otros Estados “no ocupantes”, sin que ninguno de ellos protestase⁴¹.

En definitiva, cabe señalar que la intención del Consejo no era dejar de aplicar el derecho de la ocupación y no podría haberlo hecho con los medios que utilizó. Los párrafos del preámbulo sólo contienen una indicación declarativa acerca de cómo veía el Consejo la situación de hecho sobre el terreno. Esa indicación carece de toda fuerza vinculante⁴². Por consiguiente, la posición de los Países Bajos⁴³, que consideraron que esas declaraciones constituían decisiones vinculantes del Consejo en virtud del Capítulo VII, no es defendible en derecho. Debe considerarse como una posición política que refleja la voluntad de lograr una “distensión transatlántica”.

El fin de la ocupación

Las observaciones del Consejo de Seguridad contenidas en la Resolución 1546 (2004) sobre el fin de la ocupación nos llevan, de algún modo, a la situación inversa. En efecto, el Consejo señala que “para el 30 de junio de 2004, se pondrá fin a la ocupación, la Autoridad Provisional de la Coalición dejará de existir y el Irak reafirmará su plena soberanía” (párrafo operativo 2 de la Resolución). Sin embargo, en el párrafo 17 del preámbulo se menciona el “compromiso de todas las fuerzas que promueven el mantenimiento de la seguridad y de la estabilidad en el Irak de actuar de conformidad con el derecho internacional, incluidas las obligaciones dimanantes del derecho internacional humanitario...”. La situación es inversa porque, en este caso, en el párrafo operativo “se deja de lado” el derecho de ocupación, pero se reafirma en el párrafo del preámbulo. Pero, ¿realmente se hace abstracción del derecho de la ocupación? La observación del Consejo contenida en el párrafo 2 parece puramente declarativa: el Consejo señala que la Autoridad de las potencias

40 Ibid., nota 38 *supra*, pp. 302-304.

41 V. D. Thürer y M. McLaren, *op. cit.*, nota 25 *supra*, p. 761, quienes subrayan que el CICR recordó a esos Estados la vigencia del derecho de la ocupación, y que ninguno de ellos protestó al respecto.

42 V., en especial, D. Thürer y M. McLaren, *op. cit.*, nota 25 *supra*, pp. 759-761 y, en términos menos claros y a menudo demasiado sucintos, L. Lijnzaad, *op. cit.*, nota 39 *supra*, pp. 292 y ss. V. también M. Zwanenburg, *op. cit.*, nota 25 *supra*, pp. 755-756. Numerosos autores han considerado que la Resolución 1483 es, cuando menos, ambigua: Jorge Cardona Llorens, “Libération ou occupation? Les droits et devoirs de l'État vainqueur”, *L'intervention en Irak et le droit international* (colección Cahiers internationaux N.º 19), Pedone, París, 2004, pp. 239 y ss.; Kaikobad, *op. cit.*, nota 30 *supra*, pp. 262-263.

43 V. M. Zwanenburg, *op. cit.*, nota 25 *supra*, p. 756.

ocupantes entregará el poder al Gobierno provisional el 30 de junio de 2004, y expresa satisfacción por la afirmación implícita contenida en esta expresión, según la cual el Gobierno iraquí va a gozar de soberanía efectiva sobre su territorio. Esta afirmación está en consonancia con el principio de efectividad contenido en el artículo 42 del Reglamento de La Haya: si el poder se entrega efectivamente, y si se “recupera” la soberanía iraquí⁴⁴, la ocupación cesará a partir de ese momento. El Consejo interpreta que la entrega del poder implica que la efectividad de la ocupación ha cesado.

Como se sabe, la entrega del poder tuvo lugar tres días antes de la fecha mencionada en la Resolución, esto es, el 27 de junio de 2004. Si se examina la motivación, el objeto y la finalidad de la Resolución, más que su letra, se concluye que la ocupación llegó a su término el 27 de junio. La afirmación del Consejo es declarativa, no constitutiva: se remite a la efectividad. Se trata, entonces, de una referencia móvil, no fija. Por ende, si la efectividad de la ocupación cesó el 27 de junio, no el 30, la ocupación en sí cesó el 27 de junio, no el 30. La afirmación sigue siendo hipotética, ya que todo depende de la situación real, que no se conocía en el momento de adoptar la Resolución. Cabe preguntarse si la declaración del Consejo no es, sin embargo, constitutiva con respecto a un punto, a saber, la significación jurídica de la entrega del poder de la Autoridad al Gobierno. ¿No estableció el Consejo, de manera vinculante para todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, que la entrega del poder, prevista para el 30 de junio, equivaldría, *pro veritate*, a la pérdida de efectividad de las potencias ocupantes a partir de la fecha en que se concretara? Por ende, ya no hubiera sido posible argumentar que, después de la entrega del poder, continuaba la efectividad (y por lo tanto, la ocupación).

La situación sobre el terreno no abona la idea de que la entrega del poder realizada el 27 de junio haya representado un corte neto. Estados Unidos, en particular, puso cuidado en instalar en el Gobierno a personas con las que tenía una estrecha relación y de excluir a aquellas que consideraba hostiles a sus intereses; mantiene desplegados⁴⁵ los mismos contingentes militares que antes de la fecha de la entrega; coloca a todas esas fuerzas, utilizadas en combate contra la resistencia y el terrorismo en Irak, bajo su mando exclusivo; y se ha reservado el derecho de seguir de cerca las acciones del Gobierno, cuyo margen de autonomía es muy limitado. Por ello, puede decirse, como mucho, que la restauración de la soberanía iraquí es un proceso en curso⁴⁶, en el cual la fecha del 27 de junio no representó más que una entrega de poderes limitada y tal vez insuficiente para producir efectos jurídicos en cuanto a la existencia o inexistencia de una ocupación. Ciertos autores prefieren hablar abiertamente de un Gobierno iraquí demasiado dependiente para

44 No la “transferencia” de soberanía, como indican fuentes estadounidenses: la ocupación no altera la soberanía, que queda siempre en manos del Estado ocupado, por lo cual no hay nada que transferir. Ésta es una ilustración de la medida en que la política enturbia las verdades jurídicas más elementales. V. Rahim Kherad, “La souveraineté de l’Irak à l’épreuve de l’occupation”, en D. Maillard Desgrées du Loû (ed.), *Les évolutions de la souveraineté*, París, 2006, p. 152.

45 Incluso está previsto aumentar esas fuerzas en 2007.

46 A. Roberts, “The end of occupation”, *op. cit.*, nota 30 *supra*, pp. 41–42, 46–47. Este autor reconoce que el derecho de la ocupación podría, por lo tanto, aplicarse también después de las fechas del 27 y el 30 de junio de 2004, en virtud del principio de la efectividad. V., nuevamente, A. Roberts, “Transformative Military Occupation”, *op. cit.*, nota 30 *supra*, pp. 616–618.

ser realmente autónomo, ya que no está en posición de transformar la situación jurídica invitando libremente a las fuerzas de la Coalición a que permanezcan en su territorio (lo que transformaría la ocupación de guerra en una ocupación por invitación, ajena al ámbito del DIH). En opinión de esos autores, aunque tal vez no se trate de un gobierno títere, no está lejos de serlo⁴⁷. En ese caso, los actos del nuevo Gobierno no pueden percibirse como actos de soberanía. Por ende, el artículo 47 del IV Convenio de Ginebra sería aplicable y oponible al ocupante. Por nuestra parte, consideramos que el gobierno instaurado en Irak en junio de 2004 todavía carece de la efectividad autónoma necesaria para confirmar la conclusión de que ya no se aplica el derecho de la ocupación.

Cualquiera que sea la interpretación que se haga de los hechos, es indudable que la Resolución 1546 no establece una excepción suficientemente clara a la aplicación del artículo 42 del Reglamento y del derecho consuetudinario, ambos basados en el criterio de la efectividad⁴⁸. El párrafo 2 parece ser declarativo. No excluye expresamente, en modo alguno, el criterio concurrente de la efectividad; por el contrario, parece presuponerlo. En el párrafo 17 del preámbulo se señala que las fuerzas en cuestión se han comprometido a respetar el DIH. Ese párrafo también es declarativo. En él, se señala que los Estados han aceptado cumplir con sus obligaciones jurídicas. Por lo tanto, ese párrafo se refiere a una obligación jurídica “ineludible”. Dicho régimen jurídico “esencial” se encuentra en el DIH, del cual forma parte el derecho de la ocupación. ¿Cómo imaginar, entonces, que el párrafo 2, en el cual sencillamente se señala que Irak recuperará la plena soberanía el 30 de junio, y que por ende, finalizará la ocupación, puede exceptuar esa admisión vinculante sobre la aplicabilidad del DIH (y, por ende, también del derecho de la ocupación y de su principio de la efectividad)? Esa declaración no es más que una simple conjetura. Si ésta es desmentida por los hechos —precisamente por la existencia de la efectividad— se seguirán aplicando el DIH y el derecho de la ocupación, siempre que se cumplan las condiciones normales para su aplicabilidad.

47 D. Thürer y M. McLaren, *op. cit.*, nota 25 *supra*, pp. 769 y ss. Según estos autores, dado que no se devolvió al Gobierno iraquí la soberanía efectiva, la ocupación sigue vigente en virtud del principio de la efectividad. Tal es la unidad de medida jurídicamente correcta; Andrea Carcano, “End of the Occupation in 2004? The Status of the Multinational Force in Iraq After the Transfer of Sovereignty to the Interim Iraqi Government”, *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 11, 2006, p. 58. V. también Kherad, *op. cit.*, nota 44 *supra*, pp. 153–154, que postula que el Gobierno Provisional no era ni legal ni legítimo, dado que fue designado por las autoridades de las potencias ocupantes y estaba subordinado a aquéllas, y que, en consecuencia, no estaba en posición de invitar a las fuerzas militares extranjeras a permanecer en su territorio y así transformar una ocupación beligerante en una ocupación pacífica, a la cual, supuestamente, no se aplican ni el IV Convenio de La Haya ni el IV Convenio de Ginebra. Luigi Condorelli, “Le Conseil de sécurité entre autorisation de la légitime défense et substitution de la sécurité collective: remarques au sujet de la Résolution 1546 (2004)”, en SFDI (ed.), *Les métamorphoses de la sécurité collective, Droit pratique et enjeux stratégiques*, París, 2005, p. 237, considera que la soberanía y la independencia del nuevo Gobierno Provisional, proclamadas por la Resolución 1546, “pertenecen al mundo de las fábulas y carecen de toda semejanza con la realidad” [Trad. CICR].

48 Por lo tanto, no hay fundamento alguno para pensar que la Resolución 1546 (2004) prevalece sobre el derecho de la ocupación porque suspende su aplicación, como afirma Sassòli, por medio de una cuestión de principio; *op. cit.*, nota 27 *supra*, pp. 683–684. Sin embargo, Sassòli sí reconoce, con razón, que la ocupación sigue siendo efectiva, si se tienen en cuenta solamente los hechos sobre el terreno.

Cabe añadir que el párrafo operativo 1 refuerza esta interpretación, dado que impone al Gobierno Provisional la obligación de abstenerse “de adoptar cualquier medida que afecte al destino del Irak más allá del período provisional limitado hasta que un gobierno elegido de transición del Irak asuma el poder”. Esto equivale a decir que el espíritu del principio codificado en el artículo 43 del Reglamento de 1907 opera para limitar el margen de acción del Gobierno iraquí a partir del 27 de junio de 2004. Manifiestamente, el Consejo lo considera como un órgano que no está en posesión de la soberanía plena y completa⁴⁹. Si bien no hay, según lo previsto por el Consejo, una ocupación en sentido estricto, el Gobierno iraquí tampoco tiene una independencia efectiva y completa. Esta sería, entonces, una situación intermedia, ambigua, *sui generis*, pero no por ello exenta de las normas del derecho de la ocupación.

El Consejo de Seguridad no puede decidir excepciones a la aplicación del artículo 42 del Reglamento⁵⁰. Esta aplicación se relaciona con la cuestión de saber quién es el ocupante (o no) y también con la cuestión de saber cuándo termina la ocupación. Si se parte de este concepto, el Consejo no tendría el poder material de hacer excepciones. Entonces, necesariamente habría que interpretar las cláusulas de las resoluciones citadas *supra* en sentido declarativo y no constitutivo, porque, de otro modo, se estaría afirmando su nulidad. Se aplica, por ende, el principio de interpretación de *in dubio pro validitate*.

49 Roberts, “Transformative Military Occupation”, *op. cit.*, nota 30 *supra*, pp. 617–618.

50 ¿Por qué esta disposición debe ser imperativa? Es preciso llegar a una conclusión mediante un proceso lógico. Si la condición de aplicabilidad de las protecciones sustantivas del derecho de la ocupación no fuese imperativa, significaría que se deja en manos de una potencia ocupante o del Consejo de Seguridad la facultad de eliminar de plano todas esas protecciones sustantivas, incluidas las humanitarias. Al afirmar que ese derecho no es aplicable, o al restringir sus condiciones de aplicación, sería posible eludir las garantías de fondo. Por ello, todo esfuerzo por garantizar las protecciones humanitarias o declararlas de carácter imperativo, como acabamos de hacer, sería una empresa vana, porque la modificación formal del ámbito de aplicación permitiría suprimir de un plumazo todo el régimen de ocupación desde el principio. En consecuencia, esas garantías sustantivas se verían privadas de todo efecto útil, lo que contraría el espíritu más profundo del derecho de la ocupación moderno (artículos 7, 8 y 47 del IV Convenio). Por lo tanto, se impone la conclusión inversa: si una sola disposición del derecho sustantivo tiene carácter imperativo, es necesario considerar también como imperativa la norma que define el ámbito de aplicación material o personal de esa norma de fondo, y que, en un marco estricto, constituye la condición previa a su aplicación. Se trata de una suerte de norma de segundo grado del *jus cogens*. En ese sentido, el criterio de efectividad del derecho de la ocupación, que conforma el contenido esencial del artículo 42, prevalece por encima de toda determinación adversa del Consejo. Sin embargo, esto no quiere decir que una determinación adversa del Consejo de Seguridad carecería de efectos o de pertinencia. En los hechos, constituye un indicio de la forma en que un órgano importante de las Naciones Unidas percibe la efectividad. Esa determinación podría ser respetada por cualquier operador jurídico, al menos si no entra en abierta contradicción con los hechos. Por lo tanto, es preciso concluir que el Consejo tiene la posibilidad de intentar influir en el derecho de la ocupación mediante determinaciones subjetivas de la situación, pero esas determinaciones no pueden imponerse en detrimento de los criterios establecidos en el artículo 42. Y la Carta no ha conferido al Consejo el mandato de emitir una interpretación vinculante de las condiciones necesarias para la aplicación del artículo 42.

La excepción a las disposiciones sustantivas del derecho de la ocupación

La situación jurídica es, por así decir, más magra aún en lo que respecta a las excepciones decididas por el Consejo en relación con normas sustantivas. En efecto, no hay ni una sola excepción de ese tipo en las resoluciones pertinentes. Según ciertos autores, las resoluciones demuestran, con respecto a esa cuestión y a otras, las virtudes y los vicios que derivan de la existencia de un cierto grado de ambigüedad⁵¹. En realidad, la ambigüedad es limitada. En efecto, todas las resoluciones en cuestión afirman, de manera directa o indirecta, por referencia a la Resolución 1483, la aplicabilidad del DIH y del derecho de la ocupación, sin excepción alguna. Por ejemplo, en la resolución clave 1483 (2003), que es de naturaleza “constitucional”, se lee, en el decimotercer párrafo del preámbulo, que el Consejo toma nota de las cartas de los representantes de Estados Unidos y del Reino Unido por las cuales reconocen “... la responsabilidad y las obligaciones específicas que, en virtud del derecho internacional aplicable, corresponden a esos Estados en su calidad de potencias ocupantes bajo un mando unificado”. En el párrafo operativo 5, se lee que el Consejo “insta a quienes concierna a cumplir cabalmente las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular los Convenios de Ginebra de 1949 y el Reglamento de La Haya de 1907”. No se decide acerca de ninguna excepción, y mucho menos una excepción clara. ¡Al contrario!

A continuación, diversos párrafos operativos instan a las autoridades establecidas y a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para reconstruir Irak y conducirlo hacia la independencia soberana. Todas esas disposiciones son de orden genérico. Ninguna de ellas permite ni obliga a las partes a actuar contrariamente al derecho de la ocupación. En el párrafo 1, se hace un llamamiento a las autoridades y a los Estados miembros “para que ayuden al pueblo del Irak en la labor de reformar sus instituciones y reconstruir su país y contribuyan a que existan en el Irak condiciones de estabilidad y seguridad *de conformidad con la presente resolución*” (el subrayado es nuestro); en el párrafo 4, se lee que las autoridades deben promover “el bienestar del pueblo iraquí mediante la administración efectiva del territorio, en particular tratando de restablecer condiciones de seguridad y estabilidad y de crear condiciones en que el pueblo iraquí pueda decidir libremente su propio futuro político”; en el párrafo 8, letra c, se lee que las autoridades, en cooperación con el representante especial del secretario general de las Naciones Unidas, deberán “avanzar en la tarea de restablecer y formar instituciones nacionales y locales para un gobierno representativo y colaborando para facilitar un proceso que culmine en un gobierno del Irak internacionalmente reconocido y representativo”; en la letra e de dicho párrafo, se lee que se deberá promover “la reconstrucción de la economía y condiciones para un desarrollo sostenible”; en la letra g del mismo párrafo, se dice que se deberá promover “la protección de los derechos humanos”, etc.

51 Varios autores han señalado este aspecto. V., p. ej., Nehal Bhuta, “The antinomies of transformative occupation”, *European Journal of International Law*, vol. 16, 2005, p. 735; M. Zwanenburg, *op. cit.*, nota 25 *supra*, pp. 763 y ss.

Por lo tanto, cabe concluir que el decimotercer párrafo del preámbulo y el párrafo 5 de la parte operativa de la Resolución prohíben las excepciones al derecho aplicable en relación con la ocupación, dado que ningún otro párrafo la permite, sea en forma expresa o razonablemente implícita⁵². Como se ha señalado correctamente, ninguna disposición de las resoluciones del Consejo pide sobrepasar el derecho de la ocupación o desviarse de él⁵³. Esta realidad es netamente diferente de la situación en Bosnia o Kosovo⁵⁴. A lo sumo, podría verse en el párrafo operativo 4 una invitación a realizar reformas estructurales con cierto carácter transformativo⁵⁵, pero el texto es vago e impreciso. Es demasiado poco para constituir una excepción al derecho de la ocupación, al que se hace expresa referencia, en la misma Resolución, como un factor que pone límites a la acción. Por ende, no es seguro que los autores que afirman, sumariamente, que esas resoluciones amplían los poderes de las potencias ocupantes más allá del derecho de la ocupación, estén en lo cierto⁵⁶. Es verdad que hay algunas instancias en las que el texto va más allá, pero es más una aplicación práctica del derecho de La Haya que una excepción. Esas instancias son muy puntuales, como el caso del régimen establecido para el petróleo⁵⁷. ¿Contradicen realmente el derecho de la ocupación, o se desarrollan dentro de los ámbitos en los que es posible aplicar criterios flexibles?

Como ya se ha dicho, nuestro objetivo no es examinar las innumerables reformas de la Autoridad y decidir si son o no compatibles con el derecho de la ocupación. Esta cuestión no tiene relación directa con el poder de excepción del Consejo, y no corresponde al ámbito del presente artículo. Sin embargo, cabe recordar que reformas tales como la “desbaasificación”, destinadas a eliminar estructuras opresivas, y ciertas reformas de los derechos humanos, como la prohibición de la explotación laboral de los menores de edad, son compatibles con el derecho de la ocupación. En principio, esas reformas están incluidas en la excepción de las leyes opresivas y en la obligación de garantizar los derechos

52 V. también K. H. Kaikobad, *op. cit.*, nota 30 *supra*, pp. 262–263 ; D. Thürer y M. McLaren, *op. cit.*, nota 25 *supra*, p. 766.

53 V. G.H. Fox, *op. cit.*, nota 27 *supra*, pp. 257 y ss., 261.

54 *Ibid.*, nota 27 *supra*, pp. 261–262.

55 V. D.J. Scheffer, *op. cit.*, nota 25 *supra*, pp. 844–845 ; M. Zwanenburg, *op. cit.*, nota 25 *supra*, p. 766.

56 V. Massimo Starita, *op. cit.*, nota 25 *supra*, pp. 893 y ss.; A. Roberts, “Transformative military occupation”, *op. cit.*, nota 30 *supra*, p. 613: “En conjunto, los propósitos de la ocupación, tal como se describen en la Resolución 1483, superaron los límites del Reglamento de La Haya y del IV Convenio de Ginebra”.

57 Jorge Cardona Llorens, *op. cit.*, nota 42 *supra*, p. 246, se refiere a la venta de petróleo por la Autoridad como una desviación con respecto al derecho de la ocupación (¿o una adición al mismo?). Pero, en primer lugar, este régimen de venta de petróleo se basaba en el programa denominado “Petróleo por alimentos”, un régimen internacionalizado aplicado al comercio de este producto, que ya se encontraba en vigencia. En segundo lugar, no es seguro que el derecho de la ocupación no permita soluciones flexibles en el marco del principio general del “usufructo” que encontramos en el artículo 55 del Reglamento de La Haya de 1907. V. Langenkamp R. Dobie y Rex J. Zedalis, “What Happens to the Iraqi Oil? Thoughts on Some Significant Unexamined International Legal Questions Regarding Occupation of Oil Fields”, *European Journal of International Law*, vol. 14, N.º 3, 2003, pp. 417 y ss. Por otra parte, es evidente que el establecimiento de los Fondos especiales y el detalle de la reglamentación superan el ámbito del derecho de la ocupación, pero, ¿son contrarios a él?

reconocidos en el IV Convenio de Ginebra y en otras fuentes de derechos “intransgredibles” (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966)⁵⁸.

Conclusión

La conclusión de nuestro estudio sobre el caso de Irak puede resumirse en una frase: las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad no contienen excepciones expresas ni implícitas en cuanto a la aplicación del derecho de ocupación, que es formalmente aplicable.

El Consejo actuó con más sutileza. Adoptó textos frecuentemente caracterizados por una ambigüedad deliberada y potencialmente fecunda, dejando que la cuestión de las relaciones entre el derecho de la ocupación y del mandato (ligeramente⁵⁹) transformativo conferido se resolviera en la práctica. Por consiguiente, si se tiene en cuenta esa vaguedad incitante y creativa, no sorprende que la Autoridad de las potencias ocupantes en Irak haya invocado la Resolución 1483 incluso para sus reformas más profundas, como las emprendidas en el ámbito económico. Esa lectura del derecho de ocupación es, cuando menos, para beneficio propio. Esos mandatos imprecisos del Consejo, basados en un enfoque exclusivamente político, constituyen una grave amenaza contra la legalidad internacional. Sin duda, el bastión del derecho internacional aún sigue intacto, desde el punto de vista formal, puesto que no se admite expresamente excepción alguna a la aplicación del DIH. Pero, ¿por cuánto tiempo podrá mantenerse esta situación si se presentan otros precedentes como Irak? Además, la sustancia del DIH, esencial para la protección de las poblaciones locales y su autodeterminación, se deja, subrepticamente, a la interesada interpretación de los ocupantes. No es difícil adivinar la dirección que

58 Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, se acepta que la potencia ocupante no debe aplicar, ni dejar de modificar, leyes nacionales opresivas, como las leyes de Nuremberg del régimen nacionalsocialista. El objetivo de la norma que prohíbe introducir cambios en la legislación local es evitar que se impongan, desde el exterior, leyes contrarias al principio de la autodeterminación. Si se interpretase que el objetivo de esta norma es impedir los cambios legislativos destinados a enmendar leyes opresivas, esa interpretación sería contraria a su finalidad y propósito. Algunos autores hasta han llegado a afirmar que incumbe a la potencia ocupante la obligación positiva de derogar o, al menos, suspender esa legislación. No cabe duda alguna respecto de esa obligación positiva, ya que, de otro modo, la potencia ocupante incumpliría los deberes “humanitarios” establecidos por el IV Convenio de Ginebra, que exige que ciertos derechos sean garantizados por el ocupante en todos los casos. V. Gerhard Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1957, pp. 95, 107; Morris Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, Berkeley University of California (etc.), 1959, p. 245; Allan Gerson, “War, Conquered Territory, and Military Occupation in the Contemporary International Legal System”, *Harvard International Law Journal*, vol. 18, N.º 3, verano de 1977, p. 531; M. Sassòli, *op. cit.*, nota 27 *supra*, pp. 675–676; Howard S. Levie, *The Code of International Armed Conflict*, vol. 2, Londres / Roma / Nueva York, 1986, p. 716. V. también Jean Pictet (ed.), *Commentaire de la Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Ginebra, 1956, p. 360: “La seconde [réserve] est en faveur de la population et permet d’abroger toutes mesures discriminatoires incompatibles avec les exigences de l’humanité” (La segunda reserva se formula en beneficio de la población y permite abrogar todas las medidas discriminatorias incompatibles con las exigencias de humanidad”) [Trad. CICR].

59 Mucho menos transformativo que el de la Administración Civil Provisional en Kosovo.

tomará la interpretación. El ordenamiento jurídico sometido a tal situación inevitablemente se debilita y se desintegra. La aparente maleabilidad de un cuerpo jurídico que queda anulado por una suma de factores (a saber, la vaguedad intrínseca de las normas de La Haya —explicable por la historia—, los mandatos flexibles e implícitos del Consejo, y la interpretación interesada de los Estados ocupantes) menoscaba gravemente su credibilidad. En el peor de los casos, se termina por percibir a ese ordenamiento jurídico como una máscara amenazadora, que, en vez de ofrecer puntos de apoyo sólidos, cumple el distinguido pero indeseable servicio de ocultar públicamente la realidad.

Sería conveniente realizar una nueva codificación del derecho de la ocupación, a fin de desarrollarlo y elevarlo al nivel de las exigencias y los problemas actuales. Obviamente, desde el punto de vista político, no es éste el momento más propicio para hacerlo. Si se intentase seguir este camino ahora, se correría el riesgo de retroceder en lugar de avanzar. Ciertos Estados intentarían aprovechar la ocasión para desmembrar, en vez de reforzar, o como mínimo para adaptar, el derecho de la ocupación. A falta de esa renovación del derecho, cabe esperar que el Consejo no se deje tentar fácilmente por excepciones explícitas o implícitas de la aplicación del derecho de la ocupación en el futuro, y que no se preste a violaciones implícitas del derecho, dando a las fuerzas de ocupación un margen de libertad excesivo en la aplicación de las reglas que establece, a la vez que les provee una semblanza de legitimidad por medio de resoluciones que se invocan como fuente de autoridad para impresionar a los legos. No debería ser éste el precio para que las Naciones Unidas puedan volver a participar en el proceso de adopción de decisiones sobre el terreno, en lugar de quedar definitivamente en el banco de los suplentes. No debería ser ésta la política aplicada para compensar el hecho de que las Naciones Unidas fueron, de entrada, excluidas de la fase de las operaciones militares, que se emprendieron sin su aprobación y fuera de su legalidad. Hay un mundo de diferencia entre una administración civil amparada por las Naciones Unidas desde el principio, y el distante apoyo prestado por el Consejo de Seguridad a las potencias ocupantes, que persiguen su propio programa político y sus objetivos particulares.

Esta situación representa una amenaza no sólo para el *imperio del derecho* internacional que, aunque débil, existe, sino también para el propio orden jurídico internacional. Las tensiones y los ataques que ese cuerpo jurídico sufre en estos momentos son bien conocidos. La relativa derrota sufrida por el derecho de la ocupación en Irak no es más que una de las tantas vicisitudes que se suceden a lo largo del curso de la historia. Pero, en este punto, cabría exclamar: *Caveant consules, ne quid detrimenti res publica (universale) capiat!*⁶⁰.

60 ¡Procuren los cónsules que la República (universal) no sufra daño alguno!